HAL
archives-ouvertes.fr

LES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER

Sébastien Milleville

▶ **To cite this version:**

Sébastien Milleville. LES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER. Droit. Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2008. Français. <tel-01413680>

HAL Id: tel-01413680
https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01413680

Submitted on 10 Dec 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

UNIVERSITÉ PANTHÉON ASSAS (PARIS II)
Droit – Economie – Sciences sociales

LES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER

Thèse pour le Doctorat en Droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
(Arrêté du 7 août 2006)
Présentée et soutenue publiquement

Le 24 novembre 2008
par

Sébastien MILLEVILLE

Directeur de thèse : **Monsieur Pierre CROCQ**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury : **Monsieur Laurent AYNÈS**
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Monsieur Hervé LÉCUYER
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Thierry REVET
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Monsieur Philippe THÉRY
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

L'Université Panthéon-Assas (Paris II) Droit – Economie – Sciences sociales n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions devant être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Les premiers de mes remerciements sont adressés à Monsieur le Professeur Pierre Crocq pour m'avoir confié l'étude d'un sujet que sa disponibilité et ses précieux conseils ont fait devenir ma thèse.

J'exprime ensuite toute ma gratitude à Louis d'Avout, Cécile Chainais, François Chénedé, Charles Gijsbers et Michel Séjean. Leurs conseils avisés et leurs encouragements amicaux m'ont été indispensables. J'adresse aussi de sincères remerciements à celles et ceux, elles et ils se reconnaîtront, qui, collègues ou amis, m'ont, à un moment ou d'autres, entouré avec bienveillance durant ce travail.

J'exprime enfin ma très profonde reconnaissance à mes parents, sans leur soutien inconditionnel, sans ce goût d'apprendre qu'avec mes grands-parents ils m'ont transmis et sans l'affection sans faille qu'à chaque instant, avec mon frère Pierre-Baptiste et ma sœur Alice, ils m'ont témoignée, rien ne m'aurait été possible.

" Là où il y a une volonté, là il y a un chemin "
Gaston REBUFFAT, *Etoiles et tempêtes*, 1954, réédition, Hoëbeke, 1999

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

A.J.D.I.	Actualité juridique Droit immobilier
Arch. Ph. Droit	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambres civiles)
Chr.	Chronique
comp.	Comparer à
D.	Dalloz
D.Aff.	Dalloz Affaires
D.A.	Dalloz analytique
D.C.	Dalloz critique
D.H.	Dalloz hebdomadaire
Dir.	Sous la direction de
D.P.	Dalloz périodique
Dr. Fam.	Droit de la famille
Dr. et Pat.	Droit et patrimoine
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
J.C.P., (G)	Semaine juridique édition Générale
J.C.P., (E)	Jurisclasseur périodique édition Entreprise
J.C.P., (N)	Jurisclasseur périodique, édition Notariale
J.O.A.N.	Journal officiel de l'Assemblée Nationale
J. Not.	Journal des notaires et des avocats
obs.	Observations
P.A.	Petites affiches
préf.	Préface de
Rappr.	Rapprocher de
R.D.C.	Revue des contrats
rééd.	Réédition
réimpr.	Réimpression
Rep. civ.	Répertoire de droit civil
Rep. Min.	Réponse ministérielle
Rev. Crit. Dr. International Privé	Revue critique de droit international privé
Rev. Soc.	Revue des sociétés
R.R.J.	Revue de recherche juridique
R.T.D.civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RT.D.com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Sirey
spéc.	spécialement
suiv.	Suivant
trad.	Traduction de
V.	Voir
V.°	*Verbo*, Mot
Vol.	Volume

SOMMAIRE

PARTIE I : L'INALIENABILITE, RESTRICTION COMPLETE AU DROIT DE DISPOSER ***39***

Titre I. La nature spécifique de l'inaliénabilité *42*

CHAPITRE 1: L'impossibilité d'une qualification classique *48*

CHAPITRE 2: Le choix d'une qualification originale *102*

Titre II. Les spécificités du régime juridique de l'inaliénabilité *222*

CHAPITRE 1: Les effets de l'inaliénabilité *228*

CHAPITRE 2: L'inefficacité de l'inaliénabilité *299*

PARTIE II :L'INSAISISSABILITE, RESTRICTION PARTIELLE AU DROIT DE DISPOSER ***365***

Titre I. La nature spécifique de l'insaisissabilité *369*

CHAPITRE 1: La source de l'insaisissabilité *373*

CHAPITRE 2: Le moment de constitution de l'insaisissabilité *437*

Titre II. Les spécificités du régime juridique de l'insaisissabilité *502*

CHAPITRE 1: Les effets de l'insaisissabilité *508*

CHAPITRE 2: L'inefficacité de l'insaisissabilité *591*

INTRODUCTION

I. Le juriste qui s'éprendrait de la quête, un peu vaine, de classifier chacune des choses sur laquelle se poserait son regard, devrait faire face à une dichotomie curieuse. Dans une première catégorie, il placerait pêle-mêle les objets librement susceptibles d'échanges. Il aurait ainsi recouvert " le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris "[1]. Dans la seconde catégorie, il placerait sans doute les choses communes et les choses hors du commerce. Il pourrait de même inclure dans cette catégorie les choses qui n'appartiennent plus à personne, ou celles qui ne sont pas encore appropriées car, à vrai dire, elles ne sont plus ou pas encore librement susceptibles d'échanges. Croirait-il son entreprise de classification achevée qu'une nouvelle difficulté surgirait. Se poserait ainsi la question du placement de ce qui, quoique approprié, n'est pourtant pas librement susceptible d'échanges. Il est en effet des choses que l'on dit inaliénables, incessibles, insaisissables ou même simplement indisponibles. Sans doute faudrait-il inclure ces choses rétives à l'échange dans la seconde catégorie. Le juriste pourrait alors s'étonner de l'hétérogénéité de son contenu et en déduire que " le monde bariolé des choses " tient là sa revanche. Serait-ce s'avouer définitivement vaincu que d'inclure en outre l'objet d'une restriction au droit de disposer dans cette catégorie ?

D'un premier point de vue, on pourrait s'en persuader, il serait malvenu d'accroître l'hétérogénéité de cette catégorie en recourant à une notion inconnue, celle des restrictions au droit de disposer, ce serait même une renonciation à toute tentative de synthèse en matière de choses rétives à l'échange. A la réflexion pourtant, on peut être convaincu du contraire.

L'étude des restrictions au droit de disposer pourrait bien être le moyen d'opérer une synthèse au sein de cette seconde catégorie si toutefois une telle étude permettait de rassembler sous une bannière unique plusieurs institutions distinctes. Encore faudrait-il pour atteindre cet objectif d'une simplification que l'expression de " restriction au droit de disposer " soit suffisamment compréhensible pour être opératoire. Malheureusement,

---

[1] CARBONNIER, *Les biens*, Droit civil, Tome 3, 18ème édition, PUF, 1998, n° 46, " Le droit a recouvert le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien, cette abstraction. " La formule n'est pas reprise dans la dix-neuvième et dernière édition de l'ouvrage.

à première vue, rien dans cette expression de " restriction au droit de disposer " n'augure de simplification tant la définition de chacun des trois termes employés paraît délicate.

En effet, " disposer ", employé comme un verbe transitif indirect, signifie " avoir à sa disposition "[1]. Faisant partie des termes courants, juridiquement signifiants, il faut alors entendre " disposer " comme " avoir à sa disposition ", ce qui signifierait plus précisément " exercer son droit de propriété, permettant de consommer matériellement son bien, d'en transformer la substance, de le transférer à autrui ou de le démembrer. "[2] A peine esquissée, la définition du mot " disposer " laisse entrevoir une tâche immense : ce n'est ni plus ni moins que le droit de propriété lui-même qui fait irruption ici.

De cette première confrontation, il ressort même que la définition du verbe " disposer " devrait être recherchée du coté du contenu du droit de propriété puisque " disposer " signifierait " exercer son droit de propriété ". La définition ainsi entreprise s'annonce périlleuse tant les possibilités offertes par le droit de propriété semblent immenses. Ainsi, dit-on que " le droit de propriété réunit (…) toutes les utilités des biens, toutes les prérogatives que l'on peut avoir sur eux "[3], il serait même le type de droit réel le plus achevé[4]. On prête d'ailleurs aux Romains d'avoir résumé la complétude du droit de propriété en ces quelques mots : le propriétaire bénéficierait de la *plena in re potestas*[5].

Devant les infinies possibilités du droit de propriété, à première vue, tout espoir de définir le mot " disposer " semble vain. Invoquer le droit de propriété, c'est désigner cette petite parcelle d'infini à laquelle tout propriétaire veut prétendre. Que l'on cite le droit de propriété et c'est la boîte de Pandore du droit des biens qui s'ouvre. En effet, quoi de commun entre la consommation matérielle d'un bien, la transformation de sa substance, son transfert à autrui et le démembrement du droit de propriété ? Subsumé sous le droit de propriété, le mot " disposer " semble seulement fédérer sous une bannière unique un ensemble d'actions hétérogènes…

---

[1] P. ROBERT, *Le nouveau petit Robert*, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Dir. J. REY-DEBOVE, A. REY, Le Robert, 1996, *V°* Disposer, sens II-1.

[2] P. ROBERT, *Le nouveau petit Robert*, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Dir. J. REY-DEBOVE, A. REY, Le Robert, 1996, *V°* Disposer, sens II-1 *Dr.* Voir dans le même sens, G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 8ème édition, 2007, *V°* Disposer, sens n° 3 : " Accomplir un acte de disposition (est plus large qu'aliéner) ; en ce sens le propriétaire dispose de son immeuble lorsqu'il l'aliène (le vend, le donne, le lègue), lorsqu'il l'hypothèque ou le détruit. "

[3] J-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, Traité de droit civil, Dir. J. GHESTIN, L.G.D.J., 2000, p. 66, n° 66.

[4] G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 8ème édition, 2007, *V°* Propriété.

[5] Pour le rappel de cette formule, voir G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les biens*, Droit civil, Sirey, 2ème édition, 1980, p. 43, n° 40.

II. Ce terme " disposer " n'est donc pas à même de constituer à lui seul un point de départ solide à l'étude de la restriction au droit de disposer. Il est pourtant risqué d'étudier la restriction si l'on ignore ce que " disposer " signifie. Que l'on tente ici d'introduire le terme " droit " et la confusion ne décroîtrait pas pour autant. Entendu dans son sens le plus commun, le droit, " la faculté reconnue, naturelle ou légale, d'accomplir ou de ne pas accomplir un acte "[1] n'est pas d'un grand secours. Réduit à la possibilité de réaliser une action déterminée, le verbe " disposer " demeure bien mystérieux dans l'expression " droit de disposer ". Le droit de disposer ne serait que l'autorisation d'exercer une série d'actions dont il faut bien convenir qu'elles n'ont pas grand chose en commun. Certes, le droit de disposer semble relever du droit de propriété mais le caractère protéiforme du second commande celui du premier. Il semble difficile de se satisfaire d'un tel constat.

Le caractère protéiforme du droit de disposer, la diversité des actions qui semblent en relever, masquent cet éventuel élément unificateur qui justifierait à lui seul l'étude de l'expression " restriction au droit de disposer ". Or une telle étude permettrait de systématiser la matière des choses rétives à l'échange. C'est donc tout l'écheveau du droit de disposer qui doit préalablement être démêlé. Il faut dépasser cette apparente hétérogénéité et ordonner la multitude des actions permises par le droit de disposer. Pour ce faire, au-delà de ce saisissant désordre, il faut bien convenir d'une classification entre les différentes actions permises par le droit de disposer. Une telle entreprise peut s'avérer féconde si l'on accepte, ainsi que la définition du verbe " disposer " le suggère, de rester dans le domaine du droit des biens et plus particulièrement de celui du droit de propriété[2].

III. On enseigne souvent que le droit de propriété se décompose en trois faisceaux distincts, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*[3], selon un triptyque célèbre. Très classiquement, l'*usus* symbolise l'usage, le *fructus*, la jouissance des fruits et l'*abusus*, le droit de disposer. Trouverait-on dans cet *abusus* la définition exacte du droit de disposer ? A cet instant, l'affirmer serait téméraire. En effet, alors que *l'usus* et le *fructus* se suffisent à eux-

---

[1] P-E. LITTRE, *Dictionnaire de la langue française*, Tome 2, Encyclopaedia Britannica France, 1994, Rééd., 2004, *V°* Droit, *adj.*, sens n° 3-3.

[2] Sur ce constat, voir Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit*. *Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 39.

[3] Voir en ce sens, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 120, p. 121 : " L'analyse que des jurisconsultes, inspirés à tort ou à raison du droit romain, ont dégagée à ce sujet s'est, à cet égard, transmise jusqu'à nous : le droit de propriété est composé de trois prérogatives liées, en d'autres termes du droit d'user (*usus*), de jouir (*fructus*) et de disposer (*abusus*) de la chose. "

mêmes puisque point n'est besoin de les décomposer à nouveau en des faisceaux distincts, contre toute attente, l'*abusus* engendrerait deux rameaux différents l'*abusus* matériel et l'*abusus* juridique[1].

Même restreint à l'*abusus*, le droit de disposer se dérobe à nouveau. Qu'à cet instant le droit de disposer ne puisse être défini est fort décevant. On aurait pu s'attendre à ce que les jurisconsultes romains tiennent pleinement leur improbable pari de réduire l'infinitude du droit de propriété en une triade célèbre. Cependant, s'ils y sont parvenus pour l'*usus* et le *fructus*, ils ont échoué pour l'*abusus* qui doit de nouveau être décomposé. Sans doute les jurisconsultes Romains ont-ils dû, pour l'*abusus*, composer plus qu'ils ne l'auraient souhaité avec le caractère infini du droit de propriété. Il est cependant étrange que ce caractère infini n'ait toléré d'être réduit à un mot unique que pour l'usage et la jouissance, comme si, finalement, l'*abusus*, au moins pour une part, demeurait au-delà de cet infini.

C'est que l'hétérogénéité de la réalité que recouvre le verbe " disposer " se retrouve dans l'*abusus* tantôt matériel, tantôt juridique[2]. Là où le premier symbolisera les actions matérielles de destruction que le propriétaire peut exercer sur l'objet de sa propriété, le second englobera des actions juridiques que le propriétaire est autorisé à réaliser[3]. On peut donc d'ores et déjà distinguer ce qui relève du droit de disposer matériellement de ce qui relève du droit de disposer juridiquement.

IV. Etudier la restriction au droit de disposer commande de choisir entre l'une et l'autre de ces acceptions du droit de disposer[4]. S'agira-t-il ici d'étudier le droit du propriétaire de

---

[1] Voir en ce sens, Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, Droit civil, Defrénois, 3ème édition, 2007, p. 118, n° 433 : " Le droit de disposer de la chose qui appartient au propriétaire est un pouvoir à la fois matériel et juridique (…) ". Voir de même particulièrement clairs, Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens*, PUF, 3ème édition, 2008, n° 210, p. 335. Pour une étude caractérisant très précisément d'un point de vue historique le moment auquel " l'*abusus* " juridique fut rapatrié dans le giron de l'*abusus* matériel, voir Fr. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Thèse Paris I, Préf. L. AYNES, Recherches juridiques, n° 15, Economica, 2007, n° 65.

[2] Voir ainsi, rappelant la doctrine classique sur ce point, D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 115.

[3] Voir sur ce point, G. CORNU, *Droit civil - Les biens*, Domat, Droit privé, 13ème édition, 2007, n° 27, p. 68, qui oppose les actes matériels de destruction aux actes juridiques de disposition.

[4] Voir cependant refusant de distinguer l'*abusus* matériel et l'*abusus* juridique, manifestations conjointes, " épiphénomènes " de la propriété entendue comme une liberté d'action à l'égard d'un bien. Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 666 et suiv., spéc. p. 672. Une telle analyse nous semble bien loin de la formule somme toute mesurée de l'article 544 C.civ. qui renvoie à l'idée d'un " droit " de propriété, lequel concept semble bien différent de celui de liberté au sens où l'auteur l'entend. Si cela ne saurait constituer un argument dirimant, au-delà, cet attachement à fonder tout le système juridique sur la propriété laquelle renvoie inéluctablement à *la* personne nous semble emprunte d'un individualisme daté et assez rédhibitoire. Une telle analyse conduit à traiter chaque individu comme le despote de ces biens, ce qui sans doute satisfait certains mais n'est nullement révélateur de ce que l'observation révèle : *l'*individu n'est qu'une idée - platonicienne si l'on ose - seuls se rencontrent *des* individus, ce qui à notre sens condamne toute démonstration se contentant du premier comme hypothèse et conclusion.

détruire l'objet de la propriété ? On sait que le droit de disposer matériellement de l'objet de la propriété est traditionnellement considéré comme la caractéristique fondamentale du droit de propriété[1]. L'étude de la restriction au droit de disposer serait donc l'étude de la restriction à l'élément fondamental de la propriété. L'objet de notre étude serait uniquement le droit de propriété, envisagé sous l'angle des restrictions qui lui sont apportées[2]. Il ne serait guère opportun d'entreprendre une recherche destinée à reprendre ce qui a déjà été dit en des termes plus savants[3]. La présente recherche se réduirait, dans cette perspective, à une simple étude de plus consacrée au droit de propriété. Il ne s'agira donc pas d'étudier le droit de disposer entendu dans son sens matériel.

On l'a compris, il faudra dorénavant entendre le droit de disposer comme l'*abusus* juridique[4]. Pour autant, cette étude ne sera pas entièrement consacrée au droit de propriété. Là surgit la première difficulté. Comment prétendre étudier le droit de disposer juridiquement entendu, l'*abusus* juridique, sans se livrer conjointement à une étude du droit de propriété ?

Il est possible d'étudier le droit de disposer juridiquement entendu sans se contenter d'étudier le droit de propriété à la condition que l'on admette que le premier n'est

---

[1] Voir sur ce point, Ch. LARROUMET, *Les biens - Droits réels principaux*, Droit civil, Tome 2, Economica, 5ème édition, 2006, n° 247: " L'*abusus* consistant en l'accomplissement d'actes matériels pouvant entraîner la destruction ou l'altération de la chose est le caractère le plus marquant du droit de propriété. On peut même considérer que cet *abusus* matériel fait partie de l'essence même du droit de propriété et par conséquent, en fait ressortir la plénitude. "

[2] Sur la question des restrictions au droit de propriété, voir, entre autres, CARBONNIER, *Les biens*, Droit civil, Tome 3, PUF, 19ème édition, 2000, n° 68. Se livrant à sa célèbre glose de l'article 544 C.civ., l'auteur envisage ces restrictions au droit de propriété au titre de la seconde partie de cette non-moins célèbre disposition : " (…) pourvu que l'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements. "

[3] Pour une étude substantielle du droit de propriété au travers d'une étude de la propriété, voir ainsi, M. XIFARAS, *La propriété - Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 489 & 490. Au terme de son étude, s'interrogeant sur la signification de la propriété, l'auteur débute sa conclusion en ces termes : " Dans son acception la plus large, et la plus abstraite, et par conséquent la plus indéterminée, la propriété est un rapport garanti entre une entité juridiquement reconnue et un bien, un *chacun* et son *sien*, l'expression juridique de l'avoir. On peut sans doute concevoir cet avoir comme une essence et ses formes juridiques comme les diverses manifestations de celle-ci. Une telle approche se heurte cependant à une objection dirimante : la propriété *réelle*, dès lors qu'elle est considérée dans ses déterminations techniques essentielles, ne renvoie pas à une essence unique, car la pluralité de ses formes juridiques concrètes ou configurations empiriques, manifeste autant de conceptions irréductiblement distinctes de l'institution. Ces conceptions nous sont apparues au nombre de trois : la maîtrise souveraine, l'appartenance patrimoniale, la réservation de jouissance. " On remarquera que l'auteur, prudemment, cantonne son analyse au stade de la " propriété réelle " se préservant ainsi du défaut de vouloir réduire toute " propriété réelle " à ce qu'il faudrait désigner à un juriste comme un " droit de propriété ". Saisissant ainsi toute la polysémie du mot " propriété ", l'auteur évite ainsi d'élaborer une construction unitaire de la propriété qui, cela serait fâcheux, réduirait les polysèmes à l'unité et, cela l'est davantage, confondrait les réalités distinctes qu'ils désignent. " Propriété " serait donc un mot qui reste au pluriel, il n'y a que des " propriétés " parmi lesquelles on trouve évidemment la " propriété " du droit de " propriété ".

[4] Voir sur ce point, A. SERIAUX, *Rép. civ.*, Dalloz, 2003, *V°* Propriété, n° 59 : " Disposer, c'est aliéner : éloigner définitivement quelque chose de soi, le transporter une fois de plus en la pleine maîtrise d'autrui ".

nullement spécifique du second[1]. Cette hypothèse, que notre étude se propose de vérifier, va nous permettre d'éclairer sous un jour nouveau la question des restrictions au droit de disposer.

V. L'hypothèse de départ de cette étude sera donc que le droit de disposer du propriétaire ne résulte pas de son droit *de* propriété. Pour revenir dans le champ du droit des biens, notre hypothèse sera que l'*abusus* juridique n'est pas l'un des éléments du droit de propriété. Le droit de disposer, entendu juridiquement, n'est pas dans la dépendance du droit de propriété[2], il s'agit d'un concept autonome[3]. Il est donc possible d'étudier le premier sans entreprendre une étude systématique du second.

VI. S'il n'est pas le sujet principal de notre étude, le droit de propriété ne saurait toutefois en être totalement exclu. La raison première en est que, bien évidemment, l'existence d'un droit de propriété n'exclut pas pour autant celle du droit de disposer, pris dans sa dimension juridique. Indubitablement, le propriétaire a l'autorisation de réaliser un certain nombre d'actions à caractère juridique, dont certaines relèvent de l'*abusus* juridique : ainsi, évidemment, de l'action de transférer son bien à autrui[4], ainsi peut-être de l'action de démembrer au profit d'un autre son droit de propriété[5]. Le droit d'aliéner totalement ou partiellement le bien approprié, cela renvoie *a priori* au droit de disposer. Tout propriétaire a donc bien, lui aussi, un droit de disposer, juridiquement entendu, mais ce dernier ne résulte pas de son droit de propriété.

VII. A cette hypothèse de départ dont le bien-fondé devra être éprouvé, on peut d'ores et déjà opposer deux conceptions contraires dont il faut se démarquer.

---

[1] Sur ce constat, voir déjà, BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse Paris, 1902, p. 165 & suiv., spéc. p. 196 & 197. Constatant que l'*abusus* juridique est présent pour d'autres droits que le droit de propriété, (BRETONNEAU, *op. cit.*, p. 170), l'auteur en déduit qu'il n'est point un élément essentiel du droit de propriété, ce qui lui permet de justifier qu'il soit restreint par le biais d'une clause d'inaliénabilité.

[2] Sur ce point, voir déjà PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 1, Pichon, 1ère édition, Paris, 1900, p. 388, n° 1037, à propos de l'aliénation, " Il faut se pénétrer de cette idée que ces différents actes juridiques sont accomplis, *non sur la chose, mais sur le droit du propriétaire* (en italique dans le texte) (…)." Voir de même, Fr. de VISSCHER, Du *jus abutendi*, *R.T.D.civ.*, 1913, p. 337 & suiv., spéc. p. 339.

[3] Voir sur ce point la définition stricte parfois retenue pour " disposer ", P-E LITTRE, *Le grand Littré*, Tome 2, Encyclopaedia Britannica France, 1994, Rééd. 2004, *V°* Disposer, sens 6 : " Aliéner des biens ".

[4] Voir ainsi, G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 8ème édition, 2007, *V° abusus* : " Mot latin signifiant littéralement " utilisation jusqu'à épuisement, " consommation complète " encore utilisé pour désigner (…) l'un des attributs normaux du droit de propriété sur une chose : le droit pour le propriétaire d'en disposer par tous actes matériels ou juridiques de transformation, de consommation, de destruction, d'aliénation ou d'abandon (souligné par nos soins). "

[5] P. ROBERT, *Le nouveau petit Robert*, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Dir. J. REY-DEBOVE, A. REY, Le Robert, 1996, *V°* Disposer, sens II-1 *Dr.*

D'une part, il va évidemment s'agir de rejeter l'affirmation classique selon laquelle l'*abusus* compris dans le droit de propriété se décompose en deux branches distinctes : l'*abusus* matériel et l'*abusus* juridique[1]. En effet, si le droit de disposer, ce que l'on nomme *abusus* juridique, ne résulte pas du droit de propriété, cela signifie que le célèbre triptyque de l'*usus*, du *fructus* de l'*abusus* doit donc être compris comme celui de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus* matériel. Le droit de propriété se réduit, du point de vue de l'*abusus*, à l'*abusus* matériel[2]. L'*abusus* juridique, lui, n'est point issu de la décomposition du droit de propriété, il lui est extérieur[3].

D'autre part, s'il est extérieur au droit de propriété, l'*abusus* juridique ne saurait se réduire à un droit de propriété s'exerçant sur tous les objets potentiels de cet *abusus* juridique. En d'autres termes, si l'on rejette l'analyse classique du droit de propriété, ce n'est pas pour succomber aux charmes de son analyse moderne. L'*abusus* juridique, le droit de disposer, n'est pas ce droit de propriété que GINOSSAR[4] et M. ZENATI-CASTAING [5] utilisent pour justifier de l'appropriation des droits patrimoniaux. Il ne sera donc pas question de

---

[1] Voir, admettant la décomposition de l'*abusus* en l'*abusus* matériel et l'*abusus* juridique, CARBONNIER, *Les biens*, Droit civil, Tome 3, PUF, 19ème édition, 2000, p. 129, n° 68-e, G. CORNU, *Droit civil - Les biens*, Domat, Droit privé, 13ème édition, 2007, n° 27, p. 68, qui oppose les actes matériels de destruction aux actes juridiques de disposition, P. JOURDAIN, *Les biens*, Dalloz, 1995, p. 49. Voir de même, Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, Droit civil, Defrénois, 3ème édition, 2007, p. 118, n° 433 : " Le droit de disposer de la chose qui appartient au propriétaire est un pouvoir à la fois matériel et juridique (…). ". Voir déjà, employant une formule équivalente, G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les biens*, Sirey, 2ème édition, 1980, p. 43, n° 40. Reprenant aussi cette distinction, voir M-L. MATHIEU-IZORCHE, *Les biens*, Sirey, 2006, p. 81, n° 202. Voir en outre, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, p. 124, n° 124, les auteurs opposent ainsi la disposition juridique à la disposition physique. Voir aussi, moins explicite, Ch. ATIAS, *Les biens*, Droit civil, Litec, 9ème édition, 2007, p. 77 à 79, n° 99 & 100, Y. STRICKLER, *Les biens*, Thémis, PUF, 1ère édition, 2006, p. 365, n° 258.

[2] Comp., résolument hostile à une telle analyse, de VAREILLES-SOMMIERES, La définition et la notion juridique de la propriété, *R.T.D.civ.*, 1905, p. 443 & suiv. spéc. n° 15 & suiv.

[3] Voir sur ce point la distinction opérée par Ch. LARROUMET, *Les biens - Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 244 : " L'*abusus* consiste soit en un acte de disposition portant sur le droit de propriété, soit un acte matériel en vertu duquel le propriétaire dispose de la chose elle-même. Il ne faut pas confondre l'acte juridique en vertu duquel le propriétaire dispose de son droit et l'acte matériel en vertu duquel il dispose de la chose. Alors que le premier n'est pas caractéristique du droit de propriété, il n'en va pas de même du second. ". Pour une opinion comparable, voir BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse Paris, 1902, p. 165 & suiv., spéc. p. 196 & 197. Si la disposition juridique s'exerce sur le droit, il semble bien délicat de la justifier par ce même droit. De ce point de vue, les relations qu'entretiennent les concepts juridiques ne se distinguent guère des rapports de force qui s'exercent dans le monde sensible : pour donner une pomme à son voisin, encore faut-il la lui tendre, elle ne se mouvra sûrement pas toute seule ! Sur ce dernier point, voir très net, F. de VISSCHER, du *jus abutendi*, *R.T.D.civ.*, 1913, p. 337 & suiv., spéc. p. 345. Voir enfin en dernier lieu, démontrant que l'assimilation de l'*abusus* matériel et de l'*abusus* juridique relève d'un glissement autant terminologique que conceptuel quant au *ius disponendi* conceptualisé par Bartole et les post-glossateurs, Fr. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Thèse Paris I, Préf. L. AYNES, Recherches juridiques, n° 15, Economica, 2007, n° 63 & suiv. spéc. n° 63, p. 74.

[4] GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux,* L.G.D.J., Paris, 1960, *passim*, spéc. p. 185.

[5] Fr. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété - Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Université Jean Moulin, p. 620 & suiv., spéc. p. 689, n° 505.

propriété des créances dans cette étude[1]. En revanche, il sera question du droit de disposer des créances. En tant que droits patrimoniaux, elles sont l'objet du droit de disposer, lequel ne se réduit donc pas à un droit de propriété devenu l'ombre de lui-même[2].

VIII. Au-delà de l'opposition entre les classiques et les modernes, la présente étude repose sur cette hypothèse qu'il existe un droit de disposer autonome, lequel a pour objet l'ensemble des droits patrimoniaux, parmi lesquels on trouve le droit de propriété, les droits réels et les droits personnels. Une telle hypothèse ne saurait être formulée de façon gratuite. Rétablir un certain ordre au sein de l'écheveau du droit de disposer ne constituera point l'objectif principal de ce travail. Il est désormais professé que le juriste ne doit pas se contenter de vaines spéculations théoriques[3]. Démêler l'écheveau du droit de disposer n'est donc pas une fin en soi.

IX. C'est qu'en effet, admettre l'existence d'un droit de disposer indépendant permet de mieux comprendre ce que constituera la restriction au droit de disposer. La " restriction " signifie en principe le " fait de devenir moindre, moins étendu "[4]. Pour que notre étude des restrictions au droit de disposer ait un caractère opératoire, il est nécessaire de démontrer l'existence de mécanismes pouvant s'analyser en ces termes. Notre propos sera donc de caractériser une institution dotée d'une nature spécifique, à nulle autre réductible, la restriction au droit de disposer.

Si le propos se limitait à une réorganisation de ce que l'on connaît déjà, on pourrait nous reprocher de rester dans le champ des débats spéculatifs, là où le juriste ne fait que

---

[1] Sur ce thème de la propriété des créances, voir, récemment, Y. EMERICH, *La propriété des créances - Approche comparative*, Thèse, Lyon III, Préf. Fr. ZENATI-CASTAING, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 469, L.G.D.J., 2007, *passim*, spéc. p. 236, n° 420 & suiv. L'auteur démontre que la propriété des créances ne nécessite nullement un renouvellement de la notion de propriété qui peut demeurer un droit réel tout en ayant un objet incorporel. Risquant cependant de conduire à un " dédoublement fonctionnel " de la propriété selon que son objet est une chose corporelle ou une créance, l'auteur préfère toutefois rappeler que tout risque est évité " dès lors que l'on reconnaît l'essence de la notion de propriété dans le concept classique de titularité, traditionnellement utilisé pour rendre compte des manifestations multiples de la propriété des créances. " Si l'on comprend bien donc, en dépit du fait que la propriété des créances soit un concept conciliable avec la nature de droit réel de la propriété, il est préférable d'analyser la propriété comme la titularité. Si l'on admet sans peine que le concept de titularité des créances soit exploitable, il semble cependant qu'il n'en aille pas de même de celui de titularité des choses, qui sonne évidemment moins bien. Il n'est donc pas injustifié de distinguer la propriété de la titularité.

[2] Sur cette critique formulée à la théorie de GINOSSAR, voir DABIN, Une nouvelle définition du droit réel, *R.T.D.civ.*, 1962, p. 20 & suiv., spéc. p. 27 relevant que " Si tout est propriété, il n'y a plus de propriété : le droit de propriété au sens spécifique s'évanouit. " On remarquera d'ailleurs que la critique suppose pour qu'elle porte que ceux à qui elle s'adresse s'accordent sur le même " sens spécifique " du droit de propriété que l'auteur de la critique.

[3] Comp. M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2002, p. 13 à 16.

[4] P. ROBERT, *Le nouveau petit Robert*, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Dir. J. REY-DEBOVE, A. REY, Le Robert, 1996, *V°* Restriction, sens 3.

passer[1]. Mais précisément, quittant le domaine des idées, on prendra soin de vérifier le caractère opératoire de l'institution de la restriction au droit de disposer, institution originale, en étudiant précisément les conséquences qu'elle produit, démontrant que celles-ci ne sont que les conséquences naturelles de l'institution examinée.

Pour atteindre cet objectif, ce travail mettra en œuvre une méthode philosophique modeste : la méthode phénoménologique.

X. Inventée par HEGEL[2] et systématisée par HUSSERL[3], cette méthode n'est guère familière aux juristes[4]. La phénoménologie, " science des phénomènes "[5], fut initialement conçue comme la méthode philosophique par excellence ; elle était censée constituer une théorie de la connaissance permettant d'exploiter au mieux les productions de l'esprit humain[6]. Pour ce faire, la phénoménologie prétendait traiter avec circonspection les spéculations de l'esprit humain relativement à une question donnée. Il s'agissait alors de comprendre que la perception d'un phénomène en masque parfois l'essence profonde. Méthode philosophique, elle a ainsi pu prendre le droit pour objet[7], comme la

---

[1] Voir sur ce point, à la faveur d'une remarquable étude comparative entre les systèmes juridiques anglais et français, les observations de Sir B. MARKESINIS, Constructions de systèmes et résolution de problèmes concrets, *R.T.D.civ.*, 2005, p. 47 & suiv., spéc. p. 65 : " L'intérêt porté en France pour la théorie, la construction et l'abstraction représente selon nous un retour à un modèle qui en Angleterre (…) est largement rebutant. Plus regrettable encore est la distance que ce modèle français – en masquant les véritables fondements des solutions juridiques – tend à instaurer entre le droit et d'autres disciplines, *entre le droit et la réalité* (mis en italique par nos soins). " On remarquera que la nécessité d'un retour à la réalité, lequel se distingue de la recherche de l'intérêt pratique de spéculations théoriques, ne requiert nullement de rejeter l'abstraction, il ne s'agit ici que de veiller à ce que l'abstraction sourde bien de cette réalité.

[2] Voir ainsi HEGEL, *La phénoménologie de l'esprit - Préface Introduction*, Trad. B. BOURGEOIS, Bibliothèque des textes philosophiques, Librairie philosophique J. Vrin, 1997. Voir en outre, retraçant l'histoire de la phénoménologie et détaillant ses soubassements philosophiques, P. RICOEUR, *A l'école de la phénoménologie*, Bibliothèque d'histoire de la philosophie, Vrin, 2004, p. 1 & suiv.

[3] Voir par exemple, HUSSERL, *L'idée de la phénoménologie*, Trad. A. LOWIT, Epiméthée, PUF, 2004, spéc. p. 45 : " Phénoménologie, cela désigne une science, un ensemble de disciplines scientifiques ; mais phénoménologie désigne en même temps et avant tout, une méthode et une attitude de pensée : l'*attitude de pensée* spécifiquement *philosophique* et la *méthode* spécifiquement *philosophique*. "

[4] Voir cependant, sans nulle prétention à l'exhaustivité, P. AMSELEK, La phénoménologie et le droit, *Arch. Phil. Droit*, Tome XVII, Sirey, 1972, p. 185 & suiv., B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Précis, Dalloz, 1999, p. 78, n° 60 & suiv., N-R. POULANTZAS, Notes sur la phénoménologie et l'existentialisme juridique, *Arch. Phil. Droit*, Tome VIII, Sirey, 1963, p. 213 & suiv. Voir enfin regrettant le peu d'intérêt des juristes pour la philosophie, fustigeant les juristes, théoriciens autoproclamés du droit, serves à l'égard de philosophies antérieures, M. VILLEY, Nos philosophes en face du droit - " Philosophies et théories générales du droit, *Arch. Phil. Droit*, Tome XVII, Sirey, 1972, p. 285 & suiv., spéc. p. 291.

[5] HUSSERL, *Idées directrices pour une phénoménologie*, Trad. P. RICOEUR, Gallimard, 1985, p. 1.

[6] Voir sur ce point, P. RICOEUR, *A l'école de la phénoménologie*, Bibliothèque de l'histoire de la philosophie, Vrin, 2004, p. 7, " Hegel avait déjà compris la phénoménologie comme une inspection ample de toutes les variétés de l'expérience humaine (non seulement épistémologique mais éthique, politique, religieuse, esthétique et quotidienne). "

[7] Voir ainsi, entre autres, KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 2007, *passim*, spéc. p. 332. L'auteur utilise ainsi la phénoménologie pour découvrir une " définition introspective du droit " : Le droit serait l'ensemble des " règles qui déterminent le comportement d'un tiers intervenant à l'occasion d'interactions données

philosophie l'a toujours fait[1]. Relevant de la philosophie, la phénoménologie aurait pu rester loin des préoccupations des juristes[2].

Mais étant avant tout une méthode, elle avait vocation à sortir du champ de la philosophie, devenant alors un mode d'exercice particulier de la plupart des activités spéculatives humaines[3]. Cette méthode est précieuse par la directive unique qu'elle suggère : observer d'un œil neuf. Se proposant de découvrir l'essence véritable du phénomène observé, tel qu'il se révèle à la conscience de l'observateur[4], la méthode phénoménologique suppose de délimiter un objet d'étude dépouillé de tout ce qui pourrait en altérer l'essence. La méthode phénoménologique n'est donc pertinente que lorsque le phénomène observé est parvenu à son degré de simplification ultime.

Cette opération de simplification, préalable à la mise en œuvre de la méthode phénoménologique, est définie comme l'opération de *réduction*[5]. La réduction est la

---

entre des personnes " physiques " ou " morales " (…), cette intervention ayant pour seul but ou motif soit de constater simplement la conformité entre les interactions et un certain idéal de Justice (n'existant que dans la conscience du tiers ou fixé aussi objectivement, oralement ou par écrit), soit de rendre les interactions conformes à cet idéal si elles ne le sont pas d'emblée ; cette intervention peut être irrésistible ou non, et dans les deux cas elle peut s'effectuer soit spontanément, soit à la demande de l'un au moins des agents en interaction. "

[1] Sur les espoirs que suscite la phénoménologie en matière de philosophie du droit voir M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2nde édition, 1962, réed. 2002, p. 100, " Nulle autre lecture philosophique ne me paraît à première vue, correspondre mieux à nos besoins. " Cette nouvelle méthode ne serait rien sans la connaissance des puissantes réflexions lui préexistant, voir sur ce point les directives de M. VILLEY, *op. cit.*, p. 99, " (...) *seule sera vraie* la philosophie qui aura pu réunir et réconcilier, sans en sacrifier aucun, ces aspects encore dispersés de la tradition. "

[2] En faveur d'une réappropriation des questions philosophiques par les juristes, voir M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2nde édition, 1962, réed. 2002, p. 293.

[3] Voir sur ce point, le véritable manifeste de la phénoménologie, HUSSERL, *Idées directrices pour une phénoménologie*, Trad. P. RICOEUR, Gallimard, 1985, p. 203. " En termes plus précis, la phénoménologie a la propriété distinctive d'embrasser dans l'ampleur de son universalité eidétique toutes les connaissances et toutes les sciences, si du moins on considère ce qui en elle (*sic*) est *immédiatement évident* (en italique dans le texte) ou devrait l'être si elles étaient des connaissances authentiques. Tout point de départ immédiat possible, tout progrès médiat impliqué dans une méthode possible, ont un sens et un droit qui tombent sous sa juridiction. Sont dès lors du ressort de la phénoménologie toutes les connaissances eidétiques (donc les connaissances d'une valeur générale inconditionnée) avec lesquelles les problèmes radicaux de " possibilité " soulevés par telle ou telle connaissance ou telle ou telle science susceptible d'être alléguée reçoivent une réponse. En tant que phénoménologie appliquée, elle exerce par conséquent à l'égard de toute science originale dans son principe la critique de dernière instance (…) ; c'est donc elle en particulier qui détermine en dernier ressort quel sens convient à " l'être " de ses objets et élucide le principe de sa méthodologie. " On comprend ici toute la richesse de la découverte de HUSSERL, la phénoménologie permet de rectifier le passage de la réalité à la perception de celle-ci par l'observateur, quelle que soit la réalité observée. En cela, elle permet la fondation inébranlable d'une véritable théorie de la connaissance mais en deçà, elle reste une méthode, évitant que l'observation faite d'un phénomène déforme l'essence de celui-ci.

[4] HUSSERL, *Idées directrices pour une phénoménologie*, Trad. P. RICOEUR, Gallimard, 1985, p. 139. L'auteur réhabilite la perception immédiate des choses aux dépends de la représentation symbolique par image ou par signe, démontrant ainsi la nécessité d'une perception directe de l'objet étudié, affranchie des présupposés relatifs à ce dernier.

[5] Sur la nécessité de la réduction, voir HUSSERL, *Idées directrices pour une phénoménologie*, Trad. P. RICOEUR, Gallimard, 1985, p. 187 & suiv.

condition nécessaire d'une observation délivrée de tout *a priori*[1]. A cette condition, on peut être certain que la conscience de l'observateur ne se saisit que de l'essence du phénomène observé. Devenue une méthode d'observation, la phénoménologie est précieuse aux juristes[2].

XI. Se comporter en phénoménologue impose de contempler, sans *a priori* aucun, un certain nombre de phénomènes juridiques[3]. Au nombre de ceux-ci, l'un d'entre eux va nous retenir. Il va s'agir d'observer précisément le phénomène par lequel des actions qui semblent relever du droit de disposer telles que le transfert de la propriété ou son démembrement vont être interdites[4]. En un mot, il va s'agir ici d'observer une éventuelle " restriction au droit de disposer ".

Le traitement phénoménologique de ce phénomène commande de se concentrer sur l'une des actions interdites, la plus simple possible, de façon à satisfaire l'impératif de réduction. Le phénomène observé dont notre étude se propose de révéler l'essence sera donc une situation pratique réduite à sa plus simple expression : un propriétaire se voit frappé de l'interdiction de transférer son bien à autrui, le bien concerné ne peut donc plus être aliéné. S'agissant d'étudier un phénomène pratique, à ce stade, il est parfaitement possible de revenir à une terminologie moins technique : notre propriétaire se voit simplement interdire de réaliser une vente.

La mise en œuvre de la méthode phénoménologique va permettre de découvrir les causes véritables ainsi que les conséquences naturelles de cette interdiction.

---

[1] Voir sur ce point, P. RICOEUR, *A l'école de la phénoménologie*, Bibliothèque d'histoire de la philosophie, Vrin, 2004, p. 2 : " (…) la phénoménologie se rattache plus radicalement encore à Descartes, au doute et au *cogito* cartésien ; la réduction qu'elle opère des fausses évidences - du " cela va de soi "- au phénomène véritable, à l'apparaître authentique, est bien dans la ligne du doute cartésien (…) ".

[2] Utilisée comme une méthode, la phénoménologie peut désormais se préoccuper d'autres objets que ceux de la philosophie. Ce sont bien les concepts juridiques qui peuvent désormais être l'objet d'une étude phénoménologique et non plus seulement le " droit " en tant que thème de recherche pour les philosophes. Voir sur ce point, à notre sens précurseur, REINACH, *Les fondements* a priori *du droit civil*, Trad. R. de CALAN, Vrin, 2004, *passim*, spéc. p. 183 & suiv.

[3] Voir sur ce point l'étude très riche de REINACH, *Les fondements* a priori *du droit civil*, Trad. R. de CALAN, Vrin, 2004. Sur cette étude, voir J-L. GARDIES, Le droit, l' " a priori " et l'expérience, *Arch. Philo. Droit.*, Tome VII, Sirey, 1962, 171 & suiv., spéc. p. 196. Poussant les enseignements de REINACH a son paroxysme, l'auteur conclut de façon très stimulante à l'existence d'axiomes -au sens mathématique- dans les disciplines juridiques, axiomes dont l'origine demeure mystérieuse : " qu'il [le juriste] en soit l'auteur ne fait pas qu'il en soit le maître ; qu'il n'en soit pas le maître ne prouve pas qu'il n'en soit pas l'auteur. "

[4] Voir *supra* n° II.

XII. Neutre, la méthode phénoménologique permet d'appréhender l'essence d'un phénomène sous un nombre infini d'angles d'approche[1]. Les causes véritables recherchées et les conséquences découvertes peuvent donc être multiples. Conçue initialement comme un courant philosophique, la phénoménologie peut être le moyen de révéler l'essence philosophique d'un phénomène[2]. Notre étude des interdictions d'aliéner ne méritera pourtant pas le titre d'étude philosophique. S'agissant d'une méthode, la phénoménologie est un ressort d'une grande vigueur dans tous les domaines de la connaissance. Ainsi, la méthode phénoménologique peut permettre d'appréhender les causes psychologiques ou sociologiques d'une interdiction d'aliéner mais tel ne sera pas le propos de notre étude.

Nous entendons simplement découvrir les causes juridiques de l'interdiction d'aliéner que subit un propriétaire. Il s'agira donc uniquement de livrer une justification d'ordre juridique à cette interdiction d'aliéner. S'agissant de l'étude des causes juridiques d'une interdiction d'aliéner, il faut ici s'assurer que cette interdiction d'aliéner n'aura évidemment ni un fondement psychologique, ni un fondement sociologique. En un mot, il faut ici s'assurer que l'interdiction d'aliéner sera exclusivement juridique. A cet égard, la clause d'inaliénabilité[3] que souffre un propriétaire présente un intérêt manifeste puisqu'elle établit une interdiction d'aliéner exclusivement juridique[4] et à ce titre, elle pourrait bien être une véritable restriction au droit de disposer. Elle sera le phénomène par l'observation phénoménologique duquel débutera notre étude de la restriction au droit de disposer.

XIII. Un tel objet d'étude peut pourtant susciter des réticences. Il est vrai que la méthode phénoménologique souffre d'un certain nombre d'inconvénients. C'est une méthode modeste car son objet d'étude restreint ne permet nullement de livrer une théorie du tout. En se contentant d'observer un phénomène pratique réduit à sa plus simple expression, l'adepte de la méthode phénoménologique doit s'interdire de généraliser sans précaution ses observations au-delà de la réalité observée. Sous peine de trahir la méthode suivie, il faut donc se garder de sombrer dans le dogmatisme au point de prétendre avoir découvert

---

[1] HUSSERL, *Idées directrices pour une phénoménologie*, Trad. P. RICOEUR, Gallimard, 1985, p. 203.
[2] Voir *supra* n° X.
[3] La clause d'inaliénabilité est permise par l'article 900-1 C.civ.
[4] Les anciennes décisions consacrées aux clauses d'inaliénabilité employaient plus souvent les termes " d'interdiction d'aliéner ", qui quoique moins usités dans la jurisprudence récente doivent être tenus pour équivalents de " clause d'inaliénabilité ". Voir en ce sens, Civ., 20 avril 1858, *in* Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, Dalloz, 12ème édition, 2007, n° 73, p. 461 & suiv.

le mystère qui réside en tout acte d'aliénation d'un bien par la simple contemplation de ce qui interdit un tel acte. Ainsi réduite à sa plus simple expression, l'interdiction d'aliéner observée, celle qui résulte des clauses d'inaliénabilité, ne permettra ni de livrer une théorie globale de l'aliénation ni même une théorie globale des interdictions d'aliéner[1], il ne s'agira que de découvrir ce qu'est une restriction au droit de disposer.

On ne s'étonnera donc pas que notre étude reste cantonnée au droit positif français. Il ne s'agit donc pas ici de présenter une théorie universelle de l'inaliénabilité[2], qui supposerait du reste que l'on traite conjointement de toutes les législations applicables. Or, celles-ci sont autant d'éléments de complexification susceptibles de perturber l'observation du phénomène étudié, interdisant par là-même d'en découvrir l'essence juridique profonde.

Le phénomène des clauses d'inaliénabilité, cette restriction éventuelle au droit de disposer, s'il doit être réduit à sa plus simple expression, sera étudié tel qu'il se présente à nous, compte tenu des règles de droit qui lui sont actuellement applicables[3]. Etude de droit positif, notre recherche n'a donc pas pour vocation de fournir une théorie de l'inaliénabilité valable à travers les âges. S'appuyant essentiellement sur le droit positif, notre étude n'éviterait pas le grief d'anachronisme si elle était étendue aux hypothèses d'inaliénabilité aujourd'hui disparues[4].

XIV. Procédant de l'analyse d'une situation actuelle rigoureusement délimitée, les enseignements tirés de l'étude du mécanisme des clauses d'inaliénabilité ne sauraient par ailleurs être étendus à d'autres phénomènes juridiques pour lesquels l'interdiction

---

[1] Comp. Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 51 & 52. Etudiant les indisponibilités, l'auteur justifie son choix de ne point toutes les envisager car " qui trop embrasse mal étreint ". De tels propos sont évidemment dictés par une prudence scientifique de bon aloi, on regrettera cependant que l'auteur ait voulu étreindre " les " indisponibilités. La prudence phénoménologique aurait, elle, dicté l'aphorisme suivant : qui trop embrasse les indisponibilités, mal étreint l'inaliénabilité.

[2] Pour une tentative en ce sens, voir S. ROSE-ACKERMAN, L'inaliénabilité et la théorie des droits de propriété, Trad. A. LESZCZYNSKI et V. MONSO, *R.R.J.*, 1987, n° 2, p. 533 & suiv. Voir de même Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 60, n° 31, " les indisponibilités contribuent à la mise en évidence d'un système logique qui pourrait bien être *universel*. "

[3] Voir, poussant l'idée à son paroxysme en prélude à une étude phénoménologique des principaux concepts du droit civil, REINACH, *Les fondements* a priori *du droit civil*, Trad. R. de CALAN, Vrin, 2004, p. 40 : " Tout comme les propositions juridiques elles-mêmes, leurs éléments, les *concepts juridiques* sont *créés* (en italique dans le texte), d'après cette conception générale, par des facteurs instituant le droit. Cela n'a aucun sens de parler de leur existence indépendamment du système juridique positif de l'époque dans laquelle ils s'inscrivent. "

[4] Ainsi l'étude de l'inaliénabilité qui frappait les biens dotaux ressortirait-elle d'une recherche historique dans la mesure où elle ne peut pas être conventionnellement ressuscitée. Voir sur point, J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, P.U.F., 2ème éd., 2001, n° 159, p. 149. Pour cette raison, l'inaliénabilité dotale ne sera abordée que très incidemment dans cette étude.

d'aliéner peut trouver un fondement distinct[1] : il ne s'agirait plus de " restriction au droit de disposer ". Relevant du droit privé, les clauses d'inaliénabilité privent de pertinence nos développements sur les restrictions au droit de disposer au-delà de ce cadre. Les interdictions d'aliéner relevant du droit public, qu'il s'agisse tant de l'interdiction de la cession d'un bien en deçà de la valeur du marché que de l'inaliénabilité qui frappe certains biens, ne peuvent ici être étudiées conjointement aux clauses d'inaliénabilité. L'existence d'une personne publique[2], le mécanisme de l'affectation[3], sont autant d'éléments de complexification[4] qui limitent l'intérêt phénoménologique d'une étude conjointe. Procédant respectivement de la personnalité publique et de l'affectation domaniale, l'interdiction d'aliéner un bien public en deçà de sa valeur[5] et l'interdiction totale d'aliéner certains biens du domaine public[6] sont des phénomènes " particuliers ". La formulation même de l'article 537 al. 2 C.civ. le confirme puisqu'il y est affirmé que

---

[1] Pour une étude générale de l'indisponibilité, voir I. BEYNEIX, *Contribution à l'étude de la notion d'indisponibilité en droit patrimonial*, Thèse, Paris I, 2004, p. 779, n° 1314, relevant à propos de l'indisponibilité, terme générique, " elle est la manifestation commune ou le terme générique couvrant les cas d'inaliénabilité, d'incessibilité, d'insaisissabilité, d'intransmissibilité et d'imprescriptibilité. En fait, le terme d'indisponibilité rassemble toutes les impossibilités de disposer quelles qu'en soient la cause et la forme spécifique. "

[2] Voir sur ce point, Ch. LAVIALLE, Regards sur l'appropriation publique, *Qu'en est-il de la propriété - L'appropriation en débat*, Colloque des 27 et 28 octobre 2005, Dir. D. TOMASIN, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 225 & suiv., spéc. p. 225, l'auteur relève ainsi à propos de l'appropriation publique : " Elle constitue, à coté de l'appropriation privée, une modalité d'appropriation identifiable par la qualité publique de la personne qui la met en œuvre. "

[3] Voir en ce sens, Ch. LAVIALLE, Regards sur l'appropriation publique, *op. cit.*, p. 225 & suiv., spéc. p. 236 et 237, " L'affectation publique est donc l'élément caractéristique de l'appropriation publique. Elle en est même une condition d'existence car les personnes publiques n'existent pas pour elles-mêmes (…). Aussi, (…) il est permis de penser que le domaine fait l'objet d'une appropriation spécifique. "

[4] Pour une étude complète des liens existant entre la personnalité publique et l'affectation, lesquels renvoient en réalité à la distinction existant entre propriété publique et domanialité publique, voir Ph. YOLKA, *La propriété publique - Eléments pour une théorie*, Thèse, Paris II, Préf. Y. GAUDEMET, Bibliothèque de Droit public, Tome 191, L.G.D.J., 1997, p. 612. L'auteur démontre l'efficience d'un critère organique de la propriété publique, l'existence d'une personne publique, qui permet de définir la propriété publique comme une notion conceptuelle. Cette notion conceptuelle de propriété publique doit être clairement distinguée d'une notion fonctionnelle, la domanialité publique dont la première " représente l'une des pierres d'angle ". Même distinguée de la domanialité publique, la propriété publique conserve une irrémédiable particularité tenant à la spécificité de la personne, publique, qui l'exerce. Ainsi a-t-il été proposé de faire de la domanialité publique non pas un complément mais un dérivé de la propriété publique, laquelle s'exprimerait en réalité dans la domanialité privée. Voir en ce sens, H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, Thèse, Paris II, Préf. D. TRUCHET, Bibliothèque de droit public, Tome 291, 1999, *passim*, spéc. p. 38.

[5] Cette interdiction d'aliéner un bien appartenant à une personne publique en dessous de la valeur du marché est l'un des éléments du régime de base de la propriété publique. Voir sur ce point, Ph. YOLKA, *La propriété publique - Eléments pour une théorie*, Thèse, Paris II, Préf. Y. GAUDEMET, Bibliothèque de Droit public, Tome 191, L.G.D.J., 1997, p. 578 & suiv.

[6] L'inaliénabilité totale de certains biens publics, est quant à elle une conséquence, sans doute la plus spectaculaire, de la domanialité publique, laquelle supposant la propriété publique, procède en outre d'une affectation particulière des biens concernés. Voir en ce sens, Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 534, concédant la variabilité des régimes juridiques dérivant de la domanialité publique, l'auteur tempère toutefois : " (…) il existe de grands principes, par exemple l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité, dont l'application est normalement fonction de la seule appartenance des biens au domaine public. "

" Les biens qui *n'appartiennent pas à des particuliers* (…) *ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières* (mis en italique par nos soins). " Une étude comparée des interdictions d'aliéner de droit public et des clauses d'inaliénabilité ne pourrait être menée conformément à cette méthode. Une telle comparaison présupposerait une essence commune alors qu'il importe de débuter une étude phénoménologique sans *a priori*[1], bien plus une telle comparaison supposerait de s'affranchir de la lettre et du sens de l'article 537 C.civ. Notre étude n'a vocation qu'à déterminer le plus justement possible le contenu de la catégorie des restrictions au droit de disposer en s'appuyant en premier lieu sur l'analyse phénoménologique du mécanisme des clauses d'inaliénabilité. Découvrir l'essence de ce phénomène pour comprendre ce qu'est une restriction au droit de disposer impose d'exclure les interdictions d'aliéner du droit public du champ de notre étude. Nous cantonnant ainsi à l'étude d'une interdiction d'aliéner relevant du seul droit privé, c'est donc par l'observation du phénomène unique des clauses d'inaliénabilité qu'il nous faudra débuter notre étude.

La rigueur phénoménologique qui guidera cette étude rapprochée d'une éventuelle restriction au droit de disposer ne saurait tolérer les inexactitudes qu'aurait permises l'observation lointaine et globale des différents types d'inaliénabilité. L'unique phénomène des clauses d'inaliénabilité est gros de détails qui ne peuvent échapper à l'observateur attentif[2]. Les clauses d'inaliénabilité semblent permises dans des conditions

---

[1] Voir cependant, menant une étude de l'indisponibilité en droit privé en partant du postulat que la forme idéelle de celle-ci réside dans l'affectation présente en droit public, Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, n° 3 & suiv., n° 41 & suiv., spéc. n° 44. Etant donné l'importance de l'affectation en matière de domanialité publique, on ne s'étonnera donc pas que l'auteur ait entendu définir l'indisponibilité réelle comme la conséquence de l'affectation d'un bien laquelle en détermine les effets.

[2] Comp. Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 48 *in fine* & 49. Se proposant d'étudier le phénomène des indisponibilités, l'auteur signifie sa préférence pour une méthode inductive, nécessaire à la conceptualisation. Une telle méthode est elle-même prometteuse, l'auteur rappelle ainsi le vice d'une méthode déductive laquelle peut servir des idées préconçues. Il affirme ensuite que " basée sur l'observation, cette méthode suppose qu'on définisse ce qui dans chaque indisponibilité doit être observé, dans l'optique de recoupements et d'oppositions. (…) C'est bien entendu la variété des buts concrets poursuivis dans les diverses hypothèses d'indisponibilités qui fait leur diversité. On est donc certain de saisir la spécificité de l'indisponibilité en se concentrant sur le but. " On remarquera que l'auteur ne s'est pas affranchi des idées préconçues qui postulent le caractère juridiquement relevant du but poursuivi par l'indisponibilité. On pourrait d'ailleurs relever immédiatement qu'une telle étude aura bien du mal à faire le lien entre l'opportunité qui préside au " but d'une indisponibilité " et la technique juridique qui permet d'atteindre ce but. Centrer l'étude de l'indisponibilité sur le but de celle-ci impose mécaniquement de conclure à l'importance de celui-ci. Puisque l'on ne voit jamais que ceux à qui on ne tourne pas le dos, on ne s'étonnera donc pas que les conclusions de cette étude fassent la part belle à l'idée d'affectation au détriment d'une analyse unitaire de la technique mise en œuvre.

restreintes[1], leurs effets demeurent obscurs : sont-elles sanctionnées par la nullité[2] ? Se doublent-elles d'une véritable insaisissabilité[3] ? L'inaliénabilité et l'insaisissabilité autonome participent-elles de la même nature ? Les questions à résoudre demeurent nombreuses car le phénomène étudié sera appréhendé dans toute sa complexité.

XV. Appréhender l'intégralité d'un phénomène suppose encore d'éviter les interférences qui résulteraient d'une caractérisation trop peu rigoureuse de son mécanisme. Ainsi, au sein même du droit privé aujourd'hui en vigueur, le phénomène étudié doit encore être distingué d'un certain nombre de situations concrètes parfois comparées aux clauses d'inaliénabilité et comme telles susceptibles d'interdire une définition rigoureuse de la restriction au droit de disposer.

Cette entreprise de réduction de notre sujet d'étude nécessite de distinguer nettement le cas dans lequel le propriétaire se voit juridiquement interdire de vendre en raison d'une clause d'inaliénabilité du cas dans lequel il est interdit à l'un des copropriétaires de vendre. La copropriété et son incidence sur les actions interdites à l'un des copropriétaires relèvent d'une situation pratique différente, d'un phénomène différent, qui ne sera pas directement l'objet de notre étude. On s'en convaincra aisément, l'unicité de propriétaire induit une situation pratique fort différente de celle dans laquelle il en existe plusieurs. La clause d'inaliénabilité doit donc être différenciée de toutes les hypothèses d'appropriation collective. L'appropriation collective constitue un facteur de complexification qui distingue nettement cette dernière situation de celle que nous étudions. Si l'on veut rester fidèle à la méthode phénoménologique, il importe de réduire l'objet de notre étude à l'appropriation individuelle telle qu'une clause d'inaliénabilité la perturbe. A la réflexion, d'ailleurs, le juriste peut avoir la faiblesse d'admettre qu'une appropriation collective n'engendre pas en elle-même une interdiction d'aliéner comparable à celle qui réside dans les clauses d'inaliénabilité. En effet, loin d'être inaliénable, le bien objet d'une appropriation collective, un bien indivis[4], pourra toujours

---

[1] Ainsi l'article 900-1 C.civ. dispose-t-il que les clauses d'inaliénabilité, incluses dans les libéralités ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt légitime. Voir en outre, reprenant récemment ces deux critères en matière de clauses d'inaliénabilité établies dans des actes à titre onéreux, Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2007, arrêt publié au Bulletin, pourvoi n° 05-14238.

[2] Sur cette question, voir par exemple, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, p. 132, n° 135.

[3] Voir ainsi les doutes émis par B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse, Clermont Ferrand, Préf. Y CHAPUT, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 262 & suiv., spéc. n° 264.

[4] Sur l'indivision comme mécanisme de base des appropriations collectives, voir G. CORNU, *Les biens*, Droit civil, Montchrestien, 13ème édition, 2007, p. 133, n° 57. Analysant la structure élémentaire de la copropriété, l'auteur

être aliéné : simplement, l'aliénation requerra l'accord de tous ceux qui se le sont appropriés. Nulle interdiction d'aliéner, donc, dans l'appropriation collective, il s'agit simplement d'une aliénation complexifiée[1]. Le même raisonnement pourrait parfaitement être tenu concernant la prétendue insaisissabilité des biens indivis[2]. Le bien indivis est évidemment saisissable par les créanciers de l'indivision[3]. L'appropriation collective se distingue irrémédiablement de l'appropriation individuelle ; l'appropriation collective n'est donc point réductible à une clause d'inaliénabilité ni même à une éventuelle

---

rappelle que " les copropriétaires sont aussi nommés indivisaires ou coïndivisaires. " Comp. Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens*, PUF, 3ème édition, 2008, p. 513, n° 347. Les auteurs distinguent l'indivision de la communauté. Là où la première manifeste l'existence de droits de propriété concurrents sur un même " bien ", la seconde manifeste l'existence d'un même droit de propriété pour tous. Seule la seconde institution mériterait le titre de " propriété collective ". Concernant la question de l'aliénation du bien commun, la distinction a peu d'incidence puisque l'on imagine mal l'un des intervenants imposer une aliénation de son seul chef à tous les autres. Pour le reste, on peut se demander si la distinction faite entre les deux institutions conserve sa pertinence dès lors qu'existe une personne morale. L'existence d'une personne morale fait en effet basculer l'appropriation collective du coté de l'appropriation individuelle. Et l'observateur extérieur est bien obligé de constater que dans ce cas, il n'y a qu'un seul propriétaire : la personne morale. La communauté, si elle manifeste l'existence d'un unique droit de propriété dont une personne morale est le titulaire ressemble donc à s'y méprendre à un cas d'appropriation individuelle.

[1] On peut donc s'étonner que la Cour de cassation se soit récemment risquée à soumettre la clause de tontine aux prescriptions de l'article 900-1 C.civ. Voir ainsi, Cass. Civ. 1ère, 8 janvier 2002, *Bull. civ.*, n°3, *R.T.D. civ.*, 2002, obs. Th. REVET, p. 542 & suiv., n° 5. Difficilement qualifiable lorsque l'on recourt au schéma d'une appropriation individuelle, la tontine semble aisément qualifiable en un mécanisme d'appropriation collective. L'idée d'un droit de propriété résoluble du prémourant et d'un droit de propriété suspendu du survivant échoue nettement à lever les mystères de la tontine dans au moins une situation pratique : si deux tontiniers concubins venaient à disparaître au même moment, il serait par hypothèse impossible de déterminer qui des héritiers de l'un ou de l'autre des tontiniers doit recevoir le bien car il est impossible de prouver lequel des deux est le prémourant ! L'article 725-1 al.1 C.civ. est donc inapplicable. Or dans l'hypothèse d'un décès simultané, l'article 725-1 al. 2 C.civ. dispose que la succession de chacun des défunts est dévolue sans que l'autre y soit appelé. Cette disposition est inutile ici puisque les concubins ne sont pas dans le cadre d'un concubinage héritiers l'un de l'autre. Confronté à un litige, n'ayant pas la possibilité de mettre en œuvre l'article 725-1 C.civ., le juge devra forcément révéler la vraie nature de la tontine : une appropriation collective, une indivision. Si dans le cas d'un décès simultané elle s'analyse comme une véritable indivision, on ne voit pas d'explication au fait qu'elle soit qualifiée autrement en cas de décès successifs. En outre, quant à la prétendue insaisissabilité du bien acquis en tontine, on admettra sans peine qu'elle est un terme improprement usité dans la mesure où le créancier de tous les tontiniers ne la subira évidemment pas (Sur la saisie du bien acquis en tontine et la qualification de celle-ci en une propriété collective, voir B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, Thèse, Paris II, 1998, n° 394, p. 340 et 341). Quant au caractère perpétuel de l'indivision qui en résulterait, il semble qu'il serait de bon ton que la Cour de cassation l'assume, reconnaissant par là même sa vocation à établir des normes contredisant expressément les normes écrites. Pour le recours à l'indivision pour justifier le mécanisme de la tontine, voir Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens*, PUF, 3ème édition, 2008, n° 360, p. 538.

[2] Comp. Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 160 & suiv. Définissant l'indisponibilité d'un bien comme son affectation à un objectif particulier, l'auteur en est conduit à envisager l'indisponibilité des sépultures et des souvenirs de familles alors que tout concourt à justifier le régime juridique de ces biens spécifiques par une appropriation collective au profit des différents membres de la famille, elle-même perturbée en raison du caractère coutumier de certaines règles applicables.

[3] Voir en ce sens, l'article 815-17 C.civ. qui dispose que " les créanciers qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision, et ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis, seront payés par prélèvement avant le partage (…) ". En présence d'une convention relative à l'exercice des droits indivis, l'article 1873-15 C.civ. renvoie d'ailleurs à la disposition précédente.

restriction au droit de disposer. Il y a là deux réalités différentes qu'il ne serait pas de bonne méthode phénoménologique de traiter conjointement.

De la même manière, l'étude des actions relevant du droit de disposer et interdites au propriétaire subissant une clause d'inaliénabilité suppose l'existence d'un propriétaire. Par conséquent, les actions éventuellement interdites au propriétaire pour le temps où il ne sera plus ne peuvent relever de la même étude que celle des restrictions au droit de disposer telle que nous entendons la mener. L'observation fidèle du mécanisme de la clause d'inaliénabilité suppose que le propriétaire subissant la clause soit vivant. La disparition du propriétaire et, partant, la disposition à cause de mort relèvent d'une situation totalement différente. On s'en persuadera en relevant que la disposition entre vifs n'est pas soumise aux mêmes principes directeurs que la disposition à cause de mort. Là où la première est régulée par l'article 537 C.civ., la seconde est gouvernée par l'article 721 C.civ. Cette différence purement formelle révèle une opposition substantielle entre l'une et l'autre. On admettra ainsi sans peine que l'article 537 C.civ. proclame une liberté tempérée par les modifications que la loi établit. Le principe demeure donc celui de la toute puissance de la volonté tempérée le cas échéant par la loi. L'article 721 C.civ. est en revanche infiniment moins permissif. C'est la loi qui organise la dévolution successorale lorsque le défunt n'a pas disposé de ses biens par libéralités. La loi et la volonté semblent ici opérer dans une égale proportion[1], ce qui ne résulte évidemment pas de l'article 537 C.civ. Enfin, on constatera que la dévolution successorale concerne en principe les biens subsistant au jour du décès, soit après que la disposition entre vifs a perdu son empire. La disposition entre vifs et la disposition à cause de mort répondent donc à des logiques bien différentes. Les clauses d'inaliénabilité, restrictions éventuelles au droit de disposer, n'ont donc pas vocation à être traitées conjointement avec les nombreuses restrictions entourant la disposition à cause de mort. La mort de l'individu propriétaire constitue ainsi un facteur de complication, qui distingue irrémédiablement

[1] Voir en ce sens, Ph. MALAURIE, *Les successions - Les libéralités*, Droit civil, Defrénois, 2ème édition, 2006, p. 21, n° 23. A la réflexion, quand bien même la volonté et la loi partageraient de fonder une dévolution successorale, il ne semble pas que la volonté joue exactement le même rôle selon qu'il s'agit de disposition à cause de mort ou de disposition entre vifs. Alors que sans volonté la disposition entre vifs ne se produit pas, on relèvera que sans volonté successorale, la disposition à cause de mort se produit tout de même. En l'absence de libéralités, la loi conserve son empire. En matière de disposition entre vifs, sans volonté, il n'y a pas d'empire de la loi qui vaille ! On remarquera d'ailleurs que l'omniprésence de la loi en matière de disposition à cause de mort semble fondée sur l'interprétation littérale de l'article 721 C.civ. Quoique loi et volonté soient censées être à égalité, seule la première opère subsidiairement la dévolution successorale et que l'on sache, en l'absence de libéralités, il n'est point de juge nommé pour déterminer les dernières intentions du défunt.

ces dernières situations de celle que nous étudions. Notre étude sur la restriction au droit de disposer ne sera donc pas l'étude de la restriction au droit de disposer à cause de mort. Si la mort de l'individu constitue cet événement objectif qui distingue la restriction du droit de disposer à cause de mort de la restriction au droit de disposer telle que nous l'étudierons, il faut constater que cet événement n'est pas le seul à même de perturber la compréhension du droit de disposer.

En effet, on concèdera sans peine que l'étude de la restriction au droit de disposer commande qu'un droit de disposer existe : le néant ne peut " devenir moindre "[1]. Si l'on peut douter qu'il persiste à compter de la mort de l'individu, on doit admettre que du vivant de l'individu, il est parfois même inexistant. Ainsi enseigne-t-on traditionnellement que les droits de la personnalité sont des droits extrapatrimoniaux dont on ne peut disposer[2]. Il faut entendre par là qu'ils ne peuvent être cédés[3]. Cela ne signifie nullement que leur violation ne soit point sanctionnée[4]. Simplement, l'interdiction d'aliéner qui préside en matière de droits de la personnalité diffère totalement de celle qui résulte d'une clause d'inaliénabilité[5]. Là où la première est naturelle, la seconde n'est qu'accidentelle puisque c'est justement la clause d'inaliénabilité qui constitue la cause juridique de l'interdiction d'aliéner[6]. Notre étude ne

---

[1] P. ROBERT, *Le nouveau petit Robert*, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Dir. J. REY-DEBOVE, A. REY, Le Robert, 1996, *V°* Restriction, sens 3.

[2] Voir en ce sens, Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, Droit civil, Tome I, Economica, 5ème édition, 2006, n° 399 : " Ce qui caractérise les droits extrapatrimoniaux, c'est qu'ils sont indissolublement attachés à la personne, en principe. "

[3] Voir sur ce point, entre autres, Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 404 : " L'indisponibilité des droits extrapatrimoniaux signifient que ces droits ne peuvent pas faire l'objet d'un contrat (vente, donation) en vertu duquel le droit serait transmis à autrui. ". Voir de même, I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, Thèse, Montpellier I, Préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 471, L.G.D.J., 2006, p. 65, n° 105 & suiv.

[4] Voir en ce sens la formule parfaitement claire de Ch. LARROUMET, *op. cit.* : " Cependant, l'intransmissibilité ne doit pas être confondue avec la possibilité consentie à autrui de porter atteinte à un droit extrapatrimonial. " Sur les modalités de la sanction d'une atteinte à un droit de la personnalité, le droit au respect de la vie privée, voir ainsi, Cass. Civ. 1ère, 5 novembre 1996, *in* Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 12ème édition, 2007, n° 20, p. 149 & suiv.

[5] Voir cependant, opérant un rapprochement entre l'inaliénabilité et l'insaisissabilité des droits extrapatrimoniaux et l'inaliénabilité et l'insaisissabilité qui résultent d'une clause d'inaliénabilité, Fr. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis, Dalloz, 6ème édition, 2003, n° 195, p. 187 & 188. Opérant un simple rapprochement, l'auteur se garde bien toutefois d'en déduire une conséquence quelconque quant à l'appropriation des uns et des autres. Une telle comparaison suppose néanmoins qu'inaliénabilité et insaisissabilité soient analysées comme des notions fonctionnelles, en ce sens qu'elles ont vocation à s'appliquer à toute situation dans laquelle un objet ne peut être ni vendu ni saisi. L'emploi indifférencié de ces termes conjugué au refus de trancher la question d'une éventuelle appropriation identique des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux interdit de définir l'inaliénabilité et l'insaisissabilité comme des mécanismes autonomes. Ils symbolisent des effets communs alors que la cause de ceux-ci demeure mystérieuse.

[6] Voir sur ce point, Fr. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, Thèse, Paris I, Préf. J. GHESTIN, L.G.D.J., 2002, n° 186. Adoptant une définition de l'indisponibilité en tout point

reposera donc pas sur l'*a priori* selon lequel les droits extrapatrimoniaux et les droits patrimoniaux sont comparables[1]. L'étude de la restriction au droit de disposer ne sera donc point une étude consacrée aux droits extrapatrimoniaux.

XVI. En apparence, notre sujet d'étude semble s'être réduit à bien peu de choses[2]. Il faut pourtant annoncer que cela ne préjuge en rien des conclusions que l'on tirera de l'étude entreprise. En revanche, il ne faut pas se méprendre, si l'on veut suivre de façon cohérente la méthode phénoménologique, il ne sera pas possible d'étendre ces conclusions de façon déraisonnable. Par conséquent, l'étude de la restriction au droit de disposer telle qu'elle sera menée ne permettra pas de livrer une analyse globale de l'inaliénabilité, au-delà des frontières spatiales et temporelles, pas plus qu'elle ne permettra trancher la question de l'inaliénabilité du domaine public en droit public. En outre, elle ne permettra pas de lever les mystères du droit de disposer en cas d'appropriation collective pas plus d'ailleurs qu'elle ne permettra d'élucider la question des limitations à l'exercice du droit de disposer à cause de mort. Enfin, elle ne prétendra aucunement trancher la question du statut des droits extrapatrimoniaux.

A ce stade, douter de l'intérêt de notre étude des restrictions au droit de disposer reviendrait à craindre que l'on ne puisse rien tirer de l'étude d'un mécanisme

---

conforme à celle que l'on admet pour l'inaliénabilité en droit positif, l'auteur précise qu'il faut bien distinguer cette indisponibilité et " l'impossibilité " juridique. Il estime alors que " l'inaptitude du droit au transfert ne peut relever théoriquement du concept d'indisponibilité " en prenant justement pour exemple le cas des droits extrapatrimoniaux.

[1] Voir sur ce point, posant à notre sens très justement que les choses non patrimoniales doivent être conceptualisées indépendamment des choses patrimoniales, M. FABRE-MAGNAN, Propriété, patrimoine et lien social, *R.T.D.civ.*, 1997, p. 583 & suiv., spéc. p. 611, n° 37 & suiv. Voir cependant, admettant l'idée d'un droit de propriété dans les droits extrapatrimoniaux, Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 1ère édition, 2006, n° 262, p. 222, *adde* Fr. ZENATI-CASTAING, La propriété, mécanisme fondamental du droit, *R.T.D.civ.*, 2006, p. 445 & suiv. Les auteurs estiment que l'objet des droits de la personnalité est en réalité une chose, objet d'un droit de propriété ce qui conduit logiquement à découvrir des droits de propriété dans tous les droits de la personnalité. Il est certain que le droit de propriété ne saurait permettre plus que ce que permet son objet. Ainsi, il serait vain de rejeter leurs conclusions en relevant que les prérogatives de celui qui est propriétaire de son corps ou de son image se réduisent à une peau de chagrin. Voir ainsi, utilisant cet argument pour justifier de la spécificité de la propriété des créances, R. LIBCHABER, La recodification du droit des biens, *Le Code civil 1804 – 2004, Livre du bicentenaire*, Litec, p. 297 & suiv., spéc. n° 14. De ce constat que la propriété des créances n'est qu'une peau de chagrin, ce qui en soi n'est donc pas rédhibitoire, on tirera simplement que cette peau de chagrin s'affine à mesure qu'elle s'étend. (Sur cette métaphore très éclairante à propos des objets nouveaux de la propriété, voir, P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Thèse, Paris II, Préf. M. GOBERT, L.G.D.J., 1995, p. 76, n° 93.) Peut-être s'alarmera-t-on alors de ce que l'adaptation de la propriété à son objet finira sans doute par faire consacrer un droit de propriété transparent sur les rayons de lumière qui nous éclairent, sur l'air que l'on respire, celui que l'on déplace par nos mouvements, nos paroles et sur les pensées que l'on se formule à soi-même.

[2] Comp. Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 54, n° 25 : " Il n'y a donc aucune limite au champ d'observation des indisponibilités autre que la présence d'un bien inaliénable. "

exceptionnel[1] qui ne soit pas exclusivement relatif à ce mécanisme. Autrement dit, une étude phénoménologique d'un phénomène juridique confinerait au relativisme[2], ruinant ainsi l'esprit de système dont un juriste peut se réclamer[3]. L'objection se comprend. A ne vouloir comparer que ce qui est comparable, l'adepte de la méthode phénoménologique, proclamant le caractère incomparable de ses objets d'étude, risque de conclure à l'unicité de chacun d'eux… Insuffisamment opératoire, l'étude phénoménologique serait inutile, ce qui serait le pire des reproches.

A cela, on pourrait répondre que, si elle s'avère vérifiée, une telle conclusion n'est guère contestable. Par ailleurs, pour phénoménologique qu'elle soit, notre étude n'en demeurera pas moins l'étude de phénomènes pris dans leur globalité. Ainsi, les réductions, successivement opérées, n'ont aucunement pour but de traiter l'inaliénabilité et d'éventuelles restrictions au droit de disposer comme de pures abstractions. La clause d'inaliénabilité est un phénomène juridique réel. Par conséquent, le propriétaire victime de la clause d'inaliénabilité ne doit pas être imaginé dans l'isolement conceptuel le plus absolu[4]. Se livrer à une étude phénoménologique de cette interdiction d'aliéner qu'est la clause d'inaliénabilité suppose d'étudier celle-ci dans toute sa plénitude. Or, la clause d'inaliénabilité ne concerne pas que celui qui la subit. Elle intéresse aussi ceux qui, tiers, prétendraient acquérir le bien concerné. L'étude phénoménologique de la clause d'inaliénabilité a vocation à saisir l'essence du phénomène à l'égard de tous ceux qu'il concerne pour en fournir une justification rationnelle en recourant au concept de restriction au droit de disposer.

---

[1] Une recherche en ligne sur le site www.legifrance.gouv.fr révèle que sur les vingt dernières années, la Cour de cassation a rendu moins d'une cinquantaine de décisions contenant les mots " clause d'inaliénabilité ".

[2] A la réflexion, il n'est pas certain que le relativisme exclue l'esprit de système. Tout va finalement dépendre du degré de généralité auquel se situe le système. S'il se prétend universel, forcément imprécis, le relativisme n'aura pas de prise sur lui. S'il concerne une question précise, il contiendra évidemment des propositions très précises, il souffrira du relativisme. Mais cette souffrance doit elle-même être relativisée, un système conçu pour avoir un champ opératoire limité n'avait de toute façon aucune prétention à l'universalité. Le relativisme ne serait donc que la rançon à payer par qui veut prétendre ériger un système conduisant à la formulation de propositions suffisamment précises pour être opératoires.

[3] Sur cette question, voir le célèbre plaidoyer de RIVERO, Apologie pour les " faiseurs de système ", *D.*, 1951, Chr. p. 99 & suiv. Voir de même, J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Thémis, Droit privé, PUF, 2001, p. 20 & suiv.

[4] Sur cette nécessité méthodologique dans toute réflexion ayant pour objet la matière juridique, voir S. GOYARD-FABRE, *Philosophie critique et raison juridique*, Thémis, Philosophie, PUF, 2004, p. 5 et plus spécialement en tant que nécessité de l'approche kantienne de la philosophie du droit, p. 117. L'auteur relève qu'en réaction aux excès de l'individualisme, il est désormais préférable que les rapports juridiques soient pensés dans " l'espace public ". Nous souscrivons sans réserve à ce constat qui semble le seul à demeurer fidèle à la réalité des rapports juridiques. On pourrait d'ailleurs s'appuyer sur ce constat pour dénier toute pertinence à une analyse juridique qui n'aurait que l'individu seul pour horizon. Une telle analyse présenterait le vice majeur d'être une pure abstraction dont on peut douter qu'elle ait pour vocation d'être opératoire.

Au-delà, loin de concerner les seuls candidats à l'acquisition d'un bien inaliénable, l'inaliénabilité intéresse aussi surtout, ceux qui, créanciers, prétendraient saisir le bien inaliénable. L'étude de l'inaliénabilité commande donc celle de l'insaisissabilité laquelle existe parfois indépendamment de toute inaliénabilité. Tantôt dépendante de l'inaliénabilité, tantôt autonome, l'insaisissabilité présente la particularité de prohiber la mise en œuvre d'un mode d'aliénation spécifique, celle que réalisent les créanciers lors de la saisie de l'un des biens de leur débiteur. Il serait surprenant que l'étude de la clause d'inaliénabilité, laquelle établit elle aussi une interdiction d'aliéner, ne permette pas de mieux appréhender l'insaisissabilité. Bien plus même, si l'inaliénabilité ressortit de la catégorie des restrictions au droit de disposer, on pourrait s'étonner de ce que l'insaisissabilité ne puisse pas elle aussi y être incluse.

XVII. On s'aperçoit alors que la réduction de l'objet d'une étude phénoménologique permet d'apprécier toute l'étendue de ce dernier. Relèvera-t-on que l'étude du phénomène des clauses d'inaliénabilité dans son intégralité demeure inutile si elle permet de comprendre les effets de l'inaliénabilité et de l'insaisissabilité tant à l'égard de ceux qui en profitent qu'à l'égard de ceux qui les souffrent ? Cela ne semble pas raisonnable.

Mais pire, renchérira-t-on, quoiqu'intégrale, l'intérêt d'une telle approche serait inexistant au-delà du domaine de l'inaliénabilité. Que l'on se rassure, l'utilisation de la méthode phénoménologique en matière juridique ne permettra pas que ce reproche reste sans réponse : en matière de restriction au droit de disposer, s'agissant de l'inaliénabilité mais aussi de l'insaisissabilité, le juriste peut tirer un grand profit de la mise en œuvre de cette méthode.

En effet, appliquer la méthode phénoménologique à la matière juridique permet certes d'observer d'un œil neuf certains phénomènes, mais cet œil neuf, débarrassé de tout *a priori*, demeure l'œil d'un juriste. Le juriste, un peu artiste[1], ne voit pas que le monde tel qu'il se présente à lui " factuellement ", il ne voit parfois ce dernier qu'au travers des mots et, partant, des concepts du droit. A la réalité factuelle qui se présente à tous, le juriste superpose une grille de lecture particulière, qu'il partage le plus souvent avec les

[1] Sur l'esthétisme comme quête du juriste, voir Ph. JESTAZ, Le beau droit, *Autour du droit civil - Ecrits dispersés, Idées convergentes*, Dalloz, 2005, p.47 & suiv., spéc. p. 50.

autres juristes, laquelle leur permet de se repérer aussi parmi ces faits. En un mot, le juriste qualifie ce qu'il observe[1].

Cette qualification ne s'opère point par hasard. D'une part, elle permet la détermination d'un régime juridique particulier. D'autre part, bien qu'elle soit souvent évidente, la qualification suscite parfois un certain nombre d'interrogations. C'est qu'en effet, les qualifications sont élaborées par les juristes en considération de la spécificité de certains phénomènes. On en prendra pour exemple que la qualification de droit personnel s'applique à un certain nombre de situations qui n'ont en principe rien à voir avec les situations dans lesquelles on recourra à la qualification de droit réel[2]. C'est à ce stade qu'intervient la méthode phénoménologique, elle évite justement qu'une qualification soit opérée au hasard[3]. Elle est ce juste moyen d'une qualification conforme à la nature des choses[4].

---

[1] Sur l'opération de qualification, ce fait de " dire le monde dans les termes du droit ", voir les remarques très éclairantes de I. PARIENTE-BUTTERLIN, *Le droit, la norme et le réel*, Quadrige, PUF, 2005, p. 151 & suiv.

[2] Evidemment, un tel exemple suppose que droit réel et droit personnel ne s'identifient pas complètement. Sur le rapprochement entre droit réel et droit personnel, quoiqu'ils demeurent distincts quant à la détermination du débiteur, voir GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, L.G.D.J., Paris, 1960, p. 184 & suiv.

[3] Voir sur ce point le rapprochement opéré par J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Thémis, Droit privé, PUF, 2001, p. 22 et la référence citée.

[4] Sur cette question, voir J.-L. BERGEL, Différence de nature = différence de régime, *R.T.D.civ.*, 1984, p. 255 & suiv., spéc. p. 263, n° 10 : " Dans le rapport entre la nature juridique et le régime juridique d'une notion ou d'une catégorie, c'est la nature qui est l'élément premier et le régime juridique l'élément déduit. Ce n'est pas le régime d'un concept qui en détermine la nature. S'il arrive que l'on raisonne ainsi, c'est qu'un régime juridique peut servir d'indice de qualification d'une situation ou de contre-épreuve de sa nature probable. L'esprit de la règle susceptible de s'y appliquer influe parfois sur la qualification, par une sorte d'effet réflexe. Mais ce n'est pas la démarche fondamentale, selon laquelle c'est la nature qui commande le régime. " A la réflexion, on peut se demander si l'effet réflexe dont il est question constitue véritablement " l'exception ". En effet, lorsque l'on affirme que la nature commande le régime juridique, la nature dont il est question est la nature juridique de l'institution et la proposition ne signifie pas autre chose que celle selon laquelle la qualification juridique d'un phénomène détermine les effets de droits qu'il doit produire. Toute la difficulté réside alors dans la conceptualisation de cette nature juridique. Les liens entre " nature juridique " et " concept " juridique semblent forts étroits et quant aux liens entretenus par cette nature juridique avec le régime juridique, il nous semble que cette nature juridique est forcément déterminée en fonction du régime juridique. On dira ainsi que la nature juridique de la propriété, le concept juridique de la propriété, c'est de réunir tous les pouvoirs susceptibles d'être exercés sur une chose. Or, on s'aperçoit que le régime juridique de la propriété, tel que l'article 544 C.civ. le définit, ne dit pas autre chose. La nature juridique d'une institution serait une sorte de " condensé " de son régime juridique. De ce point de vue, dans toute opération de qualification, la considération pour le régime juridique serait systématique. En outre, lorsque l'on constate que le régime influe sur la nature, on signifie simplement que l'opération de qualification est parfois biaisée en ce sens que la considération du régime applicable pousse le juriste à rejeter une qualification et le régime juridique qu'elle symbolise. On signifie donc qu'un régime juridique peut être inadéquat, ce qui justifie qu'une qualification soit écartée. Mais dans ce cas, le phénomène à qualifier devra faire l'objet d'une qualification plus adéquate, conforme à sa nature véritable. Cette nouvelle qualification juridique commandera l'application d'un régime juridique particulier que l'on espère adéquat. Toute la question sera alors celle de savoir quels sont les liens qu'entretiennent la nature véritable des choses et la nature juridique qu'on leur attribue. Si la nature véritable commande une nature juridique et donc un régime juridique, cela revient à admettre que le phénomène à qualifier contient en lui-même sa propre définition juridique, ce qui renvoie tout simplement à une question incontournable quoique souvent évitée :

XVIII. Aborder l'étude des restrictions au droit de disposer en combinant la méthode phénoménologique et l'œil du juriste, c'est ainsi tenter de saisir l'essence de l'inaliénabilité certes, mais aussi de l'insaisissabilité au travers de la conscience qu'en a un juriste rigoureux. Cette combinaison de deux approches permet d'opérer une qualification prudente des mécanismes observés. Parce qu'il se prétend phénoménologue, le juriste observera certains phénomènes sans aucun *a priori*. Il faut entendre ici qu'aucune qualification du phénomène observé ne sera opérée sans qu'une parfaite correspondance entre les présupposés de la qualification et le phénomène observé ne soit constatée.

Le juriste qui prétend user de la méthode phénoménologique aura donc à cœur de vérifier l'adéquation d'une qualification à la réalité qualifiée. En cas de discordance entre la qualification proposée et le phénomène observé, parce qu'il demeure un juriste, celui qui prétend avoir mis en œuvre la méthode phénoménologique devra proposer une qualification plus adéquate, celle de restriction au droit de disposer. Celle-ci formulée, il faudra alors naturellement se demander si elle ne peut pas être réemployée ailleurs afin de livrer une juste qualification de mécanismes apparentés à l'inaliénabilité de l'article 900-1 C.civ. tels évidemment les autres hypothèses d'inaliénabilité ou encore surtout les différentes insaisissabilités existantes. Cette nouvelle qualification mise en œuvre, il faudra alors en tirer les conséquences qui s'imposent, si celles-ci diffèrent de la qualification précédemment admise. En un mot, il faudra appliquer le régime juridique dépendant de la qualification choisie.

Evaluer la pertinence des qualifications proposées, constater leur inadéquation, proposer une nouvelle qualification, éventuellement la mettre en œuvre pour en déduire un régime juridique particulier, tel sera notre propos en matière d'inaliénabilité d'abord, d'insaisissabilité ensuite.

XIX. L'inaliénabilité d'abord voit son mécanisme qualifié tantôt de droit personnel tantôt de droit réel or il sera démontré que l'inaliénabilité ne mérite ni l'une ni l'autre de ces qualifications tant elle échoue à satisfaire les présupposés de l'une et de l'autre. Face à l'impossibilité d'opérer une qualification classique du mécanisme des clauses d'inaliénabilité, parce que leur qualification en un droit patrimonial échoue, il est nécessaire de qualifier ces dernières en recourant à un concept distinct. Opérant bien au-

---

celle de l'existence du droit naturel. Sur la question du droit naturel et de son rapport aux choses, voir M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2ème édition, 1962, rééd. 2002, p. 136 & suiv.

delà du droit patrimonial, le mécanisme de l'inaliénabilité pourra alors être compris comme une atteinte à la substance du droit de disposer lequel commande la possibilité d'aliéner les droits patrimoniaux. Fondée sur l'article 537 C.civ., et reposant ainsi sur des présupposés clairement identifiés, cette qualification pourra être confrontée à d'autres mécanismes que celui des clauses d'inaliénabilité.

Une telle qualification, de par son originalité, suggère l'existence d'un régime juridique spécifique, commun à toutes les hypothèses véritables d'inaliénabilité. Cette qualification originale permettra alors de mieux cerner les effets de l'inaliénabilité tant du point de vue du titulaire du bien inaliénable que des créanciers qui la subissent eux aussi, en raison de l'insaisissabilité qui complète l'inaliénabilité. Or, si les inaliénabilités ont toutes des effets puissants, il sera établi que ceux-ci peuvent être clairement délimités : il est de nombreuses opérations juridiques auxquelles l'inaliénabilité demeure indifférente. Et parfois, même efficiente, l'inaliénabilité peut être tenue en échec par la mise en œuvre d'une procédure d'inefficacité.

Sur chacun de ces points, il apparaîtra que le régime juridique de l'inaliénabilité dépend étroitement de sa nature spécifique. Concernant tant le titulaire du bien inaliénable que ses créanciers, l'inaliénabilité constitue une restriction complète du droit de disposer. D'une restriction au droit de disposer qui serait complète s'évince alors naturellement l'idée d'une restriction au droit de disposer simplement partielle : celle-ci ne concernerait que les créanciers.

XX. Or l'insaisissabilité, ensuite, échappe elle aussi aux qualifications classiques. N'étant pas un droit patrimonial, l'insaisissabilité vérifie tous les présupposés de la qualification de restriction au droit de disposer. Ces critères de qualification peuvent par conséquent permettre de déterminer quelles sont les véritables insaisissabilités. Il apparaîtra alors que les insaisissabilités peuvent comme l'inaliénabilité être établies lors de l'appropriation d'un bien ou au contraire frapper des biens déjà appropriés. Opérant elle aussi au stade du droit de disposer, l'insaisissabilité partage dès lors un certain nombre de points communs avec l'inaliénabilité. L'une et l'autre sont susceptibles d'une qualification commune : elles manifestent toutes deux la restriction du droit de disposer. L'une et l'autre ne se confondent pas pour autant, puisque l'insaisissabilité ne concerne que les créanciers de celui qui en profite.

Cette qualification de l'insaisissabilité commande donc elle aussi un régime juridique spécifique, commun à toutes les insaisissabilités véritables. Dotées d'effets radicaux

puisqu'elles sont un obstacle insurmontable à toute procédure civile d'exécution, il apparaîtra alors que les insaisissabilités n'en voient pas moins leurs effets strictement délimités. Indifférentes à toutes les autres opérations juridiques portant sur les biens, les insaisissabilités peuvent être, elles aussi par exception, remises en cause par le biais de procédures spécifiques.

XXI. Nous mènerons donc cette étude en deux temps. Il conviendra dans une première phase de renouveler le regard porté sur l'inaliénabilité afin de démontrer qu'elle constitue une véritable restriction complète au droit de disposer (Partie I) tandis que dans une seconde phase, notre regard, tout autant dénué d'*a priori*, se tournera vers l'insaisissabilité laquelle se révèlera alors être une restriction partielle du droit de disposer (Partie II).

PARTIE I : L'INALIENABILITE, RESTRICTION COMPLETE AU DROIT DE DISPOSER

1. Le phénomène de l'inaliénabilité se rencontre plutôt rarement en droit privé. Parmi ses manifestations, on trouve en premier lieu la clause d'inaliénabilité. Autorisée par l'article 900-1 C.civ., cette clause, incluse dans une libéralité, interdit au bénéficiaire d'une libéralité de vendre ce dont il a été gratifié. La clause d'inaliénabilité, de par cette interdiction de vendre qu'elle établit, est ce phénomène qui va être l'objet d'une étude phénoménologique dans le but avoué d'en révéler l'essence exacte. L'étude phénoménologiquement menée de cette interdiction d'aliéner va nous permettre d'apprécier les différentes qualifications proposées en la matière.

Une telle entreprise s'annonce pourtant délicate ; les clauses d'inaliénabilité sont depuis longtemps l'objet de querelles doctrinales. Leur essence, celle que ne contrarierait point une qualification adéquate, est fort discutée. Depuis que la jurisprudence a admis la validité de ces clauses[1] lorsqu'elles sont temporaires et soutenues par un légitime intérêt, la question de leur qualification divise les auteurs. Curieusement, bien que des querelles subsistent aujourd'hui, les clauses d'inaliénabilité ne suscitent plus la même effervescence doctrinale. Ainsi, il y a plus d'un siècle, durant une période d'une dizaine d'années, pas moins d'une dizaine de thèses furent consacrées à la question[2]. Passée cette période, les clauses d'inaliénabilités ne furent plus que rarement l'objet d'études spécifiques. Si elles semblent de nouveau susciter l'intérêt, aujourd'hui elles sont généralement appréhendées sous l'angle d'une étude de l'indisponibilité[3].

---

[1] Voir ainsi l'une des premières décisions consacrant la validité des clauses d'inaliénabilité, Cass. Civ., 20 avril 1858, *in* Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, Dalloz, 12ème édition, 2007, n° 73, p. 461 & suiv.

[2] Voir ainsi, sans nullement prétendre à l'exhaustivité, ACHARD, *Des clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors des cas où la loi le permet expressément*, Thèse, Grenoble, 1910, BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse Paris, 1902, MALRIC, *De la défense d'aliéner ou clause d'inaliénabilité dans les transmissions de propriété*, Thèse, Toulouse, 1908, MERLAUT, *La clause d'insaisissabilité - Ses rapports avec la clause d'inaliénabilité*, Thèse, Bordeaux, 1907, REISACHER, *Les restrictions au droit de disposer relatives au régime foncier d'Alsace-Lorraine*, Thèse, Strasbourg, 1934, RONGIER, *Clauses d'insaisissabilité et d'inaliénabilité*, Thèse, Paris, 1902, SAIGNAT, *De la clause portant défense d'aliéner*, Thèse, Bordeaux, 1896, VASILESCO, *Des clauses d'inaliénabilité - De leur validité et de leurs effets*, Thèse, Paris, 1920.

[3] Voir déjà, D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, parmi les thèses les plus récentes, sans aucun souci d'exhaustivité, voir de même, I. BEYNEIX, *Contribution à l'étude de la notion d'indisponibilité en droit patrimonial*, Thèse, Paris I, 2004, L. MONTAGNE, *Le principe de libre circulation des biens en droit civil* (*Contribution à son étude*), Thèse, Montpellier I, 2000, Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition*

2. Pourtant, aujourd'hui encore il subsiste des points de vue divergents quant à la qualification du mécanisme des clauses d'inaliénabilité. Ainsi, plusieurs auteurs défendent une qualification personnelle de l'inaliénabilité[1], estimant que la clause d'inaliénabilité résulte d'un simple droit de créance. Face à ces auteurs, de nombreux autres semblent donner leur faveur à une qualification réelle de l'inaliénabilité. Ainsi qualifiée, la clause d'inaliénabilité créerait donc un droit réel[2].

On peut cependant conjecturer que si les forts arguments assurément émis en faveur de l'une *ou* de l'autre des qualifications n'ont pas emporté la conviction de tous, c'est qu'en contrepartie, de fortes critiques pouvaient être émises contre l'une *et* l'autre de ces qualifications. Les arguments le plus souvent invoqués se fondent essentiellement sur les effets des clauses d'inaliénabilité. Or, il apparaît que des critiques peuvent être établies contre l'une *et* l'autre de ces qualifications non seulement en raison des effets produits par les clauses d'inaliénabilité mais aussi en contemplation de la nature même du mécanisme étudié. La nature spécifique des clauses d'inaliénabilité peut être découverte par la mise en œuvre de la méthode phénoménologique car justement, elle permet de révéler l'essence du phénomène observé. Il va donc s'agir d'abord de démontrer que le mécanisme des clauses d'inaliénabilité ne correspond nullement à un mécanisme que l'on pourrait qualifier de droit personnel ou de droit réel. La mise en œuvre de la méthode phénoménologique aboutira alors à ce constat qu'aucune qualification classique du mécanisme des clauses d'inaliénabilité n'est possible. On ne peut se satisfaire du constat de cette carence.

3. Un tel mécanisme, aussi peu fréquent soit-il en pratique, mérite d'être revêtu de la qualification qui lui sied. Si les qualifications classiques ne suffisent pas, une qualification idoine du mécanisme des clauses d'inaliénabilité peut être construite en recourant à un concept original, celui de restriction au droit de disposer. Sur le fondement de l'article 537 C.civ., on peut conjecturer qu'il existe un droit de disposer, en principe complet, qui s'exerce sur chacun des biens appartenant à la personne. La restriction complète au droit de disposer sera alors la modification, établie par une loi, de ce droit de disposer. S'agissant d'une restriction complète au droit de disposer, c'est l'atteinte à chacun des aspects de la

---

du système juridique, Thèse, Lille II, 2004, B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse, Clermont Ferrand, Préf. Y. CHAPUT, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004.

[1] Voir en dernier lieu, B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse, Clermont-Ferrand, Préf. Y. CHAPUT, Presses Universitaires de la faculté de Clermont-Ferrand, 2004.

[2] Voir ainsi, entre autres, CARBONNIER, *Les biens*, Droit civil, Tome 3, PUF, 19ème édition refondue, 2000, n° 84, p. 141, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 127.

disposition juridique que recouvre le droit de disposer qu'il faudra constater. La clause d'inaliénabilité apparaîtra alors comme une restriction au droit de disposer, complète, résultant de l'article 900-1 C.civ.

Cette requalification d'un phénomène de droit privé en appellera d'autres. Si l'on admet que le droit de disposer s'exerce sur chacun des biens de la personne, il faudra en déduire que des restrictions au droit de disposer pourront exister sur n'importe lequel des biens de la personne, qu'il s'agisse de droits de propriété, de droits réels ou de droits personnels. S'identifiant à l'inaliénabilité d'un droit, la restriction complète au droit de disposer sera la qualification idoine d'une grande variété de mécanismes du droit privé. Nullement restreinte aux clauses de l'article 900-1 C.civ., l'inaliénabilité apparaîtra alors comme une institution dotée d'une nature spécifique, celle de restriction complète au droit de disposer (Titre I).

4. La caractérisation de cette nouvelle qualification de l'inaliénabilité permettra alors de mieux comprendre les effets de cette dernière. En s'appuyant sur la qualification de restriction complète au droit de disposer, il sera possible de déterminer précisément quels sont les actes juridiques prohibés par l'inaliénabilité ainsi que ceux auxquels elle demeure indifférente. La même qualification permettra alors de justifier que la prohibition de ces actes prenne la forme d'une nullité : l'auteur ne saurait exercer un droit de disposer dont la loi l'a privé.

5. La qualification de restriction complète au droit de disposer permettra donc de justifier rationnellement la rigueur des effets de l'inaliénabilité. Mais cette qualification de restriction complète au droit de disposer permettra aussi de quantifier les effets de l'inaliénabilité. Résultant d'une modification du droit de disposer établie par la loi, il conviendra alors de vérifier que les procédures d'inefficacité de l'inaliénabilité ont elles-mêmes été légalement prévues. De la même manière, c'est sur le concept de restriction au droit de disposer qu'il faudra s'appuyer pour justifier de la cessation de l'inaliénabilité en cas de décès du titulaire du droit inaliénable.

Au-delà, l'inefficacité de l'inaliénabilité peut résulter de la mise en œuvre de mécanismes de protection des droits des tiers. En matière mobilière, grâce à l'article 2276 C.civ. ou en matière immobilière, grâce à la publicité foncière, la restriction complète au droit de disposer est parfois méconnue. Là-encore, la qualification retenue permettra de mieux comprendre le régime juridique de l'inaliénabilité.

Institution d'une nature originale, l'inaliénabilité apparaîtra donc dotée d'un régime juridique spécifique (Titre II).

TITRE I. LA NATURE SPECIFIQUE DE L'INALIENABILITE

6. Menée conformément à la méthode phénoménologique, l'étude de la restriction au droit de disposer doit débuter par la contemplation d'une situation simple en pratique. Un individu, reconnu comme propriétaire d'une chose souhaite, de son vivant, transférer cette dernière à un tiers, cependant qu'une clause d'inaliénabilité l'en empêche. Pour le moment, que la chose, objet du droit de propriété, soit corporelle, meuble, immeuble, ou bien une chose incorporelle n'importe guère. De la même manière, qu'il s'agisse d'un transfert à titre onéreux, une vente, ou bien d'un transfert à titre gratuit, une donation, n'a pas plus d'importance. La nature de l'objet du droit de propriété, chose corporelle ou incorporelle, ainsi que la qualification de l'acte envisagé, vente ou donation, doivent être tenus pour indifférents.

Il ne s'agit que de fonder nos raisonnements sur la contemplation d'une situation pratique d'une grande simplicité[1], de façon à permettre par la suite d'étendre, le cas échéant les conclusions que l'on en tirera à des situations moins simples. Ainsi est-on confronté à cette situation simple dans laquelle, le propriétaire d'une chose corporelle souhaite vendre cette chose alors qu'une clause d'inaliénabilité le lui interdit.

7. Traditionnellement, la vente d'une chose corporelle manifeste l'exercice par le propriétaire de la chose de ce que l'on nomme l'*abusus* juridique et que l'on désignera par la suite comme le droit de disposer[2]. L'*abusus* juridique, le droit de disposer, se distingue de l'*abusus* matériel[3]. Détenu par le seul propriétaire d'une chose, l'*abusus* matériel, le droit de détruire l'objet matériel de la propriété n'est pas en jeu lorsqu'il s'agit d'étudier une clause d'inaliénabilité. *A priori*, on ne peut pas en dire autant de l'*abusus* juridique, du droit de disposer. La clause d'inaliénabilité présente même toutes les apparences d'une atteinte au droit de disposer.

Au-delà de cette apparence, c'est bien cette qualification de restriction au droit de disposer que la méthode phénoménologique va permettre d'éprouver. La situation de restriction au droit de disposer qui va constituer la base de notre démonstration est celle où le vendeur est concerné par une clause d'inaliénabilité dont la validité ne sera pas ici contestée. Il va s'agir

---

[1] Voir *supra* Introduction n° X & suiv.
[2] Voir *supra* Introduction n° V & suiv.
[3] Sur la distinction entre l'*abusus* juridique et l'*abusus* matériel, voir rappelant la doctrine classique, D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 115.

de démontrer que dans le cas d'une clause d'inaliénabilité, notre propriétaire ne peut réaliser une vente car son droit de disposer est en substance restreint.

8. Eprouver la qualification de restriction au droit de disposer en vérifiant qu'elle est la seule qui convienne en matière de clause d'inaliénabilité suppose que l'on traite cette clause d'inaliénabilité comme l'archétype de la restriction au droit de disposer. Dès lors que l'essence du mécanisme de la clause d'inaliénabilité est respectée, ce qui n'apparaîtra que rétrospectivement, cette assimilation de l'une à l'autre se justifiera.
On peut ainsi relever qu'il n'est guère discuté que l'aliénation d'un bien relève de l'*abusus* juridique[1], ce que nous nommerons le droit de disposer. Puisque la clause d'inaliénabilité établit une interdiction d'aliéner, il semble logique de supposer qu'elle manifeste une atteinte au droit de disposer qui seul permet l'aliénation d'un bien.

9. Qualification originale, la restriction au droit de disposer suppose elle-même qu'un certain nombre de critères de qualification soient réunis. La détermination de ces critères à partir du mécanisme des clauses d'inaliénabilité ne sera qu'un préalable à la mise en œuvre de cette qualification originale. La mise en œuvre de cette qualification originale permettra alors de découvrir d'autres restrictions au droit de disposer que celle qui est établie par une clause d'inaliénabilité.
Une telle démarche suppose que l'on induise de situations topiques des principes généraux qui nous serviront ensuite de critères de distinction. La situation topique sera ici celle de la clause d'inaliénabilité. C'est la mise en œuvre de la méthode phénoménologique qui va permettre de réaliser cette première induction en s'assurant que la qualification originale proposée est bien la seule qui soit conforme à l'essence du phénomène " clauses d'inaliénabilité ". C'est encore celle-ci qui gouvernera la mise en œuvre de cette qualification en l'étendant à d'autres mécanismes parfois désignés comme des inaliénabilités, lesquelles se révèleront être d'authentiques restrictions au droit de disposer.

10. Cette démarche présente un certain nombre d'inconvénients. Premièrement il serait possible de remettre en cause notre affirmation selon laquelle la clause d'inaliénabilité est l'archétype de la restriction au droit de disposer. En effet, si la qualification de restriction au

[1] Voir par exemple, G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 8ème édition, 2007, *V°* Inaliénabilité : " qualité (juridique) d'un bien (ou d'un droit) qui ne peut valablement être l'objet d'une aliénation (…) ". Sur le contenu de l'*abusus* juridique, voir ainsi G. CORNU, *Droit civil - Les biens*, Domat, Droit privé, 13ème édition, 2007, n° 27, p. 68, qui oppose les actes matériels de destruction aux actes juridiques de disposition.

droit de disposer existe réellement, n'est-ce pas téméraire de supposer que l'on en trouve une expression dans le mécanisme des clauses d'inaliénabilité ?

11. On peut surmonter cette objection en prétextant de son évidence. Si la clause d'inaliénabilité n'est pas une restriction au droit de disposer, quel mécanisme pourrait bien en constituer une ? Il semble évident que la clause d'inaliénabilité porte atteinte au droit de disposer. Formuler cette objection revient donc à nier l'existence d'une qualification originale, ce qui relève d'un dogmatisme contestable, d'autant plus qu'il s'exprime à l'aube de la démonstration.

Pour se départir de ce dogmatisme initial, il n'est pas d'autre méthode que de confronter la proposition formulée à la réalité du phénomène observé : celui des clauses d'inaliénabilité. Par conséquent, il n'est pas meilleur moyen de surmonter cette objection, que de supposer que les clauses d'inaliénabilité sont de véritables restrictions au droit de disposer. Si cette qualification est erronée, l'examen méticuleux du mécanisme des clauses d'inaliénabilité, mené conformément à la méthode phénoménologique, permettra de la prendre en défaut. Si cette qualification est exacte, elle justifiera efficacement les spécificités de l'institution des clauses d'inaliénabilité. Eprouver cette qualification originale impose donc à ce stade de lui laisser le bénéfice du doute.

12. Une autre critique, d'apparence moins dogmatique, pourrait alors être formulée. Il s'agirait alors de caractériser une faute de logique par la mise en œuvre d'un raisonnement circulaire : à n'induire des critères que de la clause d'inaliénabilité, il serait ensuite inéluctable de ne pouvoir les retrouver que dans des situations très proches des clauses d'inaliénabilité[1]. L'intérêt heuristique de notre recherche serait inexistant. A cela on peut rétorquer qu'une telle critique est en réalité dogmatique.

Elle suppose en effet que les clauses d'inaliénabilité soient la seule espèce du genre " restrictions au droit de disposer ". Cela peut être contesté. D'ailleurs, l'un des très rares textes du droit positif employant les termes de " restrictions au droit de disposer " qualifie ainsi les clauses d'inaliénabilité, laissant néanmoins cette catégorie " ouverte "[2]. Il serait donc étrange que les restrictions au droit de disposer soient une catégorie " fermée " limitée

[1] Pour la formulation d'un reproche équivalent concernant la mise en œuvre de la méthode phénoménologique, voir *supra* Introduction, n° XIII & suiv.

[2] Article 28- 2° du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière disposant que sont obligatoirement publiées au bureau des hypothèques de la situation des immeubles les " clauses d'inaliénabilité temporaire et toutes autres restrictions au droit de disposer ".

aux seules clauses d'inaliénabilité. On peut donc gager que les clauses d'inaliénabilité ne sont pas la seule espèce du genre " restrictions au droit de disposer ".

En outre, quand bien même cette dernière qualification ne conviendrait que pour les clauses d'inaliénabilité, l'intérêt heuristique de notre recherche serait réduit, certes, mais non inexistant si cette qualification permet de mieux comprendre le mode opératoire des seules clauses d'inaliénabilité.

13. Enfin, il pourrait nous être reproché de caractériser une institution juridique, la restriction au droit de disposer, à partir des effets de droit qu'elle produit. Et cela ne serait pas de bonne méthode[1]. Nous pensons que cette objection repose sur une confusion entre l'office du juge et celui de la doctrine. Une des tâches du juge est effectivement de déduire des effets juridiques de la qualification de circonstances factuelles. De ce point de vue, raisonner à partir des effets juridiques des institutions qui ne sont que des conséquences de la qualification semble de mauvaise méthode[2]. En revanche, dès lors que l'on se demande si les clauses d'inaliénabilité sont des restrictions au droit de disposer, on ne cherche plus à trancher des litiges. On cherche simplement à comprendre les liens logiques qu'entretient l'institution juridique des clauses d'inaliénabilité avec une notion bien moins connue : la restriction au droit de disposer.

Pour mener à bien cette tâche, il est inéluctable de raisonner à partir des effets juridiques des clauses d'inaliénabilité. Par conséquent, il ne peut nous être reproché de bâtir notre démonstration sur la contemplation d'une situation pratique dont les effets juridiques sont assez bien délimités : une personne, est propriétaire d'une chose corporelle qu'elle souhaite vendre mais une clause d'inaliénabilité y fait obstacle. Dans notre situation, on peut ainsi relever que la chose concernée pourrait sans difficulté aucune faire l'objet d'une mutation de patrimoine à patrimoine si la clause d'inaliénabilité n'existait pas. Il pourrait donc s'agir d'un cas dans lequel le droit de disposer est restreint alors que l'on pouvait s'attendre à le trouver plein et entier[3].

---

[1] B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, p. 11. Voir cependant E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Thèse, Paris I, Préf. G. CORNU, Economica, 1985, p. 16.

[2] Voir pour la remise en cause de ce lieu commun : I. PARIENTE-BUTTERLIN, *Le droit, la norme et le réel*, PUF, 1ère édition, 2005, p. 151 & suiv., spéc. p. 154.

[3] Voir *supra* Introduction, n° XV.

14. Cette possible restriction au droit de disposer sera donc le point de départ de notre démonstration. Une telle interdiction d'aliéner résulte à n'en point douter de la clause d'inaliénabilité.

La première question qui s'impose à l'esprit est la suivante : comment la clause d'inaliénabilité peut-elle interdire la vente d'une chose ? A cette question, plusieurs réponses distinctes pourraient être fournies. C'est d'abord, pourrait-on dire, que l'inaliénabilité consiste dans un droit personnel par lequel le propriétaire s'est engagé à ne point disposer. Il importe pourtant de vérifier que cette analyse de l'inaliénabilité présente les vertus explicatives nécessaires à la compréhension du mécanisme. Ainsi faudrait-il vérifier qu'en présence d'une clause d'inaliénabilité, un véritable lien de droit unissant un créancier à un débiteur peut être caractérisé. Cette vérification faite, il faudrait alors constater que les effets d'une clause d'inaliénabilité ne distinguent guère de ceux d'un simple droit personnel.

Si cela n'est pas le cas, on pourrait alors considérer que l'inaliénabilité consiste dans un démembrement particulier du droit de propriété. Mais là aussi, il importe de vérifier que cette proposition suffit à dissiper le mystère de l'inaliénabilité. Il faudrait alors constater que l'inaliénabilité fait naître un droit de suite et un droit de préférence, ou un pouvoir direct immédiat sur une chose, ou enfin un droit personnel dont le débiteur est le propriétaire de la chose. Si, là encore, cela ne s'avère pas possible, c'est donc bien au constat de l'impossibilité d'une qualification classique qu'il faudra nous résigner (Chapitre 1).

15. Un tel constat nécessite une analyse renouvelée des clauses d'inaliénabilité. Si l'inaliénabilité échappe au diptyque classique des droits patrimoniaux, c'est peut-être qu'elle mérite d'être à la base d'une qualification originale. Cette analyse renouvelée de l'inaliénabilité, on pourrait alors choisir de la situer à un autre niveau d'analyse, au-delà de la distinction des droits patrimoniaux. Au-delà de cette distinction des droits patrimoniaux, un autre concept pourrait fournir les bases d'une nouvelle qualification de l'inaliénabilité : il s'agit du droit de disposer, cet *abusus* juridique. Commun à l'ensemble des droits patrimoniaux, il résulterait de l'*appartenance* de ceux-ci à la personne. Parce qu'ils sont des éléments de son patrimoine, la personne pourrait alors exercer sur chacun de ses droits patrimoniaux, qui sont ses biens, un droit de disposer. En présence d'une inaliénabilité, ce droit de disposer serait alors restreint par l'effet d'une norme, ainsi que le suggère l'article 537 C.civ.

En s'appuyant sur le mode opératoire de la restriction au droit de disposer, il serait alors possible de rechercher un certain nombre de critères de qualification de la restriction au droit

de disposer. Une telle entreprise permettrait alors de vérifier que d'autres mécanismes que l'inaliénabilité résultant de l'article 900-1 C.civ. méritent la qualification de restrictions au droit de disposer. Une telle vérification serait d'autant plus nécessaire que de nombreuses incertitudes entourent aujourd'hui les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre onéreux et certaines inaliénabilités légales ou judiciaires. Il s'agira alors de conférer le champ d'application qui est le sien à la qualification choisie (Chapitre 2).

CHAPITRE 1: L'impossibilité d'une qualification classique

16. Les clauses d'inaliénabilité contenues dans les libéralités sont permises par la loi à l'article 900-1 C.civ. Pour comprendre les effets de ces clauses d'inaliénabilité, l'inaliénabilité qu'elles établissent, on avance traditionnellement trois propositions.

La première consiste dans l'opinion que les clauses d'inaliénabilité seraient une variété de clauses ayant le pouvoir d'établir conventionnellement l'incapacité de celui qui les subit. Autrefois soutenue[1], cette opinion est aujourd'hui unanimement écartée[2]. Elle bute sur le principe de la prohibition de l'établissement conventionnel des incapacités ; seule la loi dispose de l'autorité suffisante pour établir un régime d'incapacité[3].

17. Au-delà de cette justification d'ordre technique, on peut constater que d'un point de politique juridique tout sépare les clauses d'inaliénabilité des incapacités. Ces dernières prennent avant tout en considération la personne de l'incapable qui soit par défiance, soit dans un but de protection sera frappé de l'incapacité[4]. Il apparaît ainsi que la cause de l'incapacité est bien souvent stéréotypée et établie par le législateur lui-même[5]. Point de tout cela en matière de clauses d'inaliénabilité puisqu'elles sont établies dans le but de protéger trois types d'intérêts légitimes bien distincts : celui du disposant, celui du bénéficiaire de la libéralité dans laquelle est contenue la clause ou celui d'un tiers[6].

Cet intérêt légitime, qui est une condition de validité de la clause d'inaliénabilité, est établi lors de la stipulation de cette dernière par le disposant[7]. On comprend alors immédiatement

---

[1] Voir sur ce point, VASILESCO, *Des clauses d'inaliénabilité - De leur validité et de leurs effets*, Thèse, Paris, 1920, p. 165, par la suite, l'auteur tempère sa première analyse, préférant conclure sur l'originalité du mécanisme.

[2] Voir par exemple, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 135.

[3] Sur les multiples arguments susceptibles d'être invoqués à l'encontre de cette analyse, voir la synthèse rigoureuse de B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 49 & suiv., p. 46.

[4] Sur la distinction entre les causes de l'incapacité, voir Ph. MALAURIE, *Les personnes - Les incapacités*, Defrénois, 3ème édition, 2007, p. 224, n° 513.

[5] On peut d'ailleurs relever que l'article 67 du projet de réforme du droit des contrats présenté par la Chancellerie en juillet 2008 dispose que " la capacité des personnes physiques n'est restreinte que par les incapacités et interdictions particulières établies par la loi ".

[6] Sur la distinction entre ces trois types d'intérêts, voir PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil* , Tome I, Pichon, 1ère édition, Paris, 1900, n° 1048, p. 392. Pour une justification au regard de la jurisprudence de cette distinction tripartite, voir : MALRIC, *De la défense d'aliéner ou clause d'inaliénabilité dans les transmissions de propriété*, Thèse, Toulouse, 1908, p. 88 & suiv. Récemment, voir : Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 135.

[7] Que la clause d'inaliénabilité soit établie dans une libéralité entre vifs ou dans une libéralité à cause de mort ne change absolument rien au fait que c'est toujours le disposant qui détermine l'intérêt légitime qui vient au soutien de la clause d'inaliénabilité. En effet, lorsqu'il s'agit d'une libéralité entre vifs, le disposant conserve toujours la possibilité de refuser de réaliser la libéralité si le gratifié ne se satisfait pas de l'intérêt protégé. Lorsqu'il s'agit d'une libéralité à cause de mort, bien que celle-ci dût être acceptée, il va sans dire que l'intérêt qu'elle protège a été fixé indépendamment de la volonté du gratifié.

pourquoi la clause d'inaliénabilité ne peut constituer une incapacité. Elle serait une incapacité établie sur le fondement de simples volontés particulières, en cela elle serait en contradiction manifeste avec plusieurs principes essentiels contenus dans le Code civil[1].

18. En outre, on s'aperçoit que l'assimilation de l'inaliénabilité de l'article 900-1 C.civ. à une incapacité conduirait à des résultats fort contestables notamment lorsque la clause protège l'intérêt du gratifié. En effet, s'il s'agissait d'une incapacité, il faudrait alors y voir une incapacité de vendre. Dès lors qu'il s'agit d'une incapacité de vendre, on ne voit pas pourquoi elle devrait être limitée au bien inaliénable, si le gratifié est prodigue, il n'y aucune raison de limiter son incapacité au bien inaliénable[2], elle doit être générale[3].

Quant à l'hypothèse dans laquelle l'incapacité protègerait un intérêt différent de celui du gratifié, elle n'aboutit guère à des conclusions plus cohérentes. En effet, s'il s'agit de protéger l'intérêt du disposant ou celui d'un tiers, on ne voit pas pourquoi cette protection nécessiterait que ce soit le gratifié qui soit incapable. L'incapacité de protection doit protéger l'incapable[4] !

Afin de ne pas ruiner la catégorie juridique des incapacités, il est préférable de renoncer à distordre cette qualification en l'appliquant au mécanisme résultant aux clauses d'inaliénabilité[5]. Cette analyse du mécanisme des clauses d'inaliénabilité ne nous retiendra donc pas plus longtemps. Tel n'est pas le cas des deux autres qualifications invoquées pour justifier de la particularité du mécanisme des clauses d'inaliénabilité.

---

[1] Voir sur ce point, HUGUENEY, *Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, Thèse, Dijon, 1910, p. 151. L'auteur en appelle aussi aux articles 6 et 1123 C.civ. pour exclure une telle incapacité conventionnelle. Rappr. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Tome IV, Pichon, Paris, 1893, n° 77 & suiv., spéc. p. 104, l'auteur en appelle lui à l'article 1594 C.civ.

[2] Sur le caractère " spécial " de l'inaliénabilité qui s'oppose à la généralité de l'incapacité, voir F. de VISSCHER, Du *jus abutendi*, *R.T.D.civ.*, 1913, p. 337 & suiv., spéc. p. 348.

[3] De ce point de vue, cette incapacité serait même incompréhensible, car s'il s'agit de protéger le prodigue contre lui-même, on pourrait parfaitement faire valoir que l'aliénation d'un bien reçu par libéralité ne lui est pas vraiment préjudiciable puisque ce bien lui a été transmis sans contrepartie. Il ne subit donc finalement aucun appauvrissement contre lequel une incapacité devrait le prémunir. Pour répondre à cette objection, on pourrait alors faire valoir que cette incapacité vise avant tout les éventuels acquéreurs du bien inaliénable qui viendraient profiter de la faiblesse du prodigue. Mais dans ce cas, il faudrait admettre que la clause d'inaliénabilité établit une incapacité de recevoir un bien inaliénable au détriment de tous les acquéreurs potentiels du bien inaliénable ce qui n'est guère plus concevable.

[4] Que l'on tente ici de voir dans le mécanisme des clauses d'inaliénabilité une incapacité de défiance ne conduirait pas à des conclusions plus harmonieuses. En effet, les rares incapacités de défiance du droit français sont toutes des incapacités de recevoir et non point des incapacités d'aliéner. Voir sur ce point, Ph. MALAURIE, *Les personnes - Les incapacités*, Defrénois, 3ème édition, 2007, p. 222 et 223, n° 507 & suiv.

[5] Voir en ce sens, relevant que l'assimilation de l'inaliénabilité à une incapacité tendrait à méconnaître " la structure technique " de ces concepts, BERAUD, L'indisponibilité juridique, *D.*, 1952, Chr., p 187 & suiv., spéc. n° 2 *in fine*.

19. Il a ainsi été proposé de recourir soit au droit personnel, soit au droit réel pour expliquer le mécanisme des clauses d'inaliénabilité. Dans un cas comme dans l'autre, on a recouru à ces qualifications pour tenter de comprendre les effets très spécifiques des clauses d'inaliénabilité. Opter pour telle ou telle qualification permet en effet de mieux cerner les effets de la clause d'inaliénabilité lorsque ceux-ci n'ont pas fait l'objet d'une précision expresse de la part du législateur[1]. Il faut alors bien comprendre que pour qualifier le mécanisme des clauses d'inaliénabilité, il n'y avait pas d'attitude plus louable que de recourir à des qualifications classiques déjà éprouvées : le droit personnel et le droit réel. Pourtant si l'objectif était de mieux comprendre le mécanisme en cause, il n'est pas certain ces qualifications classiques suffisent pour y parvenir.

Trop mal taillées pour les clauses d'inaliénabilité, ces qualifications classiques vont, d'une part, être déformées pour rendre compte des particularités de ces clauses. Ainsi, partant du présupposé que ces qualifications connues conviennent forcément, on va tolérer qu'elles soient dénaturées pour rendre compte des clauses d'inaliénabilité. D'autre part, bien que cette dénaturation ne soit pas satisfaisante, afin de ne pas renoncer à ajuster ces mécanismes aux clauses d'inaliénabilité, on en est venu à méconnaître certains des effets de ces clauses. Alors qu'il s'agissait de satisfaire un minimum ces qualifications classiques, le constat est finalement tout autre, parachevant la démonstration de l'incompatibilité de ces qualifications avec le mécanisme étudié, celui des clauses d'inaliénabilité.

20. Ainsi les qualifications classiques proposées sont soit déformées par leur application aux clauses d'inaliénabilité soit elles méconnaissent le mécanisme des clauses d'inaliénabilité. Si le constat de ces incompatibilités a déjà été fait[2], toutes les conséquences n'en ont pas été tirées. Cet entêtement à revêtir les clauses d'inaliénabilité d'un côte mal taillée pour elles n'a pas permis d'étudier les clauses d'inaliénabilité de façon objective en commençant par jeter sur elles un regard neuf[3], absous des qualifications classiques. Une telle attitude de défiance envers les qualifications classiques du mécanisme institué par les clauses d'inaliénabilité

---

[1] L'article 900-1 C.civ. reste totalement muet quant aux effets des clauses d'inaliénabilité contenues dans les libéralités.

[2] Voir en ce sens, A. CHERON, La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité : sa logique – ses limites, *R.T.D.civ.*, 1906, p. 339, spéc. p. 345.

[3] On aura ici reconnu le *credo* méthodologique de cette étude : la méthode phénoménologique, sur laquelle, voir *supra* Introduction, n° X & suiv. Pour suivre ces préceptes méthodologiques, rien n'est plus nécessaire que de contempler ces objets d'étude " d'un œil neuf ", sans d'autres présupposés que ceux que livre ce regard délivré de toute orientation " finaliste ". Il ne s'agit donc pas de prouver que l'inaliénabilité *doit être* un droit personnel ou un droit réel, il s'agit simplement de s'interroger sur ce qu'elle *semble être* pour un observateur extérieur.

était pourtant nécessaire tant il est évident que l'inaliénabilité ne mérite ni la qualification de droit personnel (Section I) ni celle de droit réel (Section II).

Section I. Le rejet de la qualification de droit personnel

21. La qualification de la clause d'inaliénabilité en termes de droit personnel n'est pas dans la doctrine l'analyse la plus répandue de ce mécanisme[1]. Par cette qualification, on tente d'expliquer les raisons pour lesquelles le propriétaire qui subit la clause est privé de la possibilité de vendre la chose litigieuse. On considère ainsi que cette privation résulte d'une obligation de ne pas aliéner dont il serait le débiteur. La comparaison s'arrête là. Si l'on peut concéder certains avantages à cette qualification, il apparaît qu'elle ne cadre ni avec le contexte de constitution de l'inaliénabilité conventionnelle ni avec les effets juridiques produits.

Avant de constater en quoi les effets juridiques des clauses d'inaliénabilité nous semblent bien trop exorbitants pour ne ressortir que de la qualification d'obligation personnelle[2] (§2), il convient de démontrer que ce constat n'est que la conséquence de l'incompatibilité première entre la définition du droit personnel et celle de l'inaliénabilité conventionnelle[3] (§1).

§1: L'incompatibilité des définitions de l'inaliénabilité conventionnelle et du droit personnel

22. Tout mécanisme ne mérite pas d'être qualifié d'obligation, ce concept n'est applicable qu'à un ensemble de situations de fait dont les critères sont assez fermement établis. La définition du droit personnel impose un certain nombre de conditions qui doivent être vérifiées dès lors que l'on veut recourir à cette qualification. Or, si l'on observe scrupuleusement le mécanisme de l'inaliénabilité conventionnelle, il est rigoureusement

---

[1] Cette analyse est aujourd'hui défendue par Ch. LARROUMET *in Les biens, Droits réels principaux*, Droit Civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 350. Voir en outre, implicitement en faveur de cette analyse puisqu'excluant la qualification réelle du mécanisme : L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés, La publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 3ème édition, 2008, n° 644 *in fine*. Voir aussi, B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, *passim* et notamment n° 14 & suiv. Cette analyse est déjà ancienne, voir ainsi, SAIGNAT, *De la clause portant défense d'aliéner*, Thèse, Bordeaux, 1896, *passim* et spéc. p. 104, RONGIER, *Clauses d'insaisissabilité et d'inaliénabilité*, Thèse, Paris, 1902, p. 22. Pour un rappel des opinions doctrinales favorables à l'analyse personnelle de la clause d'inaliénabilité voir enfin, H. CORVEST, L'inaliénabilité conventionnelle, *Defrénois*, 1979, n° 32126, p. 1410 et les auteurs cités.

[2] Très classiquement, pour tous les développements qui vont suivre, on considérera que le droit personnel du créancier envers son débiteur correspond exactement à l'obligation de ce dernier envers le premier.

[3] Par simple commodité de langage, on désignera par " inaliénabilité conventionnelle ", le mécanisme juridique qu'instaurent les clauses d'inaliénabilité sans bien entendu que cela ne préjuge du fondement de l'efficacité de cette inaliénabilité puisqu'il ne s'agit ici que de simplifier le vocabulaire employé.

impossible de caractériser le moindre droit personnel. Cette dernière qualification conserve de façon irréductible son autonomie (A).

23. Devant ce premier obstacle infranchissable, il faudrait renoncer à défendre une qualification personnelle de l'inaliénabilité. Si néanmoins on persiste dans cette voie, l'impossibilité de justifier les conditions de validité de l'inaliénabilité conventionnelle par sa qualification en un mécanisme personnel ne doit pas surprendre. Ce n'est que l'autre manifestation de l'incompatibilité entre ces deux mécanismes que sont l'inaliénabilité conventionnelle et le droit personnel. L'inaliénabilité conventionnelle conserve une autonomie irréductible vis-à-vis de cette qualification personnelle (B).

A) L'autonomie irréductible du droit personnel

24. Avant toute chose, il faut relever que l'origine apparemment volontaire de la clause d'inaliénabilité a pu justifier que l'on qualifie d'obligationnel[1] son mécanisme. En effet, les obligations dans le Code civil sont surtout envisagées à propos de la présentation du régime juridique du contrat[2]. Or les clauses d'inaliénabilité sont stipulées dans des actes de disposition, qui en pratique sont souvent des contrats[3]. En juxtaposant ces différentes observations, on a pu aboutir à la conclusion suivante : les clauses d'inaliénabilité sont contenues dans des contrats, ceux-ci créent des obligations, on doit donc considérer que ces clauses ne créent que des obligations.

25. Ce rapprochement initial n'est pas suffisant pour justifier la qualification de droit personnel. Certaines obligations ont une source légale et pourtant on n'a pas cherché envers et contre tout à assimiler la loi à un contrat ! Le droit personnel permet de rendre compte d'une situation bien précise (1) qui n'est pas celle que l'on rencontre en présence d'une clause d'inaliénabilité (2).

1) Les présupposés à la qualification de droit personnel

26. Si l'on prend la définition la plus usuelle du droit personnel, certains caractères ressortent indéniablement. Le droit personnel ou obligation est un lien de droit entre un

---

[1] Par ce néologisme, nous entendons simplement signifier que l'objet qualifié s'analyse comme une obligation.

[2] Voir par exemple dans le Livre III du Code civil, le Titre III intitulé " Des contrats ou des obligations conventionnelles en général ".

[3] Historiquement, la validité des clauses d'inaliénabilité a été reconnue en jurisprudence dans une espèce où l'une d'elles était incluse dans une donation : Cass. Civ., 20 avril 1858, *in* Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 12ème édition, 2007, n° 73, p. 461 & suiv.

créancier et un débiteur en vertu duquel le premier peut exiger du second qu'il lui donne une chose, qu'il exécute une prestation ou qu'il s'en abstienne[1]. On ne peut imaginer une seule seconde qu'un droit personnel existe sans que l'on puisse identifier précisément au moins un créancier et un débiteur[2].

Le droit personnel est un lien de droit[3], ce qui suppose qu'une personne existe à chaque extrémité de ce lien[4]. Pour reconnaître un droit personnel là où s'exerce une clause d'inaliénabilité, on ne peut faire l'économie de la détermination de ce créancier et de ce débiteur. Puisque la clause d'inaliénabilité empêche le propriétaire d'une chose d'en transférer la propriété, il paraît naturel de considérer que le débiteur de ce prétendu droit personnel est le propriétaire de la chose désignée par la clause d'inaliénabilité[5].

2) Des présupposés non vérifiés

27. Contrairement à la détermination du prétendu débiteur, l'identification du créancier est bien moins aisée. Un premier mouvement de l'esprit pour déterminer le créancier serait de rechercher la personne qui bénéficie en pratique de la clause pour lui reconnaître la qualité de créancier. Il s'agira donc dans un premier temps de rechercher le bénéficiaire de l'intérêt sérieux et légitime qui soutient la clause. Mais cette assimilation du bénéficiaire de la clause à un créancier n'est guère satisfaisante (a), travers que l'on n'évite pourtant pas en dissociant les deux qualités (b).

---

[1] Voir déjà : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, Pichon, 1ère édition, 1900, n° 755, E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, réédition, Dalloz, 2002, p. 5. Très récemment : Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, Droit Civil, Tome I, Economica, 5ème édition, 2006, n° 511 ; J-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, U-Droit, Armand Colin, 11ème édition, Paris, 2006, n° 203.

[2] Pour le constat phénoménologique de cette nécessité, voir A. REINACH, *Les fondements a priori du droit civil*, Trad. R. De CALAN, Vrin, 2004, p. 51.

[3] Voir par exemple définissant à titre préliminaire l'obligation comme un *vinculum juris* : Ph. MALAURIE, *V°* Obligation, *Dictionnaire de la culture juridique*, Dir. D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003.

[4] Voir sur point particulièrement nette, M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Thémis, Droit privé, PUF, 2004, n° 1, p. 1 : " Une obligation implique dès lors au moins deux personnes, celui qui doit (le débiteur, tenu d'une dette), et celui à qui l'on doit (le créancier, titulaire d'une créance). "

[5] Voir en ce sens : B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 143, qui fait référence au " propriétaire du bien indisponible, débiteur de l'obligation de ne pas aliéner ".

a) L'inutile assimilation du créancier au bénéficiaire de la clause

28. On sait que la clause d'inaliénabilité doit être mue par un intérêt sérieux et légitime pour que sa validité soit reconnue par le juge[1]. Traditionnellement cet intérêt sérieux et légitime peut être celui de trois types de protagonistes différents[2] : le propriétaire de la chose, un tiers ou encore le disposant. Ce dernier transfère à cause de mort ou entre vifs[3] et dans ce dernier cas gratuitement ou non la chose désignée par la clause d'inaliénabilité au propriétaire.

Soit l'hypothèse d'une donation contenant cette clause, dans un premier cas, le bénéficiaire de la clause est le donataire. Cette situation est fréquente en pratique notamment dans le cas où le disposant craint que le gratifié ne dilapide les biens reçus[4]. Un moyen efficace de protéger ce dernier contre lui-même est de lui interdire de disposer de ces biens avant un certain délai de " maturité ". La qualification de droit personnel ne peut pas convenir ici. Le bénéficiaire de la clause sera dans ce cas précis le créancier de ce prétendu droit personnel d'inaliénabilité. Pourtant nous avions posé comme hypothèse de départ qu'il était systématiquement le débiteur de ce droit personnel[5]. Il est donc à la fois créancier et débiteur. Le droit personnel d'inaliénabilité devrait donc s'éteindre par confusion ! Puisque le droit personnel d'inaliénabilité est éteint lorsque le bénéficiaire de la clause est le gratifié, on doit admettre que le bien est systématiquement aliénable[6]. Dans le cas où la clause profite au propriétaire de la chose grevée d'une clause d'inaliénabilité, si l'on admet que ce dernier est le créancier du prétendu droit personnel créé par la clause on aboutit donc à une impasse. Cela n'est guère satisfaisant pour l'esprit.

Pour sortir de cette impasse il faut, dans cette hypothèse, dissocier les qualités de bénéficiaire de la clause et de créancier du prétendu droit personnel d'inaliénabilité. Le créancier du droit personnel d'inaliénabilité ne peut donc être que le disposant initial ou un tiers.

---

[1] Article 900-1 al.1 C. civ. La jurisprudence se montre assez libérale dans l'appréciation de cet intérêt sérieux et légitime, voir sur ce point les rappels de R. MORTIER, note sous Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2007, *J.C.P.*, (N), 2008, II, 1064, p. 26 & suiv., spéc. p. 29.

[2] Pour la distinction entre ces trois types d'intérêts, voir PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil* , Tome I, Pichon, 1ère édition, Paris, 1900, n° 1048, p. 392. Pour une justification au regard de la jurisprudence de cette distinction tripartite, voir : MALRIC, *De la défense d'aliéner ou clause d'inaliénabilité dans les transmissions de propriété*, Thèse, Toulouse, 1908, p. 88 & suiv.

[3] L'article 900-1 C.civ. est relatif aux clauses frappant les biens " donnés " ou " légués ".

[4] Voir par exemple pour une inaliénabilité jusqu'aux 30 ans du gratifié : Cass. Civ. 1ère, 12 juin 1990, inédit, pourvoi n° 87-17115.

[5] Voir *supra* n° 26 *in fine*.

[6] Sur ce constat, H. CORVEST, L'inaliénabilité conventionnelle, *Defrénois*, 1979, n° 32126, p. 1409, qui relève d'ailleurs que cette confusion devrait entrainer la disparition de l'insaisissabilité consécutive à l'inaliénabilité.

29. Mais le constat est à peine plus favorable lorsque c'est un tiers qui est le bénéficiaire de la clause d'inaliénabilité et que l'on suppose que ce dernier sera le créancier de cet étrange droit personnel d'inaliénabilité. La situation du tiers bénéficiaire de la clause d'inaliénabilité peut se rencontrer en pratique. Imaginons le cas d'un homme qui loue un immeuble à usage d'habitation à sa concubine depuis plusieurs années. Il souhaite cependant faire donation de cet immeuble à ses enfants. Pour assurer la tranquillité de sa concubine en lui évitant un changement de propriétaire consécutif à la vente de l'immeuble par ses enfants, lors de la donation il stipule dans l'acte de donation une clause d'inaliénabilité. Il est évident que la simple qualité de locataire de la concubine ne lui donne absolument pas la qualité de partie à la donation. Celle-ci est un contrat passé entre le disposant et ses enfants qui, dans notre hypothèse, l'ont accepté.

Dans notre tentative d'assimilation du bénéficiaire de la clause au créancier du " droit personnel d'inaliénabilité ", on doit donc admettre que ce droit personnel profite à un créancier qui pourtant n'était pas partie au contrat ayant donné naissance à sa créance[1]. En reconnaissant la qualité de créancier au tiers bénéficiaire de la clause, on est forcé de qualifier l'opération globale de stipulation pour autrui[2]. Le disposant est un stipulant, le donataire est le promettant et enfin le tiers bénéficiaire de la clause d'inaliénabilité est le bénéficiaire de la stipulation pour autrui.

Cette qualification produit des conséquences étranges. On sait que le bénéficiaire de la stipulation pour autrui est le titulaire d'un droit direct contre le promettant. Mais ce droit direct peut être révoqué tant qu'il n'a pas été accepté[3]. Le droit direct du bénéficiaire reste dans une certaine mesure à la merci du stipulant qui peut toujours le révoquer avant l'acceptation du bénéficiaire. Pour que le stipulant ne puisse plus priver le bénéficiaire de son droit, ce dernier doit avoir accepté le droit direct[4].

Si l'on reformule cela avec les termes de notre exemple nous aboutissons à la proposition suivante : le disposant qui a grevé un bien d'une clause d'inaliénabilité pourra priver le tiers

---

[1] Pour une même définition d'un mécanisme voisin : Ch. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat, Effets*, Droit civil, Tome III, 2ème Partie, Economica, 6ème édition, 2007, n° 799.

[2] Pour le rapprochement avec l'article 1121 C.civ. voir VASILESCO, *Des clauses d'inaliénabilité - De leur validité et de leurs effets*, Thèse, Paris, 1920, p. 199, A. CHERON, La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité : sa logique – ses limites, *R.T.D.civ.*, 1906, p. 339, spéc. p. 346, Ch. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat, Effets*, Droit civil, Tome III, 2ème Partie, Economica, 6ème édition, 2007, n° 802, à propos de la libéralité avec charge au profit d'un tiers.

[3] La jurisprudence fait preuve de mansuétude dans la caractérisation de l'acceptation de la stipulation pour autrui puisqu'elle admet l'acceptation tacite voir l'acceptation anticipée (Cass. Civ. 1ère, 19 décembre 2000, *D.*, 2001, p. 3482, note I. ARDEEF ; *Defrénois*, 2001, p. 700, obs. R. LIBCHABER.)

[4] Voir l'article 1121 C.civ.

bénéficiaire du bénéfice de cette clause tant que ce dernier n'aura pas accepté la stipulation à son profit d'un droit personnel d'inaliénabilité. En pratique, le tiers bénéficiaire d'une clause d'inaliénabilité ne manifestera jamais une quelconque volonté d'accepter le droit direct de la stipulation pour autrui. Son prétendu droit direct sera toujours révocable par le stipulant : le disposant initial. Parce qu'en pratique cette acceptation ne se produira jamais, le droit personnel d'inaliénabilité du tiers bénéficiaire restera " confisqué " par le disposant initial[1].
Ici le tiers est indubitablement créancier en vertu de la stipulation pour autrui. Cependant pour comprendre l'intérêt pratique de la stipulation pour autrui, on est de nouveau contraint de scruter la situation du disposant. Le sort de l'inaliénabilité semble une fois de plus suspendu au bon vouloir de ce dernier. Encore une fois, c'est donc vers le disposant qu'il faut se tourner si l'on s'attache à la qualification personnelle de l'inaliénabilité.

30. Reste un dernier cas qui est celui où le disposant est le bénéficiaire de la clause d'inaliénabilité. Un exemple pratique classique est celui du disposant ascendant du gratifié qui souhaite sauvegarder son droit de retour légal par une clause d'inaliénabilité[2] ou encore du disposant qui s'est réservé l'usufruit du bien donné. Ici la qualification de droit personnel semble bien convenir. On se doute bien que le droit de retour légal ou l'usufruit disparaîtront à la mort de leur titulaire. Après cette date, l'inaliénabilité n'aura plus aucun intérêt et il est tout à fait justifié qu'elle cesse. La prétendue obligation de ne pas aliéner du propriétaire doit donc aussi disparaître.

---

[1] Voir sur ce point la formulation retenue par l'article 143 al. 1 du projet de réforme du droit des contrats présenté par la Chancellerie en juillet 2008 : " Tant que le tiers n'a pas accepté le bénéfice de la stipulation faite en sa faveur, celle-ci peut être librement révoquée par le stipulant. "

[2] Fréquente dans le contentieux des clauses d'inaliénabilité au début du siècle, cette justification a perdu une grande partie de son intérêt avec la réduction drastique des hypothèses de retour légal. Ce dernier subsiste de façon résiduelle, aux articles 757-3 et 368-1 C.civ. La première disposition est relative au droit de retour légal des frères et sœurs du *de cujus*, on peut donc constater que la clause d'inaliénabilité protégerait ici davantage l'intérêt d'un tiers, le frère ou la sœur, puisque par hypothèse le disposant initial a disparu. Concernant la seconde disposition qui permet à l'adoptant d'obtenir par retour légal les biens dont il avait gratifié l'adopté, on pourrait estimer que la clause d'inaliénabilité qu'il stipulerait dans la donation initiale conserve un grand intérêt puisque le droit de retour légal s'exerce " sous réserve des droits acquis par les tiers ". Ici, précisément, le droit d'un tiers devrait être un droit de propriété car la clause d'inaliénabilité s'oppose au transfert de propriété. Or, si le bien en cause a fait l'objet d'un transfert de patrimoine à patrimoine, il ne figure plus dans le patrimoine de l'adopté. Par conséquent, le droit de retour légal n'a pas lieu d'être puisqu'il ne s'exerce que sur les biens reçus en gratification par l'adopté s'ils figurent encore en nature dans son patrimoine lors de son décès. Il faut en conclure que la clause d'inaliénabilité ne fait pas obstacle aux droits des tiers, ceux que le retour légal laisse subsister, elle évite simplement que l'assiette du droit de retour légal, les biens par lesquels l'adoptant gratifie l'adopté, soient dilapidés par l'adopté. Enfin, il faut rappeler que rien n'empêche de recourir aux clauses d'inaliénabilité pour protéger un droit de retour conventionnel ou une faculté de rachat, voir ainsi : Cass. Com., 9 novembre 2004, *Bull. civ.*, IV, n° 191 ou très net, reconnaissant l'intérêt d'une telle clause en présence d'un usufruit ou d'un droit de retour conventionnel au profit du disposant : Cass. Civ. 1ère, 15 juin 1994, *Bull. civ.*, I, n° 211.

Il semblerait donc que l'on ait enfin réussi à déterminer les personnes liées par le mystérieux droit personnel d'inaliénabilité : le créancier est le disposant initial et le débiteur le propriétaire de la chose au sujet de laquelle a été stipulée une clause d'inaliénabilité. Mais dans cette détermination il est inutile de s'attacher à la recherche de la personne qui bénéficie de la clause.

b) L'impossible détermination du créancier de l'inaliénabilité

31. L'assimilation du créancier du droit personnel d'inaliénabilité au bénéficiaire de la clause n'est évidente que dans l'hypothèse où ce bénéficiaire est le disposant initial. Dans les autres cas, pour sauver la qualification de droit personnel, on doit systématiquement revenir à la personne de ce disposant initial, de façon plus ou moins rigoureuse. Si l'on tient à la qualification personnelle de l'inaliénabilité, il n'est donc pas incongru de prétendre que le disposant est systématiquement le créancier du droit personnel d'inaliénabilité[1] alors que le débiteur de ce droit est le propriétaire de la chose visée par la clause d'inaliénabilité[2].

32. Nous avons pour le moment raisonné à partir de la situation pratique d'une clause d'inaliénabilité insérée dans une donation[3]. Pourtant ce type de stipulation peut tout à fait être contenu dans un testament[4]. Dans cette hypothèse, il n'y a pas lieu d'adopter une qualification du mécanisme différente de celle qui est retenue lorsqu'il est stipulé dans une donation. Un bien légué peut ainsi être l'objet d'un " droit personnel d'inaliénabilité ". Dans ce cas, le débiteur du prétendu droit personnel d'inaliénabilité sera le légataire de ce bien[5] parce qu'il est le propriétaire du bien en cause. Ce propriétaire est le seul " débiteur " envisageable de ce prétendu " droit personnel d'inaliénabilité "[6]. En revanche le créancier de ce droit personnel ne peut être le disposant puisque celui-ci est décédé.

On en vient tout naturellement à admettre que les créanciers de ce droit personnel d'inaliénabilité seront les ayants cause à titre universel du disposant[7]. Ainsi, au-delà de l'émolument perçu par ces derniers en leur qualité d'ayants cause du *de cujus*, les ayants

---

[1] On remarquera ici que le prétendu créancier ne peut exiger de son débiteur que le respect de son " obligation " de ne pas aliéner. Il ne peut aucunement prétendre par la clause aliéner lui-même le bien sous peine de porter atteinte au principe de l'irrévocabilité spéciale des donations. Sur lequel, voir : M. GRIMALDI, *Libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 1ère édition, 2000, n° 1212.

[2] Voir *supra* n° 30 *in fine*.

[3] Voir *supra* n° 26.

[4] Ainsi l'article 900-1 C.civ. dispose-t-il que la clause d'inaliénabilité peut affecter un bien " donné ou légué ".

[5] L'hypothèse de raisonnement est ici celle d'un legs à titre particulier tel qu'il est prévu aux articles 1014 & suiv. C.civ.

[6] Voir *supra* n° 26.

[7] On estime traditionnellement que ces derniers sont les continuateurs de la personne du défunt.

cause à titre universel seront aussi créanciers d'un " droit personnel d'inaliénabilité ". Il s'agit de ce même droit personnel d'inaliénabilité dont le disposant est censé être le titulaire lorsque la clause d'inaliénabilité est incluse dans une donation[1].

33. Tâchons de voir précisément en quoi consiste ce droit personnel. S'agissant d'un droit patrimonial, à n'en point douter, il figure à l'actif du patrimoine du créancier, le disposant ou ses ayant causes à titre universel si la clause a été établie à l'occasion d'un legs. S'il s'avère impossible de caractériser cette " créance d'inaliénabilité " au sein de l'actif patrimonial du " créancier ", c'est précisément de cette qualité de créancier dont il conviendra de douter. La question posée est donc dorénavant celle de l'incidence patrimoniale de l'inaliénabilité.
Pour caractériser l'incidence patrimoniale de l'inaliénabilité, nulle démarche n'est plus raisonnable que de s'interroger sur le traitement fiscal de cette dernière. Or dans une décision du 7 janvier 2004, la Cour de cassation a très nettement affirmé qu'un élément patrimonial frappé par une clause d'inaliénabilité ne méritait pas de traitement fiscal différencié[2]. Pour la Haute juridiction, un bien inaliénable reste un élément patrimonial imposable au titre d'un impôt sur le capital[3]. Fiscalement, les biens inaliénables sont des biens comme les autres. Nous pouvons en tirer de précieux enseignements quant à la qualification de l'inaliénabilité.

34. Il a été démontré au titre du particularisme du droit fiscal[4] que " le droit commun n'est implicitement mais nécessairement pris en compte qu'au titre des *effets économiques* (souligné dans le texte) qu'il engendre, et pour autant qu'il produise réellement de tels effets "[5]. Naturellement là où aucun effet économique n'est relevé, le droit fiscal reste fidèle aux qualifications juridiques issues du droit commun.
Ainsi, lorsque la Cour de cassation traite fiscalement un bien inaliénable comme un simple bien, elle ne fait que relever l'absence d'effets économiques de l'inaliénabilité. Ce dernier point doit être évidemment précisé. Il est certain que pour le propriétaire qui la subit,

---

[1] Voir *supra* n° 25 & suiv.
[2] Voir Cass. Com., 7 janvier 2004, *Bull. civ.*, IV, n° 6, relevant que pour le calcul du montant de l'impôt de solidarité sur la fortune, il importe de tenir compte d'actions cotées grevées d'une clause d'incessibilité dès lors que " la limite apportée à la liberté de les aliéner n'affectait pas leur valeur ".
[3] On remarquera d'ailleurs qu'il en va de même pour les créances salariales. Bien que partiellement incessibles en vertu de l'article L. 145-2 C. trav., elles sont tout de même imposables en totalité au titre de l'impôt sur le revenu.
[4] Ce particularisme peut s'entendre de " la propension naturelle du droit fiscal à saisir les situations juridiques dans leur dimension économique ", *in* G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit civil et du droit fiscal*, Thèse Paris II, Préf. P. CATALA, Av.-propos M. COZIAN, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 313, L.G.D.J., 1999, n° VII, p. 14.
[5] G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit civil et du droit fiscal*, Thèse, Paris II, Préf. P. CATALA, Av.-propos M. COZIAN, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 313, L.G.D.J., 1999, n° VI-3, p. 13.

l'inaliénabilité a un effet économique et même antiéconomique. Mais de cet effet purement factuel, le droit fiscal ne se préoccupe pas. Il a en revanche vocation à prendre en considération tous les éléments objectifs permettant d'évaluer la situation matérielle des personnes sujettes à l'impôt. On peut tout simplement en déduire que là où le droit fiscal ne voit rien du tout, il serait étonnant qu'il y ait véritablement quelque chose.

35. Or, dans notre hypothèse, la Cour de cassation estime que l'inaliénabilité n'a aucune incidence sur le statut fiscal des biens frappés par cette dernière. Si, fiscalement, l'intéressé bénéficie pleinement de la valeur économique des biens inaliénables cela signifie que nul autre que lui ne jouit des utilités économiques du bien. Ceci dispense donc les services fiscaux de traiter cette personne autrement qu'en détenteur de la totalité de son capital. Nul autre que lui ne mérite de payer l'impôt en raison du profit que cet " autre " tirerait de l'inaliénabilité. Si ce prétendu créancier avait profité de quoi que ce soit, le droit fiscal l'aurait assurément décelé, il serait même déraisonnable de lui refuser cette vocation au réalisme. Si la personne assujettie à l'inaliénabilité subissait une perte économique, le droit fiscal aurait ainsi permis de déduire cette moins-value du montant de l'impôt sur le capital. Et inversement, si moins-value il y avait, plus-value d'un tiers il y aurait. Là encore, le droit fiscal n'aurait point hésité à taxer le profit tiré par ce tiers de ce prétendu droit personnel d'inaliénabilité.
Une fois de plus, on s'aperçoit que l'attachement à la qualification personnelle de l'inaliénabilité conduirait à de surprenantes conclusions. Il faudrait reconnaître l'existence d'un droit personnel si original qu'il n'aurait aucun effet économique que le droit fiscal ne décèle.

36. Finalement, la qualification de la clause d'inaliénabilité en un droit personnel nécessite donc de qualifier deux personnes distinctes de créancier et de débiteur. Cela n'est pas toujours possible. Et quand cela est possible, il faut convenir de ce que le droit personnel d'inaliénabilité est particulièrement évanescent puisque le droit fiscal, si prompt à saisir la moindre réalité économique, lui demeure indifférent. Nous y voyons *a priori* une série d'indices très défavorables à la qualification personnelle de l'inaliénabilité.
Par contre, ce que l'on constate indubitablement à propos des clauses d'inaliénabilité, c'est que relativement au bien inaliénable, les prérogatives de celui qui subit l'inaliénabilité sont très réduites. Cette limitation résulte essentiellement d'une manifestation de volonté en ce sens de celui qui lui a transmis le bien, le disposant. Pourtant ce dernier peut difficilement être tenu pour créancier d'un droit personnel d'inaliénabilité.

37. La qualification de droit personnel convient si peu *a priori* que son impossibilité à justifier les conditions de formation des clauses d'inaliénabilité ne saurait nous étonner. L'inaliénabilité conventionnelle conserve toute son autonomie vis à vis du concept de droit personnel.

B) L'autonomie irréductible de l'inaliénabilité conventionnelle

38. L'inaliénabilité conventionnelle comme tout mécanisme juridique ne produit ses effets que dans un contexte particulier. Pour qui défendrait une qualification personnelle de l'inaliénabilité, il serait de bon ton que ce contexte de survenance particulier corresponde exactement à celui des droits personnels. L'étude des conditions de validité de l'inaliénabilité conventionnelle va révéler le contraire.

Ainsi l'inaliénabilité conventionnelle ne peut exister que lorsque diverses conditions de validité sont vérifiées. Elles peuvent être d'une part explicitement imposées par la loi. Ces conditions de validité explicites ne peuvent cependant trouver une explication suffisante dans la qualification personnelle de l'inaliénabilité conventionnelle (1).

D'autre part, au-delà des prescriptions expresses de la loi, il apparaît implicitement que les clauses d'inaliénabilité sont forcément incluses dans un acte translatif du bien devenu inaliénable. Cette condition de validité implicite est difficilement compréhensible si l'inaliénabilité conventionnelle ne consiste qu'en un simple droit personnel (2). Dans l'un et l'autre cas, le constat sera le même : en faveur de l'irréductible autonomie de l'inaliénabilité conventionnelle vis à vis du droit personnel.

1) L'autonomie des conditions de validité explicites des clauses d'inaliénabilité

39. Les conditions de formation explicitement affirmées par la loi sont au nombre de deux[1]. Elles concernent en principe le caractère temporaire de l'inaliénabilité (1) mais aussi la nécessité pour cette dernière d'être mue par un intérêt sérieux et légitime (2).

[1] L'article 900-1 C.civ. exige que l'inaliénabilité soit temporaire et mue par un intérêt sérieux et légitime. On rappellera pour mémoire que la proposition de texte à l'origine de la réforme du 3 juillet 1971 visait à dissiper les incertitudes jurisprudentielles quant à ce caractère temporaire de la clause en prévoyant une durée maximale de 21 ans de l'inaliénabilité. Voir sur ce point : Ph. SIMLER, Les clauses d'inaliénabilité, *D.*, 1971, L., p. 416 & suiv. spéc. n° 2.

a) Le caractère temporaire de la clause[1]

40. L'appréciation du caractère temporaire de l'inaliénabilité a pendant longtemps été laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond[2] même si cette affirmation a parfois été discutée[3]. En revanche, on ne discute pas qu'une inaliénabilité expressément stipulée pour toute la vie du propriétaire est illicite[4]. On considère qu'une telle clause modifierait de façon radicale et inéluctable le régime de la propriété[5]. Pour qui défend une analyse en termes de droit personnel de la clause d'inaliénabilité, le caractère nécessairement temporaire de la clause est une aubaine. En effet, un parallèle semble facile à établir avec la prohibition des engagements perpétuels[6]. Il est acquis que l'on ne peut s'engager sciemment à vie. Le fondement textuel de ce principe est traditionnellement situé à l'article 1780 aliéna 1 du Code civil[7].

41. Pourtant, le rapprochement entre la prohibition des engagements perpétuels et la durée limitée des clauses d'inaliénabilité mérite d'être nuancé. Ainsi, on a pu s'interroger sur la pérennité de cette prohibition[8] qui a peut-être été conçue en 1804 comme une simple garantie contre les asservissements personnels viagers de la féodalité. Que nous sert aujourd'hui ce vestige de rempart contre un hypothétique regain de vigueur de la féodalité ?
Si cette analyse est exacte, l'inexistence du principe en droit positif empêche tout rapprochement avec la nécessité du caractère temporaire des clauses d'inaliénabilité. Par conséquent ce rapprochement n'est plus un argument valide en faveur de l'analyse des clauses en termes de droit personnel.

---

[1] Dans l'article 900-1 du Code civil les clauses " ne sont valables que si *elles* sont temporaires…" (nous soulignons). Il semble évident qu'il faut comprendre ici que ce sont les effets de la clause qui doivent être temporaires.
[2] Voir en ce sens, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 131. Cependant, il est des hypothèses où un bien inaliénable ne saurait le rester plus qu'une certaine durée arbitrairement fixée, c'est notamment le cas en matière commerciale où les actions de S.A.S. ne peuvent faire l'objet d'une inaliénabilité statutaire de plus de 10 ans (article L. 227-13 C.com.).
[3] H. THUILIER, note sous Cass. Civ. 1ère, 8 janvier 1975, *J.C.P.*, (G),1976, II, 18240.
[4] Voir en ce sens, B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 118 et les décisions citées.
[5] Voir par exemple : Ch. LARROUMET, *Les biens, Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 344 ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 131.
[6] Voir par exemple : B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 129 et implicite : R. LIBCHABER, Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés, *Rev. soc.*, 1995, p. 437 & suiv. spéc. p. 443.
[7] " On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée ".
[8] R. LIBCHABER, Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés, *Rev. soc.*, 1995, P. 437 & suiv. spéc. p. 443 *in fine*.

42. Mais d'autres justifications peuvent être avancées à la prohibition des engagements perpétuels, qui n'auraient pas perdu leur actualité. Ainsi elle serait une garantie pour le débiteur contre la privation excessive de ses libertés individuelles. Dans ce cas, le rapprochement avec le caractère temporaire des clauses d'inaliénabilité est possible. Celles-ci sont temporaires parce que l'on ne conçoit pas qu'une personne soit privée, sa vie durant, de la faculté d'aliéner les choses dont elle est le propriétaire[1]. Mais on ne peut rien en tirer quant à la qualification de la clause d'inaliénabilité en un mécanisme personnel.

Certes le caractère temporaire de la clause et la prohibition des engagements perpétuels ont en commun l'hostilité envers les atteintes excessivement longues à la liberté du débiteur. Mais rien ne permet d'affirmer que le premier est une manifestation du second. La liberté qui serait bafouée par une clause d'inaliénabilité perpétuelle est la liberté pour le propriétaire d'aliéner. Classiquement on considère que la possibilité d'aliéner juridiquement une chose est un élément fondamental de la propriété que l'on exerce sur celle-ci[2]. Dans cette perspective classique, le caractère temporaire de la clause d'inaliénabilité correspond avant tout à la satisfaction des impératifs du droit des biens plutôt qu'à ceux du droit des obligations.

43. Parce que la disposition juridique des choses a très souvent été conçue comme une des prérogatives fondamentales de la propriété, on a toujours combattu les clauses d'inaliénabilité perpétuelle. Elles ruineraient l'économie générale de la propriété, et ce problème est totalement distinct de celui de l'atteinte durable à la liberté d'un individu, telle que le principe de la prohibition des engagements perpétuels la protège. Il n'est donc pas

---

[1] Si l'on pousse le raisonnement à son paroxysme, il n'est pas évident que l'on puisse tirer autant des dispositions en vigueur. Effectivement la clause ne peut produire ses effets pour toute la vie du propriétaire ou pour une durée équivalente si l'on pense ici à la situation du propriétaire dont le bien est grevé d'une clause dont la durée excède notablement son espérance de vie. Mais s'il s'agissait de véritablement garantir la possibilité d'aliéner un jour le bien grevé d'une clause d'inaliénabilité pour celui qui la subit, on devrait s'interroger *a posteriori* sur la validité d'une clause d'une durée très limitée au cours de laquelle le propriétaire est accidentellement décédé.

[2] Voir par exemple, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 124 & suiv. Comp. la judicieuse démonstration de BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse, Paris, 1902, p. 165, l'auteur reconnaît que l'inaliénabilité heurte un certain nombre de principes communément admis, " Une objection considérable ne manquera pas de nous être opposée tout de suite : la propriété a pour élément essentiel le droit de libre disposition. Frapper d'indisponibilité réelle le bien qui en est l'objet, n'est-ce pas un non sens, puisque c'est dire que la propriété ne comporte pas dans son contenu le *jus abutendi* ? Parler de propriété inaliénable, n'est-ce pas accoupler des mots qui hurlent d'être ensemble ? ". L'auteur surmonte l'objection en estimant que l'*abusus* juridique n'est pas un élément fondamental du droit de propriété dans la mesure où cet *abusus* juridique existe pour tous les droits patrimoniaux (BRETONNEAU, *op. cit.*, p. 170). Voir enfin, contestant nettement que la liberté d'aliéner constitue une prérogative essentielle du propriétaire, D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, *passim*, spéc. p.1034.

possible de tirer argument du caractère temporaire des clauses pour en justifier une qualification en termes de droit personnel.

En revanche dans le cas où serait reconnue l'existence d'une véritable obligation de ne pas aliéner par laquelle un individu s'engage, en vertu d'un contrat à conserver sa chose[1], le principe rappelé retrouverait tout son empire. Cette obligation ne pourrait bien entendu pas être perpétuelle en vertu de la prohibition des engagements perpétuels. Mais concernant les clauses d'inaliénabilité la justification donnée à leur caractère temporaire ne permet pas de conclure incontestablement à une telle qualification.

Tout juste subsiste-t-il un doute. Mais selon nous ce doute doit être levé : la coïncidence entre le caractère temporaire de la clause et la prohibition des engagements perpétuels est purement fortuite.

44. On relèvera pour finir que le parallèle entre le caractère temporaire de la clause et la prohibition des engagements perpétuels restait techniquement stérile. En effet, les conséquences techniques de ces deux principes divergent largement. La prohibition des engagements perpétuels produit pour principale conséquence que le débiteur d'un engagement perpétuel bénéficie tout au plus d'une faculté de résiliation des engagements litigieux. Ceux-ci ne sont pas nuls de plein droit. Or, la nullité de plein droit est précisément la sanction qui frappe en principe les clauses d'inaliénabilité perpétuelles[2]. Si le parallèle entre le caractère temporaire de l'inaliénabilité conventionnelle et la prohibition des engagements perpétuels n'était pas fortuit, c'est une toute autre sanction des clauses d'inaliénabilité perpétuelles qu'il faudrait envisager. Le principe de la prohibition des engagements perpétuels serait satisfait par la reconnaissance d'une faculté de résiliation de l'inaliénabilité au profit de celui qui subit la clause.

Pourtant, lorsqu'exceptionnellement une clause d'inaliénabilité perpétuelle est permise, celui qui subit la clause ne dispose sûrement pas d'une faculté de résiliation unilatérale. Cette dernière priverait la clause de tout intérêt ! Les clauses d'inaliénabilité perpétuelle sont permises lorsque la clause préjudicie à une personne morale. Du point de vue du caractère

---

[1] Sur cet engagement et la distinction très nette qu'il convient d'opérer avec l'inaliénabilité conventionnelle, voir R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 153, p. 160 & 161. L'obligation de ne pas aliéner a pour fondement un contrat, il s'agit d'une simple obligation de ne pas faire qui doit être sanctionnée comme telle. Son régime juridique relève du droit des obligations et notamment des articles 1142 & suiv. C.civ., ce qui n'est nullement le cas du mécanisme établi par les clauses d'inaliénabilité. Par ailleurs, à la différence de l'inaliénabilité conventionnelle, l'obligation de ne pas aliéner peut être stipulée à tout moment et non pas seulement lors de l'acquisition d'un bien.

[2] Voir en ce sens, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 131, p. 129 et les références citées.

temporaire de l'inaliénabilité conventionnelle, la distinction entre les personnes physiques et les personnes morales résulte de l'article 900-1 al. 2 du Code civil.

Malgré quelques doutes initiaux sur la portée du texte[1], il semble qu'il permette d'établir des clauses d'inaliénabilité qui ne soient pas temporaires. En effet, lorsqu'elles accompagnent des libéralités faites à des personnes morales, ces clauses servent des intérêts appelés à durer de façon illimitée[2]. Si la clause d'inaliénabilité n'établissait qu'une simple obligation, il faudrait reconnaître ici que l'on est en présence d'un engagement perpétuel. Or, le principe traditionnel de la prohibition des engagements perpétuels ne semble pas connaître d'atténuation lorsque le débiteur est une personne morale. On est donc bien obligé d'admettre sur ce point encore que la qualification personnelle de l'inaliénabilité conventionnelle est douteuse.

45. La coïncidence existant entre le caractère temporaire de l'inaliénabilité conventionnelle et la prohibition des engagements perpétuels est purement fortuite. Ce caractère fortuit est corroboré par l'inexistence d'une pareille coïncidence entre les mécanismes du droit des obligations et ceux des clauses d'inaliénabilité quant à l'exigence d'un intérêt sérieux et légitime.

b) La nécessité d'un intérêt sérieux et légitime

46. Sur ce point encore, il est hasardeux de justifier les caractéristiques des clauses d'inaliénabilité par leur qualification en un mécanisme personnel. Si l'on reprend les conditions traditionnelles de naissance d'une obligation, on ne sache pas qu'il soit exigé un intérêt sérieux et légitime de l'ordre de celui que l'on requiert dans le cas des clauses d'inaliénabilité.

---

[1] Voir R.-N. SCHÜTZ, *V°* Inaliénabilité, *Rep. civ.*, Dalloz, 1999, n° 73. Sur l'interprétation de l'article 900-1 al. 2 C.civ., on relèvera ici un arrêt très récent, Cass. Civ. 1ère, 23 janvier 2008, pourvoi n° 06-16120 par lequel la Cour de cassation a exclu les personnes morales du bénéfice de l'action en mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité, laquelle est précisément prévue par l'article 900-1 al. 1 *in fine* C.civ. Dès lors que l'article 900-1 al. 2 C.civ. dispose que la disposition précédente (l'alinéa 1) ne préjudicie en rien aux libéralités consenties à des personnes morales, il est particulièrement tentant d'affirmer que la Cour de cassation entendrait implicitement supprimer l'exigence du caractère temporaire des clauses d'inaliénabilités subies par les personnes morales.

[2] Voir en en ce sens, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 137 *in fine*. Cela est particulièrement vrai lorsque la clause d'inaliénabilité sert l'affectation d'un bien confié à une personne morale constituée en fondation. Les intérêts servis ont alors vocation à durer de façon illimitée. On comprend alors que lorsque le besoin s'en fait sentir, le législateur n'hésite aucunement à déroger à des principes jusqu'alors fermement établis. Sur l'affectation consécutive à la transmission d'un bien à une fondation, voir R. BOFFA, *La destination de la chose*, Thèse Montpellier I, Préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Doctorat et Notariat, Tome 32, Defrénois, 2008, n° 537.

Le seul rapprochement que l'on puisse opérer à ce propos est l'exigence de conformité à l'ordre public des obligations[1]. En matière de clauses d'inaliénabilité, les exigences sont beaucoup plus lourdes puisque sans un intérêt sérieux et légitime la clause ne pourra pas produire d'effet. La différence est nette avec l'obligation qui lorsqu'elle résulte d'un contrat[2] ne devra pas forcément être mue par un intérêt sérieux et légitime[3]. Il suffira que son contenu soit conforme à l'ordre public[4]. Ce n'est pas du coté de l'objet de l'obligation[5] qu'il faut chercher si l'on veut absolument analyser l'intérêt sérieux et légitime au moyen des concepts du droit des obligations. Il existe pourtant une hypothèse bien distincte dans laquelle on contrôle un intérêt dans le but d'apprécier la validité d'un acte juridique...

47. On dérive alors vers le problème de la licéité de la cause du contrat. Et si l'on veut dresser un parallèle sur ce point entre les clauses d'inaliénabilité et les contrats, on doit admettre que l'intérêt sérieux et légitime que l'on exige pour les clauses d'inaliénabilité est la cause d'un contrat d'inaliénabilité[6]. De nouvelles difficultés surgissent alors. En effet, on voit mal pourquoi ce contrat d'inaliénabilité serait soumis à une exigence plus forte que la simple licéité de l'intérêt qu'il sert.

Il faudrait que la cause du contrat d'inaliénabilité, si l'on accepte le parallèle étudié, soit sérieuse et légitime. Cela reviendrait à contrôler rigoureusement cette manifestation de volontés conjointes que serait la clause d'inaliénabilité. On aboutirait à un contrôle de l'opportunité de la clause bien peu conforme au prestige traditionnel de la liberté contractuelle !

---

[1] Cette exigence de conformité à l'ordre public résulte des articles 6 et 1108 du Code civil.

[2] Pour les obligations ayant une source qui n'est pas contractuelle, la question ne se pose pas dans les mêmes termes puisque le rôle conséquent de la loi dans la naissance de l'obligation dispense de s'interroger de la même façon sur sa conformité à l'ordre public.

[3] Il faut mentionner ici que l'article 85 du projet de réforme du droit des contrats élaboré en juillet 2008 par la Chancellerie prévoit que " chaque partie doit avoir un intérêt au contrat qui justifie son engagement ". Si la référence à l'intérêt de chaque partie renvoie assez clairement au mécanisme de la cause de l'obligation, on notera toutefois que cet intérêt n'est pas aussi précisément défini que l'intérêt venant au soutien des clauses d'inaliénabilité. En effet, les contrats à titre onéreux sont, selon l'article 86, nuls si l'intérêt de l'un de l'une des parties est illusoire ou dérisoire tandis qu'en matière d'inaliénabilité, l'intérêt doit être sérieux. Ce n'est que dans le second cas que le juge sera chargé de contrôler la réalité de l'intérêt invoqué. Dans le premier cas, en revanche, il se contentera de sanctionner le défaut d'intérêt.

[4] Cela signifie que ce à quoi s'oblige le débiteur ne peut pas porter atteinte à l'ordre public. Ainsi, on ne peut se rendre débiteur de l'obligation de commettre une infraction pénale.

[5] Si le contenu d'une obligation est effectivement conforme à l'ordre public, donc licite, dans la perspective d'un contrat créateur d'obligations se servant mutuellement de cause, cette première obligation constituera la cause licite de l'obligation corrélative.

[6] Voir en ce sens : B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 131 *in fine*. On doit reconnaître que ce rapprochement a au moins le mérite de justifier l'exigence d'un intérêt légitime pour la *clause* que l'on traiterait comme une opération contractuelle distincte.

48. Si l'on persiste à concevoir cet intérêt sérieux et légitime comme la cause du contrat d'inaliénabilité, il convient d'examiner toutes les conséquences juridiques que cela impose. On sait que l'intérêt sérieux et légitime est le support dans le temps de la clause. Lorsque cet intérêt disparaît ou qu'un intérêt plus important l'exige, celui qui souffre la clause peut en obtenir la mainlevée judiciaire[1]. Si l'intérêt sérieux et légitime est bien la cause du contrat d'inaliénabilité[2], on doit justifier cette possibilité de mainlevée judiciaire[3] de la clause au regard du mécanisme de la cause du contrat. Autrement dit, nous serions face à une situation dans laquelle le juge prive d'effets postérieurs un contrat qui n'est plus mû par un intérêt suffisamment sérieux et légitime. Il reviendrait donc au juge la délicate tâche de remettre en cause un contrat conclu antérieurement sous le prétexte de la survenance de nouvelles circonstances : la disparition de l'intérêt initial ou la survenance d'un intérêt plus important que ce dernier.

On serait donc face à un cas de révision judiciaire pour imprévision de l'acte juridique établissant l'inaliénabilité. Cette conclusion est la seule ayant le mérite de la cohérence[4] mais elle a rarement été proposée en doctrine[5]. Lorsque ce fut le cas[6], cette conclusion prudente n'a en aucune façon été le support d'une analyse " obligationnelle " de l'inaliénabilité[7]. L'acte juridique établissant l'inaliénabilité peut être révisé mais cela ne

---

[1] Voir l'article 900-1 al.1 *in fine* C.civ. La Cour de cassation distingue nettement le défaut de validité de la clause d'inaliénabilité faute d'un intérêt suffisamment sérieux ou légitime de la possibilité d'en obtenir la mainlevée judiciaire en cas de disparition de cet intérêt ou de survenance d'un intérêt supérieur. Ainsi une Cour d'appel ayant déclaré non valable une clause d'inaliénabilité alors que l'intérêt la justifiant avait simplement disparu voit sa décision censurée par la Haute Juridiction : " la validité de la clause d'inaliénabilité ne pouvait être affectée par la disparition de l'intérêt sérieux et légitime du donateur qui avait justifié cette stipulation au moment de la donation ; (...) cette disparition permettait seulement au juge d'autoriser le donataire à disposer du bien ", Cass. Civ. 1ère, 8 décembre 1998, *Bull. civ.*, I, n° 351.

[2] Voir B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 131 *in fine*.

[3] Cette possibilité est offerte par l'article 900-1 al. 1 *in fine* C.civ.

[4] Comp. B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 131 *in fine* ; admettant que l'intérêt sérieux et légitime est la cause du contrat d'inaliénabilité et que cela justifie que le contrat soit remis en cause lorsqu'elle disparaît alors que ce raisonnement, qui ne traduit d'ailleurs pas l'état du droit positif, ne peut être tenu qu'à propos de la cause de l'obligation dans les contrats synallagmatiques. Sur ce point voir aussi, CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, 3ème édition, 1927, n° 120.

[5] Voir cependant : CARBONNIER, *Les biens*, Droit civil, Tome 3, PUF, 19ème édition refondue, 2000, n° 85 ; *Les obligations*, Droit civil, Tome 4, PUF, 22ème édition refondue, 2000, n° 145.

[6] Voir note précédente.

[7] Voir CARBONNIER, *Les biens*, précité, qui à la suite du parallèle établi avec la révision pour imprévision distingue nettement l'inaliénabilité des charges et autres conditions en ce que la première " frappe[nt] d'inertie les biens ", tandis que les secondes " imposent aux personnes des obligations positives ". Il semblerait donc que cet auteur soit favorable à l'analyse réelle de l'inaliénabilité. En ce sens : CARBONNIER, *Les biens*, précité, n° 84 et le rapprochement entre la propriété inaliénable et l'usufruit.

signifie aucunement qu'il ne crée que des obligations et surtout que l'inaliénabilité mérite cette qualification !

49. Au mieux indifférents à l'égard des particularités des clauses d'inaliénabilité dans le cas du caractère temporaire de ces dernières, au pire impuissants à justifier l'exigence d'un intérêt sérieux et légitime, les mécanismes du droit des obligations ne présentent pas les vertus explicatives suffisantes pour admettre que l'inaliénabilité n'est qu'une obligation. Cette insuffisance n'est pas moins manifeste lorsque l'on examine la condition implicite de formation des clauses d'inaliénabilité.

2) L'autonomie de la condition de validité implicite des clauses d'inaliénabilité

50. Si l'on examine scrupuleusement les conditions d'émergence des clauses d'inaliénabilité, on s'aperçoit qu'il ne suffit pas qu'elles soient temporaires et mues par un intérêt sérieux et légitime. La clause d'inaliénabilité est forcément contenue dans un type d'acte bien précis : elle doit être stipulée dans un acte emportant mutation d'un bien d'un patrimoine à un autre : un acte translatif de droit. Cette exigence spécifique à l'inaliénabilité ne semble pas pouvoir trouver d'équivalent en matière de droit personnel.

A vrai dire, cette exigence n'est pas une grande nouveauté. Sans sombrer dans le littéralisme, on peut la déceler dans le texte même du code. L'article 900-1 C.civ. fait en effet référence au " bien donné ou légué ". Dans les deux cas, les actes contenant la clause d'inaliénabilité sont translatifs de droit. Dans son ensemble, la doctrine semble avoir fait sienne cette condition[1] puisque le plus souvent elle n'est même pas débattue[2].

---

[1] Voir en ce sens : JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Tome I, Sirey, 3ème édition, 1938, n° 1842, considérant que la stipulation de la clause dans un acte translatif est la première des trois conditions de validité de ces clauses. Voir de même, résolument hostile à l'insertion d'une clause d'inaliénabilité dans un acte non translatif, ACHARD, *Les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors de cas prévus par la loi*, Thèse, Grenoble, 1910, p. 89. Plus récemment, relevant l'hostilité du droit positif à l'établissement d'une inaliénabilité par un acte non translatif, S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Thèse, Lyon III, Préf. R. NERSON, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 145, L.G.D.J., 1976, p. 302 & suiv.

[2] Voir cependant : JOSSERAND, *op. cit.*, note précédente, du même auteur, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit* privé, Dalloz, 1928, n° 224, qui précise que les clauses d'inaliénabilité sont stipulées " seulement à l'occasion des actes d'aliénation "; Fr. CHABAS, *Introduction à l'étude du droit*, Leçons de droit civil, Tome I, vol. 1, Montchrestien, 11ème édition, 1996, n° 219, estimant nettement qu'un individu ne peut frapper ses biens d'inaliénabilité " sans en disposer ". A proprement parler un individu ne peut frapper *ses* biens d'inaliénabilité puisque l'acte de disposition lui fera perdre sa qualité de propriétaire pourvu que l'on admette que l'acte de disposition considéré soit un acte d'aliénation. *Contra* : PLANIOL, note sous Cass. civ., 22 juillet 1896, *D.*, 1898, 1, p. 17, se demandant ce qui pourrait bien empêcher un propriétaire d'établir sur ses propres biens " les entraves qu'un tiers peut lui imposer comme condition d'une libéralité ". Mais le raisonnement de l'illustre auteur semble tout de même biaisé, qui ne considère que l'intérêt sérieux et légitime comme fondement de la clause d'inaliénabilité. Dans cette hypothèse, il est donc évident qu'il n'y a pas lieu de donner plus d'effet à l'intérêt choisi par l'auteur du propriétaire qu'à celui prétexté par le propriétaire-même. Au crédit de PLANIOL, on relèvera qu'à

Les auteurs se contentent de définir la clause d'inaliénabilité comme devant être contenue dans un acte de disposition[1], les interrogations en la matière se limitant à la possibilité de stipuler une telle clause dans un acte de disposition à titre onéreux[2] alors que le texte de l'article 900-1 C.civ ne vise que des actes de disposition à titre gratuit.

51. Concernant la possibilité de stipuler la clause dans un acte à titre onéreux, la doctrine reste d'ailleurs assez partagée mais il ne semble pas faire de doute que cet acte doit de toute façon être translatif de droit[3]. Quant à la possibilité de stipuler la clause d'inaliénabilité dans un acte à titre onéreux translatif de droit, les rares exemples jurisprudentiels[4] d'actes à titre onéreux censés contenir des clauses d'inaliénabilité ne permettaient pas toujours, jusqu'à récemment, de trancher fermement.

D'une part il ne s'agissait pas toujours de clauses d'inaliénabilité[5] et lorsque cela semblait être le cas, jusqu'à récemment[1], la Cour de cassation se livrait souvent à une opération implicite de qualification difficilement exploitable[2].

---

la fin du XIX^{ème} siècle, la question des clauses d'inaliénabilité restait soumise aux fluctuations des décisions juridictionnelles. Cet argument n'est pas repris dans la première édition de son fameux Traité élémentaire : PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, Pichon, 1ère édition, Paris, 1900, n° 1046 & suiv.

[1] Voir en ce sens : CARBONNIER, *Les biens,* Tome 3, Droit civil, PUF, 19ème édition refondue, 2000, n° 84, qui relève que le propriétaire peut frapper un de ses biens d'inaliénabilité " en le donnant ou le léguant ". ; Ch. LARROUMET, *Les biens, Droits réels principaux*, Tome II, Droit Civil, Economica, 5ème édition, 2006, n° 339, " les clauses d'inaliénabilité sont des stipulations figurant dans un acte de disposition "; Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens,* Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 129, qui se demandent si les clauses d'inaliénabilité peuvent être établies par de simples contrats tout en donnant des exemples d'actes de disposition.

[2] Bien entendu la possibilité d'insertion d'une telle clause dans un acte de disposition à titre onéreux doit être comprise comme la possibilité d'insérer la clause dans un acte translatif de droit, donc un acte de disposition, à titre onéreux. D'une manière générale, sur ce point la doctrine subsume l'acte translatif de droit sous la catégorie des actes de disposition alors que cette dernière comprend en outre des actes non translatifs comme par exemple la constitution d'hypothèque. Sur l'hétérogénéité de la catégorie des actes de disposition, voir D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 85 & suiv.

[3] Voir cependant, admettant qu'une clause d'inaliénabilité puisse accompagner l'acte constitutif d'une hypothèque, D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 229 & suiv.

[4] Voir G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les biens,* Droit civil, Sirey, 2ème édition, 1980, n° 56, note de bas de page n° 7 et les 3 décisions citées.

[5] C.A. Paris, 10 juin 1953, *D.* 1954, p. 9, note TUNC, le litige portait sur l'existence d'une clause par laquelle le propriétaire se serait interdit de louer à un local à usage commercial à un concurrent de son locataire déjà existant. La Cour de cassation refuse d'ailleurs nettement de valider des clauses n'établissant pas strictement l'inaliénabilité conventionnelle sous le seul prétexte que ces clauses litigieuses satisfont les conditions de l'article 900-1 C. civ. Comp. Cass. Civ. 1ère, 13 décembre 2005, pourvoi n° 04-13772, inédit. Ainsi une Cour d'appel ayant dénié toute validité à la clause d'un contrat de prêt interdisant aux emprunteurs de louer l'immeuble acquis à crédit pour contrariété à l'ordre public et atteinte à l'article 544 C.civ. voit son raisonnement confirmé par la Cour de cassation. Les auteurs du pourvoi tentaient pourtant de faire apprécier par la Haute juridiction la validité de la clause au regard de l'article 900-1 c.civ. Ce grief, " mal fondé " n'a pas trouvé grâce aux yeux des Hauts magistrats, le pourvoi est rejeté sur ce point. On ne peut s'empêcher de relever que si la référence à l'article 900-1 C. civ. est injustifiée, la Cour de cassation reconnaît néanmoins que la clause n'est pas conforme à l'article 544 C. civ. Cela incite à penser que les domaines d'application respectifs de ces textes sont totalement distincts.

Quant à l'insertion de telles clauses dans des actes non translatifs, on ne relève que deux cas dans lesquels cette clause aurait été " stipulée "[3]. Il s'agissait dans ces arrêts anciens de clauses stipulées à l'occasion de la constitution d'une hypothèque. La clause était censée garantir les droits du créancier. Outre l'ancienneté des décisions, on relèvera dans la plus récente que la juridiction n'avait pas à connaître de la validité de la clause d'inaliénabilité puisque les règles de la publicité foncière permettaient de sauvegarder suffisamment les droits du créancier. Pourtant l'auteur de la note estime qu'une telle clause d'inaliénabilité serait valable si l'on accepte la dissociation de l'insaisissabilité et de l'inaliénabilité[4]. Mais cela aboutit purement et simplement à réduire l'inaliénabilité à une simple obligation de ne pas aliéner[5]. Or tels ne sont pas les effets des clauses d'inaliénabilité de l'article 900-1 C.civ[6]. Cela revient à démontrer par un raisonnement *a contrario* que la clause d'inaliénabilité pour produire l'intégralité de ses effets et ne pas dégénérer en une simple obligation de ne pas faire doit être stipulée dans un acte translatif de droit.

Si l'on défend encore la qualification personnelle des clauses d'inaliénabilité, cette nécessité d'être conclu dans un acte translatif du droit en cause est incompréhensible. S'il ne s'agit

---

[1] Voir ainsi, reconnaissant expressément la possibilité de stipuler une clause d'inaliénabilité à l'occasion d'un acte à titre onéreux translatif, Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2007, arrêt publié au Bulletin, pourvoi n° 05-14238.

[2] Voir sur ce point les décisions suivantes : Cass. Civ. 1ère, 3 février 1998, *Bull. civ.*, n° 44, Cass. Civ.1ère, 10 décembre 1991, inédit, pourvoi n° 89-19074. Dans les deux cas, la Cour de cassation emploie le qualificatif " clause d'inaliénabilité " à propos d'une clause stipulée dans une vente mais la question de la qualification de cette clause ne lui était jamais posée directement puisqu'il s'agissait dans les deux cas de trancher la question de la responsabilité du notaire rédacteur de l'acte.

[3] Cour de Paris, 11 novembre 1812, *Jur. gén.*, *V°* Privilèges et Hypothèques, n° 1344, p. 405 et C.A. Guadeloupe, 29 avril 1935, *D.P.*, 1937, 2, p.1, note VOIRIN.

[4] VOIRIN, note sous C.A. Guadeloupe, 29 avril 1935, *D.P.*, 1937, 2, p.1 & suiv., spéc. p. 3 *in fine*.

[5] Voir en ce sens, MALRIC, *De la défense d'aliéner ou clause d'inaliénabilité dans les transmissions de propriété*, Thèse, Toulouse, 1908, p. 185, favorable à l'analyse réelle de l'inaliénabilité, l'auteur relève néanmoins que l'analyse personnelle de l'inaliénabilité aurait cet avantage qu'une stipulation d'inaliénabilité pourrait être établie indépendamment de tout transfert du bien stipulé inaliénable. Voir de même, Y. CHAPUT, Sûretés négatives, *Jurisclasseur Banque et crédit*, Fascicule 790, 1990, n° 34 à 36. Envisageant les " clauses d'inaliénabilité " insérées dans les contrats de prêts, l'auteur estime qu'elles doivent s'analyser comme de simples obligations de ne point aliéner, marquant en cela sa préférence pour l'appellation de " clauses d'inaliénation ". Une telle analyse nous semble incontestable. Indépendamment de tout acte translatif, la clause litigieuse ne crée qu'un simple engagement personnel. On regrettera toutefois que l'auteur s'appuie sur cette affirmation pour contester que l'insaisissabilité soit le corollaire de l'inaliénabilité (Y. CHAPUT, *op. cit.*, n° 50) notamment lorsque la clause est incluse dans un acte à titre onéreux. En effet, une distinction s'imposerait ici selon que l'acte à titre onéreux est translatif du bien inaliénable ou non. Dans le premier cas, l'insaisissabilité ne peut nullement être exclue *a priori*, dans le second, elle doit l'être. Dès lors que les sûretés négatives qu'envisage l'auteur concernent surtout les actes à titre onéreux non translatifs, mécaniquement, elles ne ressortissent plus de la catégorie des clauses d'inaliénabilité mais bien de celle des " clauses d'inaliénation " ainsi que le suggère l'auteur.

[6] Pour le refus de la distinction entre inaliénabilité et insaisissabilité et le rejet corrélatif de la stipulation de clauses d'inaliénabilité indépendamment d'un acte d'aliénation, voir la vigoureuse démonstration de JOSSERAND, *Les mobiles juridiques dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, n° 224.

que d'un simple engagement de ne pas aliéner[1], il peut être conclu par tout propriétaire quand bon lui semble[2]. Dès lors que les parties à un contrat satisfont les conditions de validité des contrats[3], il n'y a pas lieu d'exiger davantage pour créer des obligations contractuelles[4]. Le consensus se fait pourtant pour limiter la stipulation des clauses d'inaliénabilité aux actes de disposition[5]. Cela n'est absolument pas compréhensible si l'on opte pour une qualification de l'inaliénabilité en termes de droit personnel.

52. Cette qualification ne permet pas de comprendre pour quelle raison la limitation du droit de disposer du propriétaire par l'inaliénabilité ne peut intervenir qu'à l'occasion de l'acte lui ayant permis d'acquérir la chose objet de la clause.

A cette occasion, les insuffisances de la qualification personnelle de l'inaliénabilité apparaissent nettement. Définir l'inaliénabilité comme une obligation imposerait ici de reconnaître une variété d'obligations *sui generis*, ne pouvant naître qu'à l'occasion d'un acte de transfert du bien. Cela ne nous semble pas satisfaisant.

A l'imposition d'une qualification qui ne sied manifestement pas aux clauses d'inaliénabilité, nous préférons pour le moment nous contenter d'un constat : ce n'est qu'à l'occasion du transfert du droit de propriété d'un patrimoine à un autre que l'inaliénabilité pourra être stipulée. Avant et après ce transfert d'un patrimoine à un autre, il n'est plus envisageable de stipuler une clause d'inaliénabilité. Il semble ainsi que le droit d'aliéner d'un propriétaire ne peut être constitué qu'intact ou amputé sans que ce propriétaire ne puisse restreindre un droit d'aliéner qu'il aurait acquis complet.

53. Finalement, une fois de plus, il apparaît que les spécificités de l'inaliénabilité conventionnelle sont bien mal servies par une qualification personnelle du mécanisme.

---

[1] Sur la distinction entre un tel engagement et l'inaliénabilité conventionnelle, voir : R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 153. La possibilité d'un simple engagement d'aliéner n'a jamais été niée. Elle constituait évidemment le cœur de la démonstration de ceux qui prétendaient livrer une analyse personnelle de l'inaliénabilité. Cependant, même les auteurs anciens favorables à l'analyse réelle de cette dernière prenaient bien soin de distinguer l'inaliénabilité du simple engagement de ne pas aliéner. Voir en ce sens, BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse, Paris, 1902, p. 163, l'auteur, après avoir analysé les opinions doctrinales favorables à une qualification personnelle de l'inaliénabilité conclut ainsi sa démonstration : " Que la clause d'inaliénabilité puisse être constitutive d'une simple obligation de ne pas aliéner, nous l'admettons - (...). Mais ce que nous nions c'est qu'elle ne puisse être valable qu'à la condition de se présenter sous cette forme ".

[2] Voir sur ce point : R.-N. SCHÜTZ, *V°* Inaliénabilité, *Rep. civ.*, Dalloz, 1999, n° 66. Sur la possibilité de stipuler un simple engagement de ne pas aliéner, voir *supra* note précédente.

[3] Sur lesquelles voir : article 1108 C.civ.

[4] On rappellera ici que l'inaliénabilité si elle résulte d'une simple obligation est forcément une obligation contractuelle car elle résulte de l'accord de volontés entre un propriétaire et celui duquel il tient ses droits.

[5] Là encore au vu des opinions doctrinales sur la question, il faut lire " acte translatif de droit ".

L'inaliénabilité conventionnelle conserve toute son autonomie par rapport à cette qualification personnelle qui ne permet pas de justifier les conditions de validité spécifiques de ces clauses. Parallèlement, la qualification personnelle de l'inaliénabilité conventionnelle aurait elle-même requis que certaines caractéristiques communes à tous les droits personnels se retrouvent en présence d'une inaliénabilité conventionnelle. Il n'en est rien[1]. Ces incompatibilités initiales laissent supposer que les effets respectifs de l'inaliénabilité conventionnelle et du droit personnel ne correspondront pas non plus.

§2: Le caractère exorbitant des effets juridiques de l'inaliénabilité conventionnelle

54. Les effets juridiques des clauses d'inaliénabilité n'ont pas fait l'objet des éclaircissements législatifs attendus en 1971[2]. Peut-être cela résulte-t-il de la certitude de certaines solutions, bien que celles-ci n'aient pas un fondement textuel. Le vœu déçu d'une consécration législative de ces solutions anciennes tient moins de leur fragilité intrinsèque que de la fragilité -pour certains- de leurs fondements juridiques. Il ne s'agit pas d'un débat technique à propos des clauses d'inaliénabilité mais de joutes théoriques opposant les partisans de la loi aux défenseurs des sources alternatives de droit n'émanant pas forcément du Parlement.

Le silence de la loi de 1971 peut donc être analysé comme une confirmation des solutions antérieurement en vigueur quant aux effets des clauses d'inaliénabilité. Ces solutions pour une grande partie jurisprudentielles sont anciennes, elles discréditent encore une fois la qualification de l'inaliénabilité en un droit personnel (A), ce que les rares dispositions écrites ultérieures n'ont pas évité (B).

A) L'incompatibilité ancienne des effets de l'inaliénabilité et du droit personnel

55. Il s'agit ici de montrer que les effets traditionnels des clauses sont trop puissants pour ne ressortir que de la qualification de droit personnel. Si la clause d'inaliénabilité empêche l'aliénation du bien, rien ne fait obstacle à ce qu'un propriétaire s'engage, personnellement à ne pas aliéner un de ses biens[3], au profit par exemple d'un de ses fournisseurs de crédit.

---

[1] Voir *supra* n° 26 & suiv.

[2] Voir Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 135, relevant que la réforme n'a pas levé les doutes existant quant aux sanctions à appliquer aux actes contraires aux clauses d'inaliénabilité ; R.-N. SCHÜTZ, *V°* Inaliénabilité, *Rep. civ.*, Dalloz, 1999, n° 88.

[3] Voir sur ce point, distinguant nettement les deux mécanismes, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 153, p. 160.

Ce qui va distinguer la clause d'inaliénabilité d'une obligation de conserver ne doit donc pas être recherché seulement dans le contenu de l'acte l'établissant mais aussi dans la sanction de la violation de cet acte. L'hypothèse de raisonnement sera donc la suivante, le propriétaire d'une chose l'a reçue de son auteur par donation et dans l'acte de donation, une clause d'inaliénabilité était stipulée. Mais le propriétaire de la chose donnée l'a aliénée au mépris de la clause.

56. Dans ce cas, la jurisprudence prononce le plus souvent la nullité de l'acte ayant violé la clause d'inaliénabilité. Cette orientation de la jurisprudence n'est guère contestée[1] même si elle est difficilement compatible avec une qualification personnelle de l'inaliénabilité[2]. Ainsi les auteurs favorables à cette qualification rejettent ces solutions sans chercher à en contester l'existence[3] ou essaient d'en justifier la conformité à la qualification adoptée[4]. On prendra donc cette sanction comme acquise.

Si l'on ne veut pas une fois de plus distordre le mécanisme de l'obligation, et ajouter le problème de la sanction des clauses d'inaliénabilité à la liste déjà bien étoffée des arguments insusceptibles d'en soutenir la qualification personnelle, une concordance exacte entre la sanction des clauses et celle de la méconnaissance des obligations serait souhaitable. Tout l'enjeu réside donc dans la caractérisation de la sanction naturelle de la méconnaissance des obligations.

57. Si l'inaliénabilité conventionnelle avait une structure obligationnelle, elle serait une obligation de ne pas faire, cela ne paraît guère contestable : le propriétaire s'engagerait à ne pas aliéner son bien[5]. Pour comparer les sanctions respectives des clauses d'inaliénabilité et des obligations, il importe donc de caractériser précisément la sanction des obligations de ne pas faire.

---

[1] Voir en ce sens : J-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Les biens*, Traité de droit civil, Dir. J. GHESTIN, L.G.D.J., 2000, n° 87 *in fine* ; CARBONNIER, *Les biens*, Droit civil, Tome 3, PUF, 19ème édition refondue, 2000, n° 85 ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 134.

[2] Voir sur ce point les doutes de MM. TERRE et SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 135.

[3] Voir par exemple : Ch. LARROUMET, *Les Biens, Droits réels principaux*, Droit Civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 350.

[4] Voir ainsi : VASILESCO, *Des clauses d'inaliénabilité - De leur validité et de leurs effets*, Thèse, Paris, 1920, p. 179, B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 276 *in fine*. Favorables à une qualification personnelle de la clause d'inaliénabilité, ces auteurs tentent de la même manière de justifier qu'elle soit sanctionnée par la nullité de l'acte juridique qui y contreviendrait.

[5] Voir sur ce point : B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 197.

La question est en partie réglée par les articles 1142 et 1143 C.civ. Selon le premier de ces textes, les obligations de ne pas faire se résolvent par des dommages-intérêts versés par le débiteur du seul fait de la contravention à l'obligation[1]. En vertu du second, il est en outre[2] possible au créancier déçu d'obtenir que ce qui a été fait en dépit de l'obligation soit détruit.

58. Concernant l'article 1142 C.civ.[3], il convient de restituer à ce texte la portée qui est la sienne. Il concerne l'hypothèse où le débiteur a méconnu son obligation. Dans ce cas, si l'on accepte le sens moderne de la disposition, il n'est pas possible de demander au juge de contraindre le débiteur à se conformer à ses engagements sous la menace de la force publique dès lors que cette contrainte porterait une atteinte irrémédiable à sa liberté physique[4]. La question qui se pose est donc la suivante : refuser de donner effet aux actes d'aliénation consentis en violation d'une clause d'inaliénabilité porte-t-il atteinte à la liberté physique du " débiteur " ? Cela semble douteux.

La nullité d'un acte et l'éventuel atteinte à la liberté physique d'une personne sont deux problèmes sont totalement distincts. Ce qui est certain, c'est que la sanction par la nullité des aliénations contrevenant à une clause d'inaliénabilité ne porte aucune atteinte à la liberté du débiteur. La mesure de nullité intervient *a posteriori*, après la conclusion de l'acte litigieux. Le " débiteur " reste libre de contrevenir à la clause, mais une fois cette liberté exercée, il doit en subir les conséquences.

Au-delà de cette coïncidence, on peine à voir en quoi l'article 1142 C.civ., disposition essentielle en ce qui concerne les obligations de ne pas faire, a pu avoir une influence sur la sanction des clauses d'inaliénabilité. L'article 1142 C.civ. permet d'obtenir des dommages-intérêts en cas de violation d'une obligation de ne pas faire alors que celui qui se prévaut d'un acte contrevenant à une clause d'inaliénabilité demande tout autre chose que des dommages-intérêts ! Cette disposition semble tout simplement hors de propos[5].

---

[1] Voir en ce sens, précisant l'article 1142 C.civ., l'article 1145 C.civ.

[2] La destruction de ce qui a été fait en contravention de l'obligation n'est pas exclusive de l'obtention de dommages-intérêts : Cass. Civ. 3ème, 6 janvier 1976, *D.*, 1976, I.R., p. 95.

[3] " Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ".

[4] Voir sur cette question : J. FLOUR, J-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Le rapport d'obligation*, Les obligations, Tome 3, Droit civil, U-Droit, Armand Colin, 5ème édition, 2007, n° 160 ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, n° 1113. Il faut néanmoins relever que l'article 162 du projet de réforme du droit des contrats présenté par la Chancellerie en juillet 2008 prévoit que le créancier d'une obligation de faire peut en poursuivre l'exécution forcée en nature sauf si cela est impossible ou déraisonnablement coûteux.

[5] Voir en ce sens : B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 302.

59. L'application de l'article 1143 C.civ.[1] à notre situation est encore plus douteuse puisqu'il semble réservé à la remise en l'état matérielle[2] de la chose pour se conformer à l'obligation de ne pas faire[3].

Quand bien même cette disposition dépasserait le cadre d'une remise en l'état purement matérielle, il nous paraît bien difficile de surmonter l'objection présentée à l'utilisation de cet article dès le début du siècle[4] : concernant les rapports du créancier et du débiteur, il ne devrait astreindre que le débiteur. Cet article est réservé aux relations entre les parties au contrat. Or lorsqu'on l'invoque contre l'acte d'aliénation conclu en violation d'une clause d'inaliénabilité, on l'applique à un tiers au contrat d'inaliénabilité. L'article 1143 C.civ. semble donc incompatible avec les sanctions traditionnelles des clauses d'inaliénabilité[5].

Si l'on se détache des seuls textes, le constat n'en est que plus évident. Certains auteurs, dont M. LARROUMET, très attachés à la qualification personnelle de l'inaliénabilité[6] ont contesté que la sanction des aliénations litigieuses puisse être la nullité. En effet, la nullité de ces aliénations semble être une sanction difficilement compatible avec cette qualification personnelle[7], et cela pour au moins deux raisons.

60. D'un premier point de vue, il est certain que la nullité d'un acte n'est pas la sanction naturelle de la contrariété à une obligation. En principe, l'inexécution d'une obligation engage certes la responsabilité du débiteur mais ouvre aussi le choix au créancier de résoudre la convention initiale. Et, ainsi que le relève M. LARROUMET, la question du devenir des droits acquis par les tiers en méconnaissance de la clause ne pourra être tranchée

---

[1] " Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu. "

[2] Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 135.

[3] Le projet de réforme du droit des contrats présenté par la Chancellerie en juillet 2008 ne semble pas lever complètement les doutes existant quant à la sanction des obligations de ne pas faire. Si l'article 163 du projet laisse la possibilité au créancier de demander l'exécution en nature de son obligation, il faut néanmoins remarquer que cette exécution en nature ne peut être exigée que " pour l'avenir ". Une telle limitation ne semble avoir de sens que lorsque l'inexécution de l'obligation prend la forme d'un acte matériel. Au soutien de cette interprétation, on pourrait d'ailleurs faire valoir que l'article 164 du projet fait toujours référence à la " destruction " de ce qui a été fait en contravention à l'obligation.

[4] B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 299 et la référence citée p. 262 note 1. Voir de même, ACHARD, *Les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors des cas où la loi le permet expressément*, Thèse, Grenoble, 1910, p. 131.

[5] Sur ce constat, voir, MALRIC, *De la défense d'aliéner ou clause d'inaliénabilité dans les transmissions de propriété*, Thèse, Toulouse, 1908, p. 229.

[6] Ch. LARROUMET, *Les Biens, Droits réels principaux*, Droit Civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 350 : " en aliénant il [le propriétaire de la chose visée par la clause] méconnait une obligation contractuelle qu'il a accepté d'assumer. "

[7] Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 350.

qu'en vertu de l'adage *Resoluto iure dantis, resolvitur iure accipientis*[1]. Il n'est donc pas question ici d'une quelconque nullité des actes conclus par des tiers. Ce raisonnement nous semble difficilement contestable[2], à un point tel que sa rectitude confrontée à la certitude des sanctions actuelles des clauses d'inaliénabilité nous fait une fois de plus faire douter de la qualification personnelle de la clause[3].

Si d'une manière générale la nullité d'un acte juridique n'est pas la sanction adéquate d'une obligation de ne pas faire, d'un second point de vue, il serait néanmoins possible de défendre que cette règle souffre quelques exceptions. Ainsi certaines obligations particulières permettraient d'obtenir la nullité des actes juridiques qui y contreviendraient[4]. On pense ici évidemment à l'obligation générée par un pacte de préférence qui, selon une décision récente en date du 26 mai 2006[5], pourrait donner lieu à la nullité de la vente conclue au mépris du pacte. Cette solution est cependant loin d'être univoque et en outre il est douteux que l'on puisse l'étendre aux clauses d'inaliénabilité.

Cette solution est d'abord équivoque car la Chambre mixte saisie de l'affaire prend bien soin de préciser que le bénéficiaire du pacte de préférence est en droit d'obtenir l'annulation de la vente *et* sa substitution dans les droits de l'acquéreur. On remarque donc que la sanction de l'obligation n'est pas une simple nullité puisque la substitution peut être obtenue[6]. De ce

---

[1] Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 350 & suiv.

[2] Si l'on opte pour cette qualification personnelle, il n'est pourtant pas question pour un tiers à l'acte stipulant l'inaliénabilité de prétexter de l'effet relatif du contrat afin d'échapper aux effets de l'inaliénabilité. La précision serait superflue si elle n'avait pas été l'objet d'une décision, néanmoins confidentielle, de la Haute juridiction. Un pourvoi avait ainsi été formé contre un arrêt d'appel ayant estimé que la nullité de l'aliénation litigieuse porterait atteinte au principe de l'effet relatif des contrats. L'arrêt d'appel est censuré pour fausse application de l'article 1165 C.civ : Cass. Civ. 1ère, 11 février 2003, pourvoi n° 01-10366, inédit. Il serait sans aucun doute exagéré de tirer d'un arrêt si confidentiel un argument contre la qualification personnelle de l'inaliénabilité. Il aurait pourtant été tentant d'affirmer que la Cour de cassation, en déclarant que l'article 1165 C.civ. est inapplicable, ne fait que tirer les conséquences de l'absence d'obligations conventionnelles dans le mécanisme de l'inaliénabilité.

[3] Voir sur ce point, liant indubitablement la sanction de la clause d'inaliénabilité par la résolution à la qualification personnelle de la l'inaliénabilité, ACHARD, *Les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors des cas expressément prévus par la loi*, Thèse, Grenoble, 1910, p. 120 *in fine*.

[4] Voir ainsi, estimant que la clause d'inaliénabilité crée une obligation de ne pas faire sanctionnée par la nullité, VASILESCO, *Des clauses d'inaliénabilité - De leur validité et de leurs effets*, Thèse, Paris, 1920, p. 179.

[5] Cass. Mix., 26 mai 2006, *Bull. civ.*, n° 4. Cette solution a été reprise par la suite, Cass. Civ. 3ème, 31 janvier 2007, pourvoi n° 05-21071, arrêt publié, Cass. Civ. 3ème, 14 février 2007, pourvoi n° 05-21814, arrêt publié.

[6] D'un point de vue logique, le recours à la substitution est parfaitement justifié car une simple nullité n'aurait de toute façon jamais permis de solutionner les litiges relatifs aux pactes de préférence violés. En effet, le bénéficiaire du pacte n'a que faire de la nullité de la vente litigieuse dans la mesure où il regrette de n'avoir pu acquérir le bien en cause. Il entend donc obtenir conclusion de la vente à son profit et aux conditions dont a bénéficié l'acquéreur évincé. Par ailleurs, le prononcé de la simple nullité a peu d'intérêt dans la mesure où il n'est pas vraiment utile à la solution du litige de remettre les parties dans la situation qui était la leur avant la conclusion de la vente litigieuse. Voir sur ce point, R. LIBCHABER, obs. sous Cass. Civ. 3ème, 31 janvier 2007 et Cass. Civ. 3ème, 14 février 2007, *Defrénois*, n° 13, 15 juillet 2007, p. 1048 & suiv., spéc. p. 1048. Le bénéficiaire du pacte est en mesure de demander la nullité de tous les actes juridiques ultérieurs qui méconnaîtraient ce pacte. Il faut donc bien comprendre que le pacte de préférence interdira tout acte juridique conclu par le promettant avec un tiers, il serait

point de vue, le pacte de préférence se démarque très nettement d'une hypothétique obligation de ne pas faire résultant d'une clause d'inaliénabilité : concernant celle-ci la substitution est inenvisageable. La solution retenue pour le pacte de préférence est ensuite très spécifique puisque la jurisprudence demeure extraordinairement exigeante à l'égard de ceux qui souhaiteraient obtenir la sanction en nature du pacte. En effet, il est exigé de l'acquéreur ayant violé le pacte qu'il ait eu connaissance et de son existence et de l'intention des bénéficiaires de s'en prévaloir[1]. Or, on ne sache pas que la Cour de cassation exige de pareilles conditions en présence d'une clause d'inaliénabilité[2]. Il faut donc convenir de ce que la nullité, loin d'être la sanction naturelle des obligations de ne pas faire[3], pourrait très difficilement le devenir en présence d'une clause d'inaliénabilité. Les effets de la clause d'inaliénabilité se départissent donc nettement de ceux d'une simple obligation personnelle.

61. Il y a d'ailleurs dans la nullité de l'aliénation consentie au mépris d'une clause d'inaliénabilité un indice en faveur d'une qualification originale de l'inaliénabilité conventionnelle. La nullité d'un acte juridique sanctionne le non-respect des conditions de formation de ce dernier. L'aliénation contraire à la clause d'inaliénabilité est nulle parce qu'au moment où on a souhaité l'établir, l'une des parties ne disposait pas des pouvoirs suffisants : le propriétaire ne pouvait aliéner le bien et cette constatation est beaucoup plus

---

donc logique d'anticiper sur la suite du litige en substituant le bénéficiaire du pacte à l'acquéreur. D'un point de vue juridique ensuite, il a été souligné que la substitution affirmée par la Cour de cassation se conciliait mal avec l'affirmation de la nullité de la vente litigieuse. Voir sur ce point, D. MAZEAUD, *R.D.C.*, 2006, n° 4, p. 1080 *in fine*, obs. sous Cass. Mix. 26 mai 2006. En définitive, il apparaît donc que la nullité qui n'est pas souhaitable pour le bénéficiaire du pacte se concilie mal avec la solution qu'il recherche, il ne serait donc pas étonnant que la Cour de cassation se contente par la suite de prononcer uniquement la substitution comme sanction du pacte de préférence. Il serait donc hasardeux de s'inspirer de la sanction du pacte de préférence comme d'un précédent justifiant l'existence d'une obligation de ne pas faire sanctionnée par la nullité dans l'inaliénabilité conventionnelle. On relèvera toutefois que le projet de réforme du droit des contrats formulé en juillet 2008 par la Chancellerie prévoit dans son article 35 al. 2 que le contrat conclu en violation d'un pacte de préférence est nul. La consécration de cette sanction du pacte de préférence doit être mise en relation avec la modification des articles 1142 & suiv. du Code civil opérée dans ce projet. Ainsi l'article 163 du projet prévoit-il que le créancier d'une obligation de ne pas faire peut exiger, pour l'avenir, l'exécution en nature de celle-ci. On en déduit donc que l'exécution en nature des obligations de ne pas faire dépend du bon-vouloir du créancier. On peut alors remarquer qu'en matière de pacte de préférence, le bénéficiaire du pacte ne semble pas avoir le choix de la sanction de l'obligation violée ce qui somme toute marque la spécificité de cet avant-contrat et interdit encore une fois de prendre sa sanction comme argument en faveur d'une qualification personnelle de l'inaliénabilité.

[1] Voir ainsi la décision ayant initié la formule : Cass. Civ. 3ème, 10 février 1999, *Bull. civ.*, n° 37. Ces conditions sont évidemment assez rarement satisfaites. Pour une décision récente ayant admis la substitution, voir Cass. Civ. 3ème, 14 février 2007, pourvoi n° 05-21814, arrêt publié.

[2] Voir ainsi dans une hypothèse où les juges du fond avaient admis la nullité, l'action en nullité semble pouvoir être exercée sans condition particulière, encore qu'en l'espèce elle se soit éteinte du fait du décès de l'intéressé en cause d'appel, Cass. Civ. 1ère, 13 avril 1992, pourvoi n° 90-16071.

[3] On relèvera d'ailleurs que la jurisprudence semble admettre que le pacte de préférence crée une obligation de faire ce qui le distingue de l'hypothétique obligation de ne pas faire que créerait la clause d'inaliénabilité, voir sur ce point, Cass. Civ. 1ère, 10 juillet 2002, *Bull. civ.*, n° 192.

radicale que l'affirmation selon laquelle le propriétaire s'était engagé à ne pas vendre son bien.

Concernant les clauses d'inaliénabilité, la sanction retenue de longue date en jurisprudence plaide contre la qualification personnelle du mécanisme. Cette question n'a pas eu les honneurs d'une consécration législative en 1971. Dans le silence de la loi, on pourra convenir que les solutions jurisprudentielles anciennes se sont maintenues[1]. Cela rend une fois de plus cette qualification douteuse. Les doutes sont d'autant plus forts que la nullité des aliénations litigieuses a été récemment consacrée comme sanction de principe de mécanismes assez semblables aux clauses d'inaliénabilité.

B) L'incompatibilité récente des effets de l'inaliénabilité et du droit personnel

62. Dans des hypothèses très voisines de celles des clauses d'inaliénabilité de l'article 900-1 C.civ., à propos de l'inaliénabilité statutaire des actions de Sociétés par Actions Simplifiées[2] (S.A.S.), il est prévu que les aliénations contrevenant à la clause sont nulles[3]. Cette précision légale est particulièrement stimulante. Les clauses statutaires restreignant la libre circulation des actions sont en effet régulièrement assimilées aux clauses d'inaliénabilité[4]. On ne s'en étonnera guère : dans la mesure où une clause d'inaliénabilité peut être établie pour tout type de biens, il n'est pas surprenant qu'elle soit établie à l'occasion d'une libéralité portant sur des valeurs mobilières[5]. On ne saurait donc s'étonner de ce que la loi permette aux statuts d'établir l'inaliénabilité des actions dans les S.A.S. puisqu'il est déjà permis de grever d'inaliénabilité des valeurs mobilières à l'occasion d'une simple libéralité.

Il est alors particulièrement tentant de poursuivre l'analogie entre les clauses statutaires d'inaliénabilité et les clauses d'inaliénabilité de l'article 900-1 C.civ. La sanction de la

---

[1] Voir R.-N. SCHÜTZ, *V°* Inaliénabilité, *Rep. civ*,. Dalloz, 1999, n° 88, relevant l'absence de texte législatif fixant les conséquences de la violation d'une clause d'inaliénabilité.

[2] Cette clause est expressément prévue par la loi à propos des statuts de la Société par Actions Simplifiées (SAS) : article L. 227-13 C.com.

[3] Voir Article L. 227-15 C.com.

[4] Voir par exemple : Ph. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Précis, Dalloz, 10ème édition, 2005, n° 317, ou encore M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 20ème édition, 2007, n° 904 qui relèvent que les statuts des SAS peuvent contenir des " clauses d'inaliénabilité ".

[5] Voir sur ce point la décision suivante, retenant expressément la qualification de clause d'inaliénabilité alors que les biens objets de la libéralité dans laquelle elle était stipulée étaient des valeurs mobilières, Cass. Civ. 1ère, 12 juin 1990, inédit, pourvoi n° 87-17115. Très récemment, voir aussi, Cass. Com., 30 septembre 2008, pourvoi n° 07-12768, arrêt publié. Dans cette dernière décision cependant, l'existence d'une véritable clause d'inaliénabilité est douteuse car la Haute juridiction prend bien soin de préciser que le titulaire des valeurs mobilières s'était " engagé " à les conserver ce qui renvoie davantage à une obligation de ne pas aliéner qu'à une véritable clause d'inaliénabilité.

nullité prévue par la loi du 3 janvier 1994[1] ne fait finalement que confirmer les principes généraux en matière de clauses d'inaliénabilité. Il est d'ailleurs remarquable que cette disposition ne sanctionne par la nullité que les " cessions " intervenues en violation de la clause alors que l'obtention d'actions de sociétés ne résulte pas systématiquement d'actes de cession[2]. Si l'on accepte donc le parallèle entre les clauses d'inaliénabilité statutaires des actions et les simples clauses d'inaliénabilité, on doit donc convenir que la sanction actuelle des actes contrevenant à des clauses d'inaliénabilité est la nullité. Or cette sanction est incompatible avec la qualification personnelle de l'inaliénabilité réglementée à l'article 900-1 C.civ[3].

63. Ce constat parachève la mise en évidence du caractère totalement inapproprié de cette qualification personnelle. Les présupposés nécessaires à la reconnaissance de cette qualification font défaut, elle ne rend pas compte des conditions de survenance très spécifiques des clauses d'inaliénabilité et enfin elle conduirait à l'admission de modes de sanctions de la violation des clauses beaucoup moins rigoureux que celui pourtant en vigueur.

[1] Loi n° 94-1 du 3 janvier 1994, créant la SAS, modifiant la Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, aujourd'hui codifiée aux articles L. 227-1& suiv. C.com.
[2] Un nantissement de valeurs mobilières peut ainsi aboutir à l'expropriation du débiteur constituant qui ne s'acquitterait pas de sa dette envers le créancier privilégié.
[3] Voir *supra* n° 60 & suiv.

Conclusion de la Section I

64. Débutant l'étude du mécanisme des clauses d'inaliénabilité selon les principes méthodologiques de la phénoménologie[1], il était nécessaire de s'interroger sur la pertinence d'une qualification personnelle de ce dernier. Une telle entreprise s'est révélée féconde puisqu'il est apparu que l'inaliénabilité conventionnelle ne pouvait supporter la qualification de droit personnel tant en raison d'une incompatibilité totale de cette dernière avec la définition du droit personnel qu'en raison de la discordance manifeste entre les effets du droit personnel et ceux des clauses d'inaliénabilité.

65. L'incompatibilité totale de l'inaliénabilité conventionnelle et de la définition du droit personnel s'est manifestée à un double niveau. Il est apparu d'une part que la qualification de droit personnel supposait la vérification d'un présupposé intangible : la caractérisation d'un créancier et d'un débiteur. Or, même en scrutant le mécanisme des clauses d'inaliénabilité avec une attention soutenue, il a été impossible de découvrir qui était le créancier de ce " droit personnel " d'inaliénabilité[2].

D'autre part, il a pu être constaté que l'inaliénabilité conventionnelle ne survenait pas au hasard, les clauses d'inaliénabilité étant soumises à un certain nombre de conditions de validité. Au nombre de trois, ces conditions de validité demeuraient inexplicables si l'on optait pour une qualification personnelle de l'inaliénabilité conventionnelle. Ainsi, le caractère temporaire des clauses d'inaliénabilité ne pouvait être justifié par la prohibition des engagements perpétuels pour la double raison qu'il existe des inaliénabilités perpétuelles[3] et que la sanction du second est le simple octroi d'un droit de résiliation unilatérale alors que les clauses d'inaliénabilité perpétuelles lorsqu'elles sont prohibées sont frappées de nullité absolue[4].

Par ailleurs, l'incompatibilité manifeste des effets des clauses d'inaliénabilité et de ceux des droits personnels a pu être caractérisée en s'attachant à déterminer les sanctions traditionnellement applicables aux obligations de ne pas faire. Or, aucun des textes du Code civil n'a pu justifier la nullité des actes contrevenant à l'inaliénabilité.

---

[1] Sur lesquels, voir *supra* Introduction, n° X & suiv.
[2] Voir *supra* n° 36.
[3] Voir *supra* n° 42 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 44.

66. Il faut donc constater que l'inaliénabilité ne supporte pas une qualification personnelle. Un constat aussi pessimiste ne peut malheureusement être évité lorsque l'on voit dans celle-ci un droit réel.

Section II. Le rejet de la qualification de droit réel

67. La justification de l'inaliénabilité dont souffre le propriétaire subissant une clause d'inaliénabilité a aussi été recherchée du coté du droit réel. On a donc considéré que l'interdiction d'aliéner dont souffrait le propriétaire résultait d'une variété inédite de démembrement de la propriété[1] : s'il ne peut aliéner, c'est que sa propriété est incomplète, il est privé de l'*abusus* juridique. Cet *abusus* juridique est l'une des prérogatives classiquement dévolue au propriétaire, il lui permet de disposer juridiquement, par exemple en le vendant, de l'objet du droit de propriété.

Une propriété inaliénable est donc une propriété incomplète sans *abusus* juridique[2] à la mesure de ce que constitue un usufruit qui se compose de l'*usus* et du *fructus*, l'*abusus* restant détenu par le nu-propriétaire. La justification semble séduisante, elle repose pourtant sur une trop grande considération envers de simples apparences.

68. Celles-ci peinent à cacher à quel point les définitions de ces mécanismes divergent. Une telle divergence apparaît nettement à qui prétend mettre en œuvre la méthode phénoménologique. Celle-ci impose, avant d'affirmer que l'inaliénabilité résulte d'un droit réel, de vérifier qu'une telle affirmation est possible. Ainsi, même sans vouloir obstinément sacrifier au désir de symétrie avec le paragraphe précédent, une démarche logique naturelle nous impose donc de comparer en premier lieu les définitions respectives de l'inaliénabilité conventionnelle et du droit réel. Bien que la définition du droit réel soit vivement controversée, l'incompatibilité entre les définitions de ces deux mécanismes est indépassable (§1).

---

[1] Voir en faveur de cette qualification, CARBONNIER, *Les biens*, Droit civil, Tome 3, PUF, 19ème édition refondue, 2000, n° 84, p. 150, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 127. Ces auteurs relèvent que la propriété sans le droit de disposer tend à se rapprocher d'un usufruit sans d'ailleurs se confondre avec.

[2] Les anciens auteurs favorables à cette analyse réelle de l'inaliénabilité devaient faire face à de nombreuses critiques fondées sur le fait que l'*abusus*, cette prérogative essentielle du droit de propriété ne pouvait en être retranchée sans méconnaître le principe même du droit de propriété. Voir sur ce point, BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse, Paris, 1902, p. 165, l'auteur reconnaît que sa conception réelle de l'inaliénabilité heurte un certain nombre de principes communément admis, " Une objection considérable ne manquera pas de nous être opposée tout de suite : la propriété a pour élément essentiel le droit de libre disposition. Frapper d'indisponibilité réelle le bien qui en est l'objet, n'est-ce pas un non sens, puisque c'est dire que la propriété ne comporte pas dans son contenu le *jus abutendi* ? Parler de propriété inaliénable, n'est-ce pas accoupler des mots qui hurlent d'être ensemble ? ". L'auteur surmonte l'objection en estimant que l'*abusus* juridique n'est pas un élément fondamental du droit de propriété (BRETONNEAU, *op. cit.*, p. 170). Si nous partageons sa conclusion, il ne nous semble pas pour autant que cet *abusus* juridique mérite d'être un élément simplement secondaire du droit de propriété. Sur cette question, voir *supra* Introduction, n° V & suiv. Au-delà, l'idée d'un démembrement de la propriété sans que l'*abusus* juridique profite à un tiers nous paraît emprunte d'une trop grande originalité.

Pourtant une forte similarité entre les effets juridiques de l'inaliénabilité conventionnelle et des droits réels a été relevée par les défenseurs de la qualification réelle de l'inaliénabilité et même par leurs adversaires[1]. Cette similitude, quand elle n'est pas qu'apparente doit s'analyser comme une pure coïncidence (§2). Elle ne peut servir d'argument en faveur de la qualification de droit réel. Encore une fois, c'est le constat de l'impossibilité d'une qualification classique qui se fait jour.

§1: L'incompatibilité des définitions de l'inaliénabilité conventionnelle et du droit réel

69. Comme lors de l'étude de la qualification personnelle de l'inaliénabilité conventionnelle, cette incompatibilité résulte aussi bien de la spécificité de la définition du droit réel (A) que des particularités intrinsèques de la définition de l'inaliénabilité conventionnelle, laquelle est soumise à des conditions de validité tout à fait originales, inexplicables si l'on opte pour une qualification réelle (B).

A) L'insatisfaction des critères de définition du droit réel

70. La redoutable question de la définition du droit réel a fait couler beaucoup d'encre depuis le début du XX^{ème} siècle[2]. La publication des travaux de GINOSSAR relatifs, entre autres, à cette question[3] n'a pas apaisé les controverses. Aujourd'hui encore celles-ci demeurent et il ne semble pas qu'une définition l'emporte sur l'autre. La doctrine reste irrémédiablement divisée.

Pour faciliter l'exposé, il faut malheureusement faire injure aux multiples nuances de la pensée doctrinale pour présenter le schisme majeur à propos de la définition du droit réel. Ainsi nous proposons-nous d'opposer les définitions du droit réel le distinguant nettement du droit personnel, les définitions classiques du droit réel, aux définitions permettant le rapprochement entre ces deux institutions, les définitions renouvelées du droit réel.

71. Si nous ne saurions prétendre trancher en faveur de l'une ou de l'autre de ces conceptions, il nous apparaît en revanche certain que l'inaliénabilité conventionnelle n'est

---

[1] Fr. CHABAS, *Introduction à l'étude du droit*, Leçons de droit civil, Tome I, 1er volume, Montchrestien, 11ème édition, 1996, n° 219.

[2] Voir déjà, PLANIOL *Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, Pichon, 1ère édition, Paris, 1900, n° 762**,** qui en élaborant sa célèbre théorie de l'obligation passive universelle rapprochait inéluctablement le droit réel et le droit personnel, rendant délicate la définition du premier en considération du second.

[3] Voir surtout Sh. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance – Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, L.G.D.J., 1960 mais aussi du même auteur, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers – Emergence du délit civil de fraude*, L.G.D.J., 1963.

pas plus satisfaite par le classicisme dans la définition du droit réel (1) que par le renouvellement de la définition de ce dernier (2).

1) L'insatisfaction des critères classiques de définition du droit réel

72. Les définitions classiques du droit réel sont celles qui permettent de le distinguer nettement des droits personnels mais cette opposition ne suffit pas pour l'identifier clairement. Ainsi peut-on de nouveau distinguer entre les définitions envisageables du droit réel. Mais que l'on voit dans le droit réel la réunion d'un droit de suite et d'un droit de préférence (a) ou un pouvoir direct et immédiat sur une chose corporelle (b), le constat est le même : cela ne peut convenir pour la qualification de l'inaliénabilité conventionnelle.

a) L'inaliénabilité conventionnelle ne peut consister en la réunion d'un droit de suite et d'un droit de préférence

73. Historiquement, il semble que dans la recherche d'une définition fiable du droit réel, l'accent ait été mis sur ces deux prérogatives[1]. Effectivement, le droit de suite et le droit de préférence ne peuvent exister en matière de droit personnel[2]. Cette référence au droit de suite et au droit de préférence comme critères du droit réel n'est plus guère défendue sans nuances.

S'agissant déjà du droit de préférence, bien souvent on relève qu'il ne caractérise que les droits réels accessoires[3]. Encore faut-il relever qu'il ne les caractérise que de façon imparfaite puisque la propriété qui s'accommoderait sans peine de la qualité de droit accessoire[4] ne confère pas pour autant un droit de préférence *stricto sensu* au créancier muni d'une propriété-garantie[5].

74. Concernant l'inaliénabilité conventionnelle, il faut se demander si elle satisfait ces critères du droit réel. Le cas échéant, elle constituerait un droit réel et plus particulièrement un droit réel accessoire qui est une garantie. Une telle qualification semble *a priori* déplacée dès lors que les clauses d'inaliénabilité sont présentes surtout dans les actes de disposition à

---

[1] Voir pour le rappel de cette opinion et sa critique radicale : Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, Droit Civil, Tome I, Economica, 5ème édition, 2006, n° 486 & suiv.

[2] Voir par exemple : DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Tome 1, Rousseau, Paris 1921, p. 6 : " le droit réel comporte droit de préférence et droit de suite (...) le droit personnel ne le comporte pas. "

[3] Voir par exemple : J-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, U-Droit, Armand Colin, 11ème édition, 2006, n° 204.

[4] P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Thèse, Paris II, Préf. M. GOBERT, L.G.D.J., 1995, p. 61 & suiv., spéc. p. 95, n° 118.

[5] P. CROCQ, *op. cit.*, n° 301, p. 254.

titre gratuit[1]. Et l'on peine à distinguer les circonstances dans lesquelles celui qui gratifie autrui se ménagerait une garantie. Les intérêts de celui qui gratifie et de celui qui se ménage une garantie sont si distincts qu'on ne comprend guère l'utilité d'un droit de préférence dans cette hypothèse. Celui-ci est " le droit pour certains créanciers d'échapper au concours des autres créanciers (ou de certaines catégories de créanciers) dans la distribution du prix de vente des biens du débiteur et d'être payés avant ceux auxquels ils sont préférés "[2].

L'idée d'un droit de préférence et celle de l'inaliénabilité conventionnelle nous semblent difficilement compatibles. Or, à défaut d'être un critère satisfaisant du droit réel, le droit de préférence permet de détecter la plupart des droits réels accessoires. S'opposant par nature au mécanisme de l'inaliénabilité conventionnelle, sans faire preuve de trop de témérité, on peut affirmer que l'inaliénabilité conventionnelle n'est pas un droit réel accessoire.

75. S'agissant du droit de suite, si sa qualité de critère générique du droit réel est contestée[3], le constat n'est pas non plus favorable à la qualification réelle de l'inaliénabilité conventionnelle. Le droit de suite constitue cependant pour certains auteurs[4] un critère du droit réel du moins lorsque ce droit réel s'exerce sur la chose d'autrui[5]. Si l'inaliénabilité conventionnelle était un droit réel, elle constituerait à n'en point douter un droit réel sur la chose d'autrui, puisqu'elle limite les droits du propriétaire. Il faudrait donc que, pour ce droit réel sur la chose d'autrui, l'on caractérise ce droit de suite.

Le droit de suite est " un attribut du droit réel permettant au titulaire de saisir le bien grevé en quelques mains qu'il se trouve "[6]. On comprend ainsi que la raison d'être d'un droit de suite est la protection du titulaire du droit réel en quelques mains que se trouve la chose grevée[7]. Le droit de suite évite donc que son titulaire perde son droit réel à l'occasion d'un changement de propriétaire de la chose grevée.

76. Le risque de circulation de la chose grevée par le transfert du droit de propriété s'exerçant dessus de patrimoine à patrimoine est tout simplement la raison d'être du droit de suite. Ce constat est de la plus haute importance pour la suite de notre démonstration.

---

[1] Voir *supra* n° 48 & suiv.
[2] G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 8ème édition, 2007 *V°* Préférence (droit de).
[3] Voir Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, Tome I, Droit Civil, Economica, 5ème édition, 2006, n° 499 & suiv.
[4] Voir Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 500.
[5] Voir Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 500.
[6] G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 8ème édition, 2007, *V°* Suite (droit de).
[7] Voir Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, Droit Civil, Tome I, Economica, 5ème édition, 2006, n° 487.

Autrement formulé, cela revient à affirmer que dans l'hypothèse où une chose n'a aucune chance de circuler de patrimoine en patrimoine, le droit de suite n'a absolument aucun intérêt puisqu'il ne sert qu'à prémunir son titulaire contre les effets éventuels sur son droit réel de ces mutations de patrimoine à patrimoine. Or, il se trouve que l'inaliénabilité a justement pour fonction d'éviter que la chose concernée soit transférée, tant qu'elle dure, d'un patrimoine à un autre.

Il y a donc une incompatibilité totale entre la raison d'être du droit de suite et l'inaliénabilité conventionnelle.

77. La conséquence pratique de cette incompatibilité théorique est simple : si néanmoins on cherche à imaginer la situation dans laquelle l'inaliénabilité conventionnelle reposerait sur un droit de suite, on aboutit à une situation ubuesque. Prenons cet exemple à titre de vérification par l'absurde de la véracité de notre hypothèse. Imaginons une chose au sujet de laquelle une clause d'inaliénabilité a été stipulée. Cette clause d'inaliénabilité a été violée et un tiers se prétend propriétaire de la chose en vertu d'une aliénation consentie par le propriétaire concerné par la clause. Si l'inaliénabilité produit un droit de suite, son titulaire l'exercera à l'encontre du tiers qui se prétend maintenant propriétaire par l'effet de la vente conclue au mépris de la clause d'inaliénabilité. En vertu de ce droit de suite, la chose acquise en violation de la clause serait donc inaliénable.

Pour que le droit de suite produise effet et par là même le droit réel d'inaliénabilité dont il serait le critère, il faut donc que le droit réel d'inaliénabilité que supportait le propriétaire initialement concerné par la clause ait été violé. Cela signifie tout simplement que si l'on fait du droit de suite un critère du droit réel, ce qui est loin d'être une position indéfendable[1], et que l'on qualifie l'inaliénabilité conventionnelle de droit réel, on en est réduit à admettre que le droit réel pour produire son effet, l'opposabilité du droit de suite au tiers acquéreur, ne doit pas avoir produit effet puisque justement le bien a été vendu au tiers acquéreur !

Si droit de préférence et droit de suite sont des critères du droit réel, on doit donc admettre que ni l'un ni l'autre ne permettent d'opter pour la qualification réelle de l'inaliénabilité

[1] Voir sur ce point : O. DESHAYES, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, Thèse Paris I, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Tome 5, L.G.D.J., 2004, n° 244, relevant l'existence d'un droit de suite au profit du titulaire de droit réel, ce point étant le seul point de départ unanimement admis quant à la distinction des droits réels autres que la propriété et des droits personnels. Cet auteur par une magistrale démonstration propose de voir dans le " droit de suite ", la conséquence de la nature obligationnelle du droit réel, lequel se distingue du droit personnel en ce que la personne du débiteur est systématiquement le propriétaire de la chose concernée par le droit réel. La force de sa démonstration ne fait que condamner par avance la qualification réelle de l'inaliénabilité conventionnelle alors que l'on opterait pour la définition obligationnelle de ce droit.

conventionnelle. Une telle conclusion n'est pas évitée lorsque l'on opte pour une définition du droit réel en un pouvoir direct et immédiat sur une chose.

b) L'inaliénabilité conventionnelle ne consiste pas en un pouvoir direct et immédiat sur une chose

78. Devant les insuffisances du droit de suite et du droit de préférence comme éléments principaux de la définition du droit réel, celle-ci a été reformulée. Le droit réel consisterait en un pouvoir direct et immédiat sur une chose[1]. Malgré les critiques formulées contre cette analyse[2], elle reste d'actualité[3]. Le droit réel serait[4] donc immédiat en ce qu'il s'exerce sur la chose elle-même. Ainsi le titulaire de ce droit réel profite immédiatement des utilités de la chose. Ces utilités sont de deux ordres : matérielles[5] ou économiques[6]. Le droit réel serait en outre direct : son exercice ne nécessite nullement l'entremise d'un tiers.

S'il s'agit des caractères fondamentaux du droit réel et que l'on souhaite qualifier l'inaliénabilité conventionnelle de droit réel, il est nécessaire que ces deux caractères se retrouvent lorsqu'on est en présence d'une clause d'inaliénabilité.

Il faut donc que le bénéficiaire de l'inaliénabilité, pour l'occasion titulaire d'un droit réel profite immédiatement des utilités économiques ou matérielles de la chose concernée, sans nulle entremise d'un tiers.

79. L'inaliénabilité faisant principalement obstacle à la disposition juridique de la chose, on ne voit pas en quoi elle permettrait à son " titulaire " de bénéficier des utilités matérielles de

---

[1] Voir sur ce point : DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Tome IX, 4ème édition, Durand-Hachette, 1870, n° 464 et pour mémoire, n° 473 : " Place au droit réel ! et que tous les rangs s'ouvrent pour lui faire passage, lorsqu'il s'avance tout puissant et absolu, par sa propre force, sans l'intermédiaire d'aucun débiteur, vers la chose même sur laquelle il porte directement."

[2] La critique la plus célèbre contre cette analyse fut formulée par PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil***,** et consistait à dénoncer l'idée selon laquelle ce pouvoir direct et immédiat, qui s'exerce contre une chose, puisse être un droit faute de présenter un débiteur autre qu'une chose. Voir de même pour l'approfondissement de cette critique : Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, Tome I, Droit Civil, Economica, 5ème édition, 2006, n° 505.

[3] Voir par exemple : CARBONNIER, *Les biens*, Droit civil, Tome 3, PUF, 19ème édition refondue, 2000, n° 38, p. 68 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 3ème édition, 2007, n° 366 & suiv. ; H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 1ère édition, 2002, n° 1278 ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz , 7ème édition, 2006, n° 47.

[4] L'emploi du conditionnel ne fait ici que traduire le fait que cette analyse soit contestée, et qu'en outre il paraît délicat de distinguer les caractères immédiat et direct du droit réel.

[5] Que l'on songe ici à l'usufruitier qui profite matériellement de la chose.

[6] Que l'on songe ici au créancier hypothécaire qui peut sous un certain nombre de conditions se désintéresser en faisant vendre le bien hypothéqué.

la chose, qui appartiennent au véritable propriétaire[1]. Le prétendu " titulaire " de l'inaliénabilité ne saurait donc bénéficier d'un pouvoir immédiat de profiter des utilités matérielles de la chose visée par la clause d'inaliénabilité. Quant aux utilités économiques de la chose concernée, il serait malvenu ici d'affirmer qu'elles profitent à quelqu'un puisque l'argument historique principal contre les clauses d'inaliénabilité était justement de dénoncer les biens de mainmorte qu'elles établissaient[2] !

80. Si l'on résume, le prétendu titulaire de l'inaliénabilité ne profite d'aucune des utilités matérielles ou économiques de la clause[3]. On se demande d'ailleurs s'il n'est pas téméraire de parler de droit réel là où il n'existe aucun profit matériel ou économique[4]. Cela prive de tout intérêt une réflexion sur le caractère éventuellement direct de ce droit réel[5]. S'il n'y a aucune utilité qui profite au " titulaire " de ce prétendu droit réel d'inaliénabilité[6], comment savoir s'il profite seul ou par l'entremise d'un tiers de ce néant ?

Pour conclure sur ce point, si le droit réel est un pouvoir direct et immédiat sur une chose, il ne semble pas possible de qualifier l'inaliénabilité conventionnelle de droit réel. Opter pour une définition classique du droit réel condamne irrémédiablement toute qualification réelle de l'inaliénabilité conventionnelle.

---

[1] En ce sens, CARBONNIER, *Les biens*, Droit civil, Tome 3, PUF, 19ème édition refondue, 2000, n° 84, p. 150, relevant que la propriété sans le droit de disposer " tend à se réduire au droit d'user et de jouir " d'où le rapprochement avec l'usufruitier. Or ce dernier confisque toutes les utilités matérielles de la chose !

[2] Voir par exemple pour un rappel historique : Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 130. Pour une critique virulente de cet argument, voir BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse, Paris, 1902, " (...) qu'est-ce qu'un bien indisponible, si grande qu'on en suppose la valeur absolue, à coté des milliards par lesquels se chiffre la fortune nationale ? Qu'est-ce que vingt ou trente ans dans la vie d'une nation ? Toute crainte de la reconstitution de la mainmorte serait chimérique, l'immense majorité des biens restant aliénables. " Sur la traduction fiscale de l'absence d'incidence économique de l'inaliénabilité, voir *supra* n° 33 & suiv.

[3] Voir en ce sens, B. LOTTI, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*, Thèse dactylographiée, Paris XI, 1999, n° 438-1, p. 471.

[4] Voir sur ce point, JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Tome I, Sirey, 3ème édition, 1938, n° 1836, relevant que " le propriétaire n'a qu'une propriété diminuée, mais nul ne profite de cette diminution ", ce qui exclut la qualification de droit réel. Voir de même, encore plus net, HUGUENEY, *Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, Thèse, Dijon, 1910, p. 153. Comparant l'analyse réelle de l'inaliénabilité aux démembrements classiques du droit de propriété, l'auteur relève, " autre chose [est] supprimer l'un de ces attributs de telle sorte qu'il n'appartienne plus à personne. "

[5] Voir sur ce point, BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse, Paris, 1902, p. 168, pourtant favorable à une qualification réelle de l'inaliénabilité, l'auteur contestait l'idée d'un démembrement du droit de propriété en ces termes, " La vérité est qu'il [le *jus abutendi*] n' a été transféré à personne, ni retenu par personne. "

[6] Voir sur ce point, HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Tome IV, Pichon, Paris, 1893, n° 77 & suiv., spéc. p. 112. L'auteur, hostile à la validité des clauses d'inaliénabilité, constate à leur propos que le *jus abutendi* demeure " en quelque sorte en l'air, sans support juridique. On aurait un droit de disposer tout à fait isolé, et manquant de sujet, ce qui est absurde. "

2) L'inadéquation de la définition renouvelée du droit réel

81. Le renouvellement de la définition du droit réel a été formulé assez récemment mais ses racines sont fort anciennes. Dès le début du XX^{ème} siècle PLANIOL[1], en diffusant[2] l'idée de la fameuse obligation passive universelle permettant le rapprochement entre droit réel et droit personnel, préparait ce renouvellement. L'obligation passive universelle justifiait selon lui que le droit réel soit opposable à tous.

Sa théorie fut vivement critiquée et on ne manqua pas de relever que l'opposabilité aux tiers se distinguait techniquement de l'obligation. En outre cette opposabilité aux tiers était présente aussi bien en matière de droit réel qu'en matière de droit personnel.

82. Seulement en matière de droit réel, il fallait distinguer entre les tiers, les uns, propriétaires, souffrant manifestement plus " l'opposabilité " des droits réels sur la chose d'autrui, que les autres, seuls véritables tiers. Par son système, GINOSSAR explique parfaitement pourquoi, le propriétaire d'une chose grevée d'un droit réel supporte manifestement plus de contraintes que le simple tiers, auquel le droit qu'il soit réel ou personnel, est opposable[3]. Il affirme en effet que les droits réels sur la chose d'autrui et les droits personnels sont des droits relatifs qui présentent un débiteur déterminé. Le débiteur dans cette conception du droit réel est systématiquement le propriétaire de la chose grevée du droit réel. Ces deux types de droits relatifs sont objets d'un droit absolu de propriété.

Ce droit absolu, la propriété, se caractérise par " l'obligation passive " faite à tous de s'abstenir d'y porter atteinte[4]. Les tiers doivent donc respecter les droits relatifs qui sont des biens incorporels mais aussi les biens corporels qui sont pareillement des objets de propriété[5]. L'ensemble de ces biens constitue l'actif du patrimoine de la personne auquel il

---

[1] PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, L.G.D.J., 4ème édition, 1906, n° 2160.

[2] PLANIOL par le prestige de son fameux Traité élémentaire a fortement contribué à la popularité de l'obligation passive universelle mais l'invention de cette théorie ne semble pas être de son seul fait. Voir en ce sens : GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux,* L.G.D.J., Paris, 1960, p. 5, note de bas de page n° 8. Comp. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 1, Pichon, 1ère édition, Paris, 1900, p. 651, note de bas de page 2 *in fine.*

[3] GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux,* L.G.D.J., Paris, 1960, p. 184 & suiv.

[4] GINOSSAR, *op. cit.*, p. 188.

[5] GINOSSAR, *op. cit.*, p. 185. Le parallèle entre biens corporels et droits relatifs est au demeurant ici assez étrange. Si l'on comprend que l'on soit tenu de respecter le droit relatif, objet de propriété, dans la théorie de GINOSSAR, lorsque l'objet de la propriété est un bien corporel, l'idée du respect de son objet est singulière. Comment respecter un bien corporel ? Ce bien est ou n'est pas dans le monde sensible, il n'est nul besoin de le respecter. Ce qu'il faut respecter ce sont les droits en eux-mêmes, pas leur objet. A bien suivre GINOSSAR et son idée selon laquelle la propriété impose aux tiers de respecter son objet, il faudrait reconnaître que lorsque l'objet de ce qu'il nomme

faut adjoindre les droits intellectuels[1] dont la présentation n'est pas nécessaire à notre démonstration. Concernant la définition du droit réel qui nous importe ici, on relèvera que GINOSSAR oppose la propriété aux droits réels sur la chose d'autrui en ce que seuls ces derniers sont relatifs, c'est à dire qu'ils comportent un débiteur déterminé qui est le propriétaire de la chose grevée[2]. Il fait même de ce mode de détermination le critère essentiel du droit réel[3].

83. *A priori* cela semble bien correspondre à la situation de l'inaliénabilité conventionnelle. A propos de la qualification personnelle de l'inaliénabilité conventionnelle, nous avions abouti à la conclusion selon laquelle le débiteur de la prétendue obligation d'inaliénabilité serait forcément le propriétaire du bien inaliénable[4].

On aurait cependant tort d'opter pour cette très séduisante analyse renouvelée du droit réel[5] afin de justifier la qualification de l'inaliénabilité conventionnelle en un droit réel. Celle-ci défaille finalement dans cette hypothèse. Elle repose entièrement sur l'idée que le droit réel présente une nature proche du droit personnel[6], la seule distinction entre les deux mécanismes étant le mode de désignation du débiteur. Admettre la nature " obligationnelle " du droit réel impose de déterminer un créancier et un débiteur du droit réel. Si la détermination du débiteur est aisée, celle du créancier est au moins aussi délicate que lorsque que l'on opte pour la qualification personnelle de l'inaliénabilité conventionnelle.

Notre tentative en ce sens avait pourtant échoué et nous avions rejeté la qualification personnelle de l'inaliénabilité conventionnelle pour la raison essentielle qu'il était impossible de déterminer un créancier de " l'obligation d'inaliénabilité "[7]. Il n'y a pas de

---

propriété est corporel, les tiers ne respectent plus directement son objet, comme si sa propriété se distinguait des prérogatives que l'on exerce sur les " biens " corporels.

[1] GINOSSAR, *op. cit.*, p. 187.

[2] GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux,* L.G.D.J., Paris, 1960, p. 125.

[3] GINOSSAR, *op. cit.*, p. 183 *in fine.*

[4] Voir *supra* n° 20.

[5] Les analyses de GINOSSAR sont reprises et enseignées par plusieurs auteurs contemporains. Voir par exemple : Ch. LARROUMET, *Les biens Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 26 ; ou encore F. ZENATI, Th. REVET, *Les biens*, P.U.F., 3ème édition, 2008, p. 94, n° 48. La jurisprudence de la Cour de cassation reste très largement favorable à une analyse classique du droit réel. Voir pourtant, rappelant les termes employés par les juges du fond à propos du propriétaire d'un immeuble grevé d'un droit d'usage et d'habitation désigné " comme *débiteur* (nous soulignons) de leur droit d'usage et d'habitation ", Cass. Civ. 1ère, 10 juillet 1990, *Bull. civ.*, I, n° 192.

[6] GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux,* L.G.D.J., Paris, 1960, p. 182 : " droits personnels et réels nous apparaissent comme deux espèces de droits d'obligation, par lesquels une personne déterminée (sujet actif, créancier) peut exiger d'une autre personne déterminée (sujet passif, débiteur) une prestation active ou passive. "

[7] Voir *supra* n° 28 & suiv.

raison de réussir à déterminer ici un créancier de l'inaliénabilité sous prétexte que le propriétaire de la chose inaliénable souffrirait une obligation réelle d'inaliénabilité. On se contentera donc de renvoyer sur ce point aux développements précédents relatifs à l'impossibilité d'une qualification personnelle de l'inaliénabilité[1].

84. Si néanmoins on persistait à défendre l'analyse obligationnelle du droit réel afin de justifier la nature réelle de l'inaliénabilité, on n'échapperait pas à une dernière contradiction. On sait que dans la conception obligationnelle du droit réel, le débiteur est le propriétaire de la chose. Du point de vue de ce débiteur, le contenu de l'obligation en cause ne se distingue pas nettement du contenu d'une obligation personnelle classique. Optant pour cette analyse au terme d'une démonstration très convaincante[2], un auteur aboutit alors à la conclusion selon laquelle le droit réel n'est finalement qu'une notion fonctionnelle élaborée dans le seul but de transmettre des obligations personnelles au propriétaire d'une chose[3].
Même sans réduire autant la spécificité du droit réel, il faut admettre que l'analyse renouvelée du droit réel est construite autour de l'idée de circulation de l'obligation réelle, pendant du droit réel, avec la chose grevée. On ne cherche toujours qu'à expliquer pourquoi certaines obligations n'ont que le propriétaire d'une chose pour débiteur. Cela suppose donc que ces obligations circulent avec la chose. Or cette idée de circulation est fondamentalement incompatible avec le mécanisme de l'inaliénabilité, rebelle à toute circulation de la chose concernée[4].

85. Finalement, quelque soit la conception du droit réel que l'on adopte, il est impossible de qualifier ainsi l'inaliénabilité conventionnelle. Il serait inconvenant de prétendre que ces faillites successives sont dues à la fausseté des conceptions proposées du droit réel. Moins témérairement, nous préférons conclure en affirmant que les définitions du droit réel et de l'inaliénabilité sont incompatibles, ce qui rend hasardeuse toute qualification réelle de l'inaliénabilité conventionnelle. Cette incompatibilité des définitions se traduit naturellement par l'impossibilité de justifier les conditions spécifiques de formation des clauses d'inaliénabilité au regard de la qualification souhaitée.

---

[1] Voir *supra* n° 63.
[2] O. DESHAYES, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, Thèse, Paris I, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Tome 5, L.G.D.J., 2004, n° 193 & suiv.
[3] O. DESHAYES, *op. cit.*, n° 244.
[4] Voir *supra* n° 73 & suiv.

B) Le caractère inexplicable des conditions de validité des clauses d'inaliénabilité

86. On sait que les clauses d'inaliénabilité ne peuvent être stipulées librement. Ainsi peut-on distinguer les conditions de validité prévues expressément à l'article 900-1 C.civ de la condition de validité implicite mais incontestable consistant dans la nécessité d'inclure la clause dans un acte translatif du bien inaliénable[1]. Les conditions de validité explicites de l'inaliénabilité conventionnelle ne permettent sûrement d'opter pour une qualification réelle du mécanisme. Bien plus, ces conditions de validité explicites constituent un obstacle à la qualification réelle de l'inaliénabilité (1). Quant à l'exigence de la stipulation de la clause d'inaliénabilité dans un acte translatif de droit, elle est tout simplement incompréhensible si l'on opte pour cette qualification (2).

1) Les conditions de validité explicites de l'inaliénabilité, obstacle à une qualification réelle

87. Prévues par l'article 900-1 C.civ., ces conditions explicites de validité sont au nombre de deux. Les clauses d'inaliénabilité doivent d'une part être temporaires et d'autre part mues par un intérêt sérieux et légitime. Concernant le caractère temporaire, à première vue, il nous faut reconnaître qu'il sied assez bien à la qualification réelle de l'inaliénabilité. Il ne s'agit pourtant que d'une simple apparence. Une démarche intellectuelle honnête nous impose d'en examiner la teneur.

88. Elle se résume ainsi : faire de l'inaliénabilité un droit réel sur la chose d'autrui présuppose que le droit de disposer juridiquement de la chose, défini comme un attribut de la propriété, est " exercé "[2] par autrui. Or, à titre de distinction entre la propriété et les droits réels, on a fait valoir que la première a seule vocation à voir reconstituer la plénitude de ses attributs[3]. Cette vocation à la reconstitution de la plénitude de la propriété est régulièrement invoquée[4] et d'ailleurs difficilement contestable. Elle signifie que tout démembrement de la

---

[1] Sur la distinction voir *supra* n° 50 & suiv.

[2] A la formulation de ce constat, on s'aperçoit une fois de plus de la faiblesse de cette analyse : le titulaire de prétendu droit réel n'aurait rien à " exercer " puisque justement l'inaliénabilité fait obstacle à la disposition juridique sans que celle-ci puisse être exercée par quiconque.

[3] Voir en ce sens initialement : De VAREILLES-SOMMIERES, La définition et la notion juridique de propriété, *R.T.D.civ.*, 1905, p. 443 & suiv, spéc. p. 444 : " De ce que le propriétaire, en principe, a droit à tous les services de la chose, il suit que, si (...) les droits d'autrui sur la même chose (...) viennent à disparaître, il profite (...) de l'extinction de ces droits et peut désormais tirer de la chose les services dont il avait été temporairement privé. (...) il suit qu'il a un arrière-droit à ceux des services auxquels actuellement et par exception, (...) de par ses conventions, il n'a pas droit. "

[4] Voir par exemple : P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Thèse Paris II, Préf. M. GOBERT, L.G.D.J., 1995, n° 98, p. 80 ; ou encore : Ch. LARROUMET, *Les biens Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, Economica, 5ème

propriété est par principe temporaire. Le " droit réel " d'inaliénabilité ne pourrait donc pas échapper à la règle.

Il est évident que le caractère temporaire de l'inaliénabilité, à la mesure du caractère viager de l'usufruit, semble éviter une prolongation indéfinie de la " dissociation anormale et antiéconomique entre le pouvoir de disposer et celui d'exploiter "[1]. Y voir un argument en faveur de la qualification réelle de l'inaliénabilité est envisageable à la condition qu'aucune dissociation perpétuelle entre le pouvoir de disposer et celui d'exploiter n'existe. S'il est bien un cas dans lequel un démembrement de la propriété doit être temporaire, c'est celui de l'inaliénabilité tant l'élément démembré est censé être de l'essence même du droit de propriété. Or la matière des clauses d'inaliénabilité présente justement un cas dans lequel cette dissociation entre le pouvoir de disposer et celui d'exploiter est perpétuelle.

89. Il résulte ainsi de l'article 900-1 al. 2 C.civ. que les clauses d'inaliénabilité préjudiciant à des personnes morales sont valables alors même qu'elles ne sont point temporaires. Concernant cette distinction entre les personnes physiques et les personnes morales[2], on ne voit pas pourquoi dans le premier cas le prétendu droit réel devrait être temporaire et pas dans l'autre. De deux choses l'une ! Ou bien l'inaliénabilité est un droit réel, dans ce cas, elle doit être temporaire en considération de la vocation de la propriété à se reconstituer[3]. Ou bien elle n'est pas un droit réel, ce qui justifie qu'elle puisse être perpétuelle lorsqu'elle restreint les droits d'une personne morale. Il faut donc trancher.

Et que l'on sache, l'article 544 C.civ. ne distingue pas dans la délimitation du droit de propriété, selon que le propriétaire est ou non une personne physique. Il semblerait même spécialement rédigé pour que l'on évite de distinguer entre les propriétaires puisqu'il ne dispose que de " la "[4] propriété[5]. Le droit de propriété n'est pas d'une étendue variable selon que c'est une personne physique ou une personne morale qui l'exerce. Les articles 544 et

---

édition, 2006, n° 519, à propos de la reconstitution de la propriété au profit du nu-propriétaire lors de la cessation de l'usufruit.

[1] Voir CARBONNIER, *Les biens*, Droit civil, Tome 3, PUF, 19ème édition refondue, 2000, n° 92.

[2] Voir *supra* n° 45 & suiv.

[3] Voir *supra* n° 97 & suiv.

[4] On remarquera ainsi que l'article défini par lequel débute le célèbre article 544 C.civ. n'a pas eu les honneurs de la non moins célèbre glose que lui consacre CARBONNIER dans son ouvrage : *Les biens*, Droit civil, Tome 3, PUF, 19ème édition refondue, 2000, n° 68 & suiv.

[5] Remarquons cependant que l'existence d'un seul droit de propriété pour tous n'empêche pas de différencier le traitement des titulaires de droit réel sur la chose d'autrui selon qu'ils sont ou non des personnes physiques. Ainsi l'usufruit est-il viager pour les personnes physiques alors que l'article 619 C.civ. dispose que la durée maximale d'un usufruit profitant à une personne morale est de 30 ans. Mais dans les deux cas, la vocation de la propriété à se reconstituer est maintenue.

suivants du Code civil impriment au droit de propriété des caractéristiques absolues dans le sens où elles valent pour tout propriétaire.

A ce stade, défendre la qualification réelle de l'inaliénabilité constituerait une grave atteinte aux fondements les plus solides du droit de propriété. Il faudrait pour ce faire, admettre que la propriété est un droit dont les caractéristiques varient selon qu'elle est exercée par une personne physique ou une personne morale. Il faudrait de plus admettre que cette propriété des personnes morales n'a pas vocation à se reconstituer puisqu'une clause d'inaliénabilité provoquerait une dissociation perpétuelle du pouvoir de disposer et d'exploiter.

90. Face à cette double perturbation, il nous semble plus raisonnable de renoncer, une fois de plus, à la qualification réelle de l'inaliénabilité. Le droit de propriété ne change pas de nature selon la personnalité de celui qui l'exerce. En outre, en toute hypothèse, le droit de propriété a vocation à se reconstituer. Ainsi, en pure logique, même en présence d'une clause d'inaliénabilité perpétuelle, il nous faut en déduire que la vocation de la propriété à se reconstituer n'est pas atteinte.

Il semblerait donc que le mécanisme des clauses d'inaliénabilité ne soit pas si contraire que l'on a pu le croire aux principes fondamentaux régissant le droit de propriété. L'idée s'affine même puisque affirmer que les clauses d'inaliénabilité perpétuelle ne heurtent pas la vocation de la propriété à se reconstituer revient à exclure celles-ci du giron de celle-là.

91. Si l'on se penche à présent du coté de l'exigence d'un intérêt sérieux et légitime, le défenseur de la qualification réelle de l'inaliénabilité ne peut plus opposer la moindre coïncidence, il lui faut faire face à une divergence profonde. Cette exigence légale relative aux clauses d'inaliénabilité ne trouve nul écho en matière de droit réel où c'est le principe de libre arbitre du propriétaire qui domine. Il peut consentir relativement à sa chose les droits réels que bon lui semble. Il est admis que le " droit de propriété peut se décomposer librement "[1].

D'ailleurs lorsque l'on s'interroge sur les motivations du propriétaire qui consent un droit réel sur sa chose, le débat qui surgit est celui de la liberté de création de droits réels non prévus par la loi. Cette question du *numerus clausus* des droits réels occulte totalement celle de l'éventuelle nécessité d'un intérêt sérieux ou légitime soutenant ce droit réel. Bien plus, si on ne se pose que cette question du *numerus clausus* des droits réels, c'est parce qu'il est

[1] Voir J-L BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Les biens*, Traité de droit civil, Dir. J. GHESTIN, L.G.D.J., 2000, n° 53, p. 48. Voir aussi Cass. Req., 13 février 1834 *in* Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome I, Dalloz, 12ème édition, 2000, n° 65, p. 421 & suiv.

communément admis que le seul rempart contre la créativité d'un propriétaire mû par des velléités de démembrement est ce *numerus clausus* et non l'éventuelle conformité de son projet de droit réel à un modèle légal d'intérêt. La création d'un droit réel ne nécessite donc nul " intérêt sérieux et légitime ".

Une telle exigence en matière d'inaliénabilité conventionnelle est donc totalement inexplicable pour qui en défend une qualification réelle. Pourquoi l'inaliénabilité serait-elle si différente des autres droits réels, alors qu'on relève souvent les similitudes de la situation qu'elle instaure avec celle résultant des autres droits réels, notamment l'usufruit[1] ?

92. La réponse encore une fois est des plus simples : l'inaliénabilité conventionnelle n'a rien d'un droit réel. On n'échappe pas à ce constat en tentant d'expliquer au moyen de cette qualification l'exigence de la stipulation de la clause d'inaliénabilité dans un acte translatif.

2) L'incompréhensible exigence de la stipulation de la clause dans un acte translatif

93. La clause d'inaliénabilité doit être stipulée dans un acte translatif de la chose qu'elle vise[2]. Il est donc concevable que la clause d'inaliénabilité soit stipulée dans une vente, une donation ou un testament mais elle ne peut être stipulée indépendamment de toute mutation de patrimoine à patrimoine de la chose qu'elle concerne[3].

Une telle exigence est inédite en matière de droit réel, ceux-ci sont librement constitués par le propriétaire au moment qu'il juge opportun, sauf bien entendu le respect de dispositions spécifiques comme l'article 1167 C.civ.[4] Mais il n'existe nul droit réel dont la constitution ne soit permise qu'à l'occasion d'un acte translatif de droit.

On pourrait ici objecter qu'il existe en réalité une exception. Il y a au moins un droit réel qui ne peut être constitué que lors du transfert d'un droit, il s'agit justement du droit réel transmis. Ainsi formulée, l'objection paraît forte. Il ne s'agit pourtant que d'un sophisme.

En effet, le droit réel transmis n'est pas " constitué " au sens où nous entendions ce mot jusqu'à maintenant. Il s'agissait en effet jusqu'à maintenant de rechercher un droit réel sur la chose d'autrui qui, comme l'inaliénabilité, ne pourrait être constitué qu'à l'occasion du

---

[1] Voir en ce sens : CARBONNIER, *Les biens*, Droit civil, Tome 3, PUF, 19ème édition refondue, 2000, n° 84, relevant que la clause d'inaliénabilité instaure une propriété sans le droit de disposer et qui par conséquent tend à se réduire au droit d'user et de jouir, en quoi elle " parait se rapprocher de l'usufruit. "

[2] Voir *supra* n° 50 & suiv.

[3] Voir sur ce point, catégorique : CARBONNIER, *Les biens*, Droit civil, Tome 3, PUF, 19ème édition refondue, 2000, n° 84 : " un propriétaire ne saurait, par une manifestation de sa volonté, frapper un de ses biens d'inaliénabilité dans son propre patrimoine. "

[4] Le propriétaire qui tenterait de faire obstacle aux droits de ses créanciers en constituant frauduleusement un droit réel serait évidemment justiciable de la fraude paulienne prévue à l'article 1167 C.civ.

transfert de la propriété qu'il diminue. Il était donc question de deux droits réels, le droit transmis et le droit constitué à l'occasion du transfert, ce qui n'est nullement le cas avec cette objection où seul le droit transmis est en cause. Cette objection doit donc être repoussée.

94. Il n'existe aucun droit réel sur la chose d'autrui qui soit forcément constitué lors du transfert de la propriété qu'il diminue. Cette exigence spécifique à l'inaliénabilité conventionnelle est incompréhensible si l'on opte pour une qualification réelle de ce mécanisme.

Nous pensons donc avoir montré en quoi la qualification réelle de l'inaliénabilité conventionnelle ne rend pas compte de la subtilité de ce mécanisme. Bien plus, il est même apparu que certaines des conditions de validité de l'inaliénabilité conventionnelle excluaient cette qualification. Toute tentative de qualification en ce sens ne pouvait conduire qu'à l'échec puisque de toute façon, les propres impératifs de cette qualification réelle ne pouvaient être satisfaits[1]. La divergence est si poussée entre les deux institutions que l'on souhaiterait presque faire l'économie de la comparaison de leurs effets juridiques respectifs, si ce dernier point n'avait pas été avancé comme un argument en faveur de cette qualification réelle.

§2: L'apparente similitude des effets juridiques de l'inaliénabilité conventionnelle et du droit réel

95. Sauf à défendre une analyse personnelle de la clause et à en déduire un régime de sanction particulier[2], il n'est guère contesté que la sanction naturelle de l'acte contrevenant à une clause d'inaliénabilité est sa nullité. Une partie de la doctrine a justifié cette sanction par le caractère nécessairement réel de l'indisponibilité créée par la clause[3]. Et, même certains défenseurs de la qualification personnelle de l'inaliénabilité ont admis que celle-ci était sanctionnée en nature[4]. Il n'est donc pas déraisonnable de considérer cette sanction comme acquise.

La question de la sanction des droits réels doit être examinée afin de comparer les sanctions respectives de ces deux mécanismes. La détermination de la sanction des droits réels est

---

[1] Voir *supra* n° 85.

[2] Voir en ce sens : Ch. LARROUMET, *Les Biens, Droits réels principaux*, Droit Civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 350.

[3] Voir par exemple : Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 135.

[4] B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 276, relevant que la sanction en nature de l'inaliénabilité ne constitue pas un obstacle à sa qualification personnelle.

évidemment liée à la définition que l'on en adopte. Si l'inaliénabilité consiste en un droit réel, elle doit être sanctionnée comme telle. Avant de comparer les effets respectifs des deux institutions (B), il convient de bien identifier le conflit-type[1] en jeu lorsque l'inaliénabilité conventionnelle est méconnue (A).

A) Identification du conflit-type en matière d'inaliénabilité conventionnelle

96. Il a été démontré que le droit réel se distinguait du droit personnel par un régime de sanction beaucoup plus coercitif, ce qui a été justifié par l'opposabilité renforcée du droit réel[2]. Celle-ci se manifeste dans deux types de situations qui sont les suivantes : d'une part les atteintes matérielles au droit réel et d'autre part les conflits entre plusieurs droits réels ayant le même objet[3].

Comparer la sanction de l'inaliénabilité conventionnelle et celle d'un droit réel traditionnel rend nécessaire d'identifier le type de conflits auquel la sanction de l'inaliénabilité se rapporte. S'agit-il d'un cas d'atteinte matérielle au droit réel d'inaliénabilité ou d'un conflit de droits concurrents entre le titulaire de l'inaliénabilité et le prétendu acquéreur de l'objet de la clause d'inaliénabilité ?

97. La première hypothèse semble devoir être exclue. La nullité d'un acte contrevenant à une clause d'inaliénabilité ne semble pas pouvoir être assimilée aux hypothèses d'atteintes matérielles au droit réel. Il n'y a aucun exercice matériel de l'inaliénabilité qu'il soit possible de sanctionner " en nature, sans que le juge puisse prendre en compte l'absence de préjudice par le titulaire, ni le comportement de l'auteur de l'atteinte "[4]. Dans ces conditions, la question de la sanction de l'inaliénabilité ressortit du conflit de droits. S'opposent le " droit réel " d'inaliénabilité et l'éventuelle propriété de celui qui a acquis une chose visée par une clause d'inaliénabilité.

---

[1] Nous reprenons ici l'expression forgée par M. LEVIS dans sa thèse pour désigner les deux situations contentieuses envisageables en matière de droit réel. Voir M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel*, Thèse Paris II, préface P. RAYNAUD, Economica, 1989, n° 8 & suiv.

[2] Voir pour une synthèse de la démonstration : M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel*, Thèse, Paris II, préface P. RAYNAUD, Economica, 1989, n° 337.

[3] Voir M. LEVIS, *op. cit.*, n° 8 & suiv.

[4] Voir M. LEVIS, *op.cit.* n° 148.

B) Analyse du conflit-type d'inaliénabilité et distinction avec le conflit de droits réels concurrents

98. Ce conflit ne se résout pas tout à fait de la même manière selon que l'on est ou pas en matière immobilière. Dans ce premier cas, il faut tenir compte des règles de la publicité foncière. On sait en effet que les clauses d'inaliénabilité, en tant que " restrictions au droit de disposer "[1] font l'objet d'une publicité obligatoire. Sur ce point il convient de relever que la sanction de cette publicité n'est pas nette. S'il s'agissait d'un droit réel, il serait naturel qu'en vertu de l'article 30-1. al.1 *in fine*[2], celui-ci, s'il est antérieurement publié, interdise la vente ultérieure du bien qui serait inopposable au titulaire du " droit réel " d'inaliénabilité.
Or l'inaliénabilité conventionnelle est sanctionnée différemment de ce que l'application des règles de la publicité foncière supposerait : l'aliénation contrevenant à la clause est nulle et non simplement inopposable[3]. Cela est finalement assez heureux puisque l'on se demande vraiment en quoi l'inopposabilité profiterait au bénéficiaire de la clause qui de toute façon n'a aucun pouvoir sur le bien[4] puisqu'il n'est ni créancier[5] ni titulaire d'un droit réel[6] !

99. Par ailleurs, la sanction par l'inopposabilité de la vente contrevenant à la clause semble directement écartée en doctrine puisqu'il est souvent affirmé que le tiers acquéreur d'une chose concernée par une clause antérieurement publiée sera simplement réputé de mauvaise foi[7], ce qui permettra évidemment d'obtenir la nullité de la vente contrevenant à la clause

---

[1] Voir l'article 28 du Décret n°55-22 du 4 janvier 1955 qui dispose dans son 2° que les actes entre vifs dressés distinctement pour constater des clauses d'inaliénabilité temporaire et toutes autres restrictions au droit de disposer sont obligatoirement publiés au bureau des hypothèques de la situation des immeubles.

[2] L'article dispose que les actes et décisions judiciaires soumis à publicité par application du 1°de l'article 28 " (...) sont également inopposables, s'ils ont été publiés, lorsque les actes, décisions ou privilèges, invoqués par ces tiers ont été antérieurement publiés. "

[3] Sur la distinction voir : L. AYNES, P. CROCQ, *les sûretés, La publicité foncière,* Droit civil, Defrénois, 3ème édition, 2008, n° 647.

[4] Comp., hostile à l'inopposabilité des actes contrevenant aux clauses d'inaliénabilité mais favorable à l'analyse personnelle de l'inaliénabilité conventionnelle, B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 293, p. 256.

[5] Voir *supra* n° 63.

[6] Voir *supra* n° 82.

[7] Voir en ce sens : A. PIEDELIEVRE, *La publicité foncière*, Traité de droit civil, Dir. J. GHESTIN, L.G.D.J., 1ère édition, n° 454 *in fine* ; L. AYNES, P. CROCQ, *les sûretés, La publicité foncière,* Droit civil, Defrénois, 3ème édition, 2008, n° 644. Cette affirmation est particulièrement étonnante puisque personne ne prétend que les clauses d'inaliénabilité, prévues dans des actes distincts, ainsi que les désigne le 2° de l'article 28 du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 ne sont l'objet que d'une mesure de publicité aux fins d'information. Celle-ci concerne en effet les actes désignés aux articles 28-3° à 9° et 37 du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955. A bien suivre les enseignements de la doctrine, une vente postérieure à une clause publiée ne subira pas la sanction de l'inopposabilité fustigée par l'article 30-1° du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, tandis que cette clause sera inopposable si elle n'a pas été publiée antérieurement à une vente ou à un acte qu'elle empêcherait. Sur ce dernier point, voir l'arrêt suivant à propos d'une " clause d'inaliénabilité de la donation qui, ayant été publiée, était opposable " à l'un des créanciers, Cass. Civ. 1ère 15 juin 1994, *Bull. civ.*, I, n° 211.

selon les règles établies en matière d'inaliénabilité, mais aucunement l'inopposabilité des droits concurrents. Cette dernière sanction paraît pourtant être la conséquence de la publication de tout acte portant ou constatant entre vifs mutation ou constitution de droits réels immobiliers autres que les privilèges et hypothèques[1]. Cela nous semble si évident que les rédacteurs du Décret du 4 janvier 1955 n'ont pu qu'exclure la qualification réelle de l'inaliénabilité conventionnelle en la qualifiant de " restrictions au droit de disposer ". Si l'inaliénabilité conventionnelle résultait d'un droit réel, les rédacteurs n'auraient sans doute pas jugé nécessaire de créer une nouvelle catégorie au sein de la publicité foncière : les restrictions au droit de disposer. Il leur aurait suffi de renvoyer aux règles de publicité des droits réels immobiliers.

En matière immobilière, la sanction de l'inaliénabilité conventionnelle ne s'accorde donc pas avec les conséquences qu'il faudrait tirer de sa nature réelle compte tenu des règles de la publicité foncière.

100. Si la clause d'inaliénabilité n'établit aucun droit réel en matière immobilière, on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même en matière mobilière. On peut même conclure en affirmant que la qualification de la clause, que l'on valide au regard de ses effets doit absolument être identique que l'on soit ou non en matière immobilière. La faillite de cette qualification en matière immobilière la discrédite définitivement pour le tout.

101. Une fois de plus les conséquences de la qualification proposée pour les clauses d'inaliénabilité ne s'accordent absolument pas avec les effets admis de cette dernière. Pas plus qu'elle n'était un droit personnel, l'inaliénabilité n'est un droit réel. Elle produit des effets originaux, elle n'est constituée que dans des circonstances très spécifiques : sa qualification ne peut donc qu'être originale.

[1] Article 30-1° a) du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955.

Conclusion de la Section II

102. Poursuivant la réflexion débutée quant à la qualification personnelle de l'inaliénabilité conventionnelle, il était nécessaire d'observer précisément le mécanisme des clauses d'inaliénabilité avant de tenter de qualifier celui-ci en un droit réel. Cette observation du phénomène des clauses d'inaliénabilité a permis d'opérer une double disqualification de ces dernières en raison d'une incompatibilité totale de ces dernières avec la définition du droit réel et d'une discordance évidente entre les effets du droit réel et ceux des clauses d'inaliénabilité.

103. La confrontation de la définition du droit réel au mécanisme de l'inaliénabilité conventionnelle a permis de dégager à son tour une double incompatibilité. Il est ainsi apparu que les présupposés de la qualification de droit réel restaient insatisfaits. Que l'on définisse ce dernier comme la réunion d'un droit de suite et d'un droit de préférence[1], comme un pouvoir direct et immédiat sur une chose[2] ou comme une créance dont le débiteur est le propriétaire[3], le constat était le même, ces caractères restaient introuvables dans le mécanisme des clauses d'inaliénabilité.

D'autre part, il est apparu que les spécificités du mécanisme des clauses d'inaliénabilité ne trouvaient aucune explication dans la qualification réelle de l'inaliénabilité conventionnelle. Ainsi, le caractère parfois perpétuel de l'inaliénabilité conventionnelle excluait-il que cette dernière soit traitée comme un démembrement de la propriété[4]. De la même manière, la nécessité d'un intérêt sérieux et légitime venant au soutien de la clause d'inaliénabilité ne trouvait aucune correspondance parmi les droits réels existants[5]. Enfin, il est apparu que les droits réels pouvaient être constitués librement, en ce sens, que contrairement aux clauses d'inaliénabilité, il n'était pas nécessaire qu'ils soient établis à l'occasion du transfert du droit de propriété qu'ils sont censés restreindre[6].

104. Par ailleurs, il est apparu que les effets de l'inaliénabilité conventionnelle se distinguaient nettement de ceux d'un droit réel. En effet, alors que l'inaliénabilité conventionnelle entraîne la nullité des actes qui y contreviennent, un droit réel est en

---

[1] Voir *supra* n° 73 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 78 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 81 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 87 & suiv.
[5] Voir *supra* n° 91.
[6] Voir *supra* n° 93 & suiv.

principe sanctionné par l'inopposabilité des actes qui y contreviendraient. Il est ainsi apparu que l'inaliénabilité conventionnelle, de par le sort qui est le sien en matière immobilière ne pouvait pas être traitée comme un droit réel, ce qui interdisait par la même de prétendre maintenir cette qualification en matière mobilière.

Conclusion du Chapitre 1 : L'impossibilité d'une qualification classique

105. La mise en œuvre des principes méthodologiques de la phénoménologie[1] a permis d'exclure toute qualification classique du mécanisme établi par les clauses d'inaliénabilité. Ainsi a-t-on constaté qu'une double incompatibilité existait entre les définitions du droit personnel, du droit réel et le mécanisme de l'inaliénabilité conventionnelle. Cette double incompatibilité reposait d'une part sur l'insatisfaction des présupposés nécessaires à la mise en œuvre de ces qualifications classiques[2] et d'autre part sur l'impossibilité de justifier des conditions de survenance de l'inaliénabilité par ces qualifications classiques[3].
Par ailleurs, il a pu être constaté que les effets de l'inaliénabilité conventionnelle se départaient nettement de ceux d'un simple droit personnel ou de ceux d'un droit réel.

106. Il résulte de cette défaillance des qualifications classiques à restituer la richesse de l'inaliénabilité conventionnelle que la qualification de cette dernière doit être recherchée au-delà des qualifications classiques, dans la formulation d'une qualification originale qui seule permettra de justifier la spécificité de l'inaliénabilité.

[1] Sur lesquels, voir *supra* Introduction, n° X & suiv.
[2] Voir *supra* respectivement, pour le droit personnel n° 36, et pour le droit réel, n° 85.
[3] Voir *supra* respectivement, pour le droit personnel, n° 53, et pour le droit réel, n° 94.

CHAPITRE 2: Le choix d'une qualification originale

107. Puisque les qualifications classiques envisagées ne permettent pas d'épuiser l'originalité des clauses d'inaliénabilité, une nouvelle qualification doit être formulée. Cette nouvelle qualification ne peut être établie au hasard. Il importe de tirer toutes les conséquences utiles de la défaillance des qualifications classiques, le droit personnel et le droit réel, à rendre compte de l'originalité de l'inaliénabilité.

Le droit personnel et le droit réel sont des droits patrimoniaux, la faillite de ces qualifications classiques démontre donc que la qualification de l'inaliénabilité doit dépasser le mécanisme du droit patrimonial[1]. C'est ce dépassement de la qualification des droits patrimoniaux qui va permettre l'établissement d'une qualification originale de l'inaliénabilité (Section I).

108. Cette qualification originale permet de définir l'inaliénabilité d'un bien comme l'atteinte à la substance du droit de disposer de ce bien. Seule cette atteinte à la substance du droit de disposer rend compte des spécificités de l'inaliénabilité. Une telle qualification permet en effet de déterminer précisément tant la source de l'inaliénabilité que le moment auquel cette dernière peut être établie.

Cette nouvelle qualification de l'inaliénabilité démontre ainsi son utilité puisqu'elle permet d'appréhender plus fidèlement le mécanisme de l'inaliénabilité. La mise en œuvre de cette qualification originale, par sa correspondance totale au mécanisme de l'inaliénabilité permettra de conclure en faveur de son adéquation (Section II).

Section I. L'établissement d'une qualification originale

109. On le sait désormais, la catégorie des droits patrimoniaux défaille à fournir une qualification satisfaisante de l'inaliénabilité. Il est donc nécessaire de s'abstraire de la catégorie des droits patrimoniaux pour qualifier l'inaliénabilité, sous peine de buter de nouveau sur les obstacles déjà rencontrés. S'abstraire de la catégorie des droits patrimoniaux est pourtant un objectif bien ambitieux. Deux chemins peuvent ici être empruntés.

---

[1] Voir sur ce point, la belle formule de Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 43, n° 18 : " (…) *c'est à la théorie du droit de prendre en compte les indisponibilités, et non aux indisponibilités de s'y plier* ". On ne saurait dire mieux, on regrettera cependant que l'auteur ait tiré enseignement de cette formule uniquement quant à la théorie classique des droits patrimoniaux pour se satisfaire de la théorie des droits patrimoniaux élaborée par GINOSSAR et développée par Fr. ZENATI-CASTAING.

110. Premièrement, puisque l'inaliénabilité n'est pas un droit patrimonial, on peut supposer qu'elle opère en aval de ces droits patrimoniaux. Les droits patrimoniaux sont cette catégorie des " prérogatives " du sujet de droit qui sont évaluables en argent[1]. Dans la réalité, avant même toute opération de qualification juridique, ces droits patrimoniaux consistent dans le pouvoir de contraindre un individu à quelque chose ou dans le pouvoir exercé sur une chose[2]. Dans le premier cas, on reconnaît ce que le juriste qualifiera de droit personnel, dans le second ce qu'il définira comme un droit réel.

Si l'inaliénabilité opère en aval de ces qualifications, elle est donc un élément de la réalité qui n'est ni un pouvoir contre une personne ni un pouvoir contre une chose. On se demande donc bien ce qu'elle peut être ! En effet, en aval de la catégorie des droits patrimoniaux, il n'y a que la réalité purement factuelle, celle-là même que les juristes tentent de systématiser au travers justement de " catégories "[3]. Par conséquent si l'on cherche l'inaliénabilité de ce coté, on se condamne à la définir comme un simple fait matériel. Cela n'est pas faux puisque une clause d'inaliénabilité de par son caractère écrit présente toujours une certaine matérialité. Ce constat n'est pourtant pas celui d'un juriste. Il ne nous est d'aucune utilité. Pour le juriste, en aval des droits patrimoniaux, la voie est close.

111. Pour sortir de l'impasse, c'est l'autre chemin qu'il faut nécessairement emprunter, en amont des droits patrimoniaux. Que trouve-t-on en amont des droits patrimoniaux ? On ne peut trouver que la relation d'appropriation de ces droits patrimoniaux. Et justement, il nous semble que le mystère de la qualification de l'inaliénabilité conventionnelle peut être dissipé si l'on recherche la qualification de cette dernière à ce stade. L'inaliénabilité opèrerait ainsi au niveau de la relation d'appropriation.

Au prix de cette abstraction, on peut d'ores et déjà se satisfaire d'avoir qualifié l'inaliénabilité conventionnelle indépendamment des droits patrimoniaux. Cette satisfaction n'est que très provisoire, il est nécessaire de déterminer précisément la façon dont l'inaliénabilité opère sur la relation d'appropriation qu'elle va restreindre (§1).

---

[1] Sur cette définition, voir par exemple, Fr. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 234.

[2] Sur la distinction entre les droits et les choses qui sont les objets de ces droits voir : Ch. CARON, H. LECUYER, *Le droit des biens*, Connaissance du droit, Dalloz, 1ère édition, 2002, p. 17 : " La chose, objet matériel ou immatériel, n'est pas un bien en soi (...). Elle peut seulement constituer l'objet d'un droit. A défaut de le constituer, la chose est extérieure à la sphère des biens ".

[3] Voir en ce sens, J.-L. BERGEL, Différence de nature = différence de régime, *R.T.D.civ.*, 1984, p. 255 & suiv., spéc. p. 257, n° 3.

112. Cette détermination faite, de multiples obstacles surgissent. N'est-il pas téméraire de recourir à ce concept de " relation d'appropriation " des droits patrimoniaux ? Tout n'a-t-il pas déjà été dit sur ce sujet ? Et quand bien même il y aurait encore matière à réflexion, il peut sembler inopportun de compliquer la compréhension du droit positif au moyen d'un nouveau concept. Il n'est même pas certain que ce concept s'insère harmonieusement dans le droit positif. A la formulation d'une qualification originale fait écho la nécessité de justifier son opportunité en évaluant sa conformité au droit positif (§2).

§1: Une atteinte à la relation d'appropriation

113. Admettre une nouvelle qualification de l'inaliénabilité impose deux tâches successives. Il faut dans un premier temps formuler de la façon la plus précise possible cette nouvelle qualification. Seule la formulation positive de cette nouvelle qualification (A) permettra de mesurer la spécificité de l'inaliénabilité. Il sera alors possible de comprendre son mode opératoire.

Une fois que l'on aura précisé ce qu'est véritablement l'inaliénabilité, dans un second temps il sera possible de la définir négativement. Il s'agira alors de rejeter un certain nombre de propositions qui, traditionnellement, sont formulées à propos de l'inaliénabilité conventionnelle (B).

A) La formulation positive d'une hypothèse de qualification

114. L'inaliénabilité résulterait donc d'une atteinte à la relation d'appropriation mais la nature exacte de cette dernière relation demeure inconnue. Il est nécessaire de définir précisément cette relation d'appropriation. Cette définition s'appuiera sur l'idée qu'une unique relation justifie et l'appropriation des droits patrimoniaux et les prérogatives que l'on peut exercer sur ces derniers : la relation d'appartenance.

L'appartenance des droits patrimoniaux (1) sera parfois amputée d'une partie de sa substance. C'est précisément le cas lorsqu'une clause d'inaliénabilité a été stipulée : le droit de disposer est alors restreint. Cette appartenance diminuée provoquera alors l'inaliénabilité du droit patrimonial en cause (2).

1) L'appartenance, relation d'appropriation des biens par la personne

115. On considère traditionnellement que chaque personne juridique dispose d'un patrimoine[1]. En principe, au sein de ce patrimoine, on distingue deux ensembles, le passif et l'actif. Le premier symbolise l'ensemble des dettes de la personne. Le second regroupe l'ensemble des biens de la personne[2]. L'inaliénabilité intéresse les biens, c'est donc simplement l'actif patrimonial qui va nous intéresser ici. Si l'on s'accorde à dire que les éléments de l'actif patrimonial sont les biens de la personne, il n'existe pas vraiment d'accord quand à la définition de ces derniers.

---

[1] Comp. D. HIEZ, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, Thèse, Paris XII, Préf. Ph. JESTAZ, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 399, L.G.D.J., 2003, *passim.* Manifestement hostile aux théories du patrimoine, du moins celles qu'ont présentées AUBRY et RAU ou GAZIN, l'auteur en propose l'abandon. Une telle conclusion nous semble exagérée. S'il est vrai que la théorie du patrimoine comprend certaines imperfections, on relèvera tout d'abord qu'elle est aujourd'hui moins dogmatique que les travaux de ces anciens auteurs ne le laissaient supposer. En outre, l'auteur estime inutile le recours à une nouvelle théorie du patrimoine, les solutions qu'elle justifie trouvant en elles-mêmes leur propre justification. Il nous semble qu'une telle position doit être contestée. Si la théorie du patrimoine n'est point parfaite, ce que l'on concèdera facilement, on admettra aussi facilement qu'elle présente pour principal intérêt de mettre en relation des questions distinctes les unes des autres, qu'il s'agisse de la transmission des biens et des dettes du défunt ou de la corrélation de l'actif et du passif. Partant, l'unification qu'elle réalise même imparfaitement nous semble justifier son caractère opératoire. Sur l'origine historique et pour ainsi dire fortuite de cette unification, voir B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, Thèse, Paris II, 1998, n° 27, p. 35 & suiv. L'auteur rappelle ainsi que la mise en relation de dispositions disséminées dans le Code civil est à mettre au crédit des universitaires allemands, rompus à cet exercice pour l'étude des *Pandectes* et contraints d'enseigner le droit civil du Code par suite des conquêtes napoléoniennes.

[2] Comp. D. HIEZ, *op. cit.*, p. 19, n° 19 : " (…) au seul regard de la personne, il faut constater que toutes les personnes ont des biens, ce qui interdit d'utiliser une personne individualisée comme élément fédérateur d'universalités fondées sur l'appropriation privative des biens la composant. Reste l'unité des biens d'une personne par rapport à ceux des autres personnes, ce qui fait le propre du patrimoine. Juridiquement, le rattachement d'un ensemble de biens à une personne plutôt qu'à une autre ne transforme pas le *régime juridique* (mis en italique par nos soins) applicable à ce bien. Ni ma maison, ni ma fortune, ne sont soumis à un régime juridique différent de celles de mon voisin, du seul fait qu'ils sont miens ou siens. " Si l'on admet sans peine que la notion de patrimoine permet de fédérer les biens autour de la personne, on restera dubitatif quand à l'inutilité de la notion pour définir le régime juridique des biens. En effet, s'il s'agit de reconnaître que les biens composant les patrimoines ont tous la même structure, on concèdera sans peine que la question n'est point celle de leur régime juridique mais plus celle de leur nature. Pour le reste, le sens que l'auteur attribue à l'expression " régime juridique " nous échappe. Dès lors que les pouvoirs exercés sur ces biens diffèrent selon qu'ils appartiennent à telle ou telle personne, on ne voit pas ce qui interdit d'affirmer qu'ils relèvent d'un régime juridique différent, en ce sens que seuls les créanciers de telle ou telle personne pourront les saisir, seule telle ou telle personne pourra les aliéner ou seuls les héritiers de telle ou telle personne pourront les recueillir. Quoique l'auteur en dise à la note de bas de page n° 20, on restera convaincu que ces distinctions intéressent tout autant la personne que ses biens.

116. Il nous semble que ces biens sont des droits[1], uniquement des droits[2]. Vêtements juridiques de certaines utilités d'ordre réel dont profitent les individus[3], les biens sont avec la qualification de personnes, les termes premiers de la plupart des équations juridiques que le juriste se doit de résoudre. Seuls des droits vont donc figurer à l'actif du patrimoine de la personne[4]. On relève immédiatement que tous ces biens ont une nature incorporelle puisque ce ne sont que des droits[5]. Au-delà de cette caractéristique incorporelle commune, ces droits,

---

[1] Voir en ce sens : Ch. CARON, H. LECUYER, *Le droit des biens*, Connaissance du droit, Dalloz, 1ère édition, 2002, p. 12 & suiv. : " Les biens sont les droits " p. 18 : " Les biens composent l'actif du patrimoine. " ; Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit* privé, Droit Civil, Tome I, Economica, 5ème édition, 2006, n° 451 : " le patrimoine est toujours constitué par des droits " ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 27 : " Dans un deuxième sens, on désigne *les droits* (en italique dans le texte) existant au profit des personnes par le mot bien ". Voir aussi H. CORVEST, L'inaliénabilité conventionnelle, *Defrénois*, 1979, n° 32126, p. 1377 & suiv. spéc. p. 1380. Cette opinion, à laquelle nous adhérons sans réserve ne mériterait pas d'être taxée de " moderniste " dans la mesure où elle a été formulée dès le début du XXème siècle, voir en ce sens, VASILESCO, *Des clauses d'inaliénabilité - De leur validité et de leurs effets*, Thèse, Paris, 1920, p. 168, qui relève à propos du droit de propriété, de l'usufruit ou d'une créance, que " ces derniers, considérés en eux-mêmes, constituent un bien spécial, distinct de la chose à laquelle ils s'appliquent (...) ".

[2] S'agissant de droits, il ne semble plus nécessaire de distinguer entre biens corporels et biens incorporels, tous les biens étant incorporels. Cette distinction semble pourtant reprise, voir en ce sens : Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens*, 3ème édition, P.U.F., 2008, p. 92, n° 45. Il faut pourtant la comprendre comme une distinction entre les biens non pas sur le fondement de leur matérialité, ils n'en ont point, mais comme une distinction entre les droits selon leur objet. Que leur objet soit matériel, ainsi d'une chose corporelle objet d'un droit de propriété, il s'agira alors d'un bien corporel. Que leur objet soit immatériel, ainsi de l'activité du débiteur d'une obligation, il s'agira alors d'un bien incorporel. Sur cette opposition, voir les lumineuses observations de Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, Tome I, Economica, 5ème édition, 2006, n° 453 & suiv. Comp. Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens*, 3ème édition, P.U.F., 2008, p. 92, n° 46, " Tous les droits ne sont pas des biens. Le droit de propriété, (…), ne constitue pas un bien mais la relation qui existe entre chaque bien et la personne à laquelle il appartient. " Les auteurs distinguent ainsi fort logiquement les biens incorporels et les biens corporels, lesquels ne seraient que des choses devenues des objets de propriété. S'il semble possible d'admettre qu'une *chose* puisse devenir un bien par l'effet de la propriété droit subjectif, il semble plus difficile d'admettre que ce droit subjectif puisse transformer un *droit* en bien. En effet, concernant les droits, il faut bien admettre que la propriété n'a point cet effet " dynamique " puisque le droit objet de ce " droit subjectif de propriété ", par exemple le droit personnel, n'existe pas à l'état latent. Un droit personnel est un lien de droit entre deux personnes, il lui faut donc un créancier et un débiteur pour exister. Cela signifie qu'il n'est pas de droit personnel qui puisse être transformé en bien par l'effet du droit de propriété, il n'y a que des droits personnels qui sont " toujours déjà " des biens. On pourra s'étonner que pour ces auteurs le droit de propriété n'ait pas la même fonction selon que son objet est une chose ou un droit de créance. Sans doute cela résulte-t-il du fait que le droit de propriété n'a pas le même objet dans l'un et l'autre cas. Lorsqu'il s'exerce sur les choses corporelles, le droit de propriété pourrait ainsi avoir cette force de transformer une chose réelle, tangible pour tous, en un bien, seulement perceptible par un juriste. En revanche lorsqu'elle s'exerce sur un droit de créance, la propriété s'exerce non plus sur un élément tangible ou du moins saisissable par tous mais directement sur un concept uniquement perceptible par le juriste. On aura beau définir la propriété comme un lien d'appropriation, un " tiens ! " vaudra toujours mieux que deux " tu l'auras ".

[3] Voir sur ce point, H. LECUYER, Redéfinir et définir les biens ?, *J.C.P.* (G), Numéro historique, Hors-série, Cahier n° 2, 2008, p. 50, " La notion de bien est une construction de l'esprit, indispensable au droit, à l'instar du concept de personne, pour appréhender – ou façonner – le réel. "

[4] Comp. P. BERLIOZ, *La notion de bien*, Thèse Paris I, Préf. L. AYNES, L.G.D.J., 2007, n° 761 *in fine* : " Le patrimoine comprend les choses qui appartiennent à la personne, ainsi qu'un certain nombre de ses droits ".

[5] Voir en ce sens, les développements parfaitement clairs de H. LECUYER, Redéfinir et définir les biens ?, *J.C.P.* (G), Numéro historique, Hors-série, Cahier n° 2, 2008, p. 50, " Le bien est par essence incorporel, même si l'objet des droits peut être corporel ou incorporel ". Comp. P. BERLIOZ, *La notion de bien*, Thèse Paris I, Préf. L. AYNES, L.G.D.J., 2007, n° 109 & suiv., spéc. n° 101, étudiant la chose objet d'un droit de propriété, l'auteur relève que " la propriété constitue un pouvoir absolument complet sur une chose, c'est la totalité de celle-ci qui est

ces biens, demeurent très divers. Cette diversité résulte de la multiplicité d'objets de ces droits[1]. L'objet des droits demeure aussi variable que la réalité dont on les extrait[2]. Certains s'exercent avant tout contre des personnes comme les droits de créances ou les droits réels sur la chose d'autrui si l'on admet les propositions de GINOSSAR[3], d'autres s'exercent sur des choses, ainsi du droit de propriété et des autres droits réels si l'on rejette les propositions de GINOSSAR[4]. Mais dans tous les cas, ces droits ont des " choses " pour objet[5].

---

soumise, à tel point que chose et propriété ne font plus qu'un. Une confusion s'opère entre la propriété et la chose sur laquelle elle porte, qui devient ainsi un bien ". La propriété est selon l'auteur le " convertisseur de la chose en bien ". Cette vision des choses n'est pas exempte de vices. Elle conduit à admettre que tout bien est en réalité un objet de propriété, ce qui renvoie aux enseignements de GINOSSAR, fort contestés sur ce point. Elle trouve sans aucun doute son fondement dans la volonté de l'auteur de définir le droit de propriété comme un agrégat de prérogatives juridiques et matérielles, lesquelles s'exerceraient sur les choses. On regrettera que cela conduise l'esprit juridique, si imprégné de l'art de la distinction, à se satisfaire d'une " confusion " comme postulat.

[1] Voir sur ce point, REINACH, *Les fondements* a priori *du droit civil*, Trad. R. De CALAN, VRIN, 2004, p. 95 : " Les droits sur les choses sont par conséquent les droits d'user d'une chose, d'en tirer des fruits, de la cultiver, de la retravailler, etc. Le concept de chose ne coïncide pas avec celui de chose corporelle, même si les dispositions juridiques ont tendance à l'y restreindre. Tout ce dont il peut être fait usage, tout ce qui est utile au sens le plus large du terme est une chose : les pommes, les maisons, mais également une quantité d'électricité ou de chaleur, etc., quand sont exclus au contraire les représentations, les sentiments ou d'autres vécus, les nombres, les concepts, etc. " On appréciera la modernité de la pensée de l'auteur qui pressent dès le début du XX^{ème} siècle que le droit sur les choses peut s'entendre d'un droit sur des choses incorporelles, en ce gardant bien d'inclure les droits parmi ces dernières ! Comp. R. LIBCHABER, La recodification du droit des biens, *Le Code civil 1804 – 2004, Livre du bicentenaire*, Litec, p. 297 & suiv., spéc. n° 14, " En tant que relation de principe entre les personnes et les biens, la propriété est apte à saisir les obligations comme les œuvres de l'esprit. " Distinguant la propriété des choses de l'appartenance des droits, il nous apparaît plutôt que l'appartenance, en tant que relation de principe entre les personnes et les biens, est apte à saisir le droit de propriété sur les choses incorporelles et les obligations.

[2] Sur cette idée de la diversité du réel, voir *supra* n° 110. Sur la dénonciation de la confusion entre le monde réel et ce qui relève de l'ordonnancement qu'en opère nécessairement l'esprit juridique, cette confusion entre " le fait et le droit ", voir L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Thèse Paris II, Préf. H. SYNVET, Economica, 2007, n° 52, p. 76, H. LECUYER, Redéfinir et définir les biens ?, *J.C.P.* (G), Numéro historique, Hors-série, Cahier n° 2, 2008, p. 50 : " La notion de bien est forgée par le droit. Par elle il peut saisir - ou nier - la diversité du réel. Assimiler bien et chose, c'est nier l'essence du droit, confondre le moyen élaboré par lui pour appréhender le réel et le réel lui-même. C'est confondre culture et nature, droit et fait. " Cette distinction entre bien et chose nous semble d'un intérêt tout à fait fondamental si ce n'est premier. Sa méconnaissance, comme cela a été parfaitement dénoncé par H. LECUYER et L. D'AVOUT, demeure la source de graves confusions. Admettant sans réserve cette *distinction*, nous nous garderons tout de même d'y voir l'expression d'une *indépendance* totale entre le fait et le droit. Si le concept de bien est une création de l'esprit, en ce qu'il observe le monde réel de son œil de juriste, on ne pourra nier que cette observation n'a rien d'une vaine spéculation. Observation, elle conduit à la description de son objet mais elle n'y découvre rien qui ne s'y trouve déjà à l'état latent. S'il est certain que les droits, les biens ne sont point les choses, nous craignons de ne pouvoir définir les premiers comme de pures spéculations. La réalité observable nous paraît difficilement réductible aux choses et même au stade de cette réalité, les choses se distinguent de ce que l'on en retire. On l'aura compris, émettre l'hypothèse que le juriste découvre des droits patrimoniaux plus qu'il ne les invente, c'est émettre l'hypothèse que la tâche du juriste n'est que départager les uns et les autres dans le but d'attribuer à chacun la part qu'il méritait. Sur ce point, voir M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962, réédition, 2002, p. 137 & 138.

[3] GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux,* L.G.D.J., Paris, 1960, p. 187.

[4] Voir par exemple : CARBONNIER, *Les biens*, Droit civil, Tome 3, PUF, 19ème édition refondue, 2000, n° 38, p. 68 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, 3ème édition, Defrénois, 2007, n° 350 ; H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 1ère édition, 2002, n° 1278 ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 47.

[5] Voir en ce sens, Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit* privé, Droit Civil, Tome I, Economica, 5ème édition, 2006, n° 453, Ch. CARON, H. LECUYER, *Le droit des biens*, Connaissance du droit, Dalloz, 1ère édition,

117. Ces biens, ces droits *appartiennent* à la personne en cause[1]. Il nous semble que, pour cette raison, seule la personne titulaire bénéficie de la possibilité de réaliser un certain nombre d'opérations juridiques ayant spécifiquement ces droits pour objet. La personne peut évidemment transférer volontairement ces droits à des tiers. Elle le peut de façon gratuite, il s'agira d'une aliénation à titre gratuit. Elle peut le faire en échange d'une contrepartie, il s'agira alors d'une aliénation à titre onéreux.

Mais la personne peut aussi être forcée de transférer un bien à un tiers indéterminé. Il ne s'agit ni plus ni moins que de la situation qui résulte objectivement de la mise en œuvre de certaines procédures civiles d'exécution dans lesquelles la saisie d'un bien se solde par sa vente afin que le créancier se paie sur le prix.

Indépendamment de tout transfert, volontaire ou forcé d'un bien à un tiers, la personne peut aussi renoncer à ses droits. Tel sera le cas lorsqu'elle use de sa faculté d'abandon, renonçant par exemple à son droit de propriété[2].

Nous pensons que toutes ses opérations qui ont spécifiquement les droits pour objet résultent de l'exercice par le titulaire des prérogatives que lui confère l'appartenance de ses biens[3].

118. Sur chacun de ses biens qui sont ses droits patrimoniaux, la personne dispose donc d'un ensemble de prérogatives que l'on peut dénommer " l'appartenance ". La première des prérogatives qui résulte de l'appartenance est " le droit de disposer ". Ce droit de disposer permet de rassembler sous un concept unique de nombreuses hypothèses de " disposition juridique "[4].

2002, p. 17. Comp. R. LIBCHABER, La recodification du droit des biens, *Le Code civil 1804 – 2004, Livre du bicentenaire*, Litec, p. 297 & suiv., n° 22.

[1] Voir sur ce point, D. HIEZ, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, Thèse, Paris XII, Préf. Ph. JESTAZ, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 399, L.G.D.J., 2003, p. 21, n° 21 : " La seule source d'unité de l'ensemble des biens d'une personne consiste dans cette appartenance même. "

[2] Voir sur ce point, F. de VISSCHER, Du *jus abutendi*, *R.T.D.civ.*, 1913, p. 337 & suiv., spéc. p. 340.

[3] Voir sur ce point les intuitions de D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 785 & suiv. Cantonnant ses analyses au stade du principe de libre disposition, D. BERRA n'a pas pu tirer toutes les conséquences techniques des concepts qu'il pressentait. Cela justifie sans doute le reproche qui lui fut fait de recourir au concept d'une " informe titularité ". Sur ce dernier point, voir Fr. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété - Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Université Jean Moulin, p. 815, n° 593.

[4] Voir sur ce point les observations visionnaires de L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Thèse Paris II, Préf. H. SYNVET, Economica, 2006, n° 52, p. 76, " De nature seulement idéale, les biens sont tout à la fois le support et l'objet de l'activité juridique de chacun : ils servent communément de garanties aux engagements personnels, peuvent être cédés ou partiellement concédés par leur titulaire. A ce niveau supérieur de l'appartenance patrimoniale, le droit des biens peut intervenir pour doter les biens d'un régime juridique primaire, exprimant fondamentalement la capacité juridique de l'individu sur les droits qui lui appartiennent ". En faveur de l'autonomie du droit de disposer vis-à-vis du droit de propriété, voir aussi, Fr. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Thèse Paris I, Préf. L. AYNES, Recherches juridiques, n° 15, Economica, 2007, n° 72 & suiv. L'auteur considère pourtant que le droit de disposer concerne avant tout la chose et non le droit que l'on exerce sur

En premier lieu, l'existence de ce droit de disposer justifie naturellement la possibilité de céder le droit en cause. Que la cession ait lieu à titre gratuit ou à titre onéreux ne nous importe guère ici, dans un cas comme dans l'autre le droit est transféré à un tiers. On peut même affirmer que l'intérêt le plus immédiat du droit de disposer est de justifier que les droits patrimoniaux puissent être cédés par le titulaire. Si l'on adopte ce concept du droit de disposer, il semble donc que l'on peut affirmer que la cession d'un bien est la manifestation la plus évidente, la plus immédiate, du droit de disposer.

Au-delà, l'adoption du concept de droit de disposer permet de fédérer sous un même concept un autre cas, *a priori* moins évident, de disposition juridique. On sait que sur le fondement des articles 2284 et 2285 C.civ., les créanciers d'un débiteur peuvent en recourant aux procédures civiles d'exécution faire vendre les biens de leur débiteur afin de se payer sur le prix de vente. Cette vente forcée se présente elle aussi comme un transfert du bien en cause à un tiers. Cette seconde forme de transfert semble tout aussi liée que la première à l'appartenance patrimoniale des biens[1]. Cependant, elle nécessite l'intermédiaire d'une tierce

---

la chose, le droit de propriété. Il estime ainsi que le droit de disposer de la chose résulte d'une capacité particulière de la personne, conséquence de son statut de propriétaire. Il nous semble cependant que si le droit de disposer relève d'un statut particulier, il s'agit de celui de titulaire d'un droit et non de celui de propriétaire, sauf à admettre la propriété des droits, ce à quoi nous nous refusons. Par ailleurs, voir dans l'aliénation la disposition de la chose et non la disposition du droit que l'on exerce sur la chose suppose que l'aliénation de la chose participe des utilités de celle-ci, or justement l'auteur dénonce une telle confusion lorsqu'il retrace (Fr. DANOS, *op. cit.*, n° 64 & suiv.), le glissement historique du *ius disponendi* des glossateurs vers l'*abusus* juridique. Il nous semble qu'admettre l'existence d'un droit de disposer de la chose par le biais de l'aliénation conduit à traiter le produit de l'aliénation de la chose comme un fruit qui, produit par la chose, est lui-même confisqué par le propriétaire. Si l'on suit le raisonnement, on bute pourtant sur un écueil : comment celui qui n'est plus propriétaire pourrait-il avoir un titre pour conserver ce fruit de la chose que serait son prix de vente ? Autonomiser le droit de disposer nécessite donc selon nous d'admettre qu'il n'a pas le même objet que le droit de propriété. Le premier s'exerce sur le second, le second s'exerce lui sur les choses, éléments matériels du monde.

[1] Voir sur ce point, M. XIFARAS, *La propriété - Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 201. Analysant en profondeur les différentes acceptions du mot " propriété ", l'auteur constate : " (...) dès lors qu'est introduit le point de vue extérieur du créancier, le rapport entre le propriétaire et son objet ne peut plus être considéré seulement comme un droit réel et immédiat qui se confond avec la chose elle-même, puisque celle-ci est considérée comme l'élément indifférencié d'une totalité (le gage des créanciers). C'est désormais *l'appartenance* (mis en italique par nos soins) du bien à cette totalité qui médiatise la nature juridique du lien qui l'unit à son propriétaire. " L'auteur ne requiert pourtant pas l'utilisation d'un concept distinct pour justifier les conséquences de l'appartenance patrimoniale puisqu'il relève par la suite que la propriété " (...) ne renvoie pas à une essence unique, car la pluralité de ses formes juridiques concrètes (...), manifeste autant de conceptions irréductiblement distinctes de l'institution. Ces conceptions nous sont apparues au nombre de trois : la maîtrise souveraine, l'appartenance patrimoniale, la réservation de jouissance. ", M. XIFARAS, *op. cit.*, p. 479 & 480. On ne saurait pourtant tirer argument de ce que l'auteur ne recourt point à des concepts distincts pour condamner le concept autonome d'appartenance patrimoniale. L'objet philosophique de l'étude réalisée ne nécessitait nullement l'élaboration de concepts distincts. En revanche, parce que cette étude se situe à un plan philosophique, le constat auquel elle aboutit nous est précieux. Il est désormais objectivement démontré qu'au moins deux fonctions, deux réalités désignées par le mot *propriété* coexistent : le droit sur les choses et l'appartenance patrimoniale. Au stade moins objectif de la dogmatique juridique, rien n'interdit de servir ces deux fonctions par deux concepts différents, le droit de propriété et l'appartenance. Comp. A. REINACH, *Les fondements* a priori *du droit civil*, Trad. R. De CALAN, VRIN, 2004, p. 99. Se livrant à une étude phénoménologique de la propriété, l'auteur est bien moins prudent que M. XIFARAS, il se montre fort directif quant au contenu du concept de propriété : " On doit maintenir avec la plus grande

personne, le créancier. Là encore, si l'on accepte de recourir au concept de droit de disposer, on peut admettre que la saisie et la vente d'un bien du débiteur sont une manifestation du droit de disposer du débiteur que les créanciers exercent en son nom.
Au-delà du droit de disposer, l'appartenance laisse aussi au titulaire d'un droit patrimonial la faculté de renoncer à ce droit.

119. Ces différentes prérogatives qui composent l'appartenance sont différenciées dans la mesure où elles n'existent pas globalement pour l'ensemble des biens du débiteur pris comme un tout. Elles existent pour chacun des biens de la personne. Chaque droit patrimonial, chacun des biens du débiteur peut individuellement être cédé, saisi ou abandonné. Il y a donc autant de relations d'appartenance, donc de droits de disposer et de facultés d'abandon dont bénéficie la personne que de biens distincts figurant à l'actif de son patrimoine.

120. Par la formulation de ce concept d'appartenance, nous ne prétendons nullement présenter une nouveauté. Au contraire, le concept d'appartenance est inventé depuis longtemps[1], nous entendons simplement le remettre au goût du jour. Car comme souvent, ce qui peut nous paraître neuf ne l'était déjà plus à l'époque du droit romain[2]. En effet, les

---

détermination que la propriété n'est pas un droit sur les choses, mais *une relation* (en italique dans le texte) à la chose sur laquelle se fonde tous les droits sur les choses. " L'affirmation de REINACH permet de mesurer toute la modestie qui doit irriguer la mise en œuvre de la méthode phénoménologique. La subjectivité de l'observateur phénoménologue a tôt fait de rendre celui-ci justiciable d'une accusation de dogmatisme. Une telle subjectivité est cependant insuffisante à disqualifier la méthode utilisée si l'on accepte de ne voir ici qu'une simple querelle de mots. Sur le fond, les pensées de REINACH et de M. XIFARAS convergent puisque l'un comme l'autre distinguent l'appartenance d'une chose des pouvoirs qui s'exercent sur cette dernière. Simplement, pour l'un, seule la première mérite le nom de " propriété " tandis que pour le second ce sont deux acceptations distinctes du terme " propriété ".

[1] Voir sur ce point : M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne, Douze autres essais*, Dalloz, 1976, p. 193 & suiv. et du même auteur, *La formation de la pensée juridique moderne*, Léviathan, P.U.F., 2003, p. 245 & suiv. Pour une tentative d'utilisation du concept en droit positif, voir : C. PRODAN, *Essai d'une théorie générale des droits réels*, Thèse dactylographiée, Paris, 1909, p. 151 & suiv., les développements relatifs à la " propriété juridique ", voir en outre F. de VISSCHER, Du *jus abutendi*, *R.T.D.civ.*, 1913, p. 337 & suiv., spéc. p. 339, D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 785 & suiv. Fr. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, Thèse, Paris I, Préf. J. GHESTIN, L.G.D.J., 2002, n° 175 & suiv. Pour un panorama de la pensée doctrinale sur cette question, voir : B. LOTTI, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*, Thèse dactylographiée, Paris XI, 1999, n° 337 & suiv., p. 372. Voir de même la remarquable synthèse de B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse, Clermont-Ferrand, Préf. Y. CHAPUT, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, p. 30 à 36, n° 30 & suiv., voir surtout, en dernier lieu, démontrant l'utilité du concept, L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Thèse Paris II, Préf. H. SYNVET, Economica, 2006, n° 10, p. 17 *in fine*.

[2] Les développements qui vont suivre reposent sur l'analyse du droit romain telle que Michel VILLEY l'a envisagée. Ses analyses n'ont pas reçu l'approbation de tous les spécialistes de la matière. Même si l'on souhaite que Michel VILLEY soit encore resté dans le vrai sur ce point, notre manque de compétence en la matière rend inopportun toute prise de position personnelle sur la question. On se contentera de reprendre les principes par lui dégagés.

Romains distinguaient deux questions d'une admirable façon. Il s'agissait, pour une chose appropriable, d'une part de la reconnaissance de son caractère propre à un individu et de l'autre des pouvoirs susceptibles d'être exercés par cet individu sur cette chose.

Rappelons pour commencer que l'objet du droit[1] " *ius* " était pour eux d'attribuer à chacun sa part[2]. D'ailleurs, la part attribuée à chacun était aussi appelée " *ius* ". Attribuer à chacun le sien signifie donc déclarer si telle chose est *propre* à telle personne plutôt qu'à telle autre, l'office du juge étant d'attribuer les choses le cas échéant à leur *propriétaire*. Ainsi la chose grevée d'un usufruit n'appartient pas à l'usufruitier, qui ne sera pas qualifié de *proprietarius* de la chose[3]. Cette attribution de la chose à une personne[4] avait si peu de rapport avec l'autre question des pouvoirs du *proprietarius* sur sa chose que ceux-ci étaient définis par un terme différent : *dominium*.

L'office du juge était simplement de déterminer le *ius* de chacun. Concernant les choses se posait la question du *ius proprietatis*, à savoir quel était le plaideur susceptible d'affirmer que la chose était la sienne propre. Une fois, cette question de droit tranchée, une nouvelle question surgissait, celle des pouvoirs matériels du *proprietarius* sur sa chose appropriée. Le *proprietarius* avait le *dominium* sur cette chose. Mais la réglementation du *dominium* échappait au juge[5], celui-ci n'avait pour mission que de déterminer le *ius* de chacun, pour le lui restituer le cas échéant. Le juge ne tranchait donc que la question du *ius proprietatis* sans aucunement trancher la question du *dominium*. Cette distinction romaine du *dominium* et de la *proprietas* est cardinale.

121. Cette vision des choses mérite en effet une reconsidération contemporaine. Il s'agit d'une " considération " d'abord puisque l'on va reprendre cette idée fondamentale des juristes romains de la distinction entre l'appartenance d'une chose, sa *proprietas* et les pouvoirs qui en dérivent : le *dominium*.

---

[1] Le mot " droit " est pris dans un sens très large tel que celui que l'on retrouve dans " science du droit ".

[2] Selon une formule bien connue et mal comprise : *Ius est suum cuique tribuere*.

[3] M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne, Douze autres essais*, Dalloz, 1976, p. 193 & suiv. et du même auteur, *La formation de la pensée juridique moderne*, Léviathan, P.U.F., 2003, p. 245 & suiv.

[4] On évoque cette appartenance de la chose par le terme " *proprietas* ".

[5] Voir en ce sens les développements parfaitement clairs de M. VILLEY, Note sur le concept de propriété, *Critique de la pensée juridique moderne - Douze autres essais*, Philosophie du droit, Dalloz, 1976, p. 187 & suiv., spéc. p. 195. Définissant le *dominium* exercé par exemple par le maître sur son esclave, M. VILLEY relève que " Quand le juge décide que l'esclave Stichus *est à* (en italique dans le texte) Aulus Agerius, ceci ne concerne que les rapports d'Aulus Agerius avec d'autres citoyens libres qui l'ont aussi revendiqué, ou pourraient le faire ; mais cela ne nous apprend *rien* (*idem*) concernant le type de relations du maître et de l'esclave. Il est hors de la sphère du droit de déterminer le comportement du propriétaire sur sa chose. "

Il s'agit d'une reconsidération ensuite puisqu'il est impossible de reprendre tels quels les concepts employés par les juristes romains. Il est inutile de rechercher du *dominium* et de la *proprietas* dans la France du XXI^{ème} siècle pour la simple et unique raison que la Loi des XII Tables n'est plus en vigueur depuis longtemps[1]. Par ailleurs, dans le droit romain, sans doute plus droit des choses que droit des biens[2], la *proprietas* et le *dominium* concernaient les choses. Les choses, données du monde sensible, ne sont pas les biens, ces droits qui s'exercent sur les choses[3]. Notre droit de propriété est aujourd'hui ce pouvoir sur les choses. Mais ce droit de propriété est aussi aujourd'hui un bien. Il n'en allait pas de même en droit romain où l'équivalent de notre droit de propriété, le *dominium*, était en dehors du droit[4] !

---

[1] Bien entendu, nous n'entendons nullement par cette formule réduire le droit romain à la Loi des XII Tables, ce qui serait aussi absurde que de réduire l'état actuel du droit aux dispositions du Code civil. Cependant, les règles positives ayant changé, il est illusoire de vouloir comparer ce qui n'est plus comparable, sans d'ailleurs réduire la différence entre l'époque romaine et la nôtre à une simple question de normes. Pour reprendre une formule célèbre : " (…) en matière de théorie juridique, il n'est point de *Roma locuta est*. ", DABIN, Une nouvelle redéfinition du droit réel, *R.T.D.civ.*, 1962, p. 20 & suiv., spéc. p. 43. Pour l'expression radicale et générale d'une opinion comparable, voir REINACH, *Les fondements* a priori *du droit civil*, Trad. R. De CALAN, Vrin, 2004, p. 40 : " Tout comme les propositions juridiques elles-mêmes, leurs éléments, les *concepts juridiques* sont *créés* (en italique dans le texte), d'après cette conception générale, par des facteurs instituant le droit. Cela n'a aucun sens de parler de leur existence indépendamment du système juridique positif de l'époque dans laquelle ils s'inscrivent. " Pour l'expression de cette opinion en la matière spécifique des indisponibilités, voir enfin, K. BEGUIN, Biens de tous, biens de personne – Approches historiques et juridiques de l'indisponibilité, Journées d'études de l'Ecole doctorale, Introduction, *Revue Hypothèses*, Publications de la Sorbonne, 2006, p. 371 & suiv. spéc. p. 375 : " (…) ces parallèles [entre les différents types d'indisponibilité] mettent en évidence que ces retranchements de la sphère du commerce ne procèdent pas d'une quelconque propriété ontologique des objets en question. Ce sont des constructions juridiques, sociales, politiques, qui ne peuvent pas non plus être réduites à une lente redécouverte des catégories du droit romain antique. "

[2] On entend simplement par là, que, droit du juste partage, le droit romain était un droit des situations actuelles où il importait de départager les plaideurs. S'il fallait une image, sans doute dirait-on que le droit romain était un droit du présent tant fut manifeste la volonté des juristes romains de trancher *les* litiges. Aujourd'hui, l'approche est différente, la reconnaissance des droits patrimoniaux laisse aux plaideurs une certitude qui, à la rigueur, permettrait de trancher par anticipation *tous les* litiges non encore nés. Le droit d'aujourd'hui, selon la même image se conjuguerait alors au futur. Voir sur ce point, démontrant l'omniprésence de la méthode du droit naturel classique chez les juristes romains : M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962 réédition, 2002, p. 137 & 138 : " Pour chercher l'ordre naturel, nous partirons du monde vivant. Et nous voyons l'homme social, comme les abeilles et les mouettes, engagés dans les liens sociaux de la famille, de la profession ou de la cité ; ce sont les sociétés elles-mêmes, données présentes dans la nature qui seront l'objet de notre étude. Et nous voyons l'homme divers, (…) changeant parce qu'il est libre, engagé dans des situations variables dans le temps et l'espace, suscitant des modes de vie et des entreprises toujours neuves. (…) Je crois les juristes romains formés par leurs écoles de rhétorique à la philosophie classique du droit naturel, et qu'ils ont eu souvent conscience de la pratiquer. (…) Ils recommandent l'observation du monde tel qu'il est. Ulpien dit que la jurisprudence est d'abord " l'étude des choses ", à partir de quoi on discerne le juste et l'injuste. Gaius classe, comme un botaniste, les différentes espèces d'hommes, d'objets, d'actions juridiques (…). Et la plupart des ouvrages des jurisconsultes sont des ouvrages de *casuistique* ; chaque cause fait l'objet d'une observation ; c'est en cela même que les romains sont les tenants du droit naturel ! Il ne s'agit pas de déduire un système de règles ; ce droit naturel ne revêt pas la forme d'un système déductif. "

[3] Voir *supra* n° 116 & suiv.

[4] M. VILLEY, Note sur le concept de propriété, *Critique de la pensée juridique moderne - Douze autres essais*, Philosophie du droit, Dalloz, 1976, p. 187 & suiv., spéc. p. 195. Définissant le *dominium* exercé par exemple par le maître sur son esclave, M. VILLEY relève que " Il est hors de la sphère du droit de déterminer le comportement du propriétaire sur sa chose. "

Notre droit de propriété étant désormais un droit sur les choses, un bien, s'il faut considérer de nouveau la distinction de l'appartenance et des pouvoirs sur les choses qui en découlent, on peut donc désormais distinguer l'appartenance et le droit de propriété[1]. Là où le second s'exercera toujours sur les choses, la première, l'appartenance ne s'exercera plus sur les choses, elle s'exercera sur les biens, sur les droits, ces pouvoirs des individus sur les choses.

122. Le concept d'appartenance des biens, des droits, permet cette reconsidération contemporaine de la très fine distinction romaine entre *dominium* et *proprietas*. L'appartenance permet d'affirmer qu'un droit est *propre* à telle ou telle personne.

S'il ne s'agissait ici que de la réincarnation d'une ancienne distinction, on pourrait néanmoins être déçu. Mais il n'en est rien : ce concept d'appartenance a d'autres vertus explicatives que d'affirmer l'appropriation d'un droit. Il nous semble qu'elle peut aussi expliquer les prérogatives dont dispose le titulaire sur son droit propre.

Ces prérogatives d'ordre juridique comme le droit de disposer vont s'exercer sur le droit de propriété. Ces prérogatives d'ordre juridiques se distinguent donc nettement des prérogatives conférées par le droit patrimonial lui-même à l'intéressé[2]. Ces dernières s'exercent non pas sur le droit patrimonial mais bien sur la chose qu'il a pour objet. Par l'exploitation de ce concept déjà présent en droit romain[3], il ne s'agit nullement de présenter une vérité

---

[1] Voir démontrant l'existence de cette double fonction dans l'acception contemporaine du mot " propriété ", M. XIFARAS, *La propriété - Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 200.

[2] Voir ici la très fine observation de REINACH, *Les fondements* a priori *du droit civil*, Trad. R. De CALAN, 2004, p. 95: " Parmi les nombreux rapports possibles d'une personne à une chose, nous intéresse d'abord le rapport de *pouvoir* (en italique dans le texte). La personne qui a un pouvoir sur une chose peut agir sur elle selon son bon vouloir, peut l'utiliser, la modifier, la détruire. Ce pouvoir est un pouvoir *physique* et il se distingue totalement du pouvoir *juridique* que nous avons déjà rencontré précédemment. Lorsque, par exemple, nous parlions du pouvoir de renonciation, nous n'avions pas en vue le pouvoir naturel de réaliser un acte, mais le pouvoir de lever un rapport obligatoire par un acte qui se fonde dans l'essence de la prétention. Le pouvoir naturel des choses s'atteste dans le pouvoir d'agir sur elles, quand le pouvoir juridique s'atteste dans le pouvoir de renoncer, de révoquer, etc. Ces deux pouvoirs seront distingués avec la plus grande rigueur l'un de l'autre. "

[3] Loin de nous donc l'idée de succomber à la tendance du " retour aux sources ". Une telle prétention serait téméraire puisque le droit romain ne nous est pas parvenu dans son intégralité. Toute tentative en ce sens serait de même dangereuse dans le sens où le droit pensé pour son époque n'a aucune raison de convenir tel quel pour des temps différents. Par ailleurs, un tel retour aux sources ferait peu de cas de l'affinement progressif de la pensée juridique intervenu depuis l'époque du droit romain. Sur cette question, voir *supra* n° 121. Comp. Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens*, PUF, 3ème édition refondue, 2008, n° 164, p. 260. Rappelant la distinction romaine du *dominium* et de la *proprietas*, et définissant le *dominium*, les auteurs affirment à son propos que " Le droit romain y voyait, pour cette raison une puissance unique et globale sous laquelle étaient rangés tous les biens d'une personne. (…) Le droit moderne (…) a remplacé le concept de puissance par celui de droit subjectif. La prérogative du propriétaire doit donc être considérée aujourd'hui comme un droit subjectif, mais à la condition de distinguer cette notion de celles des droits incorporels, laquelle désigne tout autre chose, puisque les droits incorporels constituent des biens. "

incontestable[1]. Ce concept n'est qu'une façon de comprendre toute une série de phénomènes souvent inexpliqués. Ainsi, en principe, seul le titulaire d'un droit patrimonial peut valablement le transmettre, y renoncer ou se le faire saisir. Dès lors qu'il explique utilement[2] ces phénomènes il est justifié[3]. Quant à la question de savoir s'il est plus qu'une vue de l'esprit et s'il constitue une réalité que l'on peut atteindre par la connaissance, nous ne saurions en aucun cas prétendre la trancher[4].

123. Il semble préférable de se contenter pour le moment d'un constat. Le recours à l'appartenance présente un double intérêt. D'une part, elle permet de délimiter les contours du patrimoine de la personne. Seuls figurent à l'actif de ce patrimoine les droits dont la personne est titulaire. D'autre part, elle permet de relier le fait qu'un droit appartienne à son titulaire et à lui-seul au fait que seul ce titulaire soit en mesure de réaliser un certain nombre d'opérations portant exclusivement sur ce droit.

Cependant on ne manquerait pas de contester le recours à ce concept d'appartenance si ce dernier n'avait pour unique intérêt que de simplifier la compréhension des rapports qu'entretient une personne avec chacun de ses biens. Heureusement, l'appartenance présente un autre intérêt majeur, elle permet de mieux cerner l'originalité de l'inaliénabilité.

---

[1] Contre cette idée de la dissociation du droit patrimonial et de la prérogative qui permet d'en disposer, voir la verte critique suivante : De VAREILLES-SOMMIERES, La définition et la notion juridique de la propriété, *R.T.D.civ.*, 1905, p. 443 & suiv., spéc. p. 450, n° 14 & suiv.

[2] Voir sur ce point, J-L. AUBERT, Le droit de disposer de l'immeuble, *Etudes J. FLOUR*, 1980, p. 1 & suiv., spéc. p. 2, relevant que cette distinction entre la disposition du droit et la disposition de la chose est une analyse " utile et exacte ", sans pourtant que l'éminent auteur la fasse sienne.

[3] Voir sur ce point, démontrant tout le profit que le droit des biens tirerait de l'adoption d'un tel concept, L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Thèse Paris II, Préf. H. SYNVET, Economica, 2006, n° 10, p. 17: " Au niveau supérieur, le droit des biens, *droit de l'appartenance patrimoniale*, garantit tout d'abord à l'individu la *faculté de libre disposition juridiques des droits* qui lui appartiennent, quelle qu'en soit la nature. C'est ce que confirme par exemple le Code civil français, lorsqu'il dispose, en son article 537, que les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par la loi. (...) Sous cet angle, il y a effectivement, ou il peut y avoir, un régime primaire des droits patrimoniaux offert par une réglementation commune des biens au périmètre élargi. "

[4] Notre sentiment personnel sur la question est que ce type de théorie ne peut jamais dépasser le stade de proposition car ce qu'elle tente de décrire, le monde réel et les phénomènes juridiques qui s'y produisent n'est pas susceptible d'une systématisation complète. Ce genre de théorie, emprunte de la subjectivité de celui qui l'élabore, doit rester une proposition sous peine de virer à la Révélation, ce qui d'ailleurs ne ferait que déplacer le problème. De ce point de vue, la science du droit doit demeurer emprunte de modestie car les conclusions auxquelles elle parvient, on ne peut qu'en parler sans jamais pouvoir les montrer ! Pour une même difficulté suscitée par un problème voisin, voir *supra* Introduction, n° XII *in fine* et la note.

2) L'inaliénabilité, une atteinte à la substance de l'appartenance

124. Il faut débuter ici par le rappel de notre hypothèse de travail initiale[1] selon laquelle un propriétaire ne peut vendre une chose corporelle lui appartenant parce que cette dernière est frappée par une clause d'inaliénabilité. Cette situation peut désormais être analysée plus précisément.

La personne subissant la clause d'inaliénabilité souhaite transférer non pas la chose mais le droit de propriété qu'elle exerce dessus, puisque les biens de la personne sont forcément des droits[2].

Alors que ce bien[3] figure à l'actif de son patrimoine, cette personne ne peut plus s'en défaire que ce soit à titre gratuit ou onéreux. Pourtant, le bien constitué par le droit de propriété sur cette chose est indubitablement un élément figurant à l'actif du patrimoine[4] de la personne. Ce bien est donc approprié, l'idée d'un droit de propriété, chose sans maître, est évidemment inconcevable. En revanche, à la différence des autres biens normalement librement transmissibles, celui que la clause désigne doit être conservé dans le patrimoine pour une durée variable spécifiée par la clause. Comment justifier qu'un bien, ici le droit de propriété d'une chose corporelle, approprié, demeure intransmissible ?

125. On peut estimer que cela résulte d'une modification substantielle de la relation d'appropriation qui unit cette personne à ce bien[5]. Cette relation d'appropriation que nous proposons de dénommer l'appartenance est privée du droit de disposer dans le cas de la stipulation d'une clause d'inaliénabilité. L'appartenance est substantiellement amputée du droit de disposer.

Il faut bien comprendre que c'est seulement le droit de disposer du bien qui a disparu. On ne saurait prétendre que la relation d'appropriation a complètement disparu : si c'était le cas, le

---

[1] Sur laquelle voir *supra* Introduction, n° XII & suiv.

[2] Voir *supra* n° 115 & suiv.

[3] Bien que cette question soit rarement envisagée en doctrine, il semblerait que la clause d'inaliénabilité dût forcément être stipulée pour un ou plusieurs biens précisément identifiés. Voir sur ce point, VASILESCO, *Des clauses d'inaliénabilité - De leur validité et de leurs effets*, Thèse, Paris, 1920, p. 80 & 81.

[4] Voir sur ce point : Cass. Com., 7 janvier 2004, *Bull. civ.*, IV, n° 6, relevant que pour le calcul du montant de l'impôt de solidarité sur la fortune, il importe de tenir compte d'actions cotées grevées d'une clause d'incessibilité dès lors que " la limite apportée à la liberté de les aliéner n'affectait pas leur valeur ". Sur cet arrêt voir *supra* n° 33 & suiv.

[5] Voir, proposant une analyse similaire de l'inaliénabilité, Fr. de VISSCHER, Du *jus abutendi*, *R.T.D.civ.*, 1913, p. 337 & suiv., spéc. p. 345. Plus récemment voir, D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 160 & 161. En retenant une acception large de la disposition, l'auteur se condamne à traiter d'hypothèses d'indisponibilité fort différentes puisqu'il ne distingue nullement les atteintes à la substance de cette faculté de disposition des simples limitations à son exercice, sur ce dernier point, voir D. BERRA, *op. cit.*, p. 176.

bien ne figurerait plus à l'actif du patrimoine de celui qui souffre la clause d'inaliénabilité. On comprend donc que la relation d'appartenance subsiste, mais substantiellement diminuée[1], amputée du droit de disposer.

126. Plus particulièrement, on s'aperçoit que le droit de disposer du bien inaliénable est diminué dans ce qu'il a de plus fondamental pour le titulaire du droit inaliénable. En effet, lorsque l'on a dit que l'on pouvait concevoir l'existence d'une prérogative unissant la personne à chacun des biens composant son patrimoine, il a été précisé que cette prérogative, l'appartenance, permettait de rassembler sous une bannière unique la plupart des hypothèses de disposition juridique d'un bien[2].

Parmi ces hypothèses, de disposition juridique, on trouve évidemment en premier lieu la possibilité de céder le bien en cause à un tiers. Si une chose est certaine, pour le moment, c'est bien que l'effet le plus évident du droit de disposer est restreint en présence d'une inaliénabilité conventionnelle. En principe le bien inaliénable ne peut être transféré à un tiers. L'atteinte à la substance de l'appartenance, l'amputation du droit de disposer, concerne au moins un aspect précis du droit de disposer, son effet le plus immédiat si l'on veut.

127. L'inaliénabilité conventionnelle peut donc être définie comme cet état d'un bien dont l'appartenance est diminuée à la suite de la stipulation d'une clause d'inaliénabilité lors du transfert du bien à celui qui la souffre[3]. Elle est une restriction au droit de disposer, car seul le droit de disposer, au sein de la relation d'appartenance, est atteint par la clause d'inaliénabilité.

Une telle définition s'affranchit donc totalement de tout raisonnement en termes d'atteinte au principe de libre disposition. Il ne s'agit pas ici d'un principe que remet en cause l'inaliénabilité[4], il s'agit bien d'un mécanisme technique que l'on peut se représenter

---

[1] Voir sur ce point les intuitions de PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, L.G.D.J., 4ème édition, 1906, n° 2340, note 1, à propos de l'inaliénabilité, " C'est toujours et nécessairement en la personne du propriétaire que réside la faculté d'aliéner ; c'est donc une personne qui est atteinte par la prohibition, et non une chose, ce qui n'aurait pas de sens. "

[2] Voir *supra* n° 117.

[3] Sur la nécessaire insertion de la clause d'inaliénabilité dans un acte translatif, voir *supra* n° 50.

[4] Voir sur ce point, Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 519 & suiv., spéc. p. 527. L'auteur reproche à BERRA (*Le principe de libre disposition des biens en droit civil*, Thèse, Nancy, 1969) d'être tombé dans le " piège " de l'indisponibilité en raisonnant au niveau du principe de libre disposition, ce qui techniquement n'apporte rien dans la mesure où rien ne permettait d'ordonner la longue série des exceptions à ce principe. Nous ne saurions mieux dire. Ce piège évité, un autre guettait pourtant, c'était celui de prendre pour argent comptant le terme d'indisponibilité et tenter d'étudier celui-ci comme une véritable notion juridique. L'indisponibilité signifiant étymologiquement une exception à la disponibilité, donc une exception au principe de libre disposition, il semble hasardeux de supposer que de telles exceptions aient pu partager la moindre convergence d'ordre technique. Ainsi que le relève Fr. PLANCKEEL, *op.*

intellectuellement : l'atteinte à l'appartenance, ce lien qui unit la personne à chacun de ses biens.

Cette proposition de définition de l'inaliénabilité permet de mieux appréhender la spécificité du mécanisme. En effet, il résulte de cette définition qu'un certain nombre de questions parfois débattues à propos de l'inaliénabilité peuvent être facilement résolues. Cette analyse de l'inaliénabilité permet la négation de propositions classiques en matière d'inaliénabilité.

B) La négation de propositions traditionnelles en matière de clauses d'inaliénabilité

128. L'inaliénabilité conventionnelle concerne l'appartenance, cette relation entre une personne et ses biens, celle-ci serait donc privée du droit de disposer. Comme les biens sont des droits, l'inaliénabilité se définit comme l'impossibilité de disposer d'un droit, le droit inaliénable. Par conséquent, l'inaliénabilité, restriction au droit de disposer, opère bien en amont[1] du droit. Il en résulte que l'inaliénabilité ne saurait modifier le contenu du droit inaliénable.

Parce qu'elle n'a aucune incidence sur le contenu du droit inaliénable (1), *a fortiori*, on peut facilement admettre que l'inaliénabilité n'a absolument aucune incidence sur la chose qui est l'objet de ce droit inaliénable. Pas plus qu'elle ne modifie le contenu du droit patrimonial devenu inaliénable, l'inaliénabilité ne saurait modifier le statut des choses objets de droits patrimoniaux. L'inaliénabilité peut donc être clairement distinguée de la question du statut des choses hors commerce (2).

1) L'absence d'incidence sur le contenu du droit inaliénable

129. L'absence d'incidence de l'inaliénabilité sur le contenu du droit inaliénable se traduit d'une double manière. D'une part, cela signifie que le droit inaliénable demeure complet. La complétude du droit inaliénable (a) permet de mieux appréhender la notion de droit patrimonial. Ce dernier n'est qu'un ensemble de pouvoirs s'exerçant sur une chose. Au-delà, le postulat de la complétude du droit inaliénable permet de concevoir l'inaliénabilité indépendamment de la distinction classique des droits patrimoniaux.

---

cit., p. 519 : " le principe de libre disposition des biens constitue un poste bien trop élevé pour en faire l'axe d'une étude du mécanisme des indisponibilités ". Il ne faudrait pourtant pas croire que la considération pour un principe plus restreint que celui de la libre disposition conviendrait, en effet, le problème n'est pas celui de la *généralité* du principe de libre disposition, il résulte du *principe* lui-même. Cantonner une étude au stade du principe n'est souvent pas techniquement opératoire puisque les dérogations que l'on y découvre relèvent bien souvent de techniques juridiques fort différentes. Pour une dissociation de la libre disposition et de la libre circulation des biens, voir L. MONTAGNE, *Le principe de libre circulation des biens en droit civil* (*Contribution à son étude*), Thèse, Montpellier I, 2000, p. 145 & suiv.

[1] Voir *supra* n° 111 & suiv.

Si un droit de propriété inaliénable demeure complet, rien n'interdit de concevoir l'inaliénabilité d'un droit réel sur la chose d'autrui ou l'inaliénabilité d'un droit de créance. Il apparaît donc que l'inaliénabilité et l'incessibilité sont des mécanismes parfaitement identiques (b).

a) La complétude du droit inaliénable

130. Si l'on reprend notre hypothèse initiale de raisonnement[1], un propriétaire ne peut vendre sa chose en raison d'une clause d'inaliénabilité. Cela se traduit par le fait que le droit de propriété exercé sur cette chose est inaliénable[2]. Tout transfert de ce droit de propriété est impossible. Cela résulte d'une modification de la substance de la relation d'appropriation de ce droit. Cette relation d'appropriation, l'appartenance est amputée du droit de disposer. Comme la relation d'appropriation du droit de propriété est distincte de ce droit de propriété, on peut affirmer que ce dernier demeure complet malgré l'inaliénabilité.

Un droit de propriété inaliénable correspond donc en tout point à la définition de ce droit que livre l'article 544 C.civ. La propriété inaliénable constitue tout de même la réunion sur une chose corporelle de l'ensemble des prérogatives que l'on peut imaginer y exercer. De l'extérieur, rien ne permet donc de différencier un droit de propriété inaliénable d'un droit de propriété demeuré aliénable[3].

131. A ce stade, on peut donc parfaitement comprendre pourquoi il n'a pas été possible de qualifier l'inaliénabilité de droit réel ou de droit personnel. Que l'on adopte une définition renouvelée ou non du droit réel[4], on peut admettre que l'ensemble des prérogatives matérielles de la propriété est maintenu malgré cette inaliénabilité. Parce qu'elle joue à un échelon d'abstraction supérieur, il n'est pas possible de voir dans l'inaliénabilité un quelconque démembrement du droit de propriété.

Par ailleurs, si l'on voit dans l'inaliénabilité conventionnelle la simple inaliénabilité du droit de propriété, il faut aussi admettre que cette restriction de l'appartenance a un caractère purement unilatéral. Dans ses effets, elle ne concerne véritablement qu'une personne, celle

---

[1] Sur laquelle, voir *supra* Introduction n° XII.
[2] Voir *supra* n° 126 & 127.
[3] Voir déjà, RONGIER, *Clauses d'insaisissabilité et d'inaliénabilité*, Thèse, Paris, 1902, p. 8 & 9, l'auteur relève que l'inaliénabilité et l'insaisissabilité " ne consistent pas (...) en des marques ostensibles affectant les biens et permettant de les distinguer de ceux qui sont aliénables et saisissables. Il est impossible de discerner extérieurement les biens indisponibles de ceux qui ne le sont pas ", plus récemment, voir, B. LOTTI, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*, Thèse dactylographiée, Paris XI, 1999, n° 356, p. 392.
[4] Voir *supra* n° 85.

qui subit la clause. L'appartenance du titulaire est purement et simplement amputée par la stipulation d'une clause d'inaliénabilité. Cette amputation purement unilatérale justifie l'exclusion de la qualification de droit personnel[1]. Cette amputation de l'appartenance ne profite à personne. Il est donc tout à fait normal que l'on n'ait pas pu retrouver le schéma du droit personnel à propos de l'inaliénabilité conventionnelle.

Cette qualification de l'inaliénabilité a donc au moins le mérite de sauvegarder la pureté conceptuelle du droit réel et du droit personnel puisqu'il n'est plus nécessaire de distordre ces qualifications classiques pour en vêtir l'inaliénabilité[2].

132. De façon plus générale, l'insuffisance de ces qualifications classiques empêche de faire de l'inaliénabilité un bien. En effet les biens sont soit des droits personnels, soit des droits réels. L'inaliénabilité qui n'est ni l'un ni l'autre ne peut être un bien. Cela est parfaitement justifié au regard de la qualification proposée. Parce qu'elle ampute l'appartenance, qui elle-même unit chaque bien de la personne à celle-ci pour constituer l'actif du patrimoine, l'inaliénabilité n'a donc aucune valeur patrimoniale. Elle n'est donc pas un bien, ce n'est qu'une simple limitation des pouvoirs que peut exercer une personne sur ses biens.

Cette limitation ne constitue nullement une valeur dans le patrimoine d'un tiers. L'inaliénabilité est donc patrimonialement transparente, elle ne modifie pas le contenu du patrimoine[3] de celui qui la subit puisqu'elle laisse totalement intacts les droits qu'elle frappe.

133. Par ailleurs, affirmer que le droit inaliénable demeure complet permet de préciser le contenu du droit patrimonial. En effet, si un droit inaliénable est comparable en tout point à un droit aliénable, c'est donc que la possibilité de transférer un droit patrimonial n'a rien à voir avec le contenu de ce dernier. Si l'on reprend notre exemple d'un droit de propriété rendu inaliénable par l'effet d'une clause d'inaliénabilité[4], la complétude de ce dernier signifie que la possibilité d'aliéner est exclue du giron de ce droit de propriété[5].

Si l'on se conforme à notre analyse, la possibilité de vendre la chose objet d'un droit de propriété se présente donc comme la cession d'un droit de propriété ayant une chose

---

[1] Voir *supra* n° 36.
[2] Voir *supra* n° 19 & 20.
[3] Voir Cass. Com., 7 janvier 2004, *Bull. civ.*, IV, n° 6, relevant que pour le calcul du montant de l'impôt de solidarité sur la fortune, il importe de tenir compte d'actions cotées grevées d'une clause d'incessibilité dès lors " la limite apportée à la liberté de les aliéner n'affectait pas leur valeur ". Fiscalement les biens inaliénables sont des biens comme les autres, ce qui démontre que l'inaliénabilité n'a aucune valeur patrimoniale, à défaut de quoi elle apparaîtrait comme une valeur dans le patrimoine d'un tiers et une diminution de la valeur des biens grevés dans le patrimoine de celui qui la subit. Sur cette question voir *supra* n° 33 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 129.
[5] Voir *supra* n° 90.

corporelle comme objet. L'*abusus* que l'on considère comme l'un des trois faisceaux de pouvoirs que confère la propriété ne consiste qu'en l'*abusus* matériel[1]. Ce que l'on nomme l'*abusus* juridique ressortit des prérogatives conférées par l'appartenance.

134. De façon plus générale, ce qui vaut pour le droit de propriété doit valoir pour tous les droits patrimoniaux. Ceux-ci sont des biens pareillement appropriés. Par conséquent, pour chaque droit patrimonial qui constitue un élément de l'actif du patrimoine d'une personne, on retrouve une relation d'appartenance[2]. Cette relation d'appartenance marque évidemment l'appropriation de ces droits patrimoniaux[3]. Mais cette relation d'appartenance permet aussi que ces droits patrimoniaux puissent être cédés en vertu du droit de disposer[4] contenu dans l'appartenance.

Tous les droits patrimoniaux sont donc l'objet d'un droit de disposer lui-même contenu dans la relation d'appartenance unissant la personne à chacun des biens composant l'actif de son patrimoine. Si l'on admet que cette relation d'appartenance puisse être amputée du droit de disposer à propos d'un droit patrimonial spécifique, le droit de propriété, rien ne nous permet de restreindre cette affirmation au droit de propriété, il ne s'agit donc que d'un exemple parmi d'autres de l'incessibilité d'un droit.

---

[1] Voir sur ce point, B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 30, p. 31 et de façon encore plus nette, Fr. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Thèse Paris I, Préf. L. AYNES, Recherches juridiques, n° 15, Economica, 2007, n° 67 *in fine* " L'*abusus* se cantonne donc au seul *usage matériel* (en italique dans le texte) des choses consomptibles. ". La distinction de l'*abusus* matériel et de l'*abusus* juridique est une idée déjà ancienne, il fut ainsi proposé assez tôt de voir dans la clause d'inaliénabilité une dérogation au seul *abusus* juridique, voir ainsi BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse Paris, 1902, p. 165 & suiv., spéc. p. 196 & 197. L'auteur en déduit cependant que l'inaliénabilité s'apparente seulement à une indisponibilité réelle de la chose. En effet, constatant que l'*abusus* juridique est présent pour d'autres droits que le droit de propriété, (BRETONNEAU, *op. cit.*, p. 170), l'auteur en déduit qu'il n'est point un élément essentiel du droit de propriété, ce dernier peut donc en être privé sans être dénaturé en raison de l'affectation particulière de la chose, objet du droit de propriété. Le constat de l'auteur peut évidemment être repris, l'*abusus* juridique est présent pour d'autres droits que le droit de propriété. Cependant, les déductions de l'auteur peuvent être contestées. Si l'*abusus* juridique n'est pas un élément *essentiel* de la propriété, nous aurions plutôt tendance à comprendre qu'il n'est pas de l'essence du droit de propriété. Il n'est pas non plus un élément accessoire du droit de propriété. C'est un élément extérieur au droit de propriété.

[2] Voir *supra* n° 115.

[3] Voir *supra* n° 117.

[4] B. RAYNAUD, *op. cit* , n° 32, p. 32, préfère la terminologie de faculté de disposition juridique: " la faculté de disposition juridique constitue l'un des liens fondamentaux qui unissent la personne à son patrimoine et est en mesure d'appréhender la plupart des droits qui composent celui-ci. Ainsi définie, elle doit être radicalement distinguée du pouvoir matériel conféré sur les choses elles-mêmes, lequel relève du contenu des droits divers susceptibles d'avoir ces choses pour objet ".

b) L'identité de nature de l'incessibilité et de l'inaliénabilité

135. Lorsqu'une clause d'inaliénabilité a été stipulée, le droit concerné par la clause ne peut plus être transmis à autrui que ce soit à titre onéreux ou non. Dans notre exemple initial[1], le droit en cause était un droit de propriété. La clause d'inaliénabilité empêche donc le transfert du droit de propriété. A titre de précision terminologique, on peut relever que le transfert d'un droit constitue en réalité une cession de ce droit[2]. La clause d'inaliénabilité se définit donc comme un mécanisme établissant l'incessibilité du droit de propriété[3]. Par conséquent, il n'y a aucune raison de distinguer la clause d'inaliénabilité rendant incessible le droit de propriété d'une clause d'incessibilité conventionnelle de créance[4].

Techniquement, la clause d'inaliénabilité établit l'incessibilité d'un droit. Or, on peut tout à fait stipuler dans un contrat que les créances à naître seront incessibles. Imaginons que lors de la conclusion d'un bail, le bailleur décide de céder les créances de loyers à une personne qu'il souhaite gratifier. Mais pour protéger ce gratifié contre sa propre prodigalité, le bailleur peut stipuler que les créances cédées seront incessibles. Un tel montage est bien entendu soumis aux dispositions de l'article 900-1 C.civ. dans la mesure où le texte, large, de cet article se réfère aux clauses " affectant un bien donné ou légué ". Rien n'empêche de faire donation de créances, ces dernières en tant que droits personnels sont des biens figurant à l'actif du patrimoine du donateur. Si l'on peut stipuler de la propriété donnée qu'elle sera inaliénable, rien n'interdit de prévoir que les créances cédées seront incessibles. Le même raisonnement peut être tenu à propos des droits réels distincts de la propriété.

136. D'un point de vue terminologique, l'inaliénabilité et l'incessibilité ne se distinguent donc qu'en raison de l'usage qui veut que l'on distingue l'incessibilité des droits personnels et l'inaliénabilité " des choses ". On comprend ici qu'un tel usage peut facilement être abandonné. L'inaliénabilité concerne le droit de propriété que l'on exerce sur les choses. L'inaliénabilité n'est donc que la simple incessibilité du droit de propriété. Ces deux termes doivent donc être tenus pour de parfaits synonymes.

---

[1] Voir *supra* Introduction n° XII.

[2] Comp. I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, Thèse, Montpellier I, Préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 471, L.G.D.J., 2006, p. 53, n° 88 & suiv.

[3] Sur la cession de la propriété voir, PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome I, L.G.D.J., 4ème édition, 1906, n° 2337 *in fine*, JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Tome I, Sirey, 3ème édition, 1938, n° 1837 : " l'aliénation se ramène à une cession du droit de propriété ".

[4] Voir, opérant le rapprochement entre ces deux mécanismes, MALRIC, *De la défense d'aliéner ou clause d'inaliénabilité dans les transmissions de propriété*, Thèse, Toulouse, 1908, p. 116 & suiv.

C'est qu'en effet, d'un point de vue substantiel, l'inaliénabilité et l'incessibilité sont les deux faces d'un même mécanisme applicable tantôt au droit de propriété, tantôt au droit personnel de créance[1]. Dans les deux hypothèses, un droit, de propriété[2] ou de créance[3], ne peut plus faire l'objet d'une transmission de patrimoine à patrimoine parce que le titulaire de ce droit est privé du pouvoir de disposer à titre gratuit ou onéreux de ce droit. Ainsi, toutes les affirmations établies à propos de l'inaliénabilité du droit de propriété peuvent être reprises en ce qui concerne l'incessibilité des créances.

137. Poursuivant l'analogie entre inaliénabilité et incessibilité, on peut parfaitement admettre que l'incessibilité d'une créance ne modifie nullement le contenu de cette créance : elle reste le droit d'exiger une prestation du débiteur. Seulement, le créancier n'a plus le pouvoir de céder ce droit de créance qui demeure néanmoins un élément de l'actif de son patrimoine[4]. Cette perte de pouvoir est forcément irrémédiable dans le sens où, en raison de la disparition de ce droit de disposer, nulle cession du droit n'est envisageable.

Par conséquent, si le débiteur de la créance se réserve la possibilité d'agréer un éventuel cessionnaire il n'est plus possible de qualifier la clause de restriction au droit de disposer. Dans cette hypothèse, la cession demeure possible, le droit de disposer n'a donc pas disparu. Il ne s'agit que d'une clause d'agrément du cessionnaire[5]. Obstacle dirimant à la

---

[1] Voir en ce sens, D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 125. L'auteur reproche à la doctrine classique une conception erronée du droit patrimonial qui n'a pas permis de voir que la " (...) la liberté de céder le droit pouvait être restreinte, sans que le contenu du droit en fût pour autant affecté ", p. 147, " Seul le pouvoir du titulaire sur le droit (et non le contenu du droit) est modifié, car le sujet reste titulaire de toutes les prérogatives que comporte le droit (...) ".

[2] Sur cette question, voir les précieuses remarques de PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, L.G.D.J., 4ème édition, 1906, n° 2340, " Mais dans certaines situations exceptionnelles, la propriété se trouve frappée d'*inaliénabilité* (en italique dans le texte), c'est à dire que son titulaire perd la faculté de disposer valablement de son droit par voie d'aliénation ".

[3] Pour un exemple historique d'incessibilité de la créance résultant d'une convention de remplacement militaire, voir Cass. Civ., 6 juin 1853, *D.*, 1853, 1, p. 191.

[4] Nous pensons donc que la clause d'incessibilité de la créance et la clause d'inaliénabilité participent de la même nature. Voir déjà pour le rapprochement : DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Tome 2, Rousseau, 1923, p. 699 : " l'inaliénabilité peut atteindre toutes sortes de biens, même des créances ". *Contra* voir : F-X. LICARI, L'incessibilité conventionnelle de la créance, *R. J. Com.*, 2002, p. 66 & suiv. et p. 101 & suiv.

[5] Dans cette hypothèse précise, on ne reprochera donc pas à la Cour de cassation d'avoir prudemment décidé que le cessionnaire d'une créance dont le contrat générateur exigeait l'accord du cédé pour toute cession, n'était pas engagé par la clause d'agrément qu'il n'avait de toute façon pas acceptée : Cass. Com., 21 novembre 2000, *Bull. civ.*, IV, n° 180. Si cette clause d'agrément avait mérité la qualification de restriction au droit de disposer, elle aurait été opposable au cessionnaire. Ce dernier n'aurait pu que constater l'amputation de l'appartenance du cédant. De ce point de vue, la solution est compréhensible.

mobilisation des créances, les véritables clauses d'incessibilité de la créance, quand bien même on admettrait leur existence[1], ont fort peu de chances de séduire la pratique[2].

138. La restriction au droit de disposer a donc des effets particulièrement lourds : les cessions du droit concerné ne sont plus possibles même si ce droit reste substantiellement intact. Si le droit reste intact, il n'y a absolument aucune raison pour que la clause d'incessibilité ou d'inaliénabilité ait un quelconque effet sur le statut de la chose objet du droit tant elle opère bien en amont de celle-ci.

2) La distinction de l'inaliénabilité et de l'extra-commercialité

139. La confusion entre l'extra-commercialité et l'inaliénabilité a déjà été dénoncée avec vigueur[3]. La distinction n'est pas moins nette si l'on admet que les clauses d'inaliénabilité ou les clauses d'incessibilité sont des atteintes substantielles à la relation d'appartenance qui unit la personne à ses biens. Ces mécanismes n'ont absolument rien à voir avec les choses hors commerce[4].

140. Indépendamment de toute discussion sur le fondement de l'extra-commercialité[5], celle-ci doit être comprise comme un statut légal attribué à certaines choses. Ce statut les rend rebelles à toute appropriation selon les formes de l'article 544 C.civ[6]. L'extra-commercialité

---

[1] Sur la licéité d'une telle clause au regard, selon l'auteur, de l'absence de généralité de l'article 900-1 C.civ., voir : F-X. LICARI, L'incessibilité conventionnelle de la créance, *R. J. Com.*, 2002, p. 66 & suiv. et p. 101 & suiv. Comp. *supra* n° 143.

[2] Voir pourtant, dans une hypothèse anecdotique, l'incessibilité de la créance du remplaçant dans un contrat de remplacement militaire, la clause fut d'ailleurs annulée par la Cour de cassation au nom de la prohibition des clauses d'inaliénabilité, Cass. Civ., 6 juin 1853, *D.*, 1853, 1, p. 191.

[3] Ch. LARROUMET, *Les Biens, Droits réels principaux*, Droit Civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 350, R-N. SCHÜTZ, *Rep. Civ.*, Dalloz, 1999, *V°*. Inaliénabilité, n° 9.

[4] L'article 1598 C.civ. dispose que seules les choses dans le commerce peuvent être vendues, l'article 1128 C.civ. est plus sévère puisqu'il dispose de façon plus générale que seules les choses dans le commerce peuvent être l'objet de conventions.

[5] Sur ce point voir les propositions de : I. MOINE, *Les choses hors commerce*, Thèse, Paris I, Préface E. LOQUIN, L.G.D.J, 1997, n° 633.

[6] Comp. Fr. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, Thèse, Paris I, Préf. J. GHESTIN, L.G.D.J., 2002, n° 36 & suiv. Défendant l'idée que les choses hors du commerce peuvent en réalité être l'objet d'un droit de propriété et faire partie du patrimoine de la personne, l'auteur fonde sa démonstration sur une approche historique des choses hors du commerce, démontrant que ces choses sont parfois appropriées prenant notamment l'exemple des biens inclus dans le domaine public. Il nous semble que la différence existant entre une appropriation individuelle et une appropriation publique devrait interdire de prendre exemple sur la seconde pour justifier la première. Justifier une possible appropriation individuelle sur le fondement d'une éventuelle appropriation publique présente selon nous le vice de supposer que ces deux types d'appropriation sont " interchangeables ". La méthode phénoménologique dont nous nous réclamons (voir *supra* n° X) permet justement d'éviter ce type d'*a priori*.

concerne donc les choses, qui sont des éléments matériels du monde[1]. L'inaliénabilité, de son coté n'a absolument aucune incidence sur le statut de la chose qui en est l'objet[2]. En effet, l'inaliénabilité n'a elle même aucune incidence sur le contenu du droit inaliénable, il est donc impossible qu'elle ait une quelconque incidence sur la chose objet de ce droit.

La chose inaliénable reste simplement l'objet d'un droit de propriété ordinaire. En revanche, cette propriété n'est plus cessible. A proprement parler, la chose inaliénable n'est donc pas exclue du commerce. D'ailleurs, c'est justement à l'occasion de ce commerce juridique[3], la transmission de la chose, que l'inaliénabilité a été stipulée.

141. Pour conclure sur ce point, si l'on raisonne en termes d'appartenance, l'inaliénabilité ou l'incessibilité sont des amputations de la relation d'appartenance qui unit la personne à ses biens. Elles sont des restrictions au droit de disposer des biens. Ces derniers sont les droits composant l'actif de son patrimoine. L'inaliénabilité ne modifie pas le contenu de ces droits[4]. Elle n'établit donc pas plus un quelconque statut particulier des choses, éléments du monde réel, objets des droits[5] qui composent l'actif du patrimoine[6]. Celles-ci demeurent naturellement l'objet de droits patrimoniaux.

---

[1] Si la nature des choses hors commerce peut être discutée, nul ne nie qu'elles sont soumises à un régime juridique spécifique, voir sur ce point : I. MOINE, *Les choses hors commerce*, Thèse Paris I, Préface E. LOQUIN, L.G.D.J, 1997, n° 450 & suiv. Voir cependant, niant de façon très convaincante toute homogénéité du régime juridique des choses hors commerce, Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 756 & suiv., spéc. p. 760.

[2] Voir sur ce point les intuitions de PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, L.G.D.J., 4ème édition, 1906, n° 2340, note 1, à propos de l'inaliénabilité, " C'est toujours et nécessairement en la personne du propriétaire que réside la faculté d'aliéner ; c'est donc une personne qui est atteinte par la prohibition, et non une chose, ce qui n'aurait pas de sens. "

[3] Voir sur ce point, le constat de REISACHER, *Les restrictions au droit de disposer relatives au régime foncier d'Alsace-Lorraine*, Thèse, Strasbourg, 1934, p. 129.

[4] Voir *supra* n° 129 & suiv.

[5] Sur la distinction entre les biens qui sont des droits et les choses qui sont les objets de ces droits voir : Ch. CARON, H. LECUYER, *Le droit des biens*, Connaissance du droit, Dalloz, 1ère édition, 2002, p. 17 : " La chose, objet matériel ou immatériel, n'est pas un bien en soi (...). Elle peut seulement constituer l'objet d'un droit. A défaut de le constituer, la chose est extérieure à la sphère des biens ".

[6] Voir sur ce point l'arrêt suivant : Cass. Com., 30 septembre 2008, pourvoi n° 07-12768, arrêt publié. L'auteur du pourvoi reprochait aux juges du fond d'avoir rejeté la responsabilité de la banque lui ayant consenti une ouverture de crédit garantie par le nantissement de titres " incessibles " alors que selon lui un tel nantissement portant sur des titres exclus du commerce était forcément nul. Opérant par substitution de motif, la Cour de cassation rejette son argumentation en relevant que le nantissement était valide dès lors que l'indisponibilité frappant les titres était simplement temporaire. On remarquera toutefois que dans cette décision, le mécanisme en cause s'apparentait davantage à une obligation de ne pas aliéner qu'à une véritable inaliénabilité dans la mesure où l'arrêt précise que le titulaire des valeurs mobilières s'était " engagé " à les conserver.

En revanche, les choses hors commerce ne peuvent être l'objet de droits patrimoniaux[1]. L'inaliénabilité ne modifie substantiellement ni les droits ni leur objet, elle opère bien en amont, au niveau de la relation d'appropriation de ces biens que l'on nomme l'appartenance.

142. En définitive, l'idée d'une relation d'appropriation s'exerçant sur tous les droits patrimoniaux de la personne, ses biens, a donc au moins un intérêt puisqu'elle permet l'élaboration d'une qualification de l'inaliénabilité et de l'incessibilité à même d'en justifier les spécificités.

L'utilité d'une théorie ne doit cependant pas s'apprécier uniquement eu égard aux services qu'elle peut rendre. Il faut en outre examiner les perturbations qu'elle est susceptible de causer dans l'ordonnancement du droit positif.

§2: L'opportunité de l'adoption d'une nouvelle qualification de l'inaliénabilité

143. L'inaliénabilité serait donc une atteinte à la substance de l'appartenance du bien inaliénable. Le bien inaliénable est alors approprié en vertu d'une relation d'appartenance privée du droit de disposer. La qualification de l'inaliénabilité en terme de restriction au droit de disposer a semblé convenir puisqu'elle évitait le recours aux qualifications classiques que sont le droit réel et le droit personnel. A cet égard, l'impropriété de ces qualifications

---

[1] Comp. Fr. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, Thèse, Paris I, Préf. J. GHESTIN, L.G.D.J., 2002, n° 168 & suiv. Se fondant sur une analyse de la catégorie des *rei extra commercium* en droit romain et constatant qu'en droit positif certaines choses publiques sont hors du commerce bien qu'elles appartiennent à des personnes publiques, l'auteur en déduit alors que l'extra-commercialité doit s'entendre de l'état d'une chose appropriée qui ne peut être transmise dans le domaine même du droit privé. Par conséquent pour l'auteur une chose hors du commerce peut parfaitement être l'objet d'un droit patrimonial. Il nous semble que cette définition de l'extra-commercialité encourt plusieurs objections. Si l'on pourrait tout d'abord estimer qu'en droit des biens il n'y a pas de *Roma locuta est*, on retiendra surtout que l'argument principal de l'auteur repose sur l'existence d'un mécanisme d'appropriation des choses publiques qui mériterait de devenir le critère principal de l'extra-commercialité, celle-ci s'entendant alors de la qualité d'une chose appropriée qui ne peut être cédée. Or, généraliser le caractère approprié des choses hors commerce en droit privé suppose que l'on tienne pour équivalente l'appropriation publique et l'appropriation individuelle alors pourtant que l'article 537 C.civ. dispose expressément du contraire. En outre, une telle définition de la catégorie nécessite de vider la catégorie des choses hors du commerce d'une grande partie de son contenu actuel notamment s'agissant des éléments du corps humain puisque ceux-ci ne sont évidemment pas appropriés au sens où il faut entendre ce terme. Cette définition présente donc essentiellement un intérêt prospectif. On pourra alors le relativiser en relevant qu'elle conduit à enchevêtrer étroitement l'indisponibilité, l'inaliénabilité et l'extra-commercialité alors pourtant que réserver la dernière aux choses qui ne peuvent être l'objet des conventions créant les droits patrimoniaux semblait plus simple. Enfin, d'un point de vue purement technique, mettre l'accent sur l'incessibilité des choses hors commerce pose deux séries de difficultés qu'une moindre considération pour la catégorie romaine des *rei extra commercium* aurait pu éviter. D'une part, une telle conception revient à considérer que l'incessibilité concerne les choses et non le droit que l'on exerce dessus. Or il nous semble que l'incessibilité concerne avant tout le droit de propriété et les autres droits patrimoniaux et non leur objet éventuel sauf à admettre, ce qui n'est pas moins contestable, que la propriété se confond avec son objet. Par ailleurs, mettre l'accent sur l'incessibilité revient à faire prévaloir l'article 1598 sur l'article 1128 C.civ. Il nous semble pourtant que le premier texte n'est qu'une application à la vente de l'interdiction établie par le second de conclure des conventions ayant pour objet des choses hors du commerce.

classiques[1] constituait le premier argument au soutien de la qualification originale proposée. Cependant cette qualification originale de l'inaliénabilité suppose le recours à un nouveau concept, l'appartenance, dont on pourrait craindre qu'il obscurcisse le droit positif.

144. Obscurcir le droit positif, c'est le reproche que l'on pourrait faire à cette nouvelle analyse de l'inaliénabilité si elle bouleversait notre compréhension actuelle du droit positif. En effet, les juristes ne se contentent pas d'appliquer les différentes règles du droit positif, ils les organisent de façon rationnelle. Organiser rationnellement les règles positives est même une part fondamentale de l'activité du juriste. Sans une telle organisation, il serait impossible de se répérer au sein des multiples règles du droit positif.

L'étude et l'élaboration de cette mise en ordre rationnelle des règles du droit positif est traditionnellement dénommée dogmatique juridique[2]. Fondamentale, la dogmatique juridique doit rester préservée des soubresauts qui agitent le droit positif. L'analyse renouvelée de l'inaliénabilité devrait être abandonnée si elle entraînait une remise en cause globale de notre dogmatique juridique. En cette matière plus qu'en toute autre, la stabilité est essentielle. Heureusement, la dogmatique juridique n'est pas perturbée par le renouvellement de l'analyse de l'inaliénabilité conventionnelle (A).

145. Si la dogmatique juridique est une part fondamentale de l'activité de juristes, elle n'est pourtant pas leur unique préoccupation. La connaissance des règles positives au sein desquelles la dogmatique juridique permet de se repérer est elle aussi fondamentale. Ces règles sont un donné qu'il faut en principe respecter.

L'analyse renouvelée de l'inaliénabilité conventionnelle serait viciée si elle conduisait à méconnaître le sens communément admis des règles du droit positif. Au titre de l'opportunité de l'adoption d'une définition renouvelée de l'inaliénabilité, on est donc naturellement conduit à s'interroger sur la compatibilité de cette dernière avec les règles positives en cause (B).

A) L'absence de perturbation de la dogmatique juridique

146. On entend par dogmatique juridique l'activité par laquelle, des individus formulent des propositions constituant des " espèces de *clefs* (souligné dans le texte) ou *grilles de lecture*

[1] Pour le droit réel et le droit personnel, voir *supra* respectivement n° 102 & suiv et n° 64 & suiv.
[2] Pour la définition de cette discipline, voir les lumineuses distinctions de P. AMSELEK, La part de la science dans les activités des juristes, *D.*, 1997, Chr., p. 336 & suiv., spéc. p. 340.

(*idem*) qui mentalement surimposées au monde permettent de se repérer dans ses productions "[1].

147. Pour trancher la question de la compatibilité de notre analyse renouvelée de l'inaliénabilité conventionnelle, il importe en premier lieu de présenter sommairement les grands traits de la dogmatique juridique actuelle (1) pour les confronter à nos propositions en matière d'inaliénabilité (2).

1) Les propositions de la dogmatique juridique actuelle

148. Il semble que coexistent aujourd'hui deux grands types d'opinions sans que celles-ci soient d'ailleurs formulées expressément. Les uns se repèrent dans le monde au moyen de la grille de lecture du monde déjà nettement envisagée par BRETONNEAU[2] et systématisée par GINOSSAR (a), les autres restent fidèles à l'organisation classique des droits patrimoniaux (b).

a) Les propositions de GINOSSAR sur l'organisation des droits patrimoniaux

149. Selon la conception adoptée, l'inaliénabilité conventionnelle change radicalement de nature. Pour les défenseurs de la théorie de GINOSSAR, on sait que la propriété, droit

---

[1] P. AMSELEK, La part de la science dans les activités des juristes, *D.*, 1997, Chr., p. 336 & suiv., spéc. p. 340.

[2] Si GINOSSAR fut assurément le premier à systématiser et à diffuser le concept de " propriété des créances ", ce qui n'est pas le moindre de ses mérites, l'idée avait déjà été envisagée dès le début du XX^{ème} siècle. En témoignent les observations visionnaires de BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse, Paris, 1902, p. 171, note de bas de page n° 1. Cherchant à démontrer que la clause d'inaliénabilité établit une indisponibilité réelle du bien concerné, l'auteur tente de justifier que l'*abusus* juridique puisse être restreint sans méconnaître l'essence du droit de propriété. Constatant que l'*abusus* juridique est présent pour tous les droits patrimoniaux, l'auteur en déduit qu'il n'est qu'un élément secondaire du droit de propriété. Il relève toutefois de façon stupéfiante : " Il y aurait bien un moyen de concilier la présence de l'*abusus* dans d'autres droits que la propriété avec l'idée qu'il caractérise cette dernière : ce serait de dire que la propriété s'applique non seulement aux choses, mais même aux droits, de sorte que si l'usufruitier peut aliéner son droit réel et le créancier son droit personnel, ce serait parce qu'ils en ont la propriété. Cette conception qu'autorisent le langage vulgaire (on parle couramment de propriété de droits de créance, d'usufruit..) et même le Code de commerce (art. 136, qui parle de " propriété d'une lettre de change ") et qui existait déjà à Rome (Maynz, t. I, § 93, note 9), correspond à l'idée que la propriété a pour essence son caractère exclusif, ce qui fait croire que, toutes les fois que quelqu'un est titulaire exclusif d'un droit quelconque, il en a la propriété. Mais elle est certainement inexacte, confondant les catégories juridiques les plus certaines et tendant à faire croire qu'il n'y a qu'un droit au monde, celui de propriété. De plus, si pour expliquer que l'usufruitier, ou le créancier peut aliéner son droit il faut dire que c'est parce qu'il en est le propriétaire, faudra-t-il dire aussi que si le propriétaire peut aliéner, c'est parce qu'il est propriétaire de sa propriété ? ". En quelques lignes, dans une note de bas de page, BRETONNEAU projette la dogmatique juridique un demi-siècle plus tard, et doublement encore. Il justifie la propriété des créances par la présence d'un *abusus* juridique pour tous les droits patrimoniaux et il anticipe les critiques formulées plus tard à GINOSSAR par ses contempteurs. Malheureusement, BRETONNEAU n'est cité ni par GINOSSAR ni par ses contempteurs. On regrettera donc qu'il n'ait pas placé ses observations dans le corps du texte de sa thèse, cela lui aurait sans doute rendu la paternité du débat initié bien plus tard quant à la propriété des créances. Voir sur ce point, Y. EMERICH, *La propriété des créances*, Thèse, Lyon III, Préf. Fr. ZENATI-CASTAING, Bibliothèque de droit privé, Tome 469, L.G.D.J., 2007, p. 496.

absolu, permet l'appropriation des choses corporelles ou incorporelles parmi lesquelles figurent les droits relatifs[1].

Si l'on admet ceci, l'inaliénabilité ou l'incessibilité sont des atteintes à la propriété[2]. Que la propriété ait pour objet une chose corporelle, et cette dernière ne pourra faire l'objet d'une transmission de patrimoine à patrimoine en raison de la stipulation d'une clause d'inaliénabilité. Que cette dernière ait pour objet une " chose " incorporelle, comme par exemple un droit personnel, et la stipulation de l'incessibilité de cette créance fera obstacle à la cession de cette dernière. Dans les deux cas, la propriété est restreinte.

150. On remarquera que GINOSSAR par le biais de la propriété des créances exclut du droit de créance, droit relatif s'exerçant contre un individu déterminé, la possibilité de céder ce droit à un tiers puisque c'est la propriété de la créance qui permet au propriétaire de s'en défaire.

Il évite ainsi le reproche formulé autrefois par PLANIOL contre l'idée d'un droit permettant d'agir sur ce droit[3]. C'est la propriété qui permet la transmission des choses corporelles ou des droits relatifs à autrui. L'incessibilité ou l'inaliénabilité seraient donc des restrictions à la propriété.

151. A l'encontre de GINOSSAR, on relèvera que ses analyses, aussi pénétrantes soient-elles, laissent insatisfait qui s'éprend d'une construction harmonieuse du " système rationnel des droits patrimoniaux ". Son système aboutit à juxtaposer au sein de l'actif du patrimoine des individus, cette pure construction intellectuelle[4], des droits relatifs n'ayant aucune matérialité et des choses corporelles d'une matérialité incontestable[5] puisque le droit absolu de propriété permet de composer l'actif du patrimoine de l'individu[1].

---

[1] GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux,* L.G.D.J., Paris, 1960, p. 185.

[2] Pour une analyse de l'indisponibilité en ces termes voir Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 618 & suiv.

[3] PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, L.G.D.J., 4ème édition, 1906, n° 2337, ainsi à propos de l'acte juridique d'aliénation d'une chose : " il faut bien se pénétrer de l'idée que ces différents actes juridiques sont accomplis, *non sur la chose mais sur le droit du propriétaire* (en italique dans le texte). (...). Les actes juridiques se bornent à opérer le déplacement total ou partiel de ce droit d'user ou de consommer ; c'est l'exercice d'une faculté spéciale, *la faculté de céder son droit* (*idem*). " Sur cet argument voir les développements très complets de Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 615 & suiv.

[4] Voir en ce sens : AUBRY et RAU, *Droit civil Français*, T. IX, par ESMEIN, 6ème édition, 1953, Librairies techniques, § 573 : " le patrimoine est l'ensemble des biens (...) réunis par la pensée (...) en considération du fait qu'ils appartiennent à la même personne. "

[5] Voir sur ce point, L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Thèse Paris II, Préf. H. SYNVET, Economica, 2007, n° 51, p. 74, analysant la théorie de GINOSSAR, l'auteur relève que " (...) le

On s'attendrait pourtant à ne trouver dans le patrimoine, construction intellectuelle, que des droits[2], eux-mêmes incorporels, dont l'objet serait en revanche situé dans le monde sensible : le comportement d'un débiteur, la jouissance d'une chose[3].

152. Une telle composition incorporelle du patrimoine, outre la satisfaction intellectuelle qu'elle procurerait, aurait l'avantage de rétablir une symétrie exacte entre l'actif et le passif du patrimoine. On sait en effet que ce dernier se compose des dettes[4], face passive des droits de créance dont disposent les tiers contre le débiteur. Ces dettes n'ont évidemment aucune matérialité, elles ne sont point tangibles, à la différence de l'hétéroclite actif patrimonial dans la conception qu'en livre GINOSSAR.

Pareil reproche peut être évité si l'on adopte le système classique d'organisation des droits patrimoniaux.

---

patrimoine, entité juridique idéale (...) devient une universalité de nature hybride : ni *universitas rerum*, ni *universitas juris*, elle serait une universalité mixte, simultanément composée d'objets de même nature juridique et idéale (les droits patrimoniaux) et d'objets de nature dissemblables (les choses concrètes) - en somme, un véritable dahu juridique ! "

[1] Sur ce point les analyses de GINOSSAR, *op. cit.*, p. 185, n° 68, semblent pour une fois manquer de clarté. Il définit l'actif du patrimoine comme la " portion de biens de ce monde dont les autres sont exclus ". Et à la suite, il présente les différents biens composant l'actif du patrimoine : les biens corporels et les biens incorporels parmi lesquels il distingue les droits relatifs et les droits intellectuels. L'actif du patrimoine se compose donc naturellement de biens. Pourtant avant de présenter les différents types de biens, GINOSSAR relève que le patrimoine " se compose uniquement de droits absolus, qui sont tous des droits de propriété ". La propriété est pourtant la relation " qui unit indistinctement tous les biens à la personne et par laquelle ils sont siens ". On comprend mal comment la propriété qui permet la composition du patrimoine peut être un élément de ce patrimoine. Si la propriété est un élément du patrimoine, elle est donc l'objet d'une relation d'appropriation qu'elle ne peut elle-même constituer. Cette relation d'appropriation elle-même ne saurait avoir une nature patrimoniale sous peine de nécessiter une autre relation d'appropriation. Pour surmonter ce phénomène qu'il qualifie de *regressio in infinitum*, Fr. ZENATI-CASTAING dans sa thèse de doctorat, *Essai d'une redéfinition du droit de propriété, contribution à l'analyse de la notion de droit subjectif*, Thèse Lyon III, 1980, p. 712 & suiv., propose de conférer une nature extrapatrimoniale à cette relation d'appropriation que constituerait la propriété. La parade est habile mais subsiste le problème de l'hétérogénéité de l'actif patrimonial qui se compose aussi bien de choses corporelles que de droits.

[2] Voir en ce sens : AUBRY et RAU, *Droit civil Français*, T. IX, 6ème édition, par ESMEIN, 1953, Librairies techniques, § 573 : " émanation de la personne, *somme de rapports juridiques* (nous soulignons) de celle-ci avec les autres personnes, lesquels comportent des obligations en même temps que des droits, le patrimoine comprend les unes comme les autres, du moins, comme il a été dit, ceux ayant une valeur pécuniaire. Et c'est bien un des traits caractéristiques d'une universalité de droit qu'elle comprend un actif en même temps qu'un passif (...) ".

[3] En ce sens, voir A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine*, Thèse, Toulouse, préf. D. THOMASSIN, Doctorat et Notariat, Tome 25, Defrénois, 2008, 96 & suiv., spéc. n° 100. L'auteur met en relation de façon très nette le caractère intellectuel du patrimoine et l'immatérialité des biens qui le composent : " En raison de leur nature intellectuelle, les éléments du patrimoine ne sont envisagés qu'en qualité de biens. Sont donc exclus les objets qui appartiennent au monde du concret et qui ne font pas partie du patrimoine. "

[4] Sur ce point, voir les célèbres développements d'AUBRY et RAU, *Droit civil Français*, T. IX, 6ème édition, par ESMEIN, 1953, Librairies techniques, § 573.

b) L'organisation classique des droits patrimoniaux

153. Pour les contempteurs des analyses de GINOSSAR, la propriété ne peut être réduite à une simple relation d'appropriation présente aussi bien pour les droits réels que pour les droits personnels[1]. La propriété concerne les choses corporelles. L'actif du patrimoine se compose donc de droits réels, de droits de propriété et de droits de créance[2]. L'abstraction qu'est le patrimoine et plus particulièrement son actif est constitué de droits de nature différente. On évite donc l'écueil précédemment dénoncé[3] de la juxtaposition au sein de l'actif du patrimoine de choses corporelles[4] et de droits.

Mais cet écueil à peine surmonté, un autre surgit. Si l'on cherche à comprendre le mécanisme de l'inaliénabilité en considération de ce qui précède, elle se présente comme une atteinte à la propriété qui empêche le propriétaire de vendre la chose. Cependant l'incessibilité des créances ne peut participer du même mécanisme puisque la propriété n'a pour objet que des choses corporelles, à l'exclusion des droits personnels ou réels. On doit donc admettre que la clause d'incessibilité de la créance est une mystérieuse modification du droit de créance en lui-même.

---

[1] Voir admettant une telle analyse, Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 650 & suiv. Comp. la critique radicale de DABIN, Une nouvelle définition du droit réel, *R.T.D. civ.*, 1962, p. 20 & suiv., spéc. p. 27 relevant que si " Si tout est propriété, il n'y a plus de propriété : le droit de propriété au sens spécifique s'évanouit." Cet attachement à la pureté conceptuelle de la propriété peut laisser songeur. Ironie de l'histoire, notre droit de propriété, conçu comme un pouvoir à partir de l'antique *dominium* romain repose peut-être lui aussi sur une méconnaissance du mot *dominium*. La saga palpitante du *dominium* est contée par M. VILLEY *in La formation de la pensée juridique moderne*, Préf. S. RIALS, Léviathan, PUF, 2003, p. 251 & suiv. Ce dépassement du sens originel du mot *dominium* constituerait d'ailleurs l'acte de naissance du concept de droit subjectif et l'assaut final contre la doctrine aristotélicienne et thomiste du droit. Au XIV^{ème} siècle, le pape JEAN XXII hostile à la pauvreté revendiquée par les membres de l'Ordre franciscain tenta, sur le fondement du droit romain, de démontrer que l'Ordre franciscain était un véritable propriétaire, ce qui évidemment contredisait la Règle de l'Ordre. Un moine franciscain pétri de nominalisme, GUILLAUME D'OCCAM, s'opposa à l'argumentaire du Pape en relevant que le *dominium* n'était avéré qu'en présence d'un pouvoir concédé et doté d'une sanction, ce qui n'était point le cas des Franciscains dont la situation relevait d'une simple licence. L'argumentaire de GUILLAUME D'OCCAM nous est immédiatement accessible ce qui démontre combien il paraît aujourd'hui illusoire de prétendre revenir au sens originel du droit romain en conservant le droit subjectif comme référent principal. Comp. Fr. ZENATI, La propriété, mécanisme fondamental du droit, *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, Colloque des 27 et 28 octobre 2005, Dir. D. TOMASIN, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 243 & suiv., spéc. p. 245.

[2] Voir sur ce point, THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine*, Thèse, Toulouse, préf. D. THOMASSIN, Doctorat et Notariat, Tome 25, Defrénois, 2008, n° 124 & suiv.

[3] Voir *supra* n° 151.

[4] Selon une proposition aussi classique que contestable, le droit de propriété serait une prérogative si puissante qu'il se confondrait avec son objet : la chose corporelle. Il nous paraît très discutable d'admettre qu'un droit puisse se confondre avec son objet, comment admettre qu'une création juridique se confonde avec son support matériel dans la réalité ? Si néanmoins on fait sienne cette opinion, on retombe forcément sur le problème précédemment dénoncé de la juxtaposition au sein de l'actif du patrimoine de choses corporelles, tangibles et de droits. Pour une critique radicale de cette proposition classique, voir : Ch. CARON, H. LECUYER, *Le droit des biens*, Connaissance du droit, Dalloz, 1ère édition, 2002, p. 11 et 12.

154. Les propositions classiques en matière d'organisation des droits patrimoniaux imposent donc de distinguer entre l'incessibilité des créances qui constitue une modification du droit de créance en lui-même et le mécanisme des clauses d'inaliénabilité qui est une atteinte au droit de propriété. S'agissant de droits différents, les modifications de leurs substances respectives ne peuvent qu'elles-mêmes demeurer distinctes.

Une telle opposition entre l'incessibilité et l'inaliénabilité peut parfaitement être défendue. Il faut cependant en tirer toutes les conséquences utiles. Ainsi, admettre que l'incessibilité et l'inaliénabilité n'ont rien de commun impose de reconnaître qu'un mécanisme unique, les clauses d'inaliénabilité contenues dans une donation, ont des conséquences différentes selon qu'elles visent un droit de propriété sur une chose corporelle ou un droit de créance. Alors que l'article 900-1 C.civ. incite à la généralité, il ne vise qu'indistinctement les biens[1], l'organisation classique des droits patrimoniaux nécessite de spécialiser le propos, distinguant ainsi les créances des droits de propriété. Nous ne saurions nous y résoudre. Si les clauses d'inaliénabilité frappent indistinctement droits de propriété, droits réels sur la chose d'autrui et droits de créances, il faut y voir un mode opératoire commun. La distinction entre l'incessibilité des créances et l'inaliénabilité des droits de propriété du point de vue de leur mode opératoire doit être rejetée.

155. Cette distinction trouve son fondement dans une proposition plus fondamentale du système classique des droits patrimoniaux selon laquelle la possibilité de disposer d'un droit est une prérogative conférée par ce droit lui-même[2]. Ainsi un droit de créance permet d'exiger de son débiteur une prestation mais il permet aussi de céder cette créance à autrui. Il en va de même en matière de propriété, elle permet d'exercer un certain nombre de prérogatives matérielles sur cette chose cependant qu'elle permet sa propre transmission à un tiers.

On pourrait, en matière de propriété, prétendre qu'elle échappe au grief du droit s'exerçant sur lui-même dès lors que la propriété permet en réalité la transmission de la chose qui en est l'objet à autrui. Mais cette parade est bien faible puisqu'elle aboutit à considérer que c'est la seule chose qui est transmise et non le droit dont elle est l'objet qui est cédé. La conséquence

---

[1] L'article 900-1 C.civ. vise " les biens donnés ou légués ".

[2] Pour la propriété, incluant l'*abusus* juridique voir déjà : J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 90 ; plus récemment : Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 126, le propriétaire qui " transmet la totalité de son droit, (...) aliène la chose ; il fait alors un acte translatif de propriété. (...) Cette possibilité de disposer juridiquement de son droit en l'aliénant n'est nullement caractéristique de la propriété, le caractère de cessibilité étant commun à la plupart des droits réels. "

inéluctable de cette proposition est donc que la chose corporelle constitue l'élément d'actif patrimonial transmis. On retombe donc encore une fois sur le problème déjà étudié de la juxtaposition au sein de l'actif du patrimoine de choses corporelles et de droits[1].

156. Telles sont donc les deux présentations globalement admises quant à l'organisation du système des droits patrimoniaux, l'analyse renouvelée de l'inaliénabilité, parce qu'elle repose sur une organisation distincte du système des droits patrimoniaux permet une conciliation admissible entre ces deux " grilles de lecture "[2] .

2) La restriction au droit de disposer face aux propositions de la dogmatique juridique actuelle

157. Les propositions actuelles de la dogmatique juridique répondent chacune à des impératifs distincts. Admettre les analyses de GINOSSAR évite l'aporie d'un droit permettant de disposer de lui-même. La disposition des éléments de l'actif patrimonial est l'affaire de la propriété, présente aussi bien pour les choses corporelles que pour les droits relatifs que sont les droits réels et les créances. En revanche cette analyse fait coexister au sein de l'actif du patrimoine comme objets de propriété, des choses matérielles, corporelles, et des droits, incorporels. Quoiqu'il en soit, l'inaliénabilité et l'incessibilité participent de la même nature puisqu'elles sont des atteintes à la propriété.

158. Pareil écueil est évité pour les défenseurs de l'analyse traditionnelle des droits patrimoniaux. Le patrimoine se compose de droits de natures variables, le droit de propriété, les droits réels et les droits personnels. Mais ces droits incluent forcément en leur sein la possibilité de les céder puisqu'ils ne sont pas l'objet d'autres prérogatives situées à un échelon d'abstraction supérieure.
L'inaliénabilité et l'incessibilité sont donc des mécanismes de natures aussi différentes que les droits qu'elles restreignent, la propriété et le droit personnel sont distincts[3].

159. Une conciliation entre ces deux impératifs, l'exclusion du contenu du droit cédé de la possibilité de le céder et la nécessité d'une composition homogène et incorporelle du

[1] Voir *supra* n° 151.
[2] Pour l'emploi et la définition de l'expression voir l'article suivant : P. AMSELEK, La part de la science dans les activités des juristes, *D.*, 1997, Chr., p. 336 & suiv., spéc. p. 340
[3] Comp. *supra* n° 136.

patrimoine, est possible[1]. Elle repose sur la reconnaissance d'un ensemble de prérogatives juridiques dont la personne est titulaire et qui s'exercent sur les droits de propriété, les droits réels et les droits personnels composant l'actif du patrimoine de cette personne. C'est cet ensemble de prérogatives que nous proposons de dénommer l'appartenance.

L'appartenance permet la disposition juridique de son objet : les droits patrimoniaux de la personne qui sont ses biens. Le contenu de l'actif patrimonial est donc homogène. Il est composé de tous les droits patrimoniaux de la personne[2]. L'actif patrimonial ne contient donc que des éléments incorporels, les droits patrimoniaux. L'actif patrimonial est donc l'exact reflet du passif patrimonial, constitué des dettes de la personne. L'actif comme le passif sont, de façon homogène, constitués d'éléments incorporels[3].

160. En outre, l'appartenance regroupe un certain nombre de prérogatives de nature juridique permettant de disposer des droits qu'elle a pour objet. En effet, le droit de disposer est cet élément de l'appartenance qui, mis en œuvre volontairement ou de façon forcée par le biais d'une saisie, permet la circulation d'un bien de patrimoine à patrimoine. On évite donc l'aporie précédemment dénoncée d'un droit s'exerçant sur lui-même en permettant sa propre cession.

Les deux impératifs partiellement satisfaits par GINOSSAR et ses contempteurs sont ici globalement respectés. La dogmatique juridique n'est pas bouleversée puisque cette nouvelle présentation profite des acquis des systèmes précédents tout en limitant leurs imperfections.

161. Sur ce dernier point, il est nécessaire de surmonter une dernière objection[4] soulevée à l'encontre d'une prérogative qui, comme l'appartenance, s'exercerait sur les droits patrimoniaux de la personne. Par une mise en abîme qualifiée de *regressio in infinitum*, il a pu être relevé[5] que cette prérogative risquait elle-même d'être l'objet d'une autre prérogative située à un niveau d'abstraction supérieure. Rien n'empêche d'estimer que cette dernière prérogative est elle-même l'objet d'une autre prérogative d'un plus haut niveau d'abstraction, le raisonnement pouvant être reproduit à l'infini. En effet, si l'on reconnait l'existence de

---

[1] Comp. I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, Thèse, Montpellier I, Préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 471, L.G.D.J., 2006, p. 38, n° 68.

[2] Voir en ce sens : Ch. CARON, H. LECUYER, *Le droit des biens*, Connaissance du droit, Dalloz, 1ère édition, 2002, p. 18 : " Seuls les droits entrent dans le patrimoine ".

[3] Sur cette question, voir *supra* n° 134 & suiv.

[4] Sur laquelle, voir *supra* n° 144 et la note de bas de page n° 4.

[5] Voir déjà, BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse, Paris, 1902, p. 172, note de bas de page n° 1 *in fine*, et surtout, Fr. ZENATI, *Essai d'une redéfinition du droit de propriété, contribution à l'analyse de la notion de droit subjectif*, Thèse, Lyon III, 1980, p. 712 & suiv.

l'appartenance, pourquoi s'arrêter en si bon chemin et ne pas reconnaitre l'existence de l'appartenance de l'appartenance ?

La parade proposée contre cette objection fut de conférer une nature extrapatrimoniale à cette prérogative. Cette parade peut être reprise à propos de l'appartenance. Elle permet la cession des droits patrimoniaux mais elle-même demeure incessible[1]. D'ailleurs, l'affirmation ne suscite plus l'objection selon laquelle la propriété serait étrangement de nature extrapatrimoniale[2] puisque nous distinguons nettement la propriété, droit patrimonial, de l'appartenance. Mais il nous faut aller plus loin et écarter définitivement cette mise en abîme.

162. Cette mise en abîme résulte de l'emploi inconsidéré de la logique. Lorsque nous proposons un concept comme l'appartenance, notre objectif est de décrire au mieux des phénomènes se produisant dans le monde réel : les clauses d'inaliénabilité, en raison desquelles certains droits patrimoniaux ne peuvent plus être cédés. Mais la théorie que nous proposons n'est utile que pour décrire ces phénomènes. Il ne s'agit que d'une simple grille de lecture[3] du monde réel. Lorsque l'on invoque l'appartenance de l'appartenance, on commet l'erreur d'utiliser cette grille de lecture non plus pour décrire le monde réel mais pour décrire la première grille de lecture, or une telle grille de lecture ne permet que de mieux comprendre la réalité, non les théories qu'on en infère.

Nous pensons donc qu'invoquer l'appartenance de l'appartenance est un argument vain face la théorie de l'appartenance. Le raisonnement en termes d'appartenance n'est pas susceptible d'être mis en abîme de cette façon. Il nous semble acceptable parce qu'il permet de mieux comprendre certains mécanismes, la critique viendra de la preuve que cette grille de lecture

---

[1] L'emploi de ce qualificatif d'incessible est rendu nécessaire *a priori* pour qui prétend systématiquement qualifier juridiquement chacun des concepts que l'on utilise. Sur le fond, cette opération de qualification juridique est contestable. La qualification juridique n'est utile que pour déterminer des effets de droit que l'on attache à un phénomène particulier. Mais ce phénomène particulier doit se situer dans la réalité, dans le monde sensible. Il est utile de qualifier par exemple les droits de celui qui occupe un immeuble parce que cette occupation est réelle et perturbe cette réalité. En revanche qualifier l'appartenance a peu d'intérêt puisqu'elle ne se produit pas dans le monde sensible, il ne s'agit que d'une simple théorie. Pure abstraction, elle est au-delà de la réalité, ce qui devrait la placer hors d'atteinte de l'opération de qualification juridique. La qualifier d'incessible repose donc sur un certain mélange des genres et relève dans une certaine mesure un emploi trop rigoureux des méthodes de qualification.

[2] Rappelons que cette parade fut établie par Fr. ZENATI, *Essai d'une redéfinition du droit de propriété, contribution à l'analyse de la notion de droit subjectif*, Thèse Lyon III, 1980, p. 712 & suiv qui tentait de justifier le système de GINOSSAR pour qui la propriété permet l'appropriation des choses corporelles et des droits patrimoniaux. A la différence de ces auteurs, nous pensons que la propriété, droit patrimonial complet sur les choses ne permet nullement l'appropriation des biens. Ceux-ci sont des droits et l'on répugne à admettre que leur appropriation puisse être exercée par le biais d'un autre droit patrimonial. L'appropriation résulte de l'appartenance.

[3] Pour l'emploi de cette expression, voir P. AMSELEK, La part de la science dans les activités des juristes, *D.*, 1997, Chr., p. 336 & suiv., spéc. p. 340.

est insuffisante pour comprendre ces mécanismes et non de la surimposition de notre grille de lecture sur elle-même.

163. Il nous semble que cette critique ne peut s'appuyer sur l'imparfaite explication de l'inaliénabilité. Bien au contraire, restriction au droit de disposer, on comprend qu'elle ne modifie ni la propriété, ni le statut de la chose qui est l'objet de ce droit de propriété. L'incessibilité de la créance participe de la nature de l'inaliénabilité puisque la créance ne sera incessible qu'en raison de la restriction au droit de disposer de cette créance. Malgré la stipulation de l'incessibilité de la créance, le droit de créance reste substantiellement intact. Ces restrictions au droit de disposer contenu dans l'appartenance font obstacle à la cession du droit concerné, il ne peut plus circuler d'un patrimoine à un autre.

Reste à comprendre par quelle magie cette appartenance peut être restreinte puisque l'inaliénabilité n'est ni un droit réel ni un droit personnel, il nous faut alors démontrer que la restriction au droit de disposer est un effet de droit que n'ignore point le droit positif.

B) La compatibilité de l'analyse renouvelée de l'inaliénabilité et du droit positif

164. La compatibilité de l'analyse proposée avec le droit positif doit être examinée à deux niveaux différents. L'expression " droit positif " désigne pour une matière donnée l'ensemble des normes en vigueur, donc produisant des effets de droit. On se demandera donc tout naturellement si notre analyse ne heurte pas le sens communément admis des normes en vigueur (1) avant de montrer en quoi elle peut parfaitement s'accorder avec les effets produits par ces normes (2).

1) La conformité de l'analyse proposée au contenu des normes en vigueur

165. L'inaliénabilité est selon nous une limitation de la relation d'appartenance qui unit une personne aux droits qui sont les biens composant son patrimoine. Il ne s'agit évidemment pas ici d'examiner la conformité à tout le droit positif de cette nouvelle qualification de l'inaliénabilité. En revanche l'analyse de l'inaliénabilité que nous proposons, en tant que restriction au droit de disposer pourrait heurter certains textes.

De façon très classique, on distinguera ici les textes selon la place qui est censée être la leur dans la hiérarchie des normes. Il conviendra donc de voir en quoi l'analyse renouvelée de l'inaliénabilité est conforme aux textes supra-législatifs (a) avant de voir en quoi elle demeure compatible avec les textes du Code civil (b).

a) La conformité de la qualification proposée aux textes supra-législatifs

166. Il s'agira ici d'une part de s'interroger sur la compatibilité de cette qualification avec les principales dispositions constitutionnelles applicables (i) en la matière avant de s'interroger sur la compatibilité de cette analyse avec les textes internationaux invocables, essentiellement la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (ii).

(i) La conformité aux textes constitutionnels

167. Les textes constitutionnels susceptibles d'être invoqués ne sont pas tous formellement situés dans la Constitution du 4 octobre 1958. Cependant, l'article 34 de la Constitution dispose que la loi détermine les principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales. Une analyse littérale de la disposition révèle qu'en raison de la virgule placée après le mot " propriété ", les auteurs de la disposition ont entendu mettre sur un même plan le régime de la propriété, celui des droits réels et enfin celui des obligations civiles et commerciales.

La question qui se pose donc est de savoir ce que peut bien constituer ce régime commun à la propriété, aux droits réels et aux obligations civiles et commerciales. On remarque que le régime dont il s'agit est celui de droits patrimoniaux, de la plupart des droits patrimoniaux[1], on remarque en outre que le texte de la disposition laisse entrevoir l'existence d'*un* régime commun à la propriété et aux droits réels et aux obligations civiles et commerciales.

[1] Ainsi remarque-t-on que la disposition de l'article 34 de la Constitution peut attraire le droit de propriété quel que soit son objet, les droits réels et les créances. Il semble pourtant hasardeux de tirer de cette disposition quelque enseignement conceptuel que ce soit concernant le droit de propriété, les droits réels ou les créances. En effet, l'article 34 de la Constitution se contente de définir le domaine d'intervention du législateur. Si l'on se doute que les principes fondamentaux du régime juridique de la propriété ne pouvaient être abandonnés au pouvoir réglementaire autonome de l'article 37, on peut aussi aisément concevoir qu'il en allait de même pour les droits réels. Il n'aurait point été admissible que le pouvoir réglementaire dispose du pouvoir extraordinaire d'établir des droits réels, que l'on songe à l'hypothèque, qui viendrait ruiner le droit de propriété. De la même manière, il eut été inopportun que les principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales relèvent du pouvoir réglementaire ; il eut été inconcevable par exemple que le pouvoir réglementaire dispose du pouvoir exorbitant de rendre imprescriptibles les créances fiscales. Article de répartition des compétences, l'article 34 de la Constitution est donc totalement inutile quant à la détermination du contenu du droit de propriété, du droit réel ou du droit créance. Sur l'inutilité de l'article 34 quant à la détermination de la valeur constitutionnelle du droit de propriété (laquelle suppose que l'on s'accorde sur ce qu'il recouvre effectivement) voir A-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, Thèse, Préf. R. CABRILLAC, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 351, L.G.D.J., 2001, n° 37. Le seul intérêt de cette disposition est de nous appendre qu'il semble exister un régime commun à tous les droits patrimoniaux et que les principes fondamentaux de ce régime commun relèvent de la compétence du législateur. Toute la difficulté consiste donc à déterminer les principes fondamentaux de ce régime commun, comme il peut paraître difficile d'établir ce qui relève, au titre du même article, des principes fondamentaux de l'organisation générale de la Défense nationale, ou ceux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Il serait particulièrement tentant d'analyser l'article 34 de la Constitution comme une justification rétrospective de l'article 537 C.civ. qui proclame que les particuliers ont la libre disposition des *biens* qui leur *appartiennent* sous réserve des *modifications établies par les lois*. L'appartenance d'un bien, la question du droit de disposer pourraient donc être des éléments de ce " régime " de l'article 34 pour lequel la détermination des principes fondamentaux relève de la compétence d'ailleurs non exclusive du législateur[1].

168. Concernant non plus le régime des droits patrimoniaux mais le droit de propriété lui-même, il est deux dispositions à valeur constitutionnelle qui posent la question de la conformité au droit positif de l'analyse renouvelée de l'inaliénabilité, il s'agit des articles 2 et 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (D.D.H.C.). Ainsi peut-on se demander si le droit de disposer n'est pas une prérogative constitutionnellement protégée échappant à l'empire du législateur[2].

En la matière, le Conseil constitutionnel opère en principe une distinction selon la nature de l'atteinte portée au droit de propriété. Dans une première série de cas, il sanctionne la privation du droit de propriété, l'expropriation directe si l'on veut. Cette privation du droit de propriété doit être conforme aux exigences constitutionnelles figurant à l'article 17 de la D.D.H.C.[3] Dans une seconde série de cas, le Conseil constitutionnel va s'attacher à l'exercice du droit de propriété, sanctionnant les atteintes à celui-ci qui auraient un caractère de gravité tel qu'il en viendrait à être méconnu[4]. Au titre de ces atteintes, le Conseil constitutionnel relève que l'atteinte au droit de disposer, élément fondamental du droit de propriété pourrait présenter un caractère de gravité tel que la disposition législative en cause soit inconstitutionnelle[5].

169. La définition du droit de disposer comme l'élément fondamental de la propriété est-elle un contredit manifeste à l'analyse renouvelée de l'inaliénabilité ? Il est permis d'en douter. D'une part, il importe de relever que la jurisprudence constitutionnelle n'a nulle vocation à

---

[1] Voir sur ce point la démonstration de N. MOLFESSIS, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, Thèse, Paris II, Préf. M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 287, L.G.D.J., 1997, n° 73, p. 60. L'étude de la jurisprudence constitutionnelle menée par M. MOLFESSIS révèle ainsi que la compétence réglementaire demeure envisageable lorsqu'elle a été exercée avant l'avènement de la Constitution du 4 octobre 1958.

[2] Une réponse positive à cette question serait difficilement compatible avec le principe résultant de l'article 34 selon lequel le " régime " de la propriété relève de la compétence du législateur.

[3] Voir sur ce point, L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13ème édition, 2005, n° 28, p. 423 & suiv., spéc. p. 449.

[4] L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13ème édition, 2005, n° 28, p. 423 & suiv., spéc. p. 450.

[5] Voir en ce sens, topique, D-C., n° 98-403, 29 juillet 1998, *R.T.D.civ.*, 1998, p. 799 & suiv., obs. N. MOLFESSIS, *R.T.D.civ.*, 1999, p. 132 & suiv., obs. Fr. ZENATI.

établir constitutionnellement la dogmatique juridique. De ce point de vue, l'affirmation selon laquelle le droit de disposer est un attribut fondamental du droit de propriété ne lie aucunement les interprètes des décisions du Conseil.

D'autre part, il faut relever que le Conseil constitutionnel par cette affirmation ne se fait que l'écho de la doctrine dominante qui tend à voir le droit de disposer comme un élément fondamental du droit de propriété.

Enfin, l'idée selon laquelle le droit de disposer est un élément fondamental du droit de propriété peut parfaitement s'interpréter en faveur de l'analyse que nous proposons.

170. Voir dans le droit de disposer un élément fondamental du droit de propriété permet déjà au Conseil constitutionnel de sanctionner une atteinte à la propriété dans un cas où celle-ci demeurerait un pouvoir complet sur une chose. De ce point de vue, une disposition légale qui méconnaîtrait le seul droit de disposer tel que nous l'entendons pourrait donc être sanctionnée au titre d'une dénaturation du droit de propriété, elle-même justiciable des articles 2 et 17 de la D.D.H.C.

Il est vrai qu'un droit de propriété inaliénable peut dans certains cas être tenu pour inutile, ce qui suggère deux remarques.

171. La première remarque que l'on puisse faire c'est que ce droit de disposer auquel le Conseil constitutionnel accorde son attention n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle[1]. Cela signifie que le droit de disposer, même pris en tant qu'élément fondamental de la propriété, peut être modulé librement par le législateur, dès lors que cela n'aboutit point à priver d'utilité le droit de propriété dont il émanerait, ce qui constituerait une dénaturation de ce droit.

La seconde quant à elle a trait aux conséquences de la position doctrinale dont le Conseil constitutionnel se fait l'écho. Celle-ci n'est pas dénuée de tout artifice.

---

[1] Voir sur ce point la démonstration méthodique de N. MOLFESSIS, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, Thèse, Paris II, Préf. M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 287, L.G.D.J., 1997, n° 80, p. 65 & 66, étudiant le critère de dénaturation du droit de propriété, l'auteur relève ainsi que " (…) le Conseil pourra sanctionner certaines atteintes au droit de propriété et, parmi celles-ci, celles venant limiter de façon excessive le droit de disposer de son bien. Pour le dire autrement, le droit de disposer n'a pas une valeur dans la hiérarchie des normes supérieures à celle des autres attributs du droit de propriété, mais en ce qu'il est plus important que les deux autres, les atteintes que la loi pourrait lui porter risqueront, davantage que si elles avaient trait à l'*usus* et au *fructus*, de dénaturer le droit de propriété et ainsi de justifier la censure du Conseil constitutionnel. " Voir dans le même sens, A-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, Thèse, Préf. R. CABRILLAC, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 351, 2001, n° 537 & suiv.

172. Si l'on comprend bien, le Conseil constitutionnel fait du droit de disposer un élément du droit de propriété, ce qui lui permet éventuellement de sanctionner les atteintes trop lourdes au droit de disposer au titre des atteintes au droit de propriété.

Le mécanisme de protection du droit de disposer a pourtant un effet pervers : il conduit le Conseil constitutionnel à voir des atteintes au droit de propriété là où il n'y a que des atteintes aux prérogatives que l'on exerce sur les droits. Or, cela conduit à étendre de façon indue l'assiette du droit de propriété. Le Conseil constitutionnel a donc eu beau jeu de considérer que " postérieurement et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée par (…) *une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux* (…). "[1] Il est le premier garant de l'exploitation de ce champ d'application[2] !

Ainsi a-t-il été conduit à affirmer qu'une diminution du patrimoine serait assimilable à une privation de propriété[3]. Il n'est donc guère étonnant que le constat de la réduction du droit de propriété à un droit sur une valeur ait pu être fait[4].

173. Dénoncer l'attitude du Conseil constitutionnel serait vain s'il n'avait pas la possibilité d'infléchir sa position. Or, il se trouve que la plupart des ingrédients nécessaires à un renouvellement de la question sont présents. Le Conseil constitutionnel distingue ainsi le droit de disposer de la propriété puisqu'il considère que le premier est un élément fondamental du second. Pourrait-il continuer à distinguer l'un et l'autre tout en renonçant à les lier par un rapport de contenu à contenant ?

174. La question change alors de nature car il s'agit dorénavant de savoir si un texte constitutionnel permettrait de protéger le droit de disposer indépendamment de la protection du droit de propriété[5]. Ce texte pourrait être constitué par l'article 17 lui-même de la D.D.H.C. Proclamant que la propriété est un droit inviolable et sacré, cette disposition

---

[1] D-C., 16 janvier 1982, *in* L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13ème édition, 2005, n° 28, p. 423 & suiv., spéc. p. 427.

[2] Fr. ZENATI, *R.T.D.civ.*, 1999, obs. sous D-C. n° 98-403, 29 juillet 1998, p. 132 & suiv., spéc. p. 140 et les références citées.

[3] D-C., n° 98-403, 29 juillet 1998, *R.T.D.civ.*, 1998, p. 799 & suiv., obs. N. MOLFESSIS, *R.T.D.civ.*, 1999, p. 132 & suiv., obs. Fr. ZENATI.

[4] N. MOLFESSIS, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, Thèse, Paris II, Préf. M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 287, L.G.D.J., 1997, p. 83, n° 102 & suiv.

[5] Voir sur ce point, A. SERIAUX, *Rép. civ.*, Dalloz, 2003, *V°* Propriété, n° 72 & suiv. Envisageant le droit de disposer au titre du droit de propriété, l'auteur rattache l'expropriation pour cause d'utilité publique à la " dimension négative du droit de disposer " ce qui démontre qu'au moins en théorie l'on pourrait distinguer les questions qui relèvent du droit de disposer de celles qui relèvent du droit de propriété compris comme le droit le plus complet que l'on puisse exercer sur une chose.

prévoit que l'on ne peut en être privé sans que la nécessité publique l'exige et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. Si les auteurs de la D.D.H.C. ont mis l'accent sur le mot " propriété ", on ne peut leur en vouloir, il serait possible aujourd'hui de mettre l'accent sur le mot " droit ".

C'est parce qu'elle est un droit que la propriété est protégée. Dès lors que ce droit est *approprié*, on ne peut en être *exproprié* que sous la double condition de la nécessité publique et d'une indemnité préalable. L'article 17 D.D.H.C. serait donc le fondement d'une protection constitutionnelle contre la privation des droits, et non plus seulement le fondement d'une protection contre la privation du droit de propriété !

175. Les dispositions constitutionnelles invocables en la cause ne sont donc pas hostiles à une analyse renouvelée de l'inaliénabilité. En forçant à peine le trait, on pourrait même se prévaloir de leur interprétation au soutien de cette analyse ! Une telle interprétation, même si elle apparaît comme extensive doit pourtant être tenue pour rigoureuse si on la compare aux textes européens.

(ii) La conformité au droit européen[1]

176. On sait que la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (C.E.D.H.) établie le 4 novembre 1950 ne consacre pas un mot au droit de propriété. Celui-ci a fait l'objet du premier protocole additionnel à la C.E.D.H. qui dispose ainsi dans son article premier que " toute personne a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi. " Il est en outre reconnu aux Etats signataires la possibilité de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens.

177. A première vue, cette disposition n'a qu'un rapport lointain avec le droit de propriété, elle consacre simplement un droit au respect des biens. En réalité, dans son célèbre arrêt *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*[2], la Cour de Strasbourg a opéré une réécriture complète de

[1] On se dispensera ici de l'étude du droit communautaire dans la mesure où les textes fondamentaux renvoient expressément à la C.E.D.H. Sur la conception communautaire de la propriété, voir A-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, Thèse, Préf. R. CABRILLAC, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 351, 2001, n° 102 & suiv., spéc. n° 106.

[2] Cour E.D.H., 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, *in* Fr. SUDRE, J-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINOVA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Thémis, PUF, 2003, n° 57, p. 506 & suiv.

cette disposition[1], considérant que l'on y trouvait trois normes : la prohibition de la privation de propriété, le contrôle de l'usage des biens, ce qui correspond aux deux premiers aliénas, et enfin, le fameux principe de prohibition des atteintes à la substance du droit de propriété.

178. Ces trois normes sont mises en œuvre de façon équilibrée puisque la Cour vérifie pour chacune d'entre elles que les exigences de l'intérêt général ne priment pas sur la sauvegarde des droits fondamentaux[2]. Du droit de disposer, on ne voit pas distinctement la trace. Faut-il en déduire que l'analyse renouvelée de l'inaliénabilité est battue en brèche, *ab initio* dès lors qu'elle ne s'insère pas directement dans le cadre des règles prévues par la C.E.D.H. ?

179. L'affirmer serait péremptoire et méconnaîtrait un autre principe fondamental en la matière du droit européen tel qu'il est issu de la C.E.D.H. Ce principe, posé par l'arrêt *Oneryildiz c/ Turquie*[3], consiste dans le fait que les concepts utilisés par la Cour de Strasbourg restent totalement indépendants de ceux du droit interne. Elle considère que ni la non-reconnaissance par les lois internes d'un intérêt particulier comme un " droit " ni le fait que celles-ci ne confèrent pas à un tel intérêt la qualité d'un " droit de propriété ", n'empêchent que l'intérêt en question puisse à certaines conditions, passer pour un " bien " au sens de l'article 1 du 1er protocole additionnel.
C'est donc le principe de l'indépendance des qualifications nationales à l'égard du droit européen qui a été consacré[4]. En raison de cette indépendance de nature, l'analyse renouvelée de l'inaliénabilité est obligatoirement compatible avec les textes européens qui établissent finalement leurs propres concepts.

180. Dès lors, la question change de nature. S'il n'est plus question d'envisager l'influence des qualifications européennes sur les concepts du droit positif interne[5], on peut cependant

---

[1] A-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, Thèse, Préf. R. CABRILLAC, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 351, 2001, p. 82, n° 91.
[2] Fr. SUDRE *et alii*, *op. cit.*, p. 511.
[3] Cour E.D.H., 18 juin 2002, *Oneryildiz c/ Turquie*, *in*, Fr. SUDRE, J-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINOVA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Thémis, PUF, 2003, n° 56, p. 497 & suiv.
[4] Voir déjà, avant même l'arrêt *Oneryildiz c/ Turquie*, A-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, Thèse, Préf. R. CABRILLAC, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 351, 2001, p. 82, n° 91. L'auteur relève déjà que la notion de bien est une notion " fourre-tout ".
[5] A vrai dire, en raison de la supériorité du droit européen sur le droit national, on peut craindre ou souhaiter, c'est selon, que la jurisprudence européenne influence à terme les législations nationales, les obligeant à se conformer aux qualifications choisies à Strasbourg. Voir sur ce point, A-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, Thèse, Préf. R. CABRILLAC, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 351, 2001, n° 316, p. 291. L'auteur estime ainsi que la jurisprudence conventionnelle, de même d'ailleurs que la jurisprudence constitutionnelle, pourrait avoir été influencée par les propositions de GINOSSAR. S'il est certain que l'on ne peut

se demander quelle protection le juge de Strasbourg accordera-t-il au droit de disposer. Une protection contre l'inaliénabilité, atteinte au droit de disposer, semble envisageable au titre de la protection de la substance du droit de propriété. Il apparaît cependant que cette dernière doit s'entendre des hypothèses dans lesquelles le droit de propriété est devenu précaire ou incertain[1].

Il faut constater ici qu'une telle situation a fort peu de chances de se rencontrer en pratique dès lors que malgré l'atteinte au droit de disposer, le propriétaire conserve l'intégralité de ses prérogatives de jouissance sur la chose. En effet, opérant au stade de la relation d'appartenance, l'inaliénabilité laisse totalement intact le droit inaliénable. En outre, une telle atteinte serait sanctionnée à la condition qu'elle manifeste un déséquilibre entre l'intérêt général et celui du propriétaire au détriment de ce dernier. Loin d'être impossible, la sanction d'une atteinte au droit de disposer est donc possible[2]. Il faut simplement garder à l'esprit qu'une atteinte ne suffira pas forcément à obtenir une sanction[3].

181. En cas d'atteinte au droit de disposer, la Cour E.D.H. ordonnerait le versement d'une " satisfaction équitable " destinée à effacer les conséquences de la mesure étatique litigieuse[4]. Il semblerait que la Cour de cassation ait anticipé sur ce mode opératoire dans un arrêt récent du 3 mai 2007[5]. Dans cette décision, la Cour de cassation a estimé que l'article L. 30 du Code des pensions de retraite des marins français qui établissait l'insaisissabilité des pensions en deçà d'un certain seuil, à l'égard de certains créanciers, était " en l'espèce " contraire à l'article 1 du 1er Protocole additionnel combiné à l'article 14 de la C.E.D.H[6].

182. Cette décision doit être interprétée à la lumière de ses fondements que sont les dispositions conventionnelles visées. Il en résulte qu'en l'espèce, la Cour a autorisé la saisie non par hostilité de principe envers l'incessibilité et l'insaisissabilité des pensions de retraite

---

critiquer les qualifications conventionnelles dès lors qu'elles servent uniquement la protection des citoyens des Etats-membres, il nous semble pourtant que la reprise de ces solutions en droit interne serait fortement perturbatrice tant les intérêts servis par le droit interne sont multiples.

[1] A-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, Thèse, Préf. R. CABRILLAC, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 351, 2001, n° 461, p. 465.

[2] Voir ainsi, Cour. E.D.H., 24 juin 1993, *Papamichalopoulos c/ Grèce*, *J.C.P.* (G), 1994, I, 3742, n° 25, obs. Fr. SUDRE. Dans cette décision, il ainsi été reconnu qu'une expropriation de fait méritait d'être sanctionnée par la Cour en raison de l'indisponibilité de fait qu'elle établissait.

[3] Voir dans le même sens en matière constitutionnelle, *supra* n° 171.

[4] A-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, Thèse, Préf. R. CABRILLAC, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 351, 2001, p. 562, n° 545.

[5] Cass. Civ. 2ème, 3 mai 2007, pourvoi n° 05-19439, P. BERLIOZ, L'insaisissabilité d'une chose peut porter atteinte au droit de propriété des créanciers de son propriétaire, *P.A.*, 9 janvier 2008, n° 7, p. 10 & suiv.

[6] Cette disposition prohibe les discriminations entre les citoyens des Etats membres.

mais parce que le marin refusait de s'exécuter, laissant alors la créancière, son ex-épouse dans une situation tout à fait inconfortable. Elle rappelle ces circonstances dans ses motifs afin de rejeter le pourvoi formé contre la décision des juges du fond qui s'étaient affranchis de l'insaisissabilité.

Cette décision est caractéristique de la méthode du juge conventionnel qui s'affranchit des qualifications classiques dans le but de protéger les citoyens des Etats-membres. Il est surprenant que la Cour de cassation ait accepté de faire de même. Sans doute a-t-elle voulu rendre une décision équitable, anticipant sur la décision qui aurait été celle de la Cour de Strasbourg[1]. On remarquera, peut-être avec effroi, la facilité avec laquelle la Cour de cassation s'imprègne des qualifications conventionnelles, relevant que l'insaisissabilité était une atteinte au droit de propriété du… créancier ! De telles affirmations sont exactement l'écho de la jurisprudence conventionnelle, on relèvera en passant qu'elles sont aussi utilisées par le Conseil constitutionnel[2].

183. On peut le regretter au regard des confusions opérées entre les qualifications les plus certaines du droit positif. On peut aussi l'admettre, en constatant qu'à court terme ni le Conseil constitutionnel ni la Cour de Strasbourg n'ont vocation à prescrire les termes de la dogmatique juridique. Celle-ci s'infère essentiellement des règles législatives contenues dans le Code civil.

b) La conformité de la qualification proposée au Code civil

184. L'atteinte substantielle à la relation d'appartenance unissant une personne à ses biens et la restriction au droit de disposer de ce bien qui en résulte pourraient heurter directement certains textes du Code civil notamment les articles 544 (i) et 537 (ii) du Code civil[3] qui,

[1] Il est donc éminemment contestable d'affirmer que cette décision a conféré une valeur supralégislative à l'article 2284 C.civ. C'est une décision d'espèce, rendue sur le fondement de dispositions destinées à la résolution de litiges particuliers. Il est encore plus contestable de considérer que la Cour de cassation a entendu consacrer le droit de propriété d'un créancier sur le patrimoine de son débiteur. Une telle qualification n'est opératoire que sous l'angle les dispositions conventionnelles en cause. A vrai dire, il ne semble pas que l'on puisse tirer de cette décision autre chose que la crainte de voir se généraliser les qualifications conventionnelles au-delà des litiges pour lesquels elles ont été conçues. Comp. P. BERLIOZ, L'insaisissabilité d'une chose peut porter atteinte au droit de propriété des créanciers de son propriétaire, *P.A.*, 9 janvier 2008, n° 7, p. 10 & suiv.

[2] Voir *supra* n° 172.

[3] Ces deux articles ont souvent été considérés comme redondants, sur l'explication de cette redondance et sa critique, voir D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, respectivement p. 50 à 57 & p. 71 à 74.

historiquement[1], ont été invoqués comme arguments contre la validité des clauses d'inaliénabilité.

(i) L'indifférence de l'article 544 C.civ.

185. Selon l'article 544 C.civ., la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou règlements. Politiquement, ce texte est aujourd'hui présenté comme le produit de la réaction opérée à l'époque révolutionnaire contre les affres de la féodalité. Le système féodal se caractérisait en effet par la limitation des prérogatives du propriétaire, ce titulaire du " domaine utile " que sa qualité asservissait personnellement au profit du titulaire du " domaine éminent ".

Tout ce système reposait sur l'existence de " propriétés simultanées " dont le Code civil semble se départir nettement[2].

186. Mais on peut aussi interpréter[1] ce texte comme définissant la propriété telle un droit[2] s'exerçant sur des choses, initialement matérielles en 1804. Le droit de propriété permet alors de disposer de ces choses.

---

[1] Voir en ce sens, l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 12 juin 1856 rapporté *in* : Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, 12ème édition, Dalloz, 2007, p. 462. Cet arrêt a été censuré par la Cour de cassation dans la décision où fut reconnue la validité des clauses d'inaliénabilité : Cass. Civ., 20 avril 1858, *S.*, 1858, 1, p. 589, Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 73.

[2] Voir sur ce point, A-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, 1ère édition, PUF, 1989, p. 215, n° 185. " L'organisation coutumière et multiséculaire des propriétés simultanées, jouissances privatives distinctes exercées sur le même immeuble et portant sur des utilités différentes, avait sa propre logique (...). Les révolutionnaires lui ont substitué un système nouveau, fondé sur la liberté de disposition de l'immeuble corporel et exprimé juridiquement par l'exclusivisme. L'exclusivisme donne au propriétaire vocation à toutes les utilités de la chose et liberté dans la jouissance de ces utilités ; il exclut les propriétés concurrentes sur le même bien. " L'opposition entre le Code civil et le système féodal paraît donc irréductible et cela n'est d'ailleurs pas présenté aujourd'hui comme le moindre apport du premier. On relèvera pourtant qu'une conciliation entre ces deux institutions fut tentée, voir en ce sens, B. TERRAT, Du régime de la Propriété dans le Code civil, *Livre du centenaire*, Dalloz, réédition, 2004, p. 327 & suiv., spéc. p. 333, " Au fond, le vrai propriétaire était celui qui avait le domaine direct (...). On a dit (...) que la féodalité était la négation de la propriété individuelle. C'est une erreur : elle en était peut-être la plus haute affirmation. Elle en était l'exagération. Elle était, en effet, le pouvoir pour le propriétaire d'une terre, de l'aliéner partiellement, de la transmettre, en retenant à toujours sur elle un droit, un domaine éminent. Si vous ajoutez à cela (...) qu'il avait un choix presque infini dans les droits réels qu'il désirait concéder, à raison de la variété prodigieuse des démembrements de la propriété au moyen âge (...); si dis-je, vous envisagez toutes ces facilités, tous ces pouvoirs reconnus au propriétaire d'une terre, vous avouerez que la propriété féodale était une puissante affirmation du droit individuel ". Nos connaissances sur la question nous interdisent formellement d'en apprécier l'historicité. Nous nous contentons donc de citer, pour mémoire, en guise autant d'illustration que de mise en garde contre la plasticité des concepts juridiques. Loin de nous pourtant la tentation de nous affliger de cette dernière. Cette plasticité des concepts juridiques n'est, en la matière juridique, que la preuve stimulante des richesses inépuisables de l'esprit humain. Et face à l'esprit mesquin qui nous reprocherait de les verser en pure perte dans ce tonneau des Danaïdes auquel nous réduirions la matière juridique, nous préférons nous réjouir de ce que ce dernier ne pourra jamais déborder.

Si l'on considère que les choses sont les éléments matériels du monde, il faut reconnaître que l'article 544 C.civ. n'a pas d'autre vocation que de définir le droit de propriété comme s'exerçant sur " les choses "[3]. En outre, le superlatif employé, " de la façon la plus absolue " ainsi que la limitation immédiatement consécutive " pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements " peut donner quelques indices sur le sens de " disposer " dans le texte.

187. Le mot " abuser " aurait sans doute pu être substitué en 1804 au mot " disposer " mais que cela " eût mal sonné "[4] ! Abuser d'une chose revient à en faire ce que bon nous semble y compris la détruire matériellement de façon gratuite. Il nous semble que le superlatif du texte démontre que la propriété est avant tout la possibilité pour le propriétaire d'exercer sur la chose les plus radicales prérogatives matérielles[5]. Cela semble si exorbitant qu'il est nécessaire, bien entendu, de limiter l'empire du propriétaire : il doit se conformer aux lois et règlements, lesquels canalisent sa violence quand bien même elle s'exercerait sur une chose qui est sienne.

Par ailleurs, on ne voit pas en quoi la disposition juridique que l'on rattache traditionnellement au mot " disposer " de l'article 544 C.civ. est une prérogative si

---

[1] Pour une analyse méthodique de chacun des termes de cet article, voir : CARBONNIER, *Les biens*, Droit civil, Tome 3, PUF, 19ème édition refondue, 2000, n° 68 & suiv.

[2] A ce titre, on peut relever que l'article 112 du projet de réforme du droit des contrats présenté par la Chancellerie, lequel définit l'obligation de donner, fait référence à " l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit " ce qui sous-entend que la propriété est bien un droit.

[3] Voir sur ce point, M. XIFARAS, *La propriété - Etude de philosophie du droit*, P.U.F., 2004, p. 8, passant en revue les différentes acceptions du mot " propriété ", l'auteur signale celle-ci : " le droit de propriété est celui par lequel une personne dispose d'une chose matérielle de manière absolue ". Par la suite, l'auteur dénie à cette définition son caractère universel tant il lui paraît difficile de reprendre celle-ci dans des hypothèses d'appropriation découvertes bien après la rédaction de l'article 544 C.civ. Au nombre de ces nouvelles applications du concept de propriété figure bien entendu la " propriété " des *choses* immatérielles. Voir en ce sens, M. XIFARAS, *op. cit.*, p. 111 : " (...) les *biens* (nous soulignons) immatériels sont insusceptibles de propriété, au sens de l'article 544, ce qui ne veut pas dire qu'ils soient insusceptibles d'appropriation ". Il n'est pourtant pas certain que la définition de l'article 544 C.civ. perde son caractère opérationnel dans ces hypothèses. Bien que le droit de propriété soit un droit complet, il n'offre jamais plus de possibilités au propriétaire que celles que son objet, la chose, permet d'envisager. En conséquence, il nous semble vain d'opposer la propriété des choses matérielles à celle des choses immatérielles. Jamais personne n'a prétendu que le droit de propriété d'un immeuble bâti, parce qu'il permet d'habiter cet immeuble suppose que tout objet de propriété soit " habitable ". Le droit de propriété dépend de son objet et il semble contestable de prétexter des prérogatives réduites du propriétaire d'une chose immatérielle pour opérer une disqualification de son droit. L'article 544 C.civ. ne semble donc pas pouvoir être pris en défaut lorsque l'on envisage la propriété des choses incorporelles. Il convient simplement de prendre acte du fait que l'immatérialité de son objet réduit le contenu de la propriété. Sur les différentes propriétés immatérielles ou incorporelles, voir Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, Droit civil, Tome I, Economica, 5ème édition, 2006, n° 520 & suiv

[4] CARBONNIER, *op. cit.*, p. 129, note de bas de page (4).

[5] Voir en ce sens, B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 30, p. 31. Comp. ACHARD, *Des clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors des cas où la loi le permet expressément*, Thèse Grenoble, 1910, p. 1 & 2. Cet auteur se propose d'envisager les clauses d'inaliénabilité comme des dérogations à l'article 544 C.civ.

dangereuse qu'elle nécessiterait une précaution immédiate, l'observation des lois et des règlements. Ce garde-fou ne se justifie que pour l'exercice de prérogatives matérielles qui peuvent le cas échéant dégénérer jusqu'à la violence[1]. Ce risque n'existe pas pour la disposition juridique.

188. On peut donc en déduire que le mot " disposer " de l'article 544 C.civ. ne vise que la disposition matérielle[2], la seule dont l'apologie, " le plus absolu " nécessite immédiatement de précautionneuses limitations[3].

Rien dans le texte de l'article 544 C.civ. ne fait obstacle à une telle interprétation, celle-ci n'est donc pas invraisemblable[4]. Ainsi, proposer de réduire la propriété à un ensemble de

---

[1] Voir sur ce point, VASILESCO, *Des clauses d'inaliénabilité - De leur validité et de leurs effets*, Thèse, Paris, 1920, p. 6, débutant son étude des clauses d'inaliénabilité par une analyse de l'article 544 C.civ., l'auteur constate que " le propriétaire peut non seulement user de cette chose et en tirer tous les fruits, mais encore la détruire ou lui nuire, même sans raison. " En revanche il tempère immédiatement ses propos : " Malgré ce qui vient d'être dit, l'exercice *matériel* (nous soulignons) du droit de propriété n'est (...) pas toujours absolument libre ". L'auteur fonde expressément ces limitations à l'exercice matériel du droit de propriété sur les dispositions finales de l'article 544 C.civ., estimant que ces dispositions sont " une porte ouverte à toutes les restrictions possibles et c'est justement ce qui existe en fait et en droit ". Malheureusement, par la suite l'auteur ne persiste pas dans la voie de la distinction de l'*abusus* matériel et l'*abusus* juridique.

[2] Comp. P. BERLIOZ, *La notion de bien*, Thèse Paris I, Préf. L. AYNES, L.G.D.J., 2007, n° 781, " Dès lors, la libre disposition que consacre l'article 537 ne peut que correspondre au pouvoir que la propriété renferme d'après l'article 544. " Se réclamant d'une fidélité sans faille aux termes employés par les rédacteurs du Code, l'auteur semble exclure que ces derniers aient pu être confrontés à la polysémie du mot " disposer ". Une fidélité sans faille à la lettre du Code commanderait pourtant une conclusion plus prudente. En effet, la situation des deux dispositions citées dans des Titres différents du Code civil suggère que les rédacteurs ont tout aussi bien pu se risquer à l'emploi d'un terme polysémique désignant deux concepts distincts. Dans le sens d'une distinction, exemplaire, entre l'article 544 et l'article 537 C.civ. quant au sens du mot " disposer ", voir Fr. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Thèse Paris I, Préf. L. AYNES, Recherches juridiques, n° 15, Economica, 2007, n° 62 : " (...) le droit de disposer visé par l'article 544 n'est qu'un complément du pouvoir de jouissance (dont il n'exprimerait qu'une modalité ou une liberté d'exercice) dans lequel il se retrouve absorbé et ne recouvre, par rapport à ce dernier aucun contenu technique ou spécifique. Ce droit de disposer tel qu'énoncé par l'article 544 doit être distingué de celui visé à l'article 537 du Code civil qui présente, quant à lui, un contenu spécifique et correspond à la possibilité pour le propriétaire de céder ou d'aliéner librement son bien, ou plus généralement (…) ".

[3] Comp. favorable à une dualité de sens du mot disposer dans l'article 544 C.civ., D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 79 & suiv.

[4] Comp. sur une question voisine, M. XIFARAS, *La propriété - Etude de philosophie du droit*, P.U.F., 2004, p. 15, " (...) il n'y a pas vraiment de conception de la propriété selon le Code civil, mais bien plutôt l'usage de diverses conceptions qui peuvent toutes s'en réclamer ". Pour qui s'offusquerait de la liberté prise dans l'interprétation de l'article 544 C.civ., nulle lecture ne serait plus nécessaire que celle-ci : J.-Fr. NIORT, Le Code civil dans la mêlée politique et sociale – Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national, *R.T.D.civ.*, 2005, p. 257 & suiv., spéc. p. 269 à 273. L'auteur rappelle que dès l'origine la discorde régnait entre les auteurs sur le point de savoir si l'article 544 magnifiait ou dégradait la propriété individuelle !

prérogatives matérielles[1], lequel fait partie de l'actif du patrimoine du propriétaire, revient à simplement à formuler une nouvelle grille de lecture vraisemblable du droit positif[2].

189. Cette interprétation de l'article 544 C.civ. présente un certain nombre d'intérêts. Ainsi, défini comme un ensemble de prérogatives matérielles, le droit de propriété se voit reconnaître un domaine d'application bien défini : il ne concerne plus que les " choses "[3]. On évite ainsi la tentation de GINOSSAR de réduire la propriété à la possibilité de disposer juridiquement de son objet[4].

Au-delà de cette réduction, la propriété conserve le rôle séculaire de droit le plus complet envisageable contre une chose[5]. En effet, si la propriété contient la possibilité de disposer matériellement de son objet, elle offre aussi, *a fortiori*, à son titulaire la possibilité de simplement user et jouir de son objet, conformément au triptyque classique de l'article 544 C.civ. Il peut évidemment s'agir d'une utilisation matérielle. Mais l'usage d'une chose peut aussi s'entendre des profits procurés au propriétaire indépendamment de son usage matériel[6].

---

[1] Voir déjà : PLANIOL *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 1, L.G.D.J., 4ème édition, 1906, n° 2332, " Ce qui caractérise le droit de propriété, (...), c'est la faculté de disposer de la chose, en la consommant, *en la détruisant matériellement* ou *en transformant sa substance*. "

[2] On remarquera d'ailleurs que les anciens auteurs admettaient que la propriété s'exerce avant tout sur les choses. Voir ainsi pour le rapprochement entre l'article 544 C.civ. et l'antique *dominium*, MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, Garnery et Laporte, 2ème édition, 1807, p. 29.

[3] Voir sur ce point les précieuses observations de REINACH, *Les fondements* a priori *du droit civil*, Trad. R. de CALAN, VRIN, 2004, p. 95 : " Les droits sur les choses sont par conséquent les droits d'user d'une chose, d'en tirer des fruits, de la cultiver, de la retravailler, etc. Le concept de chose ne coïncide pas avec celui de chose corporelle, même si les dispositions juridiques ont tendance à l'y restreindre. Tout ce dont il peut être fait usage, tout ce qui est utile au sens le plus large du terme est une chose : les pommes, les maisons, mais également une quantité d'électricité ou de chaleur (…). " Parmi les prérogatives résultant des droits sur les choses, on peut remarquer que l'auteur ne mentionne que des prérogatives d'ordre matériel, ce qui correspond exactement à la définition du droit de propriété proposée. Il faut cependant préciser que pour l'auteur la propriété n'est point ce droit sur les choses mais l'appartenance de la chose, ce qui, somme toute, ne relève ici que d'une simple convention d'ordre terminologique.

[4] Sur ce point, voir *supra* n° 153 et les références citées.

[5] Dans une perspective historique, il semblerait même que le *ius disponendi* n'ait pas initialement été doté d'un contenu technique précis, il ne faisait que résumer l'ensemble des prérogatives dont disposait le propriétaire. Voir sur ce point les développements parfaitement clairs de Fr. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Thèse Paris I, Préf. L. AYNES, Recherches juridiques, n° 15, Economica, 2007, n° 63.

[6] Si le plus souvent, on peut facilement envisager le profit matériel que confère la propriété d'une chose, il convient de garder à l'esprit que le droit de propriété ne fournit jamais plus au propriétaire que ce que la chose peut donner. La précision semble superflue en matière de chose corporelle, nul n'a jamais osé prétendre que la propriété d'un immeuble, droit complet sur un bâtiment, permettait au propriétaire de se déplacer au moyen de ce bâtiment. La précision a son intérêt si l'on songe aux véritables droits de propriété s'exerçant sur des choses incorporelles ou immatérielles. Sur les différentes propriétés incorporelles, voir Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, Droit civil, Tome I, Economica, 5ème édition, 2006, n° 520 & suiv. Il est par exemple admis que les auteurs d'œuvre de l'esprit disposent d'un véritable droit de propriété sur la chose incorporelle que constitue cette œuvre. Voir ainsi, l'article L. 111-1 al. 1 C. prop. int. : " L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. " Voir sur ce point, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, Droit civil, PUF, 6ème édition, 2007, p. 30, n° 16 & suiv., & *passim*. S'il s'agit d'un véritable droit de propriété, il faut constater qu'il se réduit à bien peu en comparaison de la propriété des choses corporelles. Les véritables prérogatives matérielles portant sur des choses immatérielles sont justement difficilement envisageables. Dans ces hypothèses, le droit de propriété peut toutefois exister, il se compose

Une illustration peut en être trouvée si l'on songe à la situation d'un usufruitier. Ce dernier peut évidemment, comme un propriétaire, profiter des utilités matérielles de la chose[1]. Mais il peut aussi parfaitement profiter des fruits de la chose en percevant ceux qui résultent de la mise à disposition de la chose au profit d'un tiers. L'usufruitier bailleur peut donc percevoir des loyers[2]. L'usufruitier bénéficie de la possibilité d'organiser la jouissance matérielle de la chose comme il l'entend, soit il l'exerce matériellement, soit il la confie à un tiers.

190. Pour le propriétaire, la situation est évidemment parfaitement identique. Ce dernier peut choisir de profiter lui-même des avantages matériels que confèrent la chose mais il peut aussi répartir les utilités matérielles de cette dernière comme bon lui semble. Le propriétaire est maître de la répartition des utilités matérielles de la chose objet du droit de propriété. Il est donc possible au propriétaire, sur le fondement de l'article 544 C.civ., de mettre la chose à la disposition d'un tiers afin de percevoir des " fruits civils ".

Mais la répartition des utilités matérielles de la chose peut prendre une toute autre forme que celle d'un simple contrat de bail. Le propriétaire peut parfaitement consentir à des tiers les droits réels que bon lui semble. Il peut constituer au profit d'un tiers un usufruit sur la chose. Par cet acte, il choisit de laisser le soin à un tiers de profiter de l'usage et des fruits de la chose. En cela, il agit comme un propriétaire. Ainsi lorsque l'on affirme que la propriété n'est qu'un ensemble de prérogatives matérielles, il ne s'agit nullement de nier que le propriétaire peut constituer des droits réels. Il s'agit simplement d'affirmer que dans cette hypothèse, il ne fait qu'agir comme un propriétaire qui gère les utilités matérielles de la chose comme il l'entend[3].

---

simplement de l'ensemble des prérogatives envisageables à propos d'une œuvre de l'esprit. En tout état de cause, le droit de propriété n'offre jamais à son titulaire plus de possibilités que celles que laisse envisager la nature de l'objet de ce droit. Sur l'origine, légale, des choses incorporelles, voir les précieuses observations de M. FABRE-MAGNAN, Propriété, patrimoine et lien social, *R.T.D.civ.*, 1997, p. 583 & suiv., spéc. n° 17 à 20.

[1] Voir sur ce point l'article 578 C.civ., " L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété comme le propriétaire lui-même (...) ".

[2] Voir les articles 582 et 584 C.civ. Si l'usufruitier profite des fruits civils, ceux-ci peuvent être constitués par les " loyers des maisons ". Sur les limitations des pouvoirs de l'usufruitier en matière de bail, voir l'article 595 C.civ.

[3] Il faut d'ailleurs relever que l'inclusion du droit de disposer dans le giron de la propriété avait de bien curieuses conséquences en cas de constitution d'un usufruit. En effet, traditionnellement, on considère que l'usufruit réduit le droit de propriété à une nue-propriété. Si l'on admet que le droit de disposer est inclus dans le droit de propriété, en principe, on considère que la nue-propriété n'est que le droit de disposer juridiquement de la chose. On estime ainsi que la nue-propriété consiste dans le pouvoir de vendre la chose. Imaginons alors que cette nue-propriété soit frappée par une clause d'inaliénabilité. Cette hypothèse se rencontre en pratique, voir en ce sens, Cass. Com., 7 janvier 2004, *Bull. civ.*, IV, n° 6, pour la nue-propriété inaliénable d'actions de sociétés. Dans cette hypothèse, l'inclusion du droit de disposer dans le droit de propriété conduit à réduire la nue-propriété à néant puisque l'on a du mal à concevoir comment le droit de disposer pourrait être laissé au nu-propriétaire en raison de l'usufruit tout en lui étant supprimé en raison de l'inaliénabilité...

191. En outre, la définition de la propriété comme l'ensemble des prérogatives matérielles susceptibles de s'exercer sur chose permet d'affirmer l'indifférence de l'article 544 C.civ. en matière d'inaliénabilité conventionnelle. En effet, dès lors que l'on affirme que la disposition visée par l'article 544 C.civ. est en réalité la disposition matérielle de la chose[1], l'article 544 C.civ. n'a plus lieu de constituer un argument textuel s'opposant à la validité de ces clauses.
L'inaliénabilité conventionnelle n'a rien à voir avec la disposition matérielle de la chose[2], elle n'est que l'impossibilité de disposer juridiquement d'un droit en raison de la modification de la relation d'appartenance unissant ce droit à son titulaire. Pourtant, historiquement la jurisprudence a été hostile à ces clauses en se fondant semble-t-il sur cet article. Ainsi lorsque la validité de ces dernières a enfin été reconnue, la Cour de cassation, par une décision du 20 avril 1858[3], a censuré au visa de l'article 544 C.civ. une Cour d'appel ayant déclaré nulle une clause d'inaliénabilité.

192. On pourrait donc penser que la reconnaissance de la validité des clauses d'inaliénabilité résulte d'une évolution jurisprudentielle quant à l'interprétation de l'article 544 C.civ. Cependant, dans la décision mentionnée, la Haute Juridiction reproche à la Cour d'appel d'avoir faussement appliqué la disposition visée. La fausse application de la loi est une hypothèse de violation de la loi dans laquelle " il n'existe pas de difficulté d'interprétation des textes dont la portée a été fixée par la jurisprudence "[4]. Dans cette hypothèse les juges du fond dont la décision est censurée ont méconnu le champ d'application du texte visé[5].
On peut en déduire que l'article 544 C.civ. n'a pas lieu d'être invoqué lors de l'appréciation de la validité d'une clause d'inaliénabilité[6]. On peut voir dans cette conclusion un argument en faveur de nos développements précédents à propos de l'interprétation de l'article 544

---

[1] Voir *supra* n° 179.
[2] Voir sur ce point, M. XIFARAS, *La propriété - Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 314. L'auteur démontre que le concept de propriété recouvre plusieurs fonctions différentes parmi lesquelles la maîtrise souveraine d'une chose et l'appartenance patrimoniale, M. XIFARAS, *op. cit.*, p. 480. C'est justement à l'occasion de l'étude de cette fonction d'appartenance patrimoniale que l'auteur envisage l'inaliénabilité, " La notion de degré d'appartenance fournit bien le principe d'une typologie qui s'applique à tous les patrimoines sans exception : ce principe est le degré d'appartenance du patrimoine au but, il se mesure par le degré d'aliénabilité des biens (...) ".
[3] Cass. Civ., 20 avril 1858, *S.*, 1858, 1, p. 589, Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, Dalloz, 12ème édition, 2007, n° 73.
[4] M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Méthodes du droit, Dalloz, 6ème édition, 2006, p. 142 & suiv.
[5] M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *op. cit.*, p. 143.
[6] Le raisonnement des juges du fond est loin d'être aporétique si l'on admet que le droit de propriété contient en lui-même la possibilité de le céder. Dans ce cas, la clause d'inaliénabilité serait une atteinte au droit de propriété. Mais cela ne semble pas être l'opinion de la Haute Juridiction : en requérant que l'inaliénabilité soit temporaire, la Cour de cassation a pu s'assurer de l'innocuité de cette dernière.

C.civ. La Cour de cassation en admettant la validité des clauses d'inaliénabilité[1] a donc à juste titre rejeté l'article 544 C.civ. du débat.

Aucune incompatibilité entre le droit positif et l'analyse renouvelée de l'inaliénabilité conventionnelle n'est ici à craindre. Mais le rejet de l'article 544 C.civ. ne doit pas masquer l'irruption d'une autre disposition classique en la matière : l'article 537 C.civ.

(ii) La congruence de l'article 537 C.civ.

193. Admettant la validité des clauses d'inaliénabilité, la Cour de cassation tout en rejetant la référence à l'article 544 C.civ. renvoie implicitement à l'article 537 C.civ. Ce dernier article dispose dans son aliéna premier qui seul nous intéresse que " les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par la loi (...) ". La Haute Juridiction releva[2] que " cette interdiction temporaire (d'aliéner), imposée dans l'intérêt du père donateur, ne peut être assimilée à une interdiction d'aliéner absolue et indéfinie qui aurait pour résultat de mettre les biens hors de la circulation ".

Une telle interdiction absolue et indéfinie heurterait de front l'article 537 C.civ. D'ailleurs dans cette affaire la Cour d'appel de Lyon avait estimé qu'une interdiction simplement temporaire d'aliéner heurtait dans son principe l'article 537 C.civ[3]. Il est vrai que le principal obstacle à la validité de ces clauses avant leur consécration législative résidait dans cette disposition. Mais celle-ci est susceptible d'une interprétation conforme à l'analyse renouvelée de l'inaliénabilité conventionnelle.

194. L'article 537 C.civ. érige en principe la liberté des particuliers dans la disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. Si l'on admet que les biens des particuliers sont leurs droits, ils ont donc la libre disposition de leurs droits[4] au

---

[1] Cass. Civ., 20 avril 1858, *S.*, 1858, 1, p. 589, Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, Dalloz, 12ème édition, 2007, n° 73.

[2] Cass. Civ., 20 avril 1858, précité.

[3] CA Lyon 12 juin 1856 rapporté *in* : Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, Dalloz, 12ème édition, 2007, p. 461 : " pendant un temps d'une durée incertaine, la libre disposition de la propriété se trouverait (...) entièrement détruite ". Voir surtout, relevant que " la clause d'inaliénabilité déroge au principe de libre disposition des biens ", Cass. Civ. 1ère, 15 juin 1994, *Bull. civ.*, I, n° 211, Cass. Civ. 1ère, 3 juin 1998, *Bull. civ.*, n° 192. Sur ce dernier arrêt, voir en outre, relevant que la référence à la libre disposition des biens est délibérée, X. SAVATIER, note sous Cass. Civ. 1ère, 3 juin 1998, *Defrénois*, 1998, n° 35967, spéc. p. 54.

[4] On remarquera ici que le mot " bien " employé dans le texte n'a sans doute pas le même sens que dans d'autres dispositions du Code. Ainsi l'article 543 C.civ. dispose-t-il que l'on peut avoir sur les biens un droit de propriété ce qui impose d'identifier les choses, objets de propriété, aux biens. Dans l'article 537 C.civ. la perspective est différente puisque l'on ne traite que des biens *appartenant* aux particuliers. Si les rédacteurs du Code avaient souhaité rapprocher les deux dispositions, sans doute auraient-ils pu dans l'article 537 C.civ. ne traiter que des biens dont les particuliers ont la propriété, ils ne l'ont pas fait. Nous proposons d'en déduire que les biens appartiennent aux particuliers. Parmi ces biens il y a le droit de propriété dont la principale caractéristique est qu'il s'exerce sur

nombre desquels se trouve bien entendu le droit de propriété[1]. D'ailleurs l'article 537 C.civ. dispose expressément que les biens, nous proposons d'y voir les droits[2], *appartiennent* aux particuliers. Il est tentant de considérer que les particuliers ont la libre disposition de leurs droits parce que ces derniers leur appartiennent. Une telle interprétation ne semble aucunement méconnaître le texte en cause. Bien plus, l'article 537 C.civ. est situé dans un Chapitre du Code civil intitulé " Des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent ". On remarque que ces rapports ne sont pas qualifiés de " droits ".

Cette qualification intervient par la suite dans le détail des différents biens justement, où il est fait référence au droit de propriété[3], au droit d'usufruit[4]. On relèvera d'ailleurs que dans la définition de ces deux derniers droits, le mot " chose " figure expressément alors que l'article 537 C.civ. n'affirme aucunement que " les particuliers ont la libre disposition des choses qui leur appartiennent " !

De l'examen de l'article 537 C.civ. et du plan du Code civil, on peut donc dégager l'idée que les biens appartiennent aux particuliers[5]. Ces biens sont des droits, dont le droit de propriété. Ces droits s'exercent sur des choses qui sont les éléments matériels du monde. Nous proposons simplement de regrouper sous le concept d'appartenance, auquel l'article 537 C. civ. s'accommode parfaitement, l'ensemble des prérogatives de disposition juridique qu'une personne est susceptible d'exercer sur chacun de ses biens qui sont ses droits patrimoniaux. L'article 537 C.civ. garantit que ces prérogatives de disposition juridique sont librement exercées sous les limitations que seule pose la loi.

195. Dans ces conditions, l'inaliénabilité conventionnelle qui empêche un particulier de disposer juridiquement de ses droits, notamment de propriété, semble contredire la libre disposition des droits[6] garantie par ce texte. C'est sans doute la raison pour laquelle il a été

---

une chose et non pas un bien. A l'encontre de cette précision terminologique, il serait possible d'invoquer l'article 543 C.civ. disposant que l'on peut avoir sur les biens un droit de propriété. Nous préférons n'y voir qu'une formule choisie par inadvertance puisque la propriété définie rigoureusement à l'article 544 C.civ. est " le droit de jouir et disposer des *choses* (nous soulignons) de la manière la plus absolue ".

[1] En faveur de cette interprétation de l'article 537 C.civ., voir VASILESCO, *Des clauses d'inaliénabilité - De leur validité et de leurs effets*, Thèse, Paris, 1920, p. 167 & 168, " (...) l'article 537 C.civ. posant le principe de la libre disposition des biens comprend sous cette dénomination générale tous les biens sans distinction, qu'il s'agisse soit du droit de propriété, soit d'un usufruit ou d'une créance comme la rente. Ces derniers, considérés en eux-mêmes, constituent un bien spécial, distinct de la chose à laquelle ils s'appliquent (...) ".

[2] Sur l'identité des droits et des biens, voir *supra* n° 115.

[3] Article 544 C.civ.

[4] Article 578 C.civ.

[5] L'article 539 C.civ. contient la même référence aux biens " appartenant " aux personnes.

[6] Sur ce principe, voir D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 30 & suiv. Sur la référence au texte de l'article 537 C.civ. dans la

relevé que l'article 537 serait le cadre idéal d'introduction des dispositions relatives aux clauses d'inaliénabilité[1]. D'ailleurs, la seconde partie de l'alinéa premier de l'article 537 C.civ. signifie que cette libre disposition des biens s'exerce sous réserve des modifications établies par les lois. Rien n'interdit d'en déduire que seule une norme à valeur législative est en mesure d'établir une atteinte substantielle de l'appartenance[2].

Sans doute ne faut-il pas reprocher aux rédacteurs du Code civil leur strict légalisme à une époque où la multiplication des sources normatives était inenvisageable. On se doit de relever à ce stade que l'inaliénabilité conventionnelle est aujourd'hui un mécanisme reposant essentiellement sur des normes écrites[3] après avoir longtemps reposé sur des normes jurisprudentielles[4].

196. L'article 537 C.civ. peut donc être facilement interprété en faveur d'une analyse renouvelée de l'inaliénabilité. Cela marque la compatibilité totale de cette analyse avec le droit positif, qu'elle ne perturbe guère sur ce point. Par ailleurs la partie finale du premier alinéa de l'article 537 C.civ. nous livre de précieux enseignements sur la source de l'inaliénabilité conventionnelle.

2) Conformité de l'analyse proposée aux effets des normes en vigueur

197. Selon l'article 537 C.civ., la libre disposition de leurs biens par les particuliers est susceptible d'être modifiée par les lois. Cela signifie que la libre disposition de leurs biens

---

jurisprudence récente en matière de clauses d'inaliénabilité, voir Cass. Civ. 1ère, 3 juin 1998, *Bull. civ.*, n° 192 : " attendu que la clause d'inaliénabilité déroge au principe de libre disposition des biens. "

[1] Ph. SIMLER, Les clauses d'inaliénabilité, *D.*, 1971, Législation, p. 416, n° 22, relevant que l'article 537 C.civ. aurait pu fournir un cadre approprié à l'introduction des dispositions validant les clauses d'inaliénabilité.

[2] Voir déjà en ce sens, VASILESCO, *Des clauses d'inaliénabilité - De leur validité et de leurs effets*, Thèse, Paris, 1920, p. 165, s'interrogeant sur la pertinence du fondement des clauses d'inaliénabilité, alors jurisprudentiel, l'auteur relève que les cas d'inaliénabilité alors connus sont forcément légaux, " la loi seule peut frapper un bien d'indisponibilité, mais non la volonté privée ". Sur l'exigence d'une norme comme fondement d'un cas d'inaliénabilité, l'opinion de l'auteur nous semble parfaitement exacte, en revanche dénier à la jurisprudence une telle force est aujourd'hui daté.

[3] Loi n° 71-526 du 3 juillet 1971, article 1, insérant l'article 900-1 dans le Code civil qui valide " les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué " pourvu qu'elles soient temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime.

[4] Comp. D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 275 & 276. L'auteur fonde l'inaliénabilité sur une affectation particulière du droit inaliénable. Cette justification peut ne pas convaincre puisqu'elle repose sur une assimilation entre le but de la restriction et sa cause. Effectivement, une inaliénabilité peut *servir* une affectation particulière du bien, cependant pour ce faire, il faut bien qu'elle ait été établie. Cet établissement de l'inaliénabilité nécessite une norme, celle-ci est la *cause* de l'inaliénabilité. On comprend donc que le but poursuivi par l'inaliénabilité importe peu, il s'agit essentiellement d'une question de politique législative et non plus d'une question de technique juridique.

par les particuliers pourra être restreinte par la loi elle-même. Autrement dit, c'est la loi elle-même qui constitue la source de l'inaliénabilité conventionnelle.

Nous avons vu précédemment que l'inaliénabilité conventionnelle, que nous analysons comme une limitation substantielle de l'appartenance ne peut être qualifiée de droit personnel[1] pas plus que de droit réel[2]. Cette relation d'appartenance qui permet au particulier de librement disposer de ses biens, qui sont tous ses droits patrimoniaux, est substantiellement modifiée par la stipulation d'une clause d'inaliénabilité[3].

Cette modification substantielle de la relation d'appartenance échappe aux qualifications classiques car il s'agit d'un cas où la loi elle-même modifie la relation d'appartenance unissant les biens à cette personne.

Par conséquent l'inaliénabilité conventionnelle peut être analysée comme un pur effet de la loi[4] qui, lorsqu'un certain nombre de conditions sont réunies, modèle cette relation d'appartenance[5], opérant ainsi une véritable restriction au droit de disposer. En dehors de toute disposition normative de ce type, la disposition des droits reste libre en vertu de l'article 537 C.civ.

L'emprise des normes sur la relation d'appartenance, qui reste l'exception, laisse supposer que la matière de l'inaliénabilité, susceptible de concerner les biens les plus divers restera marquée du sceau de l'hétérogénéité.

---

[1] Voir *supra* n° 13 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 71 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 124 & suiv.
[4] Voir sur ce point, PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, L.G.D.J., 4ème édition, 1906, n° 2340, p. 747 & suiv. qui distingue " inaliénabilités établies directement par la loi ", " inaliénabilités établies par les particuliers en vertu de la loi " et enfin " inaliénabilité autorisée par la jurisprudence ". C'est au titre de cette dernière qu'il examine la question des clauses d'inaliénabilité, conformément à l'état du droit positif de l'époque. On remarque que toutes les situations d'inaliénabilité reposent en définitive sur ce qu'on l'on définirait aujourd'hui comme des normes étatiques écrites ou non écrites.
[5] Rappr. VASILESCO, *Des clauses d'inaliénabilité - De leur validité et de leurs effets*, Thèse, Paris, 1920, p. 191, qui s'interroge à propos des clauses d'inaliénabilité, " Pourquoi ne pas dire, avec nous, que pour admettre leur validité, il faudrait au contraire un texte qui les autorise expressément ? ".

Conclusion de la section I

198. En raison de l'incompatibilité des qualifications classiques de droit personnel, de droit réel avec le mécanisme des clauses d'inaliénabilité, la spécificité de ce dernier mécanisme méritait d'être servie par une qualification originale. Cette qualification originale ne pouvait être trouvée qu'au delà de la catégorie des droits patrimoniaux, laquelle n'avait pas permis une analyse satisfaisante de l'inaliénabilité. Posée, cette nouvelle qualification se devait alors d'être justifiée.

199. Au-delà des droits patrimoniaux, git ce concept d'appartenance patrimoniale[1]. Ce concept d'appartenance qui existait déjà en droit romain[2] y était soigneusement distinct de celui des prérogatives que l'on exerce sur les choses. C'est cette distinction entre l'appartenance et les prérogatives que l'on exerce sur les choses qui doit être revisitée et remise au goût du jour[3]. Il est en effet possible de considérer que l'appartenance est ce lien qui unit la personne à chacun des biens, à chacun des droits, qui compose l'actif de son patrimoine[4].

Loin d'être le simple moyen de distinguer les biens appropriés par une personne de ceux qui ne le sont point, l'appartenance permet de justifier qu'un certain nombre d'actions juridiques s'exercent avant tout sur les droits et non sur les choses qui ne sont que des objets de droit. Ces actions juridiques que l'on exerce sur les droits, l'aliénation[5], l'abandon[6], la saisie, relèvent alors du droit de disposer qui n'est qu'un élément de l'appartenance.

200. La restriction au droit de disposer est une modification de la substance de la relation d'appartenance par laquelle celle-ci est privée du droit de disposer. Subsiste donc une appartenance incomplète, amputée du droit de disposer[7].

Dès lors que l'appartenance a vocation à saisir tous les biens, le droit de disposer a vocation à s'exercer sur tous ces droits ce qui signifie que l'existence d'une restriction au droit de disposer est envisageable quel que soit le droit en cause[8]. Il apparaît donc que l'inaliénabilité

---

[1] Voir *supra* n° 115.
[2] Voir *supra* n° 120.
[3] Voir *supra* n° 121 & 122.
[4] Voir *supra* n° 115 & suiv.
[5] Voir *supra* n° 117.
[6] Voir *supra* n° 117 *in fine*.
[7] Voir *supra* n° 124 & suiv.
[8] Voir *supra* n° 134.

doit s'analyser comme une incessibilité du droit de propriété. L'incessibilité et l'inaliénabilité partagent donc la même nature commune : ce sont des restrictions au droit de disposer[1].

Parce qu'elle opère au niveau de la relation d'appartenance, la restriction au droit de disposer doit être soigneusement distinguée de l'extra-commercialité qui n'est qu'un statut de la chose[2]. De la même manière, parce qu'elle opère au niveau de la relation d'appartenance, la restriction au droit de disposer laisse absolument intact le droit incessible. Celui-ci demeure donc complet[3].

201. Posée la nouvelle qualification de l'inaliénabilité, cette idée d'un droit de disposer pouvant être restreint méritait d'être justifiée. Ainsi a-t-il fallu dans un premier temps éprouver ce concept de l'appartenance en examinant sa conformité au droit positif.

La démonstration de cette conformité au droit positif a nécessité de confronter le concept d'appartenance, duquel dérive la qualification renouvelée de l'inaliénabilité, aux propositions de la dogmatique juridique.

Le concept d'appartenance s'est ici révélé parfaitement opératoire puisqu'il reprend tout autant les propositions les plus incontestables de GINOSSAR[4] que celles de ses contempteurs[5]. Ainsi a-t-on pu voir que l'appartenance et le droit de disposer évitaient l'aporie d'un droit qui s'exerce sur lui-même[6] tandis que de la dogmatique juridique classique, il a été conservé l'idée selon laquelle les biens sont des droits, ce qui permet de donner une consistance homogène au patrimoine[7].

202. Opératoire sur le terrain de la dogmatique, le concept d'appartenance l'était tout autant face aux textes fondamentaux applicables en la matière. Ainsi est-il apparu que le concept d'appartenance était conforme aux textes constitutionnels[8] et aux textes européens[9] applicables.

203. De la même manière, il a pu être constaté que le concept d'appartenance ne heurtait nullement les articles 544 et 537 C.civ. Alors que le premier texte méritait d'être tenu pour indifférent en raison de ce qu'il ne concerne que le droit de propriété[10], il est apparu que le

---

[1] Voir *supra* n° 136.
[2] Voir *supra* n° 139.
[3] Voir *supra* n° 130.
[4] Voir *supra* n° 149.
[5] Voir *supra* n° 153.
[6] Voir *supra* n° 154.
[7] Voir *supra* n° 151.
[8] Voir *supra* n° 167 & suiv.
[9] Voir *supra* n° 175 & suiv.
[10] Voir *supra* n° 191.

second était le fondement le plus solide de ce concept d'appartenance. Selon ce texte, le droit de disposer, en principe complet, permettant ainsi la libre disposition des biens *appartenant* aux particuliers, pouvait faire l'objet de modifications par la loi[1].

204. Au-delà de son soutien au concept d'appartenance, dans un second temps, l'article 537 C.civ. s'est révélé constituer un argument puissant en faveur d'une qualification originale de l'inaliénabilité en ce qu'il est loisible à l'interprète du texte d'estimer que les modifications établies par les lois doivent s'entendre des hypothèses dans lesquelles l'appartenance se voit modifiée par l'effet d'une norme[2].

La loi dispose donc du pouvoir de moduler la relation d'appartenance en privant cette dernière du droit disposer, rendant ainsi le bien approprié inaliénable.

205. L'irruption de la norme dans le concept de restriction au droit de disposer permet de supposer que la matière des inaliénabilités est immense. De cette immensité, il serait toutefois surprenant que l'on ne puisse pas inférer quelques enseignements, permettant de dégager des principes invariables, communs à toutes les restrictions au droit de disposer. Ces principes invariants ne sont que les conditions de la mise en œuvre de cette nouvelle qualification de l'inaliénabilité : la restriction au droit de disposer.

[1] Voir *supra* n° 192 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 196.

Section II. La mise en œuvre d'une qualification adéquate

206. Mettre en œuvre la qualification originale de restriction au droit de disposer permet de mieux cerner la nature spécifique de l'inaliénabilité. Celle-ci reposerait sur une norme, ce qui impose de trancher définitivement la question de sa source. Devant les puissants effets de ces restrictions on pourrait alors s'attendre à ce que la nature de l'acte juridique les établissant soit d'une importance cruciale.

Or, les modes d'établissement de ces mesures sont extrêmement variés. L'inaliénabilité semble résulter de toutes sortes d'actes juridiques. Par ailleurs elle peut être établie directement par une norme sans le secours de la moindre manifestation de volonté particulière. Si l'inaliénabilité résultait tantôt de la volonté, tantôt de la loi, il serait tentant d'en conclure qu'existe une véritable dualité quant aux modes de constitution de l'inaliénabilité. Il faut cependant aller beaucoup plus loin, cette dualité n'est qu'apparente. En tout état de cause, l'inaliénabilité repose toujours sur une norme (§1).

Que la source de l'inaliénabilité soit exclusivement normative ne signifie pourtant pas que celle-ci soit abandonnée à l'arbitraire de l'auteur d'une norme. En tout état de cause, l'établissement de l'inaliénabilité obéit à un principe intangible : l'appartenance d'un bien ne peut être redéfinie par l'effet d'une norme qu'au moment-même où cette relation d'appartenance se constitue. La qualification choisie, celle de restriction au droit de disposer, permet donc de délimiter préciser le moment auquel l'inaliénabilité peut être constituée (§2).

§1: La source de l'inaliénabilité

207. Il est ici nécessaire de sérier les différents phénomènes par lesquels une inaliénabilité semble initier ses effets. Or cette étude est particulièrement déceptive tant les causes de l'inaliénabilité semblent variées. Dans certains cas, l'inaliénabilité résulte d'un acte juridique[1] mais il ne semble pas que la nature de cet acte juridique soit déterminante. Par ailleurs dans de nombreuses hypothèses, l'inaliénabilité ne résulte même pas d'un acte juridique. Elle est directement établie par une norme.

Le constat qui s'impose est donc celui de la diversité des modes de constitution des inaliénabilités. A ce stade, une trop grande considération envers de simples apparences

[1] Très classiquement, on considère ici qu'un acte juridique est une manifestation de volonté(s) en vue de produire des effets de droit.

conduirait à conclure sur la dualité des sources de l'inaliénabilité (A), il s'agirait tantôt de la volonté, tantôt de la loi.

208. Une telle conclusion serait trop rapide, les phénomènes par lesquels l'inaliénabilité semble être initiée sont en réalité totalement indifférents. La dualité de sources se révèle n'être qu'une apparence car l'inaliénabilité repose toujours sur une norme qui la prescrit ou l'autorise.

Ce fondement nécessairement normatif des différentes variétés d'inaliénabilité peut être vu comme la conséquence de la qualification de ces dernières en termes de restrictions au droit de disposer. Au-delà d'une apparente dualité de sources, c'est bien l'unicité de la source de l'inaliénabilité qu'il faut constater (B).

A) L'apparente dualité des sources des inaliénabilités

209. La diversité des modes de constitution de l'inaliénabilité pourrait résulter de la distinction existant entre les inaliénabilités stipulées dans un acte juridique et les inaliénabilités établies directement par une norme, indépendamment de tout acte juridique. Il semblerait donc que l'on puisse opposer les inaliénabilités selon qu'elles sont choisies ou imposées.

Les inaliénabilités choisies (1) pourraient être fondées sur la volonté des parties aux actes juridiques en cause. Face à ces inaliénabilités fondées sur la volonté, existeraient des inaliénabilités imposées (2), lesquelles reposeraient alors directement sur la loi les prescrivant.

1) Les inaliénabilités choisies

210. Au premier rang des inaliénabilités choisies se trouve bien évidemment l'inaliénabilité conventionnelle, cette inaliénabilité qui résulte de la stipulation d'une clause d'inaliénabilité. L'article 900-1 C.civ. dispose en effet que les clauses d'inaliénabilité insérées dans des donations sont valables si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Dans cette hypothèse, il apparaît que la clause d'inaliénabilité présente toutes les caractéristiques d'une stipulation contractuelle. La donation, de l'avis de tous, est un contrat[1]. Le contrat est une espèce particulière au sein du genre " convention "[1]. Une

[1] L'article 1101 C.civ. dispose entre autres, qu'un contrat est une convention par laquelle une personne s'oblige envers une autre à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. L'article 1103 C.civ. dispose immédiatement à la suite qu'un contrat est unilatéral lorsqu'une personne est obligée envers une autre sans que de la part de cette

convention est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, destiné à produire un effet de droit quelconque[2]. S'il est tout à fait possible que l'inaliénabilité présente un fondement contractuel, il n'est pas interdit que cette dernière soit incluse dans une simple convention.

Du moins, il n'est pas impossible que l'inaliénabilité résulte d'un acte dont la nature contractuelle est discutée[3]. Si l'on prend le cas des statuts de la société, leur nature est indubitablement celle d'une convention. Une convention est un acte juridique collectif puisqu'il émane d'au moins deux personnes[4]. Si l'on doute que les statuts d'une société ne créent que des obligations, on peut rejeter leur qualification de contrat. Mais rien n'empêche d'en maintenir la nature conventionnelle. Or, l'article L. 227-13 C.com[5]. permet l'inclusion dans les statuts de la S.A.S. de clauses d'inaliénabilité des actions[6]. Dans cette hypothèse précise, l'inaliénabilité semble résulter d'une convention et non plus d'un contrat.

211. Dans ces deux hypothèses d'inaliénabilité, les actes contenant les clauses d'inaliénabilité sont la manifestation de volontés conjointes. Lorsque l'inaliénabilité est incluse dans une donation, elle semble puiser sa force dans la manifestation des volontés conjointes du donateur et du donataire. Lorsqu'elle résulte d'une simple convention, l'inaliénabilité statutaire des actions de la S.A.S. semble, elle, trouver sa justification dans une manifestation collective de volontés, il s'agit alors de la volonté des associés.

Il semble donc l'union de plusieurs volontés parvienne à créer une inaliénabilité. Si l'union de plusieurs volontés suffit à établir une inaliénabilité, on peut se demander si une volonté isolée pourrait parvenir au même résultat.

---

dernière, il n'y ait d'engagement. La donation est un acte par lequel seul le donateur s'oblige. Elle constitue donc un contrat, qui plus est unilatéral. Sur l'équivalence des termes " à titre gratuit " et " unilatéral ", voir Fr. CHENEDE, *Les commutations en droit privé - Contribution à la théorie générale des obligations*, Thèse Paris II, préf. A. GHOZI, Economica, 2008, n° 212.

[1] Ch. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat, Conditions de formation*, Droit civil, Tome III, 1ère Partie, Economica, 2007, n° 73.

[2] G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 8ème édition, 2007 *V°* Convention, I.

[3] Voir sur ce point : M. GERMAIN, L. VOGEL, *Traité de droit commercial*, Tome 1, L.G.D.J., 17ème édition, 1998, n° 1013 & suiv, rappelant l'état de la controverse sur la nature de la société opposant les tenants de sa conception contractuelle à ceux de sa conception institutionnelle.

[4] Nous excluons donc la question de la société unipersonnelle du débat. A vrai dire, dans cette hypothèse, la clause d'inaliénabilité statutaire s'apparenterait davantage à une déclaration unilatérale d'inaliénabilité.

[5] Article L. 227-13 C.com. : " Les statuts de la société peuvent prévoir l'inaliénabilité des actions pour une durée n'excédant pas 10 ans ".

[6] Sur le rapprochement entre les clauses statutaires d'inaliénabilité des actions et les clauses d'inaliénabilité de l'article 900-1 C. civ. ; voir *supra* n° 68 & suiv.

212. La question posée est désormais celle d'une éventuelle inaliénabilité dont le fondement serait un engagement unilatéral de volonté. Là encore, cette possibilité est expressément permise par l'article 900-1 C.civ. qui dispose que la clause d'inaliénabilité peut affecter un " bien légué ". Le legs, prévu par le testament du *de cujus*, est un acte de disposition à cause de mort par lequel le disposant transfère un bien au légataire. Le testament est " un acte unilatéral de dernière volonté par lequel un individu dispose de ses biens pour le temps où il ne sera plus "[1]. Le caractère unilatéral du testament n'appelle pas de développements particuliers si ce n'est que, dans toutes les hypothèses, le gratifié peut renoncer à la libéralité s'il ne souhaite pas recevoir un bien dont il ne saurait disposer pleinement.

Une alternative simple est ici inéluctable. Premièrement, il se peut que le bien légué bénéficie à un héritier réservataire. Or, " l'héritier doit recevoir sa réserve libre de toute charge "[2]. La solution, déjà ancienne[3], n'est pas discutée. Une clause d'inaliénabilité ne peut donc être stipulée, qui porterait atteinte à la réserve. Deuxièmement, si la libéralité s'impute sur la quotité disponible, il est loisible à celui qui la consent, par voie testamentaire, de l'assortir d'une telle clause. A cette seule condition, une inaliénabilité peut résulter d'une manifestation unilatérale de volonté.

213. Si la volonté est bien le fondement des inaliénabilités choisies, rien n'interdit donc de concevoir de nouvelles hypothèses d'inaliénabilité. Ainsi, puisqu'une volonté unilatérale est apte à fonder une inaliénabilité conventionnelle par le biais de la clause d'inaliénabilité accompagnant un legs, on peut se demander si cette volonté unilatérale ne suffirait pas à établir une nouvelle inaliénabilité indépendamment de tout legs.

Une telle inaliénabilité a déjà été envisagée en doctrine[4]. Ainsi PLANIOL dans une note de jurisprudence[5] se demandait ce qui interdirait au propriétaire d'établir sur ses propres biens les entraves qu'un tiers peut lui imposer à l'occasion d'une libéralité. En théorie cela est tout à fait envisageable, fondée sur la volonté, l'inaliénabilité devrait pouvoir résulter d'une volonté seule.

---

[1] G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 8ème édition, 2007, *V°* Testament.

[2] M. GRIMALDI, *Successions*, Droit civil, Litec, 6ème édition, 2001, n° 335 & les références jurisprudentielles citées, et la formule de l'article 912 C.civ. : " La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges (...) ".

[3] Voir en ce sens, BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse, Paris, 1902, p. 309 & les anciennes décisions citées, MAGUET, note sous Cass. Req., 20 février 1939, *D.C.*, 1941, 1, p. 22.

[4] Comp. ACHARD, *Les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors des cas prévus par la loi*, Thèse Grenoble, 1910, p. 3.

[5] PLANIOL, note sous Cass. civ., 22 juillet 1896, *D.*, 1898, 1, p. 17.

214. Chemin faisant, on s'aperçoit que la plus grande hétérogénéité est appelée à régner en matière d'inaliénabilités choisies. Les actes juridiques censés fonder ces inaliénabilités peuvent se présenter sous de multiples formes, ils sont tour à tour unilatéraux[1], bilatéraux[2] ou multilatéraux[3]. Mais un point commun pourrait être trouvé entre ces différentes hypothèses. L'inaliénabilité semble toujours résulter d'un acte juridique, d'une manifestation de volonté(s) réalisée en vue de produire des effets de droit. Un tel fondement pose cependant un certain nombre de difficultés.

En effet, s'engager sur ce chemin est périlleux puisque rien n'interdirait plus de concevoir de nouveaux cas d'inaliénabilité stipulés sur le seul fondement de la force de la volonté. Le risque d'une multiplication des cas d'inaliénabilité ne doit cependant pas être surévalué : il existe de nombreuses inaliénabilités imposées et le fait qu'elles soient très communes ne soulève pas de difficultés particulières.

Tout concourt donc à rapprocher ces inaliénabilités choisies des inaliénabilités imposées. Si une distinction devait subsister entre les unes et les autres, ce serait moins en raison de leurs régimes juridiques ou de leurs effets, assez voisins, qu'eu égard à leurs sources nécessairement différentes.

2) Les inaliénabilités imposées

215. Jusqu'à présent, n'ont été envisagées que les inaliénabilités semblant résulter de manifestations de volonté. Pourtant dans de nombreuses hypothèses, la loi elle-même prescrit d'autorité l'inaliénabilité d'un bien. Bien que ces inaliénabilités légales soient en pratique extrêmement fréquentes, elles sont rarement étudiées comme si l'inaliénabilité[4] ne méritait d'être étudiée que lorsqu'elle " résulte " de la volonté. Il est vrai que c'est dans ce dernier cas qu'elle paraît présenter son caractère le plus exorbitant. Cela pourrait néanmoins être contesté.

Les inaliénabilités légales produisent des effets tout aussi puissants que les inaliénabilités choisies. Leur fondement légal, s'il évite toute contestation de leur validité, aurait pourtant pu être considéré avec circonspection. En effet ces inaliénabilités légales (a) sont subies nonobstant toute acceptation de leurs effets par leurs " victimes ".

---

[1] Il s'agit ici des restrictions au droit de disposer établies par testament, voir *supra* n° 211.
[2] Il s'agit des restrictions au droit de disposer établies par contrat, voir *supra* le cas des donations n° 209.
[3] Il s'agit enfin des restrictions au droit de disposer établies dans les statuts de société par actions simplifiée, voir *supra* n° 209.
[4] Voir cependant, R-N. SCHÜTZ, *Rep. civ.*, Dalloz, 1999, *V°* Inaliénabilité, n° 30 à 32.

A peine moins forcées sont les inaliénabilités qui résultent d'une décision judiciaire. Ces inaliénabilités judiciaires (b), que l'on rencontre surtout en matière de procédures collectives tirent leur force du commandement d'un juge, qui, habilité par la loi, frappe d'inaliénabilité l'un des biens du débiteur. Pas plus que les inaliénabilités légales, ces inaliénabilités judiciaires ne requièrent d'être acceptées par celui qui les subit.

a) Les inaliénabilités légales

216. De telles mesures sont d'une occurrence fréquente. Chaque fois que le besoin s'en fait sentir, le législateur n'hésite pas à prescrire d'office l'inaliénabilité d'un bien[1]. Néanmoins, il ne saurait être question de relever l'existence d'une inaliénabilité chaque fois que le législateur par un moyen ou un autre a entendu rendre plus délicate l'aliénation d'un bien. Il ne saurait y avoir d'inaliénabilité si le législateur ne l'a pas lui-même prévu. Les inaliénabilités légales sont donc les hypothèses dans lesquelles un texte prescrit expressément qu'un bien est inaliénable.

Cependant, nous avons vu que l'inaliénabilité pouvait s'analyser comme la disparition du droit de disposer d'un bien[2]. Or, si l'on admet que tous les biens d'une personne sont les droits patrimoniaux dont elle est titulaire[3], une telle disparition du droit de disposer est envisageable pour chacun des biens de la personne. Par conséquent, l'inaliénabilité est susceptible de frapper n'importe quel droit patrimonial. Il en résulte que l'incessibilité ne

---

[1] Si le législateur poursuit un objectif bien précis en prescrivant une inaliénabilité, il nous semble contestable de faire de ce besoin la source de l'inaliénabilité. Comp. FR. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 385. Etudiant certaines inaliénabilités légales, l'auteur les qualifie en " indisponibilités réelles ". Il relève ainsi " La qualification ne dépend que d'une donnée : le *but* de l'indisponibilité, qui génériquement se ramène à l'affectation personnelle du bien, et qu'il est souvent possible d'induire de la présence de certains signes dans le régime de l'indisponibilité considérée, notamment l'insaisissabilité. " Une telle affirmation élude totalement le rôle de la norme en matière d'inaliénabilité. A bien suivre cette conclusion, on en viendrait donc à concevoir que les indisponibilités réelles peuvent être librement établies, au gré des affectations que tout un chacun peut s'inventer. On relèvera en outre qu'il paraît difficile d'induire une affectation d'un élément du régime juridique de l'indisponibilité tant il est certain que la première, si elle est véritablement le fondement de l'indisponibilité, doit commander et non laisser supposer le régime juridique en cause. Cela fait d'ailleurs douter du fondement retenu puisque l'on distingue mal quelle peut être son utilité dès lors qu'il n'apparaît qu'au travers du régime juridique de l'indisponibilité. Par ailleurs, l'auteur analyse de nombreuses inaliénabilités légales comme des " indisponibilités subjectives " (sur lesquelles, voir Fr. PLANCKEEL, *op. cit.*, p. 460 & suiv.). Ces indisponibilités subjectives manifesteraient ainsi la privation du pouvoir de disposer du propriétaire. Sur le fond nous adhérons totalement à cette analyse puisque les inaliénabilités légales sont autant de restrictions au droit de disposer. Cependant, voir dans le mécanisme une atteinte à la propriété que l'on exerce sur les choses et les droits nous semble fort contestable, voir *supra* n° 149 & suiv.

[2] Voir *supra* n° 124 & suiv.

[3] Voir *supra* n° 115 & suiv.

devrait pas être distinguée de l'inaliénabilité[1]. Les inaliénabilités légales ne doivent donc pas être distinguées des incessibilités légales.

Si l'on opte pour cette définition élargie des inaliénabilités légales, on s'aperçoit que la matière est encore plus vaste puisqu'il faudrait ici envisager les inaliénabilités ou les incessibilités prescrites par le législateur lorsqu'il le juge opportun. Ces inaliénabilités légales peuvent être aussi variées que les droits patrimoniaux dont le législateur a entendu proscrire la cession parce qu'il le jugeait opportun. Une grande hétérogénéité règne donc en la matière.

217. Ces inaliénabilités légales peuvent tout d'abord frapper un droit de propriété portant sur des choses corporelles. Pareille mesure existe à lors de la cession d'éléments de l'actif d'une entreprise ayant fait l'objet d'une procédure collective. L'article L. 642-9 alinéa 1 C.com.[2] dispose en effet que le cessionnaire ne peut aliéner les biens corporels acquis tant que le prix de cession n'a pas été payé[3].

La mesure prend effet à compter de la réception des biens cédés par le cessionnaire. Ces derniers lui échoient incessibles et ils le resteront tant que le prix de cession n'aura pas été payé. L'inaliénabilité légale présente ici un caractère temporaire puisque le prix de cession devra forcément être payé par le cessionnaire.

218. Mais l'inaliénabilité légale peut aussi frapper un droit réel sur la chose d'autrui. D'une importance pratique considérable, les inaliénabilités frappant des droits réels sur la chose d'autrui suscitent peu de contentieux en raison sans doute du caractère évident des solutions instaurées.

Ainsi l'article 634 C.civ. dispose-t-il que le droit d'usage et d'habitation ne peut être " ni cédé ni loué "[4]. Pourtant le droit d'usage et d'habitation est à n'en point douter un bien, patrimonial, puisqu'il est un droit réel[5]. Mais ce droit réel ne pourra jamais être cédé.

---

[1] Voir *supra* n° 134 & suiv.

[2] Cette disposition issue de l'article 111 de la loi n° 2005-845 réformant les procédures collectives reprend les dispositions de l'ancien article L. 621-91 C.com.

[3] Une telle mesure vise à éviter que le cessionnaire ne dépèce l'actif d'une entreprise en opérant une revente au détail avant même qu'il ait lui-même satisfait à ces propres obligations. Cette mesure a pour vocation de limiter le rachat d'éléments de l'actif de l'entreprise en difficulté à des fins spéculatives.

[4] L'intention du législateur de 1804 était sûrement d'établir le plus fermement possible cette incessibilité du droit d'usage et d'habitation puisque curieusement l'article 631 C.civ. dispose lui aussi que " l'usager ne peut céder ni louer son droit à un autre ".

[5] Voir en ce sens Ch. LARROUMET, *Les biens, Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 445.

Le même constat peut être fait à propos du droit de jouissance légale des parents sur les choses appartenant à leurs enfants[1]. Ce droit de jouissance légal est dans une certaine mesure soumis au même régime juridique que l'usufruit[2] et certains auteurs n'hésitent pas à le qualifier de véritable usufruit légal[3]. S'il s'agit d'un tel droit réel, les parents l'exercent sur les choses appartenant à l'enfant de moins de seize ans[4] tant qu'ils sont titulaires de l'autorité parentale. L'assiette de ce droit s'étoffe à la mesure de ce que reçoit l'enfant[5] mais ce droit ne peut jamais être cédé[6].
De sa naissance à sa disparition, ce droit réel, comme le droit d'usage et d'habitation reste irrémédiablement attaché à la personne de ses titulaires[7].

219. Un constat identique peut être formulé lorsque l'on songe à l'incessibilité partielle des créances salariales.[8] Cette incessibilité légale frappe cette fois-ci un droit personnel, la créance de salaire. Une telle incessibilité prend effet à compter de la naissance de la créance. On remarque ainsi qu'à aucun moment le salarié n'a la possibilité de céder intégralement sa créance de salaire. L'appartenance de la fraction insaisissable de cette créance fait l'objet d'une limitation au moment où naît la créance mais la mesure n'est pas limitée dans le temps : les créances salariales, au moins dans une certaine portion, restent incessibles[9].

220. Dans le cas de l'incessibilité légale du droit d'usage et d'habitation, en ce qui concerne l'usufruit des parents sur les choses dont leur enfant a la propriété comme dans le cas de l'incessibilité des créances salariales, une restriction au droit de disposer produit à l'égard d'un bien des effets qui ne sont pas limités dans le temps. Entendons-nous bien, ce n'est pas que ces inaliénabilités soient éternelles : s'agissant des droits réels, ils sont forcément viagers tandis que la créance de salaire elle a vocation à être payée à son créancier. A terme, l'inaliénabilité disparaît donc forcément. Cependant, il faut constater que ces inaliénabilités ont une durée équivalente à celle du droit inaliénable. Durant autant que leur objet, dans une certaine mesure, ces inaliénabilités légales ne sont pas véritablement temporaires.

---

[1] Cette institution est prévue aux articles 382 & suiv. C.civ.
[2] Voir par exemple les articles 384-3°, 385-1° C.civ.
[3] Voir sur ce point : Fr. TERRE, D. FENOUILLET, *Les personnes, La famille, Les incapacités*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2005, n° 1110 et 1111.
[4] Article 384-1° C.civ.
[5] Sauf les cas prévus à l'article 387 C.civ.
[6] Voir en ce sens : Fr. TERRE, D. FENOUILLET, *Les personnes, La famille, Les incapacités*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2005, n° 1111.
[7] Voir pour le rapprochement entre ces deux institutions, P. CUCHE, *Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution*, Petits Précis, Dalloz, 6ème édition, 1949, n° 23, p. 24.
[8] Voir article L. 145-1& suiv. C.trav.
[9] Article L. 145-3 *in fine* C. trav.

On sait pourtant qu'une des conditions de validité de l'inaliénabilité conventionnelle est qu'elle soit temporaire[1]. Cette condition ne se retrouve pas pour les inaliénabilités ayant une origine légale. Par conséquent, on ne peut ériger le caractère temporaire de la mesure en condition générale de validité des restrictions au droit de disposer. Toutes les espèces du genre n'y sont pas soumises ainsi que le démontrent les exemples précédents.

221. Mais il faut tout de même relever que dans les trois derniers cas envisagés, le droit de disposer n'a jamais existé complètement puisque le bien est inaliénable dès sa naissance. Initialement nous avions pourtant affirmé qu'une restriction au droit de disposer supposait qu'un droit de disposer normalement plein et entier fasse l'objet *a posteriori* d'une limitation[2]. Or dans notre cas, si le bien est inaliénable dès sa naissance, à aucun moment n'existe un droit de disposer qui fait l'objet *a posteriori* d'une restriction.

De ce point de vue, ces situations ne sont pas sans rappeler les choses hors commerce à propos desquelles le droit de disposer, en l'absence d'une quelconque appropriation, est inconcevable. Ce rapprochement peut être fertile dès lors que l'on admet que les choses hors commerce sont des choses qui n'ont pas vocation à être détachées de la personne humaine[3]. Il est piquant de relever que le droit d'usage et d'habitation, le droit de jouissance légal des parents, les créances salariales du fait de leur caractère alimentaire, sont des biens dont le caractère personnel est exacerbé[4].

Pourtant, la distinction avec les choses hors commerce subsiste en raison du caractère patrimonial de ces différents éléments. A la différence des choses hors commerce, le droit de disposer de ces différents biens ne semble pas inconcevable, il se trouve seulement qu'en raison d'une norme particulière, il sera restreint. Dès lors que le droit d'usage et d'habitation et le droit de jouissance légale des parents sont des droits réels, il n'est pas inconcevable d'envisager leur cession, de même qu'une créance, fut-elle salariale, reste un bien ayant

---

[1] Voir l'article 900-1 C.civ. : " les clauses d'inaliénabilité (...) ne sont valables que si elles sont temporaires (...) ".
[2] Voir *supra* Introduction, n° XV *in fine.*
[3] Voir en ce sens : I. MOINE, *Les choses hors commerce*, Préf. E. LOQUIN, Thèse, L.G.D.J., 1997, n° 3 & 4.
[4] Ce rapprochement avec les choses hors commerce laisse supposer que la patrimonialité ne s'oppose pas aussi nettement que l'on pourrait le croire à l'extra-patrimonialité. Entre les deux extrêmes subsiste une grande variété de situations intermédiaires dans lesquelles la patrimonialité s'amoindrit, en raison par exemple des liens étroits qu'entretiennent les choses concernées avec ceux auxquels elles appartiennent. Au stade ultime, les choses hors commerce, la patrimonialité est si évanescente que les choses ne sont plus susceptibles d'être l'objet d'un droit patrimonial : elles sont devenues des choses hors commerce. Toute proportion gardée, on retrouve une idée comparable quant à l'objet des droits inaliénables dès leur constitution. Sur la question des degrés variables de la patrimonialité voir P. CATALA, La transformation du patrimoine en droit civil moderne, *R.T.D. civ.*, 1966, p. 185 & suiv., spéc. n° 25 & suiv. Sur la justification des différents degrés de la patrimonialité, voir de même, D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 368.

vocation à circuler. C'est d'ailleurs la contemplation de cette vocation naturelle à la circulation qui justifie que ces biens pour des raisons évidentes au législateur échappent à celle-là[1].

222. Ces restrictions sont des commandements directs de normes, elles ont lieu même si ceux qui les subissent ne les ont pas choisies. Elles reposent toutes sur un texte qui prescrit l'inaliénabilité ou l'incessibilité du bien en cause. Dans toutes les hypothèses d'inaliénabilité ou d'incessibilité légales, le seul fondement de l'inaliénabilité qui soit envisageable est une norme, la loi, qui édicte expressément la mesure.

Parfois cependant l'inaliénabilité est laissée à la discrétion du juge. Elle n'en est pas moins imposée à ceux qui la subissent sur le fondement d'une norme.

b) Les inaliénabilités judiciaires

223. Les inaliénabilités judiciaires se rencontrent essentiellement à l'occasion des procédures collectives[2]. Ainsi, il est loisible au Tribunal décidant de la cession de l'actif d'une entreprise faisant l'objet d'une procédure collective, de déclarer inaliénables pour la durée qu'il fixe certains biens inclus dans la cession. Prévue désormais[3] à l'article L. 642-10 C.com., cette inaliénabilité d'origine judiciaire frappera les biens concernés dès leur entrée dans l'actif patrimonial du cessionnaire.

A l'occasion de l'adoption d'un plan de continuation, une mesure similaire est laissée à la discrétion du Tribunal. L'article L. 626-14 C.com. permet ainsi au juge de rendre inaliénables les biens du débiteur qu'il estime indispensables à la continuation de l'entreprise[4]. La mesure prend effet sur les biens du débiteur à compter de l'adoption du plan. On relèvera simplement qu'elle est établie en dehors de toute cession de ces derniers.

224. Dans ces deux cas, l'inaliénabilité ne peut pas être fondée sur la volonté des parties en cause. Il est évident que l'inaliénabilité est imposée par le juge. Les motifs qui président à sa décision sont variés.

---

[1] En revanche, à titre de comparaison, les droits de la personnalité, malgré leur dénomination qui prête à confusion, n'ont aucunement vocation à circuler entre patrimoines, ils ne sont pas cessibles comme les droits réels ou personnels. Ils ne sont donc pas l'objet de restrictions au droit de disposer.

[2] Sur le rapprochement entre les inaliénabilités du droit civil et les inaliénabilités judiciaires prononcées à l'occasion d'une procédure collective, voir Y. GUYON, L'inaliénabilité en droit commercial, *Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 267 & suiv., spéc. p. 268 & suiv.

[3] Auparavant, cette disposition était prévue à l'article L. 621-92 C.com.

[4] Article L. 626-14 C.com.

Dans le cas de l'inaliénabilité des biens inclus dans un plan de cession, on peut supposer que l'inaliénabilité judiciaire a pour vocation d'éviter que les biens cédés soient la proie de repreneurs tentés par le démantèlement de l'actif patrimonial[1]. Dans le cas de l'inaliénabilité accompagnant l'adoption d'un plan de continuation, l'inaliénabilité a plutôt vocation à simplement protéger le débiteur.

225. Finalement, l'étude des différentes hypothèses d'inaliénabilité imposée permet la délivrance d'un double enseignement. D'une part, on découvre que l'inaliénabilité peut résulter du simple commandement d'une norme qui va prescrire l'inaliénabilité ou simplement permettre au juge de l'établir. L'inaliénabilité imposée va donc tirer sa force du seul commandement d'une norme.

Face à ces inaliénabilités imposées, il semblerait que l'on puisse mettre en évidence l'existence d'une variété d'inaliénabilités fondées sur une ou plusieurs manifestations de volontés. Cette dualité de sources des inaliénabilités suscite un certain nombre de difficultés.

En effet, là où il n'est pas possible de découvrir une inaliénabilité imposée sans texte, il semble possible de découvrir des inaliénabilités choisies malgré l'absence de textes. Si le premier fondement est limitatif, on a du mal à percevoir les frontières qui pourraient borner le second.

En réalité, une toute autre analyse du fondement des inaliénabilités choisies est possible, plus respectueuse de la qualification adoptée : celle de restriction au droit de disposer. De cette qualification unique, une source unique de l'inaliénabilité peut être tirée.

B) L'unicité de la source de l'inaliénabilité

226. La dualité des sources de l'inaliénabilité repose sur le seul postulat que les inaliénabilités choisies ont pour fondement la volonté des parties des parties en cause. Ce postulat peut être remis en cause. Si l'on tient pour acquise l'analyse renouvelée de l'inaliénabilité, il apparaît qu'une restriction au droit de disposer, une inaliénabilité, est forcément dotée d'un fondement normatif (1).

Si cette affirmation peut facilement être vérifiée en ce qui concerne les inaliénabilités imposées, une telle vérification ne semble pas aussi aisée à réaliser en ce qui concerne les inaliénabilités choisies. Cette vérification n'est pourtant pas impossible à mener. La mener à

[1] Sur cette justification, voir déjà, *supra* n° 216 et les références citées.

son terme sera un moyen d'éprouver la qualification de l'inaliénabilité que l'on a retenue : celle de restriction au droit de disposer.

227. Que les atteintes au droit de disposer soient nécessairement normatives signifie-t-il que la volonté n'a aucune incidence en matière d'inaliénabilité ? Certainement pas ! Si la volonté n'avait aucune incidence en matière d'inaliénabilités, la distinction des inaliénabilités choisies et des inaliénabilités imposées n'aurait aucun intérêt. Il est vrai que sans texte, il n'est pas question de choisir l'inaliénabilité, en revanche, dès lors qu'un texte la permet, l'inaliénabilité peut toujours être choisie.

Dans toute inaliénabilité choisie, la volonté conserve donc un rôle subsidiaire (2). Elle n'est point la source de l'inaliénabilité, elle conditionne simplement l'effectivité de cette dernière.

1) Le fondement nécessairement normatif de l'inaliénabilité

228. L'article 537 C.civ. disposant que les particuliers ont la libre disposition de leurs biens[1], en principe, le droit de disposer est plein et entier. Cependant, cette libre disposition ne s'exerce que sous la réserve " des modifications établies par les lois "[2]. Le droit de disposer peut donc être remis en cause par une norme. Les inaliénabilités s'analyseraient ainsi comme des hypothèses dans lesquelles une norme, amputant la substance de l'appartenance, prive une personne du droit de disposer de l'un de ses biens, le bien inaliénable. De cette analyse, il s'évince que le droit de disposer ne peut être remis en cause que par une norme.

229. La caractérisation de cette norme ne pose aucune difficulté en ce qui concerne les inaliénabilités légales. Celles-ci, imposées par la loi, supposent nécessairement qu'un texte les ait prévues. En revanche, l'étude des inaliénabilités choisies avait révélé qu'elles étaient apparemment la conséquence d'actes juridiques. Bien qu'hétérogènes[3], ces actes juridiques permettaient de considérer que l'inaliénabilité était cet effet de droit en vue duquel une manifestation de volonté(s) avait été extériorisée[4]. L'inaliénabilité choisie semblait donc fondée sur la volonté des intervenants à l'acte. Ce constat doit être combattu pour au moins deux raisons.

D'une part, l'article 537 C.civ. n'affirme nullement que " les particuliers ont la libre disposition des droits qui leur appartiennent sous réserve de la volonté contraire qu'ils

---

[1] Voir *supra* n° 192 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 196.
[3] Voir *supra* n° 213.
[4] Voir *supra* n° 212 & 213.

pourraient exprimer ". La disposition des biens doit rester l'affaire du législateur, lui seul peut décider de la complétude ou de la restriction du droit de disposer. En effet, le principe-même de la complétude du droit de disposer résulte de la loi, il serait pour le moins étrange que cet édifice puisse être ruiné par le simple effet de volontés contraires.

D'autre part, si l'article 537 C.civ. ne pare pas la volonté de la force nécessaire à la modification de la substance du droit de disposer, il faut caractériser la norme bénéficiant de ce pouvoir dans toutes les hypothèses d'inaliénabilité choisie. Or pour chacune des hypothèses d'inaliénabilité choisie envisagées jusqu'à maintenant, la caractérisation d'une telle norme est possible. Il n'est donc nul besoin de fonder ces inaliénabilités choisies sur la volonté.

230. Une telle affirmation se doit d'être justifiée. Ainsi, concernant les clauses d'inaliénabilité statutaires des actions de S.A.S.[1], la norme restreignant l'appartenance des actions inaliénables gît tout simplement dans l'article L. 227-13 C.com.

En matière de clauses d'inaliénabilité " simples "[2], le fondement normatif de l'atteinte à la substance du droit de disposer réside dans l'article 900-1 C.civ. Ce dernier texte permet les clauses d'inaliénabilité frappant " biens donnés ou légués ". Sur le fondement de ce texte, seules les clauses d'inaliénabilité insérées dans des donations ou des legs seront valides. En revanche, ces clauses d'inaliénabilité pourront frapper n'importe quel type de biens donnés ou légués.

S'il résultait de l'interprétation de l'article 537 C.civ. que seule une norme pouvait restreindre l'appartenance d'un bien, il apparaît désormais que cette proposition ne peut être prise en défaut lorsque l'on examine le mécanisme des clauses d'inaliénabilité. Une telle norme existe forcément, il s'agit de la disposition législative permettant la mesure. Que l'on ne se méprenne pas toutefois sur le sens de cette démonstration. Il ne s'agit pas d'affirmer que, systématiquement, lorsque la loi permet un mécanisme, elle devient la source du mécanisme permis. Il s'est simplement agi de vérifier qu'une telle norme existait en présence d'une inaliénabilité choisie, conformément à ce que l'analyse en termes de restriction au droit de disposer laissait supposer. La norme permissive peut donc parfaitement, dans l'hypothèse des restrictions au droit de disposer, jouer le rôle de source.

---

[1] Sur lesquelles, voir *supra* n° 209 *in fine*.
[2] Voir *supra* n° 209.

231. Cette analyse renouvelée de l'inaliénabilité cantonne d'ailleurs au strict littéralisme. Si seule une norme peut restreindre l'appartenance, il ne saurait être question de retrancher ou d'ajouter quoi que ce soit à la lettre de la loi, la norme est ici le fondement nécessaire et suffisant de l'inaliénabilité. Parce que la norme est le fondement suffisant à l'établissement de l'inaliénabilité, la justification de celle-ci, qui résulte de la mise en œuvre de l'article 900-1 C.civ., ne doit pas être recherchée ailleurs que dans cette disposition. Ainsi, l'affectation familiale que protègeraient ces clauses doit être ramenée au rang d'une simple circonstance factuelle ayant peut-être guidée le législateur en 1971. Mais, ce n'est aucunement l'affectation familiale des biens donnés ou légués qui justifie l'inaliénabilité, ce n'est que la permission de l'article 900-1 C.civ. qui, le cas échéant, permet la protection d'une certaine affectation familiale au moyen d'une clause d'inaliénabilité. L'affectation familiale des biens inaliénables n'étant qu'une circonstance purement contingente, elle ne justifie en rien que l'on distingue les clauses d'inaliénabilité des autres cas d'inaliénabilité. De façon plus générale, ce n'est donc point l'affectation que veille à protéger l'auteur de la norme qui fonde l'inaliénabilité[1].

Parce que la norme est le fondement nécessaire de l'inaliénabilité[2], les clauses d'inaliénabilité de l'article 900-1 C.civ. sont valides dans toutes les hypothèses visées par cet

---

[1] De ce point de vue, la distinction entre les différents cas d'inaliénabilité permis ou prescrits par le législateur s'apparente à une simple étude de politique législative. Le législateur, ainsi que chacun sait, arbitre entre des considérations distinctes. Qu'il favorise l'une ou l'autre, qu'il désire protéger la famille, l'entreprise ou qu'au contraire il s'affranchisse de ces considérations ne permet nullement de dire, à notre sens, que l'affectation familiale ou professionnelle d'un bien justifie qu'il soit inaliénable. Cela ne le justifie que pour le législateur à un moment donné, et le temps passant, la solution pourra parfaitement être différente. L'évolution des affectations protégées par le législateur n'a donc aucune incidence sur la technique de l'inaliénabilité. Celle-ci reste à même de servir les affectations qu'il plaira au législateur de protéger. Parce que l'inaliénabilité a un fondement exclusivement normatif, l'affectation servie par l'inaliénabilité demeure une pure circonstance contingente, techniquement dépourvue d'effets. Comp. FR. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 385. Plus précisément, l'inaliénabilité d'un droit ne nous semble donc pas relever du statut normatif que peuvent fonder certaines affectations spécifiques d'une chose, ce que l'on nommerait sa destination. Sur cette dernière, perturbatrice des droits que l'on exerce en principe sur les choses affectées, voir R. BOFFA, *La destination de la chose*, Thèse Montpellier I, Préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Doctorat et Notariat, Tome 32, Defrénois, 2008, p. 230 & suiv., spéc. n° 340 & suiv.

[2] Comp. sur ce point, BERAUD, L'indisponibilité juridique, *D.*, 1952, Chr., p. 187 & suiv. L'auteur fait état des travaux d'un auteur italien NEGRO ayant " creusé la distinction entre l'indisponibilité et l'inaliénabilité ". (Pour un compte rendu en langue française des travaux de cet auteur italien, voir VOIRIN, *R.T.D.civ.*, 1951, p. 239). NEGRO aurait abouti à la conclusion selon laquelle l'inaliénabilité résulterait d'un lien objectif, affectant directement la chose. Ce lien, opposable à tous résulterait d'une destination particulière de la chose rendant celle-ci impropre au transfert. Une telle analyse, que notre absence de maîtrise de la langue italienne ne nous permet pas de restituer de façon complète, nous paraît pourtant souffrir une double critique. D'une part, le transfert semble concerner la chose ce qui présuppose que le droit de disposer est un élément du droit de propriété or cela nous semble contestable. D'autre part, l'idée d'une affectation particulière de la chose, source d'un statut spécifique de celle-ci, élude la mainmise du législateur en matière de restrictions à la libre inaliénabilité des biens. Dès lors que l'inaliénabilité n'a rien d'un droit réel, il nous semble délicat de justifier celle-ci par les particularités matérielles de la chose objet du droit inaliénable. L'inaliénabilité suppose l'entremise d'une norme dont sa qualification réelle, si

article mais uniquement dans les hypothèses qu'il vise. Or, il a parfois été admis que les clauses d'inaliénabilité insérées dans des actes à titre onéreux étaient " implicitement " validées par l'article 900-1 C.civ. Une telle interprétation de l'article 900-1 C.civ. est difficilement compatible avec la qualification de restriction au droit de disposer de l'inaliénabilité.

232. Indépendamment de toute réflexion sur la qualification de l'inaliénabilité, il semble bien que l'article 900-1 C.civ. n'ait jamais eu vocation à constituer le fondement textuel des clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre onéreux. Dès l'intervention du législateur[1], il a été relevé[2] que l'article 900-1 C.civ. ne concernait que les clauses d'inaliénabilité insérées dans des libéralités. La situation dans le Code de la disposition en est la manifestation la plus évidente. Le texte de l'article 900-1 C.civ. est inclus dans le chapitre II " De la capacité de disposer ou de recevoir par donations entre vifs ou par testament " du Titre II " Des donations entre vifs et des testaments " du Livre III du Code civil, ce dernier étant intitulé " Des différentes manières dont on acquiert la propriété ".
Réglant une question propre aux donations et testaments, l'intervention législative de 1971 ne préjuge aucunement de la validité ou de l'absence de validité des clauses d'inaliénabilité incluses dans des actes de disposition à titre onéreux. L'article 900-1 C.civ. ne règle donc pas le problème du fondement de l'inaliénabilité conventionnelle consécutive à un acte à titre onéreux[3]. Les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre onéreux seraient-elles des restrictions au droit de disposer dépourvues de tout fondement normatif ? On peut en douter.
En effet, l'article 900-1 C.civ. n'est pas la seule norme susceptible de limiter substantiellement l'appartenance de celui qui acquiert un bien à titre onéreux. Rien n'interdit de penser que la norme restreignant l'appartenance d'un bien est une norme jurisprudentielle[4]. Bien plus, avant 1971, toutes les clauses d'inaliénabilité reposaient sur des normes jurisprudentielles[5].

---

elle avait été exacte, aurait pu l'affranchir tant il est vrai que les biens, les droits, ne naissent pas forcément de la seule volonté du législateur.

[1] Loi n° 71-526 du 3 juillet 1971, article 1.

[2] Voir en ce sens, Ph. SIMLER, Les clauses d'inaliénabilité, *D.*, 1971, L., p. 476 & suiv., spéc. n° 22.

[3] Voir en ce sens, B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 154, p. 128.

[4] Sur l'existence des normes jurisprudentielles, voir, entre autres, J. MONEGER, La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : libres propos et images marines, *R.T.D.civ.*, 2005, p. 323 & suiv., spéc. p. 323.

[5] Pour la décision de principe initiant la validité des clauses d'inaliénabilité, voir Cass. Civ., 20 avril 1858 *in* Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 12ème édition, 2007, n° 73, p. 461 & suiv.

233. Il ne faut donc pas exclure l'existence d'une restriction du droit de disposer sous prétexte qu'aucune norme écrite ne l'établit[1]. Et justement, la jurisprudence continue d'admettre qu'une clause d'inaliénabilité puisse être insérée dans un acte à titre onéreux[2]. Par trois fois au moins la Cour de cassation a tiré toutes conséquences utiles de la stipulation d'une telle clause[3].

Dans une première décision du 10 décembre 1991[4], à l'occasion d'une vente mobilière passée par devant notaire, une clause d'inaliénabilité avait été stipulée " jusqu'au paiement du prix ". Les acquéreurs n'ayant pu régler le montant convenu, le bien a fait l'objet d'une vente par adjudication rapportant bien moins que le prix initialement convenu. Les vendeurs initiaux, ainsi que les acquéreurs n'ayant pu régler le prix, reprochèrent au notaire d'avoir procédé à une vente contrariant la clause d'inaliénabilité en vigueur, ce qui explique sans doute le faible produit de la vente par adjudication. Le notaire fut condamné à garantir les vendeurs initiaux de toutes les sommes dues par les acquéreurs. Dans son pourvoi en cassation, le notaire reprochait à la Cour d'appel de n'avoir point répondu à ses conclusions démontrant la caducité de la clause pour des raisons qu'il n'importe pas de développer ici. Son pourvoi fut rejeté. Selon la Cour de cassation, il n'était point fondé car les juges du second degré ont énoncé " que la vente par adjudication avait eu lieu alors que la clause d'inaliénabilité jusqu'à paiement du prix produisait toujours ses effets ".

La Cour de cassation ne semble nullement s'émouvoir de la stipulation d'une clause d'inaliénabilité dans une vente de biens mobiliers. Même si elle se garde bien d'avaliser les énonciations des juges du fond, on peut constater que dans cet arrêt, la responsabilité du notaire reste engagée sur le fondement d'une clause dont la validité aurait pu être discutée.

234. Dans une décision plus récente du 3 février 1998[5] et beaucoup moins confidentielle puisqu'elle a fait l'objet d'une publication au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, la première Chambre civile fit un pas de plus vers la consécration définitive de ces clauses.

---

[1] Voir ainsi, la distinction entre les différents cas d'inaliénabilité établie par PLANIOL *in Traité élémentaire de droit civil*, L.G.D.J., 4ème édition, 1906, n° 2340, p. 747 & suiv.

[2] Voir déjà pour le même constat au début du siècle, MALRIC, *La défense d'aliéner ou clause d'inaliénabilité dans les transmissions de propriété*, Thèse, Toulouse, 1908, p. 83 & suiv. Voir dans le même sens, A. RAISON, Des clauses d'inaliénabilité dans les contrats à titre onéreux, *J. not.*, 1954, n° 44228, p. 121 & suiv., spéc. p. 121 pour le rappel de décisions des juges du fond. Sur la jurisprudence antérieure, voir Th. REVET, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2007, *R.T.D.civ.*, 2008, p. 126.

[3] Voir sur ce point, Y. GUYON, L'inaliénabilité en droit commercial, *Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 267 & suiv., spéc. p. 272 *in fine*.

[4] Cass. Civ. 1ère, 10 décembre 1991, pourvoi n° 89-19074, inédit titré.

[5] Cass. Civ. 1ère, 3 février 1998, *Bull. civ.*, n° 44.

En l'espèce une clause d'inaliénabilité avait été stipulée à l'occasion d'une vente avec constitution de rente viagère. Plusieurs années plus tard, les acquéreurs débirentiers ont entendu vendre le bien malgré la clause. La vente litigieuse a fait l'objet d'un acte notarié dans lequel la présence de la clause était rappelée aux parties qui avaient déclaré " en faire leur affaire ". Le crédirentier demanda l'annulation de la vente contraire à la clause et la résolution de la vente avec constitution de rente viagère. Les juges du fond ayant fait droit à cette demande, les parties à la vente contraire à la clause tentèrent de mettre en cause la responsabilité du notaire sur le fondement de son devoir de conseil. Leurs arguments furent entendus par les juges du fond. Le notaire forma un pourvoi en cassation, obtenant gain de cause devant la Haute Juridiction. Celle-ci relève que le notaire avait correctement rempli son devoir de conseil en rappelant la teneur de la clause d'inaliénabilité.

On en déduit que les parties ne sauraient reprocher au notaire de les avoir laissées dans l'ignorance des effets désastreux de la clause pour l'opération envisagée. Là encore, pour la Cour de cassation, la validité d'une clause d'inaliénabilité insérée dans un acte à titre onéreux ne semble faire aucun doute.

235. Pour qui en doutait encore, la Cour de cassation a pris soin de lever toute ambiguïté dans une décision du 31 octobre 2007[1]. Dans cet arrêt, une somme d'argent importante avait été donnée en nue-propriété au donataire. Cette nue-propriété était frappée d'une clause d'inaliénabilité. Il était prévu que le donataire puisse faire remploi de la somme s'il obtenait l'autorisation du donateur, lequel avait conservé l'usufruit de la somme. Le nu-propriétaire et l'usufruitier avaient ensuite utilisé conjointement la somme d'argent en cause pour réaliser une acquisition immobilière tout en stipulant une clause d'inaliénabilité lors de l'achat[2]. il

---

[1] Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2007, pourvoi n° 05-14238, *Bull. civ.*, I, n° 337.

[2] A la lecture des faits de l'arrêt, il apparaît que la clause d'inaliénabilité litigieuse, loin de frapper tout le bien ne frappait que la portion de celui-ci qui provenait du remploi des sommes dont la nue-propriété était initialement inaliénable. L'existence de l'inaliénabilité de la nue-propriété des sommes aboutit alors à ce résultat étrange selon lequel le bien nouvellement acquis est l'objet d'une indivision concernant d'une part le donataire des sommes et d'autre part… le donataire des sommes puisqu'il a financé seul le reste de l'acquisition ! Cette figure remarquable de l'indivision avec soi-même est compliquée par l'existence de l'usufruit des sommes initialement données lequel se reporte semble-t-il sur la quote-part du bien provenant du remploi. Voir sur ce point les observations parfaitement claires de A.-L. THOMAT-RAYNAUD, note sous Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2007, *D.*, 2008, p. 963 & suiv., spéc. p. n° 12 & suiv. Comp. Y.-M. LAITHIER, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2007, *Revue des contrats*, 2, 2008, p. 248 & suiv., spéc. p. 251. L'auteur estime notamment que la Cour de cassation s'est contredit en admettant une opposabilité partielle de la clause d'inaliénabilité. Si le terme d'opposabilité partielle est malheureux, on relèvera tout de même qu'en réponse aux arguments du pourvoi principal qui prétendait étendre l'inaliénabilité à l'ensemble du bien, la Cour de cassation, reprenant les assertions des juges du fond rétorque donc tout à fait logiquement que " la clause litigieuse stipulait que seuls les biens donnés et les biens acquis en remploi ne pouvaient être aliénés sans le concours du donateur (…) ". On s'aperçoit donc chemin faisant que la portée limitée de l'inaliénabilité frappant le bien acquis partiellement en remploi des sommes inaliénables résultait avant tout de ce que les acquéreurs n'avaient

s'agissait donc manifestement d'une clause d'inaliénabilité stipulée à l'occasion d'un acte d'acquisition à titre onéreux : une vente. Un créancier prétendait saisir le bien en prétextant de l'impossibilité de stipuler une telle clause dans une vente.

La Cour de cassation répondit alors très nettement que " dès lors qu'elle est limitée dans le temps et qu'elle est justifiée par un intérêt sérieux et légitime, une clause d'inaliénabilité peut être stipulée dans un acte à titre onéreux ". La formulation large de l'attendu, la publication de la décision, permettent d'affirmer que désormais, pour la Haute Juridiction, la cause est entendue[1].

236. Il est donc possible de s'appuyer sur la jurisprudence pour affirmer que les restrictions au droit de disposer insérées dans des actes à titre onéreux sont dotées du fondement normatif nécessaire. Si l'on tente d'éprouver la qualification renouvelée de l'inaliénabilité en recherchant de prétendues restrictions au droit de disposer dépourvues d'un fondement normatif, les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre onéreux ne sont donc point le contre-exemple espéré. Elles peuvent se définir comme une variété d'inaliénabilités choisies, fondée sur une norme jurisprudentielle.

Le caractère jurisprudentiel de la norme fondatrice a cependant pour conséquence que ces inaliénabilités demeurent pour une part incertaines. S'il ne fait aucun doute qu'elles sont

---

pas souhaité stipuler l'inaliénabilité totale du bien nouvellement acquis. A bien suivre la Haute Juridiction, une telle éventualité n'a rien d'illicite : en vertu du premier attendu, l'inaliénabilité, pourvu qu'elle soit temporaire et justifiée peut parfaitement être stipulée à l'occasion d'une acquisition à titre onéreux. Sur ce dernier point, comp. A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *loc. cit.*, spéc. n° 17.

[1] Voir en ce sens, R. MORTIER, note sous Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2007, *J.C.P.*, (N), 2008, II, 1064, p. 26 & suiv., spéc. p. 28. On peut donc supposer que les arguments que l'on invoque parfois à l'encontre de la validité de ces clauses n'ont plus lieu d'être. Voir ainsi, Th. REVET, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2007, *R.T.D.civ.*, 2008, p. 126 & suiv., spéc. p. 129. L'auteur s'interroge ainsi sur l'éventuel bouleversement de " l'équilibre inhérent à la commutativité " qui serait susceptible de résulter de l'inclusion d'une clause d'inaliénabilité dans un acte à titre onéreux. En effet, en présence d'une telle clause, l'acquéreur du bien inaliénable serait privé du droit d'en disposer alors que le vendeur du bien pourrait, lui, disposer librement de la somme versée au titre du prix de vente. Il semblerait pourtant que l'on puisse relativiser les difficultés suscitées par les clauses d'inaliénabilité eu égard à ce principe de commutativité. On pourrait ainsi relever que la commutativité doit s'entendre de l'équilibre objectif des prestations dans la vente. Or, dans ce cas, il faut constater que la stipulation de la clause d'inaliénabilité ne change rien à l'équilibre des prestations dans la mesure où en contrepartie du prix l'acquéreur reçoit un droit de propriété complet puisque la restriction au droit de disposer n'a aucune incidence sur le contenu du droit inaliénable. De ce point de vue, la perspective d'une aliénation future du bien acquis ne relève nullement de l'équilibre des prestations, elle est un simple motif qui demeure hors du champ contractuel sauf à ce que l'on considère que certains biens, en raison de leur nature particulière, n'ont d'intérêt que pour l'aliénation qui peut en être faite. Cela supposerait alors de distinguer le contrat de vente selon que son objet est un bien ordinaire ou un bien dont le seul intérêt est d'être vendu, ce qui ne semble pas être le cas en droit positif. Par ailleurs, indépendamment de tout raisonnement en termes de cause de l'obligation, on pourrait parfaitement défendre que l'acquéreur d'un bien inaliénable a pu obtenir un prix diminué du vendeur qui souhaitait la stipulation d'une clause d'inaliénabilité. Si l'aménagement du prix n'a pas pu avoir lieu, le questionnement change de nature puisqu'il serait éventuellement possible d'invoquer la lésion ou une éventuelle erreur sur la valeur. Or ni l'une ni l'autre ne pourraient servir ici puisque l'inaliénabilité nuit à l'acquéreur et qu'en principe l'erreur sur la valeur est indifférente. On comprend alors que l'acquéreur d'un bien inaliénable ne peut reprocher qu'à lui-même d'avoir accepté une vente assortie d'une clause d'inaliénabilité.

totalement licites lorsque la jurisprudence les permet, c'est aujourd'hui le cas des clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre onéreux, il faut néanmoins relever deux hypothèses dans lesquelles leur légalité pourrait être discutée. D'une part, il est parfaitement possible qu'un revirement de jurisprudence intervienne, revirement à partir duquel le juge s'opposerait à l'existence de telles clauses. Un tel revirement marquerait la disparition de la norme fondant les inaliénabilités insérées dans des actes à titre onéreux. On pourrait alors fustiger l'incertitude de la norme jurisprudentielle, laquelle demeurerait soumise au bon vouloir du juge et notamment de la Cour de cassation. Ce serait une erreur, la même incertitude préside à la destinée des normes écrites qui demeurent soumises au bon vouloir du législateur[1]. On constatera pourtant que cela n'empêche pas la perpétuation de la plupart des dispositions législatives établissant des inaliénabilités !

D'autre part, il convient de souligner qu'avant les premiers arrêts ayant autorisé ces clauses d'inaliénabilité, celles-ci étaient totalement illicites. On relèvera pourtant que cette illicéité initiale n'a pas empêché les rédacteurs d'actes de stipuler ces clauses d'inaliénabilité, ce sans quoi la Cour de cassation n'aurait jamais pu par la suite apprécier leur validité. Deux remarques peuvent alors être formulées. Premièrement, il est certain que le comportement des parties à l'acte est parfois indépendant de l'état actuel du droit positif[2]. Deuxièmement, on comprend alors que le premier arrêt ayant admis la validité de ces clauses avait un caractère constitutif puisqu'il modifiait l'état antérieur du droit[3]. De ce point de vue le

---

[1] La distinction entre la norme légale et la norme jurisprudentielle reposerait plutôt sur la légitimité démocratique de son auteur. Le juge n'étant pas élu, il est parfois contesté qu'il puisse devenir l'auteur d'une norme. Sur cette distinction entre le juge et le législateur, voir M.-A. FRISON-ROCHE, La théorie de l'action comme principe de l'application dans le temps des jurisprudences, *R.T.D.civ.*, 2005, p. 310 & suiv., spéc. p. 310.

[2] Ce qui pourrait être pris pour un mépris de la pratique envers l'état actuel du droit positif a parfois pour effet d'entraîner la modification de celui-ci, notamment dans l'hypothèse des revirements de jurisprudence. D'ailleurs, cette modification est parfois si radicale qu'il est nécessaire d'en aménager la mise en œuvre. Voir sur ce point les propositions faites dans le rapport remis au Premier Président de la Cour de cassation, N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005, p. 32 & suiv.

[3] Le caractère constitutif des décisions jurisprudentielles apparaît nettement si l'on songe aux décisions tranchant des questions nouvelles ou opérant revirements de jurisprudence. Cependant on pourrait objecter ici que ce caractère constitutif n'est qu'apparent, le juge se contentant d'interpréter des principes préexistant à sa décision. Une telle objection peut être surmontée de diverses façons. D'une part, on peut relever que faire référence à des principes déjà contenus dans le droit positif ne dispense nullement de s'interroger sur leur origine. Or, dès lors que le juge révèle ces principes, tout incline à penser qu'il en est lui-même l'auteur sauf à défendre l'existence de règles non-écrites et immanentes au sein du système juridique. C'est qu'en effet, d'autre part, il semble aujourd'hui acquis que l'interprétation d'une règle ou d'un principe s'apparente à une forme de (re)création de cette règle ou de ce principe. Voir sur point, M. TROPER, *V°* Interprétation, *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (Dir.), PUF, 2003, p. 843 & suiv. L'auteur rappelle que l'interprétation dans son acceptation moderne de " fonction de la volonté " permet la production de la norme que l'interprète est censé appliquer. Reprenant ici les analyses de KELSEN, M. TROPER rappelle que l'interprète authentique est celui dont la mission d'interprétation est reconnue par le système juridique. Il précise qu'il en va ainsi du juge et notamment des Cours suprêmes (M. TROPER, *loc. cit*, p. 845 *in fine*). On comprend alors que prétexter du caractère interprétatif de la jurisprudence ne dispense nullement de reconnaître le caractère constitutif des normes jurisprudentielles surtout lorsqu'elles émanent

premier arrêt ayant établi cette nouvelle jurisprudence peut être rapproché d'une disposition législative autorisant de telles clauses. On l'aura compris, du point de vue de l'inaliénabilité, une norme jurisprudentielle est un fondement aussi efficace qu'une norme écrite.

237. Que l'on ait peiné à prendre en défaut la nécessité d'une norme pour justifier l'existence d'une restriction au droit de disposer peut évidemment être mis au crédit de l'analyse renouvelée de l'inaliénabilité. Positivement établie, cette exigence permet aussi, négativement, d'exclure la qualification de restriction au droit de disposer lorsqu'aucune norme ne peut être caractérisée.

L'idée qu'une restriction au droit de disposer puisse être un effet de la volonté avait pour conséquence principale que des inaliénabilités non prévues par une norme pouvaient être établies librement si une ou des volontés s'exprimaient en ce sens. Plus spécifiquement, la reconnaissance d'un tel pouvoir à la volonté aurait eu pour conséquence qu'une inaliénabilité aurait pu résulter d'une manifestation de volonté unilatérale. Envisagée en doctrine[1], cette possibilité doit être écartée. Aucun texte général ne permet d'établir unilatéralement une inaliénabilité. La seule inaliénabilité d'origine unilatérale permise est celle que prévoit l'article 900-1 C.civ., lorsque la clause d'inaliénabilité accompagne un legs.

238. En définitive, le fondement exclusivement normatif de l'inaliénabilité ne semble pas pouvoir être pris en défaut. La proposition vaut autant pour les inaliénabilités imposées que pour les inaliénabilités choisies.

Dans les premières, il existe toujours une norme qui prescrit simplement l'inaliénabilité d'un bien sans que cela ne nécessite la moindre coopération de la victime de l'inaliénabilité. Dans les secondes, il existe toujours une norme qui permet simplement l'inaliénabilité. Cette norme permissive restreint l'appartenance d'un bien lorsque l'inaliénabilité est voulue par les parties.

---

de la Cour de cassation. De ce point de vue d'ailleurs, le caractère rétroactif des normes jurisprudentielles tient moins de leur prétendue fonction interprétative au sens classique (il s'agit alors d'une fonction de connaissance : M. TROPER, *loc. cit*., p. 843) que de leur objet : elles régissent par hypothèse des situations passées. Elles ont donc une vocation naturelle à la rétroactivité. On en trouvera une facile illustration dans le phénomène des lois rétroactives telles les lois de validation, parce que celles-ci sont prises en considération de faits passés, comme les normes jurisprudentielles, elles présentent un caractère rétroactif. Si l'on résume donc, une norme véritablement constitutive pourrait présenter un caractère rétroactif. Cela est évidemment perturbateur et dans l'hypothèse des restrictions au droit de disposer, la norme jurisprudentielle les autorisant valide mécaniquement des restrictions constituées antérieurement à son édiction. Il faut néanmoins tempérer ce constat, sur une question donnée, notamment lorsqu'il s'est agi de créer une disposition jurisprudentielle autorisant une restriction au droit de disposer, un revirement de jurisprudence ou une disposition légale en sens contraire sont toujours possibles.

[1] PLANIOL, note sous Cass. civ., 22 juillet 1896, *D.*, 1898, 1, p. 17, sur cette question, voir *supra* n° 212 et 213.

239. L'acte juridique à l'occasion duquel l'inaliénabilité est choisie par les parties n'est donc pas le fondement de l'inaliénabilité[1]. Il n'est que l'évènement auquel la norme suspend son caractère opératoire. Sans la norme cet évènement resterait totalement indifférent du point de vue de la relation d'appartenance. Et à vrai dire, en théorie, il est possible que la norme suspende son efficacité à un évènement qui n'aurait rien d'un acte juridique. Un simple fait juridique pourrait devenir l'évènement déclencheur de l'inaliénabilité. Mais la norme restera toujours l'élément fondateur de l'inaliénabilité.

Faut-il en déduire que dans les inaliénabilités choisies, la considération pour la volonté s'entend de la considération pour un simple fait ? Une telle affirmation aboutirait à la dissolution de la catégorie des inaliénabilités choisies. Elles ne seraient que des inaliénabilités légales dont l'efficience dépend d'un évènement particulier, une manifestation de volonté(s). Cela semble peu probable, au-delà de la question de la source de l'inaliénabilité pour laquelle aucune distinction n'existe entre les inaliénabilités imposées et les inaliénabilités choisies, dans cette dernière catégorie, la volonté conserve un rôle nécessairement subsidiaire.

2) Le rôle nécessairement subsidiaire de la volonté dans les inaliénabilités choisies

240. Etant entendu qu'une inaliénabilité choisie ne produit pas ses effets parce qu'elle a été voulue mais bien parce qu'une norme a permis qu'elle soit voulue, la teneur des volontés manifestées à l'occasion des inaliénabilités choisies mérite d'être précisée. Il semble que l'on puisse percevoir deux rôles différents de la volonté selon la personne de qui elle émane.

Ce double rôle de la volonté apparaît le plus clairement lorsque l'inaliénabilité est la conséquence d'une clause d'inaliénabilité incluse dans un testament, acte juridique unilatéral. Conformément à l'article 900-1 C.civ. le bien inaliénable est alors un bien légué. Dans cette hypothèse précise, la volonté unique du disposant joue le rôle d'élément déclencheur de l'inaliénabilité[2].

---

[1] On peut donc en déduire que l'inaliénabilité n'est pas cet effet de droit qui résulte traditionnellement d'un acte juridique. Or, bien souvent les effets des actes juridiques se réduisent à des droits réels ou des droits personnels. On s'aperçoit ici de la cohérence de notre démarche puisqu'excluant la qualification de droits réels ou de droits personnels pour les restrictions au droit de disposer, nous excluons de même que les sources de ces restrictions puissent être des actes juridiques. Sur l'impropriété d'une qualification classique de l'inaliénabilité, voir *supra* n° 105 & 106.

[2] L'existence de la réserve héréditaire limite la possibilité de frapper un bien légué d'une clause d'inaliénabilité. Voir sur ce point, *supra* n° 212 *in fine*.

Cependant, il faut constater que le legs doit être accepté par le légataire[1]. A cette occasion ce dernier acceptera de recevoir des biens dont il ne pourra pas librement disposer. Il faut alors constater que la restriction au droit de disposer est acceptée par la personne dont l'appartenance est restreinte.

241. Fort de ce constat, il semblerait que l'on puisse dégager le principe selon lequel une inaliénabilité choisie est toujours acceptée par celui qui la subit. Autrement dit, une inaliénabilité voulue n'est jamais imposée à celui qui subira la remise en cause de son droit de disposer.

Cette affirmation se vérifie aisément lorsque la clause d'inaliénabilité est contenue dans une donation. En tant que contrat, la donation doit être acceptée, l'inaliénabilité prévue par la clause d'inaliénabilité aura donc été acceptée par le donataire. La manifestation de volonté de ce dernier a alors un double rôle. Elle est l'élément déclencheur de l'inaliénabilité auquel la loi suspend l'efficacité de l'atteinte substantielle à l'appartenance. Elle manifeste par ailleurs l'admission de l'inaliénabilité par celui qui la subit.

Ce constat n'est pas démenti si l'on songe cette fois-ci à l'inaliénabilité statutaire des actions de S.A.S. L'article L. 227-13 C.com. suspend l'efficacité de l'inaliénabilité à une manifestation de volontés conjointes de la part des associés dans la convention que constituent les statuts. Au-delà, la participation des associés aux statuts s'analyse aussi comme l'acceptation par chacun d'eux de l'atteinte à l'appartenance qui leur interdira de disposer de ces actions.

242. L'inaliénabilité volontaire est donc toujours choisie par celui qui la subit. La catégorie des inaliénabilités choisies se compose donc uniquement des inaliénabilités qui ont été choisies non pas par n'importe qui mais bien par celui qui subit l'inaliénabilité. C'est là qu'apparaît la distinction la plus évidente avec les restrictions au droit de disposer imposées. Ces dernières peuvent frapper les biens d'une personne à son insu[2], cela n'est pas possible lorsque l'élément déclencheur de l'inaliénabilité se présente comme un acte volontaire.

Sans acceptation, il n'y a point de restrictions volontaires qui vaillent. Il ne sera donc jamais possible que la restriction au droit de disposer d'une personne résulte de la volonté d'un tiers. Il n'y pas de clauses d'inaliénabilité imposées.

---

[1] Sur l'acceptation du legs, permettant par ailleurs de relativiser la distinction entre les donations qui sont des contrats et les libéralités testamentaires, constitutives d'actes juridiques unilatéraux : M. GRIMALDI, *Les successions*, Droit civil, Litec, 6ème édition, 2001, n° 272.

[2] Voir *supra* n° 214 & suiv.

243. La justification de cette nécessaire acceptation des inaliénabilités choisies peut être trouvée dans le caractère éminemment personnel de l'appartenance. L'appartenance est la relation qui marque l'appropriation de ses droits patrimoniaux par une personne.
Il est compréhensible que seule la personne concernée soit en mesure d'accepter l'atteinte à cette relation par l'amputation de son droit de disposer. Encore faut-il préciser que cette acceptation n'est nécessaire que lorsque l'atteinte à l'appartenance dépend d'un évènement déclencheur volontaire, un acte juridique. Ce n'est que dans cette hypothèse que l'on peut craindre qu'une limitation de l'appartenance soit " imposée " par des volontés privées à une personne.

244. Pour finir, rappelons encore une fois qu'à elle seule, cette acceptation ne constitue pas la source de l'inaliénabilité. Sans la loi permettant de choisir l'inaliénabilité, l'acceptation d'une inaliénabilité ne servirait à rien. Le choix de l'inaliénabilité ne manifeste en définitive que le rôle subsidiaire de la volonté dans les inaliénabilités choisies.
Pour ces dernières, la considération envers la volonté de la victime de la restriction évite que la loi, permissive de la restriction choisie, soit détournée de son but, aboutissant alors à ce qu'une inaliénabilité choisie soit imposée. Le rôle nécessairement subsidiaire de la volonté dans les inaliénabilités permet donc le maintien de la distinction entre inaliénabilités choisies et inaliénabilités imposées, entre les inaliénabilités simplement permises par la loi et celles que la loi prescrit.
La portée de cette indéniable distinction ne doit cependant pas être exagérée, si l'on sait qu'elle n'a aucune incidence sur la source de l'inaliénabilité, la loi, elle n'a par ailleurs aucun intérêt face à une caractéristique commune à toutes les restrictions au droit de disposer : le moment auquel elles sont établies.

§2: Le moment de l'établissement de l'inaliénabilité

245. Il est maintenant certain que la qualification de l'acte censé établir une restriction au droit de disposer est susceptible de varier puisqu'il n'est jamais la source de cette inaliénabilité. En revanche, le moment de constitution de la restriction permet de trouver un dénominateur commun à tous ces éléments déclencheurs de l'inaliénabilité. Ces éléments déclencheurs de l'inaliénabilité sont invariablement des actes juridiques qui permettent le transfert d'un bien. Or c'est exactement lors du transfert d'un bien que se constitue la relation d'appartenance entre l'acquéreur du bien et ce dernier. Il semblerait ainsi qu'une restriction au droit de disposer, élément de l'appartenance, ne puisse être établie que durant cette

période. Encore faut-il démontrer que ce principe est commun à toutes les inaliénabilités, qu'elles soient simplement permises par une norme ou directement prescrites par elle[1]. La détermination de cet élément invariable quelle que soit l'inaliénabilité en cause va permettre de mieux comprendre le mécanisme de la restriction au droit de disposer.

De cet élément invariable de l'inaliénabilité, il sera alors possible de déduire un principe commun à toutes les inaliénabilités. Parce qu'elles sont établies avant que les créanciers n'aient pu obtenir le droit de saisir le bien : elles ne portent aucune atteinte au droit de poursuite des créanciers. Ce principe commun constitue donc un véritable critère de qualification de la restriction au droit de disposer (A).

La mise en œuvre de ce critère sera alors l'occasion de se prononcer sur la qualification d'un certain nombre d'institutions dont l'inclusion dans la catégorie des inaliénabilités demeurait controversée (B).

A) La détermination d'un critère de qualification de la restriction au droit de disposer

246. Déterminer un élément invariable quelle que soit l'inaliénabilité en cause suppose un double mouvement de l'esprit. Ainsi, dans un premier temps, il est nécessaire de constater que toutes les inaliénabilités connues se produisent au même moment. Or, il est apparu que les inaliénabilités pouvaient se répartir entre deux catégories selon qu'elles ont été choisies ou selon qu'elles sont imposées. Il est nécessaire de surmonter cette distinction pour montrer que la caractérisation d'un élément invariable de la restriction au droit de disposer n'en dépend aucunement (1).

Fort de ce premier constat, si l'on veut véritablement démontrer qu'il existe un élément invariablement commun à toutes les restrictions au droit de disposer, il est nécessaire d'exclure qu'une telle restriction puisse exister sans présenter ce caractère. Il s'agira alors de justifier l'invariabilité de cet élément commun à toutes les inaliénabilités. La justification de cette invariabilité pourra être trouvée dans la définition même de l'inaliénabilité : elle manifeste l'emprise d'une norme sur la relation d'appartenance unissant une personne à ses biens (2).

1) La caractérisation d'un élément invariable de la restriction au droit de disposer

247. Le moment auquel une restriction au droit de disposer peut être constituée est une question qui dépend étroitement des effets de l'acte dans lequel il est permis qu'elle soit

[1] Sur la distinction entre ces deux types d'inaliénabilité, voir *supra* n° 224 & suiv.

incluse[1]. De telles restrictions, au premier rang desquelles se trouvent les clauses d'inaliénabilité, ne peuvent être établies que dans des actes translatifs de droit. Cette affirmation est assez ancienne[2] du moins pour les clauses d'inaliénabilité. Bien souvent, elle n'est même pas discutée[3]. Il est vrai que l'on peut lui trouver quelques fondements dans la contemplation de la lettre de la loi.

Ainsi pour les clauses d'inaliénabilité qui sont notre archétype de restriction au droit de disposer, on relève qu'au sens de l'article 900-1 C.civ. elles peuvent être stipulées pour un bien " donné ou légué ". Les donations et les testaments étant des actes translatifs de droit, il peut sembler logique d'en déduire que les clauses d'inaliénabilité ne peuvent être stipulées que dans des actes translatifs de droit. Puisqu'il a été affirmé que les clauses d'inaliénabilité étaient l'archétype de la restriction au droit de disposer, il parait naturel de poursuivre le raisonnement en affirmant que ces restrictions au droit de disposer, genre dont les clauses d'inaliénabilité constituent une espèce, ne peuvent être stipulées que dans des actes translatifs de droit.

248. Pourtant, l'étude des actes établissant les restrictions au droit de disposer, a révélé que seules les restrictions choisies pouvaient être stipulées dans un acte juridique encore que ces actes puissent être de natures fort diverses[4]. Face à cela, existait une variété de restrictions directement prescrites par la loi, à l'insu de ceux de qui les subissent. Ces restrictions sont donc établies indépendamment de tout acte juridique[5], ce qui contredit notre affirmation préalable.

---

[1] Voir *supra* n° 229 & suiv.

[2] Voir par exemple : JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, n° 224, qui précise que les clauses d'inaliénabilité sont stipulées " seulement à l'occasion des actes d'aliénation ".

[3] Voir les opinions doctrinales suivantes : CARBONNIER, *Les biens*, Droit civil, Tome 3, PUF, 19ème édition refondue, 2000, n° 84, qui relève que le propriétaire peut frapper un de ses biens d'inaliénabilité " en le donnant ou le léguant ". ; Ch. LARROUMET, *Les biens, Droits réels principaux*, Droit Civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 339, " les clauses d'inaliénabilité sont des stipulations figurant dans un acte de disposition " ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 129, qui se demandent si les clauses d'inaliénabilité peuvent être établies par de simples contrats tout en donnant des exemples d'actes de disposition. Voir cependant, optant résolument contre cette condition, D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 268 & suiv. L'auteur estime qu'il suffit ici de satisfaire les conditions posées par la jurisprudence à l'établissement d'une clause d'inaliénabilité. A vrai dire, cet argument peut être contesté dans la mesure où s'interroger sur la nécessité d'un intérêt sérieux venant au soutien de la clause suppose préalablement que celle-ci soit possible ! Affirmer qu'un intérêt sérieux et légitime et une durée limitée suffisent à valider la clause d'inaliénabilité établie en dehors de tout acte translatif s'apparente donc à une pétition de principe. On ne comprend d'ailleurs pas pourquoi cet argument n'est pas repris par l'auteur quand il s'oppose à la stipulation unilatérale d'une clause d'inaliénabilité, en dehors de tout transfert du bien. Pourquoi cette inaliénabilité unilatérale serait-elle interdite si elle est temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime ?

[4] Voir *supra* n° 209 & suiv.

[5] Voir *supra* à propos des inaliénabilités imposées : n° 214 & suiv.

Si l'on prend l'une des hypothèses d'inaliénabilité imposée, le droit de jouissance légale des parents sur les biens de leurs enfants mineurs, ce droit est évidemment inaliénable. Il n'est pas raisonnable d'imaginer que ce droit est incessible en vertu d'une clause d'inaliénabilité, même établie par la loi. Ce droit réel est constitué incessible dans le patrimoine des parents. Il n'y a nulle trace d'un quelconque acte translatif dans lequel, pour sauver la nécessité affirmée de la stipulation expresse de la clause, on pourrait la présumer en vertu de la loi.

249. Surmonter le paradoxe impose de revenir sur l'affirmation selon laquelle la restriction doit être prévue par un acte translatif afin de la reformuler indépendamment de la distinction des inaliénabilités choisies et des inaliénabilités imposées. Il est indéniable que *certaines* (nous soulignons) restrictions au droit de disposer doivent être établies dans un acte translatif de droit, ainsi des clauses d'inaliénabilité. Mais cette exigence envers l'espèce ne s'étend pas au genre. Dans les inaliénabilités imposées[1], certains biens ; le droit d'usage et d'habitation, le droit de jouissance légale des parents sur les biens de leurs enfants mineurs, sont incessibles dès le moment même de leur constitution. Ce dernier constat est crucial.
Lorsque naissent ces droits, ils sont déjà, par l'effet de normes, incessibles. Autrement dit, c'est au moment où la relation d'appartenance se constitue entre la personne et un de ses biens que celle-ci est substantiellement amputée. Ce n'est qu'à ce moment qu'elle peut être amputée.

250. Finalement lorsque l'on exige des clauses d'inaliénabilité qu'elles soient stipulées dans un acte translatif de droits tels qu'une donation ou un testament[2], on se conforme à ce dernier impératif. La clause est stipulée dans ces actes car, translatifs de droit, ils sont, à leur date, l'instant où la relation d'appartenance unissant celui qui aliène son bien à ce dernier disparaît. Le corollaire exact de cette disparition est la constitution corrélative d'une relation d'appartenance entre celui qui reçoit le bien et ce bien justement.
A cet instant la relation d'appartenance est susceptible de naître amputée du droit de disposer, en raison de la restriction au droit de disposer stipulée dans l'acte translatif. Les restrictions au droit de disposer d'un bien ne peuvent donc être établies après que la relation d'appartenance entre une personne et ce bien a été constituée. Ce constat, fondamental en matière d'inaliénabilité, doit être justifié.

---

[1] Voir *supra* n° 217 & suiv.
[2] Voir l'article 900-1 et l'exigence d'une clause affectant un " bien donné ou légué ".

2) La justification de l'élément invariable de la restriction au droit de disposer

251. Si l'on a constaté que les restrictions au droit de disposer semblaient établies lors de la constitution de la relation d'appartenance sur le point d'être restreinte, il importe désormais d'exclure qu'elles puissent être créées à un autre moment.

La délimitation précise du moment de la constitution de ces restrictions résulte en premier lieu du lien existant entre inaliénabilité et insaisissabilité (a). Parce qu'elles entrainent aussi l'insaisissabilité du bien qu'elles frappent, les inaliénabilités ne peuvent être établies lorsque la relation d'appartenance à restreindre est déjà constituée. En effet, à compter de l'appropriation d'un bien, celui-ci tombe dans l'assiette du droit de gage général des créanciers.

Il devient donc justiciable de leurs droits de poursuite. Cantonner la stipulation de l'inaliénabilité à la période antérieure à l'appropriation du bien permet donc de sauvegarder le droit de poursuite des créanciers. Le moment de constitution de l'inaliénabilité est donc entièrement déterminé par le principe du respect du droit de poursuite des créanciers (b).

a) L'insaisissabilité, corollaire de l'inaliénabilité[1]

252. Si l'on raisonne encore une fois à partir des clauses d'inaliénabilité qui sont l'archétype des restrictions au droit de disposer, il semble acquis en droit positif que l'inaliénabilité a pour corollaire l'insaisissabilité des biens affectés par la clause[2]. En 1985, la Cour de cassation a nettement affirmé que la saisie d'un bien n'était pas possible tant que la clause d'inaliénabilité grevant le bien était en vigueur[3], cette solution est maintenue depuis[4].

---

[1] *Contra* voir, D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 538 & suiv., l'auteur propose de reconnaître l'insaisissabilité uniquement dans les hypothèses où elle s'avère conforme à l'affectation qui fonde la limitation du pouvoir de disposer. Ce critère peut être contesté dans la mesure où il n'est utile qu'*a posteriori*. En effet, une chose est d'affirmer qu'un bien est insaisissable, une autre est d'expliquer les intérêts servis par cette insaisissabilité. Doté d'un tel " critère ", il sera toujours possible de justifier rétrospectivement l'insaisissabilité, en revanche pronostiquer cette dernière semble plus délicat. La question de la source de l'insaisissabilité n'est donc nullement résolue. Il semblerait qu'il soit ici préférable de fonder autrement l'insaisissabilité dans le but avoué et partagé par la plupart des juristes de prévoir les effets d'un mécanisme.

[2] Voir toutefois, résolument hostile l'établissement d'un lien logique entre l'une et l'autre, RONGIER, *Clauses d'insaisissabilité et d'inaliénabilité*, Thèse, Paris, 1902, p. 24 & suiv. L'auteur opte cependant pour une analyse personnelle de l'inaliénabilité. De ce point de vue, son opinion n'est point contestable, rien n'est plus différent d'une obligation de ne pas vendre qu'une obligation de ne pas laisser saisir.

[3] Voir Cass. Civ. 1ère, 9 octobre 1985, *Bull.*, n° 252.

[4] Voir récemment : Cass. Civ 1ère, 3 juin 1998, inédit titré, pourvoi n° 96-13120, Cass. Civ. 1ère, 3 juin 1998, *Bull. civ.*, n° 192, et surtout : Cass. Civ. 1ère, 8 février 2000, *Bull.*, n° 43, " dès lors que la clause qui rend l'immeuble inaliénable est publiée, elle ne permet pas la saisie tant qu'elle est en vigueur ".

La doctrine quant à elle, n'est pas unanime sur la question. Un certain consensus existe au regard de la jurisprudence liant irrémédiablement inaliénabilité et insaisissabilité[1] Mais des voix discordantes se font tout de même entendre. Et il a été défendu que l'inaliénabilité établie en dehors de tout transfert d'un bien n'emportait pas insaisissabilité, lors même que cette inaliénabilité aurait la même nature que l'inaliénabilité stipulée dans un acte translatif au moyen d'une clause d'inaliénabilité classique[2]. Tirant toutes les conséquences utiles de cette distinction, un auteur a même affirmé que la " saisissabilité "[3] des biens inaliénables serait le principe et l'insaisissabilité l'exception[4]. Une telle affirmation contredit expressément l'analyse renouvelée de l'inaliénabilité conventionnelle.

253. Si l'on admet que l'inaliénabilité conventionnelle est une restriction du droit de disposer, cela signifie que celui qui la souffre ne dispose plus du droit de disposer des biens qui en sont l'objet. Le titulaire d'un droit de propriété incessible ne peut pas plus céder ce droit de propriété qu'il ne pourrait céder le droit de propriété d'un tiers. Plus largement, ce n'est pas faire preuve de témérité que d'affirmer que chacun ne peut céder que les droits qui sont siens. On ne peut céder les droits d'autrui. Ainsi personne n'a jamais songé permettre aux créanciers d'un débiteur de saisir les biens du voisin pour se désintéresser[5]. Cela semble absurde, autant que de permettre à des créanciers qui ne sont que des ayants cause de faire plus sur les biens de leur débiteur que ce dernier ne le peut lui-même.

La Cour de cassation l'a parfaitement saisi. En effet, elle a affirmé par un arrêt du 27 juillet 1863[6], à propos d'immeubles visés par une clause d'inaliénabilité que les créanciers ne pouvaient puiser que dans la personne de leur débiteur le droit de poursuivre la vente de ses immeubles. Elle a d'ailleurs précisé que ce droit lui manquant, leur manque également. Ce raisonnement est implicitement fondé sur l'adage *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Une telle analyse semble difficilement contestable[7]. L'inaliénabilité conventionnelle emporte systématiquement insaisissabilité des biens concernés.

---

[1] Voir par exemple : R-N. SCHÜTZ, *Rep. civ.*, Dalloz, 1999, *V°* Inaliénabilité, n° 85 & suiv.
[2] Voir en ce sens, B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 262 & suiv.
[3] On emploiera ici le terme " saisissabilité " comme le caractère de ce qui est saisissable.
[4] B. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 264.
[5] Voir en ce sens, B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, Thèse, Paris II, 1998, n° 389, p. 338.
[6] Cass. Req., 27 juillet 1863, *D.P.*, 1864, 1, p. 494.
[7] Voir, nettement en ce sens, défendant toutefois une qualification réelle de l'inaliénabilité conventionnelle : P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Thèse Paris II, Préf. M. GOBERT, L.G.D.J., 1995, n° 213.

254. On comprend donc que, plus largement, toute restriction au droit de disposer doit emporter insaisissabilité des biens concernés. Le statut des créanciers ne peut être différent selon que les biens de leur débiteur sont frappés d'une clause d'inaliénabilité ou d'une autre restriction au droit de disposer. C'est pour cette raison qu'il ne peut être mis en doute qu'un droit d'usage et d'habitation[1], de même que le droit de jouissance légale des parents sur les biens de leurs enfants mineurs ne sauraient faire l'objet d'une saisie. D'ailleurs il est expressément prévu dans la loi que les créances salariales incessibles sont aussi insaisissables[2].

C'est ce lien existant entre insaisissabilité et restriction au droit de disposer qui justifie que cette dernière ne semble pas pouvoir être établie sur un bien déjà entré dans le patrimoine d'une personne. En effet, dans le cas contraire, l'inaliénabilité porterait une atteinte inacceptable au droit de poursuite des créanciers

b) Le respect du droit de poursuite des créanciers, principe directeur de la restriction au droit de disposer

255. La restriction au droit de disposer entraîne l'insaisissabilité des biens qui en sont l'objet. L'insaisissabilité rend impossible l'exercice par les créanciers de leur droit de poursuite, cette prérogative qu'ils tirent de ce que l'on désigne ordinairement comme leur droit de gage général. La clarification des liens entretenus entre le droit de gage général et le droit de poursuite (i) est un préalable nécessaire à la caractérisation de l'absence d'incidence de la restriction au droit de disposer sur le droit de poursuite des créanciers (ii).

[1] La jurisprudence est peu fournie sans doute en raison du caractère certain de la solution. Voir en ce sens, C.A. Paris, 21 mars 1928, *Gaz. Pal.*, 1928, 1, 711.
[2] Article L. 145-2 al. 1 C. trav.

(i) La définition du droit de poursuite

256. Lorsque que l'on définit les prérogatives d'un créancier personnel, on estime en principe que ce dernier dispose d'un " droit de gage général " fondé sur l'article 2284 C.civ. L'assiette du droit de gage général des créanciers est constituée par l'ensemble des biens appartenant au débiteur. Cet ensemble des biens appartenant au débiteur n'est autre que l'actif de son patrimoine[1], l'ensemble des biens qui sont l'objet de la relation d'appartenance[2].

Cette assimilation de l'assiette du droit de gage général à l'actif patrimonial du débiteur est tout à fait fondamentale car elle permet de préciser ce que l'on entend par " droit de gage général ". Dès lors qu'un créancier peut saisir n'importe quel bien appartenant à son débiteur, la prérogative qu'il exerce sur l'un quelconque des biens de son débiteur lorsqu'il n'a pas été payé de ce qui lui est dû est son droit de saisir[3] ou autrement dit son droit de poursuite[4]. Lorsque l'on assimile l'assiette du droit de gage général à l'actif patrimonial du débiteur, on signifie simplement que l'on entend le droit de gage général comme le droit de saisir les biens du débiteur[5].

---

[1] Voir sur ce point, B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, Thèse, Paris II, 1998, n° 295 & suiv. Très hostile aux théories sur le patrimoine, l'auteur entend démontrer que la théorie classique systématisée par Aubry et Rau repose sur un vice logique : le patrimoine n'aurait pas le même contenu selon que l'on considère le droit de gage général des créanciers ou la transmission du patrimoine du *de cujus* aux héritiers. Ainsi l'auteur constate c'est l'ensemble de l'actif et du passif qui est transmis aux héritiers tandis que le droit de gage général s'exerce seulement sur l'actif patrimonial. Sur ce dernier constat, le raisonnement de l'auteur ne nous semble guère contestable dans la mesure où admettre que le droit de gage général s'exerce l'actif et le passif aboutirait, ainsi que l'auteur le relève (B. FROMION-HEBRARD, *op. cit.*, n° 295, note de bas de page n° 7), à un " véritable non-sens ". En revanche le vice logique dont se prévaut l'auteur nous semble largement surestimé. En effet, la théorie du patrimoine n'a absolument pas la même fonction selon que l'on considère le mécanisme des successions ou celui du droit de gage général. Dans le premier cas, la théorie justifie les effets d'une opération de transmission de la totalité du patrimoine tandis que dans le second elle justifie un mécanisme interne au patrimoine : la corrélation de l'actif et du passif.

[2] Sur cette question, voir *supra* n° 118.

[3] S'il est commode de définir le " droit " de gage général ou le " droit " de poursuite des créanciers comme une prérogative exercée par les créanciers, on se gardera bien de voir dans cette prérogative autre chose que la concrétisation de leur droit de créance. Autrement dit, le mot " droit " est ici employé dans son sens générique, à savoir la possibilité d'exercer une action déterminée et sûrement pas dans le sens rigoureux qu'il a dans l'expression " droit " patrimonial. Sur cette polysémie du mot " droit ", à propos du droit de gage général, voir Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, Thèse, Paris II, 2007, n° 26 & suiv. L'auteur démontre de façon incontestable que le " droit " de gage général qui n'a rien d'un droit réel ou d'un droit personnel n'est nullement adjoint au droit de créance du créancier.

[4] Reprenant expressément cette appellation, voir l'intitulé de la Section III du Chapitre VII du Titre I du Livre III du Code civil " Du droit de poursuite des créanciers " en matière d'indivision.

[5] Cette assimilation est loin d'être nouvelle, voir sur ce point : E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, réimp., 2004, p. 400 : " Toute créance est garantie par l'universalité de l'actif du débiteur (art. 2092). C'est là le fondement de l'exécution forcée : les saisies ne sont que la réalisation de ce gage ". L'expression " gage commun ", présente dans l'article 2285 C.civ. semble d'ailleurs avoir longtemps prévalu sur celle de droit de gage général. Cette prévalence n'est pas anodine puisqu'elle révèle que le pouvoir dont disposent les créanciers sur tout l'actif patrimonial du débiteur a été conçu comme la garantie de leur droit personnel contre le débiteur. Peut-être faut-il y voir une trace de ce que l'exécution forcée s'exerçait autrefois contre la personne du débiteur, notamment dans l'Ancien Droit Romain, avant que les biens du débiteur ne lui soient substitués pour satisfaire l'ire des

257. Cela ne perturbe guère ce que l'on sait déjà de ce " droit " de " gage général " dont le fondement réside indubitablement à l'article 2284 C.civ. Lorsque l'on affirme que quiconque s'est obligé est tenu de remplir son engagement[1], on se place forcément au stade de l'exécution forcée de la créance, donc au moment de la saisie.

D'ailleurs on ne peut s'empêcher de relever que le créancier dispose conjointement à son droit de gage général de deux actions, l'action paulienne[2] et l'action oblique[3], qui sont à juste titre définies comme des garanties générales de l'*exécution*[4]. L'exercice de ces actions permet à chacun des créanciers de redonner à son droit de poursuite, l'étendue de la juste assiette qui est sienne : tout l'actif patrimonial du débiteur. L'intérêt de ces actions reste cependant limité puisqu'elles souffrent de la faiblesse inhérente au droit de gage général, au droit de poursuite de tout créancier : il est partagé avec tous les autres créanciers.

258. Mais si ce que l'on nomme traditionnellement le droit de gage général est le droit de poursuite ou le droit de saisir, que peut bien être le droit de gage général lorsque l'on emploie l'expression tout en la distinguant du droit de poursuite[5] ?

Il a été très judicieusement relevé à l'occasion du commentaire de l'article 2284 C.civ. que la formule " sur tous ses biens, présents et à venir ", permettait de distinguer le droit de gage général et le droit de poursuite en ce que le " droit de gage général se conjugue au présent et au futur. Le droit de l'exécution seulement au présent. Si l'article 2092 [2284] évoque un flux de biens qui répondent de la dette, le droit de saisir ne joue que sur le stock "[6]. Ce fameux droit de gage général qui se conjugue au futur n'est rien d'autre que l'affirmation selon laquelle en toute hypothèse, le droit de poursuite du créancier pourra s'exercer sur n'importe lequel des biens appartenant à son débiteur. Cette référence aux biens à venir que les auteurs

---

créanciers. Au-delà, l'idée d'un gage commun, l'ensemble des biens du débiteur, atteste que le droit de " gage général " demeure une prérogative des créanciers susceptible de s'exercer sur n'importe lequel des biens du débiteur. La seule prérogative qu'un créancier peut exercer sur n'importe lequel des biens du débiteur est évidemment son droit de poursuite. De ce point de vue, l'identité entre droit de " gage général " et droit de poursuite apparaît donc encore nettement.

[1] Il s'agit ici du texte même de l'article 2284 C.civ. dont le caractère redondant apparaît d'ailleurs nettement. Sur cet aspect redondant de la formule, voir le commentaire de Ph. THERY, Saisissabilité et limites, *Le 10ème anniversaire de la Loi du 9 juillet 1991*, Colloque du 9 juillet 2001, La Passerelle, 2002, p. 61 & suiv., spéc. p. 63 *in fine*.

[2] Cette action est fondée sur l'article 1167 C.civ.

[3] Cette action est quant à elle fondée sur l'article 1166 C.civ.

[4] Voir sur ce point la terminologie retenue par J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, Droit civil, Economica, 1ère édition, 2000, p. 231.

[5] Sur la distinction entre droit de poursuite et droit de gage général, voir les propos lumineux de Ph. THERY, Saisissabilité et limites, *Le 10ème anniversaire de la Loi du 9 juillet 1991*, Colloque du 9 juillet 2001, La Passerelle, 2002, p. 61 & suiv., spéc. p. 67 et *supra* n° 512 & suiv.

[6] Ph. THERY, Saisissabilité et limites, référence précitée, spéc. p. 67.

du Code ont gravée dans le marbre de l'article 2092 C.civ. n'établit sûrement pas, à notre sens, un " droit " de gage général dont l'objet pourrait n'être que futur, à venir[1].

Un droit est doté d'un objet ou il n'en a pas encore mais dans ce cas, il n'y a point encore de droit. La référence aux biens à venir sur lesquels le débiteur pourra un jour être tenu de remplir son engagement n'est que la preuve de l'identité totale, indépendamment de la date de naissance de la créance[2], entre les biens du débiteur que le créancier peut saisir, ceux qui constituent l'assiette de son droit de poursuite, et l'actif patrimonial du débiteur. S'il est parfaitement exact d'affirmer que le droit de poursuite se conjugue au présent, il ne semble pas qu'existe un droit de gage général se conjuguant au futur[3]. Ce qui se conjugue au futur, ce n'est que l'objet de ce droit de poursuite, qui s'identifie présentement et pour l'avenir à l'actif patrimonial du débiteur.

259. Le droit de gage général ne se distingue pas du droit de poursuite des créanciers. Ainsi, l'article 2284 C.civ. détermine le droit de poursuite des créanciers et son assiette : l'actif patrimonial du débiteur.

C'est pour cette raison que les hypothèses d'insaisissabilité sont présentées comme des dérogations à la formule très large de l'article 2284 C.civ[4]. Lorsque le bien est insaisissable, le créancier ne peut exercer de droit de poursuite dessus. Or, précisément, tous les biens inaliénables sont aussi insaisissables. Par conséquent, l'admission d'une inaliénabilité frappant un bien déjà approprié remettrait en cause le droit de poursuite déjà existant d'un créancier !

---

[1] Comp. A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine*, Thèse, Toulouse, préf. D. THOMASSIN, Doctorat et Notariat, Tome 25, Defrénois, 2008, n° 209. L'auteur distingue un droit de gage général abstrait qui s'exerce sur tous les biens et le droit à l'exécution qui doit pouvoir porter sur quelque chose de concret. Cette distinction nous semble factice, le droit de gage général abstrait n'est rien d'autre que l'affirmation selon laquelle, le droit de poursuite s'exerce sur n'importe lequel des biens du débiteur. Ce que l'auteur nomme droit de gage général nous semble devoir être compris comme l'objet du droit de poursuite du créancier et cet objet s'identifie exactement à l'actif patrimonial du débiteur. Il nous paraît hasardeux de voir un " droit " du créancier dans sa soumission aux fluctuations du patrimoine de son débiteur.

[2] Sur ce point, voir par exemple, Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Droit civil, 3ème édition, 2007, n° 1140, p. 642.

[3] Ph. THERY, Saisissabilité et limites, référence précitée, spéc. p. 67. Extrêmement judicieuse, la distinction entre droit de gage général et droit de poursuite doit donc selon nous s'interpréter dans ce sens, que ce " droit de gage général qui se conjugue au futur ", n'est que la propension du droit de poursuite à conserver pour l'avenir, l'actif patrimonial du débiteur comme objet. Si l'on cède à la tentation de la métaphore et que l'on songe au propriétaire d'un être vivant, un animal ou même, surtout, un végétal, on conçoit parfaitement que l'objet du droit de propriété soit amené à se modifier au gré des saisons. Le propriétaire n'a pourtant pas un droit distinct à obtenir les feuilles et les fleurs que génère sa plante sous l'action du rayonnement solaire.

[4] " Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. "

(ii) L'importance du droit de poursuite

260. Le droit de poursuite des créanciers qui s'exerce sur l'actif patrimonial du débiteur ne peut par hypothèse porter sur un bien qui ne figure pas encore à cet actif puisque l'assiette de leur droit de gage général, de leur droit de poursuite, ne contient pas encore le bien en cause. Les créanciers peuvent certes saisir tous les biens de leur débiteur[1] mais à la condition que ces biens *appartiennent* à leur débiteur[2]. Pour autant, dès lors qu'un bien appartient au débiteur, il est en principe saisissable par ses créanciers ainsi qu'en dispose l'article 2284 C.civ. L'assiette du droit de poursuite des créanciers contient donc le bien sur le point d'être saisi.

Si l'on permettait à une personne de constituer une restriction au droit de disposer après l'entrée d'un bien dans son patrimoine, en raison des liens unissant inaliénabilité et insaisissabilité, les créanciers ne pourraient en principe plus saisir le bien en cause. L'assiette du droit de poursuite de ses créanciers subirait une réduction subite d'autant plus suspecte qu'elle serait bien souvent unilatérale[3] ou au profit d'un seul créancier[4]. Les créanciers seraient donc purement et simplement spoliés de leur droit de poursuite !

261. Pour éviter que l'assiette du droit de poursuite des créanciers existants ne soit réduite, il faudrait alors distinguer entre les créanciers existant au jour de la mesure et les créanciers dont la créance ne naîtra qu'après l'établissement de l'inaliénabilité[5]. Les premiers ne pourraient être privés d'un droit de saisir qu'ils étaient déjà en mesure d'exercer au jour de l'établissement de l'inaliénabilité puisque le bien appartenait déjà au débiteur avant de devenir inaliénable et insaisissable. Ils conserveraient donc le droit de saisir le bien devenu inaliénable et insaisissable pour éviter que l'assiette de leur droit de gage général subisse une diminution brutale et suspecte.

Le remède serait pire que le mal ! On aboutirait ici à ce que des créanciers antérieurs à l'inaliénabilité puissent, par égard pour l'assiette de leur droit de gage général, saisir un bien

[1] Voir en ce sens, l'article 22 de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 : " Le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance ".
[2] Voir sur ce point l'article 13 al. 1 de la Loi du 9 juillet 1991 : " Les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur (...) ".
[3] En ce sens : JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Tome I, Sirey, 3ème édition, 1938, n° 1842.
[4] Ceci limite considérablement les possibilités d'utiliser les restrictions au droit de disposer comme des " garanties ".
[5] Cette distinction a cours en matière d'insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié, voir par exemple, à propos de la déclaration notariée d'insaisissabilité, l'article L. 526-1 C.com.

pourtant devenu inaliénable. La restriction au droit de disposer serait donc totalement inutile. Le lien unissant la restriction au droit de disposer et l'insaisissabilité serait rompu[1].

262. Que l'insaisissabilité en cause soit totale ou partielle, il faut donc constater que l'inaliénabilité d'un bien déjà approprié est fortement perturbatrice. En revanche lorsque l'on affirme que la restriction au droit de disposer ne peut être établie qu'au moment où le bien entre dans le patrimoine concerné, les perturbations sont très limitées et l'on ne porte absolument aucune atteinte au droit de poursuite des créanciers.

En effet, l'assiette de leur droit de poursuite n'a jamais contenu le bien concerné puisque ce dernier n'est pas encore dans le patrimoine du débiteur. Ils n'ont donc pas encore obtenu la possibilité de saisir ce bien de leur débiteur. La constitution de la restriction au droit de disposer est donc une opération totalement transparente quant à leur droit de poursuite. L'augmentation de l'actif patrimonial du débiteur par une libéralité était une aubaine pour eux, certes, mais ils seront ici privés de cette aubaine. Pour raisonner dans des termes classiques, l'insaisissabilité d'un bien donné ou légué consécutive à l'inaliénabilité conventionnelle prive les créanciers d'un éventuel bénéfice sans leur causer le moindre dommage.

On comprend donc que la constitution de la restriction au droit de disposer d'un bien doit avoir lieu avant que les créanciers de celui auquel le bien appartient aient obtenu le moindre droit de saisir ce bien. Ce droit de saisir le bien, leur droit de poursuite, on supposera leur créance susceptible d'exécution forcée, naît pour un bien particulier au moment de l'entrée de ce bien dans le patrimoine du débiteur.

263. Finalement, la précision du moment de constitution de la restriction au droit de disposer est donc dictée par le respect du droit de poursuite des créanciers sur le bien. Plus précisément, il s'agit ici de reconnaître que le maintien de l'assiette du droit de poursuite[2] des créanciers est en jeu lors de la création d'une restriction au droit de disposer. Le droit de poursuite des créanciers serait donc méconnu par une restriction au droit de disposer établie postérieurement à l'entrée du bien affecté dans le patrimoine du débiteur.

La justification du caractère très restreint de la période au cours de laquelle une inaliénabilité peut être établie repose donc entièrement sur le principe selon lequel il ne peut être porté atteinte au droit de poursuite déjà existant des créanciers. Cela signifie qu'une restriction au

[1] Sur lequel, voir *supra* n° 251 & suiv.

[2] L'assiette du droit de poursuite est constituée par l'actif patrimonial du débiteur, l'ensemble de ses biens selon la formule de l'article 2284 C.civ.

droit de disposer doit rester totalement neutre du point de vue du droit de poursuite des créanciers de celui qui la subit.

264. Le respect du droit de poursuite des créanciers constitue donc un véritable critère de qualification des restrictions au droit de disposer. Fondées sur la loi, ces dernières sont donc des modifications de la substance de la relation d'appartenance unissant les biens à la personne. Ces modifications ne peuvent nuire aux créanciers de la personne. C'est pour cette raison qu'elles ne peuvent être établies que durant un laps de temps fort restreint : avant qu'une nouvelle relation d'appartenance ne soit constituée.

Fort de cette définition, il est désormais possible de confronter la qualification de restriction au droit de disposer à différentes institutions dont on a parfois douté qu'elles constituassent de véritables inaliénabilités.

B) La mise en œuvre d'un critère de qualification de la restriction au droit de disposer

265. Le respect du droit de poursuite des créanciers est un principe commun à toutes les inaliénabilités. Parce qu'elles ne peuvent être établies qu'au moment où la relation d'appartenance qu'elles amputent se constitue, aucune restriction au droit de disposer ne remet en cause le droit de poursuite des créanciers existants. L'incompatibilité totale existant entre l'atteinte au droit de poursuite des créanciers et le mécanisme de l'inaliénabilité présente un double intérêt.

D'une part, l'absence d'atteinte au droit de poursuite des créanciers permettra parfois d'asseoir la qualification d'inaliénabilité. L'absence d'atteinte au droit de poursuite des créanciers sera alors utilisée comme un critère de qualification de l'inaliénabilité évidemment entendue comme une véritable restriction au droit de disposer (1).

Inversement la caractérisation d'une atteinte au droit de poursuite des créanciers permettra d'exclure la qualification de restriction au droit de disposer. L'atteinte au droit de poursuite des créanciers constitue donc un critère de disqualification de l'inaliénabilité qu'il sera alors possible de mettre en œuvre (2).

1) La qualification de véritables restrictions au droit de disposer

266. Critère de qualification des restrictions au droit de disposer, le respect du droit de poursuite des créanciers peut être caractérisé dans deux situations différentes.

Premièrement, c'est parfois l'absence d'atteinte directe au droit de poursuite qui permet d'opter pour la qualification de restriction au droit de disposer (a).

267. Le respect du droit de poursuite des créanciers peut cependant être caractérisé dans une hypothèse différente. En effet, la question de l'atteinte au droit de poursuite des créanciers ne se pose que lorsque ce dernier est susceptible d'être exercé. Or, il existe un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles le droit de poursuite des créanciers est suspendu. La suspension du droit de poursuite des créanciers résulte fréquemment de l'ouverture d'une procédure collective. Lorsque le droit de poursuite des créanciers est suspendu, ce qui en temps normal constituerait une atteinte à ce droit de poursuite n'en constitue plus une.

Or, lors de l'étude de la date de constitution des restrictions au droit de disposer, il était apparu que le respect du droit de poursuite des créanciers commandait que ces restrictions ne fussent établies que lors de l'appropriation d'un bien. Par l'effet de la suspension des poursuites, la constitution d'une inaliénabilité sur un bien déjà approprié ne portera aucune atteinte directe au droit de poursuite des créanciers (b).

a) L'absence directe d'atteinte au droit de poursuite des créanciers

268. La matière des restrictions au droit de disposer ne se réduit pas aux clauses d'inaliénabilité prévues par l'article 900-1 C.civ. Inclure dans cette catégorie d'autres institutions suppose de vérifier que celles-ci ne portent pas d'atteinte directe au droit de poursuite des créanciers. La mise en œuvre de ce critère de qualification des restrictions au droit de disposer permettra ainsi de trancher la question de la validité des inaliénabilités incluses dans des actes à titre onéreux. Ces dernières méritent effectivement la qualification de restrictions au droit de disposer (a).

Par ailleurs, de façon prospective, la mise en œuvre de ce critère de qualification permettra peut-être la consécration de la déclaration unilatérale d'inaliénabilité parfois envisagée en doctrine[1] (b).

(i) La qualification effective des clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre onéreux

269. La possibilité d'insérer une clause d'inaliénabilité d'un bien dans l'acte d'acquisition à titre onéreux de ce bien a été doublement discutée. L'essentiel des débats a eu lieu à propos de l'inaliénabilité conventionnelle de l'article 900-1 C.civ. pour laquelle on s'est demandé s'il était possible qu'elle résulte d'une clause d'inaliénabilité insérée dans un acte à titre onéreux translatif[2].

---

[1] Voir *supra* n° 212 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 51.

Il s'agissait alors de savoir si une clause d'inaliénabilité pouvait être stipulée à l'occasion d'une vente. La question de la validité des clauses d'inaliénabilité incluses dans des actes à titre onéreux a été discutée[1] mais la jurisprudence est désormais fermement établie : ces clauses d'inaliénabilité sont licites[2]. L'institution consacrée de façon prétorienne mérite-t-elle en outre la qualification de restriction au droit de disposer ? Une réponse positive doit être apportée à cette question, même stipulée à l'occasion d'une vente, une clause d'inaliénabilité ne porte aucune atteinte au droit de poursuite des créanciers.

270. Quant au point de savoir si une clause d'inaliénabilité insérée dans un acte à titre onéreux[3] établit une véritable restriction au droit de disposer, un double questionnement se fait néanmoins jour. Il s'agit d'une part de vérifier que le mécanisme établi repose bien sur une norme. En effet, seule une norme peut substantiellement modifier le contenu de la relation d'appartenance unissant une personne à chacun de ses biens. Il semblerait pourtant qu'il soit possible de reconnaître une norme jurisprudentielle assurant cette fonction[4].
Ce premier jalon de la qualification d'inaliénabilité posé, il faut cependant vérifier que le mécanisme établi ne porte aucune atteinte au droit de poursuite des créanciers. Si une atteinte au droit de poursuite des créanciers était caractérisée, en effet, l'inaliénabilité constituée à l'occasion d'un acte à titre onéreux ne pourrait être qualifiée de restriction au droit de disposer[5].

271. Le problème est ici relativement simple. La clause d'inaliénabilité emporte insaisissabilité du bien qu'elle affecte. Un acte à titre onéreux[6] translatif est un acte par lequel une personne acquiert un bien en échange d'une contrepartie monétaire ou d'un autre bien qui va quitter son patrimoine. Si l'on se place dans la situation des créanciers de l'acquéreur, avant l'opération envisagée, ils étaient en mesure d'exercer leur droit de

---

[1] Voir *supra* n° 232 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 231 & suiv., spéc. n° 234. Voir aussi, en dernier lieu, Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2007, pourvoi n° 05-14238, *Bull. civ.*, I, n° 337.
[3] L'acte à titre onéreux envisagé est ici forcément un acte translatif du droit dont l'aliénabilité sera restreinte compte tenu du fait que la restriction au droit de disposer d'un bien ne peut être stipulée qu'à l'occasion de l'entrée de ce bien dans le patrimoine de celui qui subit la restriction. Sur ce point, voir *supra* n° 205 & suiv.
[4] Voir ainsi, récemment, Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2007, pourvoi n° 05-14238. Face à un créancier qui prétendait passer outre une clause d'inaliénabilité établie dans un acte à titre onéreux, la Cour de cassation affirme sans ambiguïté que " dès lors qu'elle est limitée dans le temps et qu'elle est justifiée par un intérêt sérieux et légitime, une clause d'inaliénabilité peut être stipulée dans un acte à titre onéreux ". Sur cette question, voir *supra* n° 234.
[5] Voir *supra* n° 259 & suiv.
[6] Sur la notion d'acte à titre onéreux, entendue ici comme celle de contrat commutatif, voir Fr. CHENEDE, *Les commutations en droit privé - Contribution à la théorie générale des obligations*, Thèse Paris II, préf. A. GHOZI, Economica, 2008, n° 211.

poursuite sur l'élément d'actif du débiteur qui était destiné à constituer la contrepartie du bien à acquérir. Postérieurement à une cession à titre onéreux, en principe, les créanciers sont en mesure d'exercer leur droit de poursuite sur le bien nouvellement acquis. Dès lors que le bien nouvellement acquis est d'une valeur équivalente au bien cédé, le montant des biens sur lequel les créanciers pouvaient compter ne subit pas de modification importante en raison de la cession.

272. L'existence d'une restriction au droit de disposer incluse dans l'acte de cession à titre onéreux les empêcherait, elle, d'exercer leur droit de poursuite sur ce bien nouvellement acquis. Rappelons en effet que l'insaisissabilité d'un bien, obstacle à l'exercice du droit de poursuite des créanciers sur ce bien, est le corollaire de son inaliénabilité[1]. Après la cession à titre onéreux accompagnée d'une clause d'inaliénabilité, le montant total des biens du débiteur sur lequel les créanciers pouvaient compter sera diminué par l'effet de la clause. Du point de vue des créanciers de l'acquéreur contraint par l'inaliénabilité, l'opération envisagée laisse donc une " place vacante " au sein de l'ensemble des biens qu'ils pouvaient espérer saisir.

273. La question qui se pose est donc désormais la suivante, la diminution du montant total des biens sur lesquels les créanciers pouvaient espérer exercer leur droit de poursuite constitue-t-elle une véritable atteinte au droit de poursuite de ces créanciers, exclusive de la qualification de restriction au droit de disposer ?

Une réponse négative s'impose. En effet, toute la déception des créanciers réside dans le fait qu'ils pouvaient espérer que le bien acquis par leur débiteur en remplacement d'un autre, aliéné, soit d'une valeur sensiblement égale au premier. Cette équivalence des valeurs n'est qu'une simple espérance pour les créanciers. C'est ce dernier élément qui permet de distinguer la présente situation du cas où le droit de poursuite des créanciers est réellement remis en cause[2].

Le droit de poursuite des créanciers sur les biens de leur débiteur ne naît évidemment qu'à compter de l'appropriation de ces biens. Par conséquent, avant l'acte à titre onéreux contenant la clause d'inaliénabilité, les créanciers de l'acquéreur n'avaient aucun droit de poursuite sur le bien à acquérir destiné à être frappé d'inaliénabilité. Lors de la réalisation de l'opération convenue, la stipulation de la clause d'inaliénabilité, fondée sur une norme,

[1] Voir *supra* n° 251 & suiv.
[2] Comp. Y.-M. LAITHIER, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2007, *Revue des contrats*, 2008, 2, p. 248 & suiv., spéc. p. 251 *in fine*.

permet de remodeler l'appartenance du bien acquis. Les créanciers ne peuvent donc obtenir le droit de poursuivre le paiement de leur créance sur le bien nouvellement acquis. En vertu de la norme fondant la restriction, l'appartenance de ce bien a déjà été amputée du droit de disposer. Après l'appropriation, c'est donc un bien insaisissable qui échoit dans le patrimoine du débiteur. Les créanciers n'ont donc pas obtenu un droit de poursuite dont ils ont ensuite été privés, ils n'ont rien acquis du tout !

La stipulation d'une clause d'inaliénabilité à l'occasion du transfert à titre onéreux d'un bien ne remet donc nullement en cause le droit de poursuite des créanciers. En revanche leurs espérances sont déçues puisque l'assiette de leur droit de poursuite ne se maintient pas de façon conforme à leurs attentes.

274. Reste à savoir si la simple déception des créanciers, à l'instar d'une véritable remise en cause de leur droit de poursuite, est un obstacle à l'existence d'une restriction au droit de disposer. Cela paraît douteux, la déception est le lot commun des créanciers chirographaires. La preuve la plus manifeste en est fournie par l'ensemble de la doctrine qui relève invariablement la faiblesse du droit de gage général : " le créancier chirographaire doit subir les fluctuations du patrimoine de son débiteur "[1]. Au nombre de ces fluctuations du patrimoine du débiteur, on trouve bien entendu les " mauvaises affaires " réalisées par ce dernier.

Qu'est-ce qu'une " mauvaise affaire " si ce n'est un déséquilibre en défaveur du débiteur entre la prestation qu'il fournit et celle qu'il reçoit, de piètre qualité ? Contre ceci, le créancier chirographaire est démuni. Et ses espérances de voir la contreprestation reçue par son débiteur conserver une valeur équivalente à la prestation fournie sont irrémédiablement annihilées.

Il en va de même dans le cas où le bien acquis à titre onéreux fait l'objet d'une clause d'inaliénabilité insérée dans l'acte d'acquisition. Par souci de cohérence, il convient de laisser ici aussi le créancier démuni. La déception des créanciers confrontés à l'insertion d'une clause d'inaliénabilité dans l'acte à titre onéreux translatif réalisé par leur débiteur n'est donc pas un obstacle à la reconnaissance de la validité de cette clause d'inaliénabilité[2].

---

[1] J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, Droit civil, Tome IV, Economica, 1ère édition, 2000, n° 277, p. 231.

[2] Comp. Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 288 & suiv. L'auteur estime que l'indisponibilité résultant d'un acte à titre onéreux n'entraine aucunement l'insaisissabilité du bien en cause. Il estime que cette insaisissabilité porterait atteinte au droit de poursuite des créanciers. Une telle affirmation relève d'une méprise sur le contenu de l'assiette du droit de poursuite des créanciers. Celui-ci ne s'entend que des biens présents du débiteur, pour le reste, il ne

275. La clause d'inaliénabilité insérée dans un acte d'acquisition à titre onéreux mérite donc la qualification de restriction au droit de disposer. Cette qualification acquise, on peut toutefois estimer que les créanciers sont injustement spoliés. La question change alors de nature. Il ne s'agit plus de s'interroger sur l'existence d'une restriction au droit de disposer, celle-ci est acquise, il s'agit de rechercher les moyens dont disposeraient les créanciers déçus qui souhaiteraient ponctuellement remettre en cause une clause d'inaliénabilité.

Les créanciers pourraient ici tenter de se prévaloir de la nullité de la clause d'inaliénabilité pour irrespect de ses conditions de formation[1]. Quant bien même une telle action serait possible, il faut pourtant constater qu'elle reste une bien maigre consolation pour les créanciers. D'une part, la jurisprudence fait preuve de mansuétude dans l'appréciation des conditions de validité des clauses d'inaliénabilité[2], ce qui réduit d'autant l'intérêt d'une demande en nullité. Par ailleurs, cette action en nullité n'est intéressante que dans l'hypothèse où ces conditions de validité ne sont point satisfaites, elle laisse entière la question du sort des créanciers en présence d'une clause d'inaliénabilité valide. Enfin, il faut constater que la nullité de la clause d'inaliénabilité risque bien souvent d'entraîner la nullité de l'acte dans lequel elle est incluse tant il paraît présomptueux de supposer que le disposant a entendu dissocier la seconde du premier[3]. Le créancier qui aurait pu simplement patienter le temps que l'inaliénabilité cesse se retrouvera donc totalement dépourvu une fois la nullité de cet acte obtenue. L'action en nullité de la clause présente donc toutes les caractéristiques d'une fausse bonne idée pour le créancier ! Le seul mécanisme susceptible d'être mis en œuvre par les créanciers simplement déçus est donc la fraude paulienne.

---

s'agit que d'une simple expectative contre la remise en cause de laquelle ils sont de toute façon démunis. L'auteur estime en outre que l'article 1981 C.civ. qui dispose que seules les rentes viagères constituées à titre gratuit peuvent être insaisissables témoigne de l'existence du principe général de la saisissabilité des biens déclarés indisponibles dans un acte à titre onéreux. Une telle interprétation est éminemment contestable. Que la saisissabilité des rentes viagères stipulées à titre onéreux soit garantie ne signifie nullement que toutes les inaliénabilités établies dans les actes à titre onéreux n'entrainent pas d'insaisissabilité. Dès lors que l'insaisissabilité d'un bien acquis à titre onéreux ne remet nullement en cause le droit de poursuite des créanciers, l'induction opérée sur la base de l'article 1981 C.civ. est dépourvue de toute justification.

[1] Voir sur ce point, J. CASEY, note sous Cass. Civ. 1ère, 3 juin 1998, *J.C.P.*, (G), 1998, II, 10167, spéc. n° 6 & suiv.

[2] Voir en ce sens, R. MORTIER, note sous Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2007, *J.C.P.*, (N), 2008, II, 1064, p. 26 & suiv., spéc. p. 29.

[3] Il est en effet probable que l'inaliénabilité soit tenue pour la cause impulsive et déterminante de l'acte dans lequel elle est incluse. Cela est évidemment fort probable en matière de clauses d'inaliénabilité contenues dans des libéralités. Voir sur ce point la démonstration très complète de Fr. PLANCKEEL, *Le créancier face à une clause d'inaliénabilité*, mémoire de D.EA., Lille II, 1999, p. 88 & suiv., spéc. p. 94 à 96. S'agissant des clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre onéreux, une solution similaire est moins facilement envisageable, la nullité de la clause demeure cependant un pis-aller dans la mesure où les conditions de la validité de ces clauses sont assez largement entendues par le juge.

276. Prévue par l'article 1167 C.civ., l'action paulienne trouve son fondement naturel dans l'adage *fraus omnia corrumpit*[1]. L'action paulienne permet effectivement à un créancier d'attaquer les actes de son débiteur " à la condition qu'ils lui soient préjudiciables "[2]. Cela pourrait être le cas ici puisque sans la clause d'inaliénabilité les créanciers auraient pu saisir le bien acquis par leur débiteur en remplacement de celui qu'il a cédé. Cependant, l'action paulienne nécessite la preuve de l'intention frauduleuse du débiteur[3]. Par conséquent, si la conclusion de la clause d'inaliénabilité n'était pas inspirée par de tels motifs frauduleux elle est inattaquable[4] ! En outre, l'action paulienne ne peut être exercée contre le débiteur que lorsque ce dernier est insolvable[5]. Il en résulte que les créanciers ne pourront pas par principe arguer de la fraude paulienne pour faire obstacle à la clause d'inaliénabilité insérée dans un acte translatif à titre onéreux.

277. En définitive, il faut donc constater que les clauses d'inaliénabilité insérées dans des actes à titre onéreux sont de véritables restrictions au droit de disposer. Fondées sur une norme jurisprudentielle, ces clauses ne remettent nullement en cause le droit de poursuite des créanciers, elles évitent simplement qu'ils l'acquièrent. Cette clause d'inaliénabilité, fortement déceptive pour les créanciers, ne pourra être remise en cause *a posteriori* que dans des circonstances exceptionnelles. L'efficacité dont elle est parée vis à vis des créanciers ne doit pourtant pas surprendre. Le droit positif présente un autre cas de restriction au droit de disposer accompagnant une aliénation consentie à titre onéreux.

278. Ainsi, l'affirmation de la validité des clauses d'inaliénabilité insérées dans un acte à titre onéreux renouvelle un débat qui s'était fait jour lors de la consécration des sociétés par

---

[1] Sur lequel, voir H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4ème édition, 1999, p. 281 & suiv.
[2] J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, Droit civil, Tome IV, Economica, 1ère édition, 2000, n° 301.
[3] La jurisprudence fait preuve de mansuétude dans l'appréciation de la fraude du débiteur puisqu'elle admet l'action paulienne lorsque le débiteur a accompli l'acte contesté " en ayant conscience du préjudice causé aux créanciers ", Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, n° 1175, p. 1120. Entendu de la sorte, l'action paulienne pourrait être facilement mise en œuvre pour contrecarrer une clause d'inaliénabilité annexée à une aliénation à titre onéreux. Cependant, même largement entendue, la preuve de la fraude du débiteur doit être accompagnée de la preuve de la complicité du tiers ayant concouru à l'acte litigieux. Il en va ainsi lorsque l'acte litigieux est un acte à titre onéreux. Or dans notre hypothèse, la clause d'inaliénabilité accompagne un acte à titre onéreux. En outre, il ne semble pas que la qualification d'acte à titre gratuit siée à la stipulation d'inaliénabilité. Elle peut donc être assimilée ici à un acte à titre onéreux nécessitant pour que la fraude paulienne soit admise, la preuve de la complicité de l'autre partie. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que la fraude paulienne pourra donc être admise. Voir sur ce point, la démonstration méthodique de Fr. PLANCKEEL, *Le créancier face à une clause d'inaliénabilité*, mémoire de D.EA., Lille II, 1999, p. 74 & suiv.
[4] On remarquera d'ailleurs que l'exigence d'un intérêt sérieux et légitime venant au soutien de la clause rend totalement illusoire le recours à la fraude paulienne. Les créanciers seraient plus avisés de se prévaloir de la nullité de la clause pour non respect de ses conditions de validité.
[5] J. FRANÇOIS, *op.cit.*, n° 306 & suiv.

actions simplifiées. On sait que les statuts de ces dernières peuvent contenir des clauses d'incessibilité des actions[1] de la société pendant une durée n'excédant pas dix ans.

Très tôt la doctrine a opéré un rapprochement entre ces dispositions et l'article 900-1 C.civ., affirmant que cette incessibilité des actions n'était qu'une variété d'inaliénabilité[2]. Pourtant plusieurs auteurs ont relevé que cette inaliénabilité ne s'accompagnait peut-être pas d'une insaisissabilité[3]. Il a été affirmé que " l'insaisissabilité est, en effet, une atteinte trop importante aux droits des tiers pour que puisse être admise sans réticence une telle solution qui, de surcroît, facilite considérablement les comportements frauduleux "[4]. Démontrer l'absence totale d'atteinte au droit de poursuite des créanciers des actionnaires va permettre d'asseoir nettement la qualification de restriction au droit de disposer, justifiant ainsi que l'inaliénabilité des actions de la S.A.S., comme l'inaliénabilité conventionnelle, entraine une véritable insaisissabilité.

En effet, ici l'atteinte aux droits des tiers n'est pas plus caractérisée que lorsque le débiteur dilapide son patrimoine en réalisant de mauvaises affaires. On ne nie certes pas qu'il déçoive ses créanciers lorsqu'il apporte un bien en échange d'actions incessibles lors de la constitution d'une S.A.S. mais cette déception ne se distingue pas de celle des créanciers de l'acquéreur à titre onéreux d'un bien stipulé inaliénable[5]!

Il semble donc difficile de rejeter l'insaisissabilité, qui s'impose naturellement, au nom d'un principe de " respect des droits des tiers "[6] dont la teneur exacte demeure mystérieuse.

279. Par ailleurs, la jurisprudence n'a jamais explicitement affirmé que les actions de S.A.S statutairement déclarées inaliénables fussent saisissables. Il est pourtant parfois fait état[7] d'une décision du 2 mai 1985[8] dont il faudrait déduire que les actions de S.A.S. demeurent saisissables. Il n'est pas certain que cette décision puisse être interprétée en ce sens.

Dans cet arrêt, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a simplement tranché la question des modalités de la saisie des parts sociales détenues par le dirigeant d'une

---

[1] Article L. 227-13 C.com.

[2] Voir déjà, M. JEANTIN, Les associés de la S.A.S., *Rev. soc.*, 1994, p. 233, n° 32, et récemment : M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 20ème édition, 2007, n° 904 qui relèvent que les statuts des SAS peuvent contenir des " clauses d'inaliénabilité " ou encore Ph. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Précis, Dalloz, 10ème édition, 2005, n° 317.

[3] Voir par exemple, Y. GUYON, *Les sociétés - Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Traité des contrats, L.G.D.J., 5ème édition, 2002, n° 110 ; voir aussi les observations anonymes au *Lamy Sociétés commerciales*, 2006, n° 4080 *in fine*.

[4] M. JEANTIN, *art. préc.*, n° 32 *in fine*.

[5] Sur cette question, voir *supra* n° 273 & suiv.

[6] M. JEANTIN, *art. préc.*, n° 32 *in fine*.

[7] M. JEANTIN, *art. préc.*, n° 32 *in fine*.

[8] Cass. com., 2 mai 1985, *Bull. civ.*, IV, n° 138.

entreprise en difficulté. La Cour de cassation a donc décidé que " c'est à bon droit que la Cour d'appel a énoncé que ne saurait être étendue à leurs créanciers la disposition de l'article 21 de la loi du 13 juillet 1967 selon laquelle, à partir du jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale, les dirigeants ne peuvent céder les parts ou actions représentant leurs droits sociaux qu'avec l'autorisation du juge-commissaire ".

L'affirmation de la Cour de cassation fait exactement écho aux arguments de l'auteur du pourvoi. Dirigeant d'une société mise en règlement judiciaire, ce dernier avait vu les actions qu'il détenait faire l'objet d'une saisie-arrêt par un créancier. Il reprochait aux juges du fond d'avoir validé la mesure d'exécution alors que selon lui, la vente et la saisie-arrêt des actions étaient soumises à l'autorisation du juge-commissaire.

Il est évident que dans cette décision la Cour de cassation n'a pas voulu soumettre les créanciers du dirigeant aux contraintes que la loi[1] imposait à ce dernier.

280. Il nous semble tout aussi évident que ces dispositions légales n'établissaient nullement l'inaliénabilité des actions détenues par les dirigeants sociaux de sociétés mises en règlement judiciaire. Les actions n'étaient pas inaliénables pour la simple et bonne raison qu'elles pouvaient être vendues sur autorisation du juge-commissaire[2]. Or dans l'article L. 227-13 C.com., la situation est radicalement différente, les actions peuvent être statutairement frappées d'inaliénabilité. Il ne s'agit pas de demander au juge-commissaire l'autorisation de vendre les actions.

Sous l'empire de la loi de 1967, la disposition dont il est question s'apparentait non pas à une restriction au droit de disposer des actions mais à une limitation légale de la capacité d'exercice des dirigeants sociaux. Ceci est d'ailleurs tout à fait conforme à l'esprit de cette loi. On ne peut d'ailleurs s'empêcher de relever que cette disposition subsiste encore aujourd'hui à l'article L. 631-10 C.com lequel reprend mot presque mot pour mot l'article 21 de la loi du 13 juillet 1967. Il en résulte que la jurisprudence initiée sous l'empire de la législation antérieure ne saurait être reprise pour une autre disposition que l'article L. 631-10 C.com.

---

[1] Article 21 de la Loi du 13 juillet 1967.

[2] Comp. à propos de l'article 21 de la Loi du 13 juillet 1967, D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 452. Retenant une acception large de la disposition, l'auteur est contraint d'analyser comme des situations comparables à l'inaliénabilité toutes les dispositions compliquant la disposition d'un bien.

Par conséquent, la question de l'insaisissabilité des actions n'est pas tranchée en jurisprudence. Compte tenu de l'absence d'atteinte directe au droit de poursuite des créanciers, cette inaliénabilité s'accompagne d'une insaisissabilité comme cela devrait être toujours être le cas lorsque l'inaliénabilité d'un bien est stipulée à l'occasion de son transfert à titre onéreux.

281. L'absence d'atteinte directe au droit de poursuite des créanciers a donc permis de qualifier de restrictions au droit de disposer deux institutions existant en droit positif. La caractérisation de ces deux nouvelles inaliénabilités, avec toutes les conséquences que cela implique du point de vue de leur régime juridique démontre l'intérêt pratique de l'analyse renouvelée de l'inaliénabilité. Eclaircissant le droit positif, l'analyse renouvelée de l'inaliénabilité présente aussi un intérêt d'ordre prospectif, révélant par la même qu'elle est loin d'avoir épuisé tous ses effets.

(ii) La qualification prospective de la déclaration unilatérale d'inaliénabilité

282. Cette question a déjà été évoquée lorsqu'il s'est agi de déterminer le fondement de l'inaliénabilité[1]. Certains auteurs ont ainsi émis l'idée qu'une inaliénabilité pourrait exister alors même qu'elle n'aurait fait l'objet que d'une manifestation unilatérale de volonté[2]. Le fondement nécessairement normatif de l'inaliénabilité prohibe cependant le recours à ce mécanisme tant qu'il n'a pas été expressément consacré par une norme[3]. *De lege feranda*, l'étude de la déclaration unilatérale d'inaliénabilité n'est pas dénuée d'intérêt.

Certains auteurs contemporains ont en effet émis l'hypothèse que le mécanisme des clauses d'inaliénabilité pût être utilisé comme une sûreté négative[4]. Si la déclaration unilatérale d'inaliénabilité venait à être consacrée en droit positif, il serait donc envisageable qu'elle serve l'intérêt d'un créancier, par exemple le vendeur d'un bien ou le fournisseur de crédit, en l'assurant que l'acquéreur ou l'emprunteur conservera le bien nouvellement acquis[5].

---

[1] Voir *supra* n° 212 & 237.

[2] Voir surtout, PLANIOL, note sous Cass. civ., 22 juillet 1896, *D.*, 1898, 1, p. 17, se demandant ce qui pourrait interdire à un propriétaire d'établir de son propre chef sur ses biens les entraves qu'un tiers pourrait lui imposer au titre d'une clause d'inaliénabilité.

[3] Sur cette question, voir *supra* n° 237.

[4] Sur la définition du vocable " sûretés négatives ", voir Y. CHAPUT, Les sûretés négatives, *Annales de la faculté de droit de Clermont-Ferrand*, 1974, Fasc. 11, p. 167 & suiv. Voir de même, Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, Thèse, Paris II, 2007, n° 306 & suiv., spéc. note de bas de page n° 810.

[5] Voir envisageant cette hypothèse, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, Litec, 7ème édition, 2004, n° 577, p. 484. En attendant la consécration de ce mécanisme, il n'est nullement interdit au débiteur de s'engager à conserver un bien, quel que soit le moment auquel intervient cet engagement, il demeure malgré tout un simple engagement personnel, distinct de l'inaliénabilité en ce qu'il n'entraine aucune insaisissabilité. Voir sur ce point,

Plus particulièrement, une déclaration unilatérale d'inaliénabilité, établie lors de l'appropriation d'un bien, garantirait au créancier que son débiteur ne tentera pas de dilapider la valeur du bien nouvellement acquis en le vendant de nouveau[1].

283. Si elle venait à être consacrée, cette " inaliénabilité unilatérale " mériterait-elle la qualification de restriction au droit de disposer ou devrait-elle être requalifiée en une simple obligation du débiteur de conserver le bien dans son patrimoine ? La réponse est incertaine dans la mesure où cette " inaliénabilité unilatérale ", si elle favorise un créancier, semble porter une grave atteinte au droit de gage général des autres créanciers en raison de l'insaisissabilité qu'elle entraîne[2]. Bien plus, n'est-il pas inopportun que le débiteur puisse de son propre chef décider lors de l'acquisition d'un bien que ce dernier sera inaliénable ? La solution semble méconnaître l'essence même du droit de gage général[3].

Une telle affirmation doit être nuancée. Il apparaît en effet qu'une déclaration unilatérale d'inaliénabilité établie lors de l'entrée d'un bien dans le patrimoine du déclarant ne remet nullement en cause le droit de poursuite des créanciers. L'assiette de ce droit de poursuite est constituée par l'ensemble des biens figurant à l'actif du patrimoine du débiteur.

Au moment de la déclaration, lors de l'appropriation du bien, l'assiette du droit de poursuite ne contient pas encore le bien en cause. Comme cela a déjà été constaté à propos des clauses d'inaliénabilité établies à l'occasion de transferts à titre onéreux[4], tant que l'appropriation du bien n'a pas eu lieu, les créanciers sont dépourvus du droit de poursuivre le paiement de leur créance sur celui-ci. Le droit de poursuite des créanciers ne subit donc aucune atteinte directe lorsque l'inaliénabilité est établie lors de l'appropriation du bien.

284. Si le droit de poursuite des créanciers n'est pas directement atteint, peut-on pour autant en conclure que la déclaration unilatérale d'inaliénabilité n'a aucune incidence sur leur

---

déniant la possibilité pour une sûreté négative, entendue comme un tel engagement, de générer l'insaisissabilité du bien litigieux, Y. CHAPUT, Sûretés négatives, *Jurisclasseur Banque et crédit*, Fascicule 790, 1990, spéc. n° 34 à 36 et n° 50.

[1] A bien y réfléchir, il n'est pas certain que la déclaration unilatérale d'inaliénabilité soit le seul moyen pour le créancier de se prémunir contre une revente du bien par son débiteur. En effet, dès lors que la déclaration unilatérale d'inaliénabilité sert les intérêts du créancier, on ne voit pas ce qui interdirait à ce dernier d'inclure une clause d'inaliénabilité dans l'acte de vente initial. On sait en effet que cette possibilité lui est déjà offerte en droit positif, sur ce point voir *supra* n° 267 & suiv. La déclaration unilatérale d'inaliénabilité aurait donc un intérêt seulement pour le fournisseur de crédit qui souhaiterait éviter que l'emprunteur ne dilapide la valeur du bien acquis au moyen des fonds prêtés en le revendant immédiatement.

[2] Sur les liens existant entre inaliénabilité et insaisissabilité, voir *supra* n° 278 & suiv.

[3] Voir sur ce point : JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Tome I, Sirey, 3ème édition, 1938, n° 1842, " il n'est pas admissible qu'un débiteur puisse, par un simple geste, soustraire ses biens à l'action de ses créanciers ".

[4] Voir *supra* n° 272 & suiv.

situation ? Sûrement pas, on aurait tort d'en déduire l'innocuité totale du mécanisme pour les créanciers. Indépendamment de toute atteinte à leur droit de poursuite, il faut se demander si l'inaliénabilité unilatérale ne perturbe pas inopportunément l'économie du droit de gage général des créanciers. Pour ce faire, il importe de traiter successivement de deux situations distinctes. La déclaration unilatérale d'inaliénabilité a lieu à l'occasion de l'entrée d'un bien dans le patrimoine du déclarant, mais ce bien peut échoir au déclarant à la suite d'un acte à titre gratuit ou à la suite d'un acte à titre onéreux

285. Le bien unilatéralement déclaré inaliénable et acquis à titre gratuit peut par exemple être transmis au déclarant à l'occasion d'une donation ou d'un legs. Pour les créanciers du déclarant la libéralité est une aubaine. Si elle est acceptée par le gratifié, elle provoque l'accroissement de l'actif du patrimoine de leur débiteur. En principe, l'assiette de leur droit de poursuite a vocation à s'accroître de ce nouveau bien. La déclaration unilatérale d'inaliénabilité les prive de cette aubaine. Le bien inaliénable, donc insaisissable, échoira dans le patrimoine de leur débiteur, le déclarant, sans qu'ils puissent espérer le saisir. Cette déclaration unilatérale ne fait pourtant que les priver d'une espérance d'accroissement de l'assiette de leur droit de poursuite sans remettre en cause *a posteriori* un droit de poursuite déjà constitué. Leur situation dans ce cas est tout à fait comparable à celle qui existe lorsque leur débiteur reçoit un bien par une libéralité accompagnée d'une clause d'inaliénabilité stipulée dans les conditions prévues par l'article 900-1 C. civ.
Il est donc possible de raisonner par analogie. Ce qui est permis dans le cas de l'inaliénabilité conventionnelle n'a aucune raison d'être interdit en présence d'une inaliénabilité unilatérale. De ce point de vue, rien ne justifie de prohiber l'inaliénabilité unilatérale.

286. Il faut simplement garantir aux créanciers que le débiteur n'a pas agi frauduleusement. Cette réserve trouve son fondement naturel dans l'adage selon lequel *fraus omnia corrumpit*. La nécessité de la lutte contre la fraude ne doit pas faire oublier l'exigence d'un outil technique efficace pour sa mise en œuvre. Naturellement on aurait tendance ici à se tourner vers la fraude paulienne[1] qui pourrait constituer cet instrument efficace de lutte contre le détournement frauduleux de la déclaration unilatérale d'inaliénabilité. La fraude paulienne permet effectivement à un créancier d'attaquer les actes de son débiteur " à la condition qu'ils lui soient préjudiciables, parce qu'ils ont altéré l'assiette de son droit de gage général "[2]. La

[1] L'action paulienne est prévue par l'article 1167 C.civ.
[2] J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général,* Droit civil, Tome IV, Economica, 1ère édition, 2000, n° 301.

fraude paulienne semble parfaitement taillée pour lutter contre de frauduleuses déclarations unilatérales d'inaliénabilité.

Cependant l'action paulienne ne peut être exercée que si des conditions précises sont réunies. Elle permet de lutter contre les actes d'appauvrissement volontaire que réalise un débiteur insolvable. Le fait que l'inaliénabilité empêche l'assiette du droit de poursuite de s'accroître du bien reçu s'analyse davantage comme la perte d'une chance d'enrichissement[1] que comme un acte d'appauvrissement. Si l'on affirme que l'action paulienne accorde aux créanciers " le rétablissement du *statu quo ante* "[2], il paraît normal d'en exclure l'application en cas de refus d'enrichissement. Ce " retour en arrière " ne se conçoit que dans l'hypothèse d'un appauvrissement et nullement dans le cas d'un refus d'enrichissement.

Sanctionner un refus d'enrichissement du débiteur reviendrait à laisser à ses créanciers le soin de contrôler l'opportunité de ses actes. Ce contrôle de l'opportunité de l'acte reste secondaire lorsque l'on ne sanctionne que les actes d'appauvrissement.

287. La distinction entre les actes d'appauvrissement et les refus d'enrichissement en ce que seuls les premiers seraient justiciables de l'action paulienne a été niée avec force[3]. Il a ainsi été pertinemment relevé que l'action paulienne protège les créanciers contre l'altération de l'assiette de leur droit de gage général[4]. Or, au sens de l'article 2284 C.civ.[5], le droit de gage général s'exerce autant sur les biens présents du débiteur que sur ses biens à venir[6]. " Les créanciers méritent donc une protection identique que le débiteur fasse frauduleusement sortir un bien de son patrimoine, ou qu'il manifeste, par un acte juridique, son refus d'y faire entrer des biens pouvant fournir un gage à leurs poursuites "[7].

Aussi convaincante que soit cette démonstration, elle n'en laisse pas moins les créanciers de celui qui a déclaré unilatéralement l'inaliénabilité d'un de ses biens dans une situation délicate. L'action paulienne ne peut être exercée par un créancier sur le fondement de son seul droit de gage général que si le débiteur est insolvable[8]. L'inaliénabilité unilatérale d'un

---

[1] A bien y réfléchir, il n'est même pas certain que l'on puisse ici reconnaître la perte d'une chance de s'enrichir dans la mesure où le débiteur lui s'est bien enrichi du bien reçu. Ce sont plutôt ses créanciers qui ne s'enrichissent pas.
[2] Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, n° 1156, p. 1105.
[3] J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, Droit civil, Tome IV, Economica, 1ère édition, 2000, n° 304.
[4] J. FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 301.
[5] Article 2284 C.civ.: " Quiconque s'est engagé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir".
[6] J. FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 304, p. 252.
[7] J. FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 304, p. 252.
[8] J. FRANÇOIS, *op.cit.*, n° 306 & suiv.

bien reçu par libéralité risque donc, si elle est consacrée en droit positif, de n'être guère favorable aux créanciers du constituant.

288. Si l'inaliénabilité unilatérale frappe un bien acquis à titre onéreux, la situation n'apparaît pas plus favorable aux créanciers, bien au contraire. Traditionnellement, le droit de gage général ne comportant pas de droit de suite, les créanciers chirographaires ne peuvent poursuivre le paiement de leur créance sur les biens qui sont sortis du patrimoine de leur débiteur. En revanche, selon l'article 2284 C.civ., ils pourront saisir le bien obtenu par leur débiteur en remplacement d'un bien aliéné à titre onéreux[1]. Dans ces conditions, l'assiette de leur droit de poursuite semble se maintenir : le bien disparu est remplacé[2].

Si l'acquéreur déclare unilatéralement l'inaliénabilité du bien nouvellement acquis, il faut constater que l'assiette du droit de poursuite des créanciers subit une diminution brutale. C'est en effet un bien inaliénable et insaisissable qui s'intègre dans le patrimoine de leur débiteur. Ils ne pourront pas saisir le bien nouvellement acquis alors qu'ils étaient en mesure de saisir le bien qu'il a remplacé. Il en va exactement de même lorsque l'inaliénabilité, conventionnelle, est concomitante d'une acquisition à titre onéreux[3]. Les créanciers sont déçus mais leur déception n'est pas pire ici que lorsque le débiteur réalise une " mauvaise affaire ".

En opportunité, sauf le cas exceptionnel de la fraude du débiteur[4], rien ne justifie donc d'exclure une potentielle restriction au droit de disposer au nom des atteintes portées au droit de poursuite des créanciers. Celles-ci sont inexistantes, seules les espérances des créanciers seront déçues.

289. Finalement, on s'aperçoit sans peine de la faiblesse du droit de poursuite dès lors qu'aucune mesure ne permet aux créanciers de maintenir son assiette intacte. Cela résulte en grande partie des conditions rigoureuses de l'action paulienne qui ne peut être exercée que lorsque le débiteur est insolvable ou risque de le devenir. Les créanciers ne sont donc prémunis que contre le risque de perdre toute chance que la créance soit exécutée. Ils ne

---

[1] L'article 2284 C.civ. dispose en effet que : " Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et *à venir* (nous soulignons) ".

[2] Voir G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 8ème édition, 2007, *V°* onéreux (acte à titre): " acte juridique en vertu duquel celui qui reçoit une prestation doit en fournir une contrepartie ".

[3] Voir *supra* n° 272 & suiv.

[4] Voir *supra* n° 276.

peuvent prétendre à la garantie de l'effectivité maximale de leur droit de poursuite, seule la disparition totale de l'assiette du droit de poursuite est justiciable de l'action paulienne[1].

Il n'y a donc aucun principe garantissant la fixité de l'assiette du droit de poursuite. Cela se comprend, cette assiette n'est que l'actif du patrimoine de leur débiteur[2]. Il serait surprenant de prétendre que le patrimoine est destiné à rester figé. En revanche, si l'assiette du droit de poursuite demeure fluctuante, une fois que les créanciers ont acquis le droit de saisir un bien, il n'est plus possible de le remettre en cause par la voie d'une restriction au droit de disposer. La restriction au droit de disposer doit donc être établie lors de l'appropriation du bien.

C'est précisément le cas de l'inaliénabilité conventionnelle établie lors d'une acquisition à titre onéreux et de l'inaliénabilité unilatérale concomitante à l'appropriation d'un bien. Respectivement positif et prospectif, ces deux exemples ont en commun de ne manifester aucune atteinte au droit de poursuite des créanciers[3] car ces deux inaliénabilités interviennent donc avant que les créanciers aient pu obtenir le moindre droit de poursuivre le paiement de leur créance sur le bien inaliénable.

Faut-il en déduire selon la réciproque qu'une restriction au droit de disposer porte mécaniquement atteinte au droit de poursuite des créanciers lorsqu'elle est établie sur un bien déjà approprié ? L'affirmer serait réducteur. Le droit de poursuite des créanciers est soumis à des modalités particulières dont la survenance rend exceptionnellement possible l'établissement d'une inaliénabilité sur un bien déjà approprié. Suspendu, le droit de poursuite des créanciers n'est pas directement atteint par l'établissement d'une restriction au droit de disposer.

---

[1] Cette distinction entre la disparition totale du droit de gage général et la simple diminution de son effectivité, si elle résulte de l'analyse du droit positif, n'est pourtant pas toujours heureuse. Il est évident que le débiteur qui, sans être insolvable, diminue son actif, nuit considérablement à ses créanciers. Réduire l'actif du débiteur accroît pour les créanciers les effets pervers de leur concours. Ils se partagent moins de biens et mathématiquement cela augmente les pertes qu'ils subissent.

[2] Remarquons ici que les restrictions au droit de disposer, parce qu'elles " figent " l'actif du patrimoine, maintiennent en définitive l'espoir des créanciers chirographaires. Au moins les biens qu'elles frappent demeurent au débiteur, ce qui les dispense de l'obtention d'un droit de suite !

[3] *Contra* voir B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 156 & suiv., à propos de l'éventuelle stipulation de l'inaliénabilité d'un bien déjà approprié, cet auteur rapporte l'argumentation consistant à l'interdire au nom du respect du droit de gage général. L'auteur la rejette pourtant, estimant qu'elle prouve trop, dans le sens où le respect du droit de gage général devrait aussi prohiber la stipulation de l'inaliénabilité d'un bien à l'occasion de son transfert à titre onéreux, ce qui n'est pas le cas. Ce raisonnement repose sur la confusion entre le droit de poursuite, actuel, des créanciers et leur espérance de voir se maintenir l'assiette de leur droit de gage général au gré des fluctuations du patrimoine de leur débiteur. L'auteur ne tire en revanche aucune conséquence de ce rapprochement contestable entre ces deux situations puisqu'il considère que l'insaisissabilité n'est pas le corollaire naturel de l'inaliénabilité, opinion que nous ne partageons d'ailleurs pas plus que la précédente.

b) L'absence indirecte d'atteinte au droit de poursuite des créanciers

290. Dans certains cas, la qualification de restriction au droit de disposer devrait être mécaniquement exclue tant il semble évident qu'elle porterait une atteinte irrémédiable au droit de poursuite des créanciers. Ainsi, en principe, lorsqu'un bien est déjà approprié, les créanciers de celui auquel il appartient, bénéficient, en vertu de l'article 2284 C.civ., du droit de poursuivre le paiement de leur créance sur ce bien.

Si une restriction au droit de disposer intervenait à ce stade, elle aboutirait à remettre en cause le droit de poursuite des créanciers puisque le bien inaliénable est aussi forcément insaisissable[1]. On comprend donc parfaitement pourquoi les restrictions au droit de disposer sont en principe toujours établies lors de l'appropriation d'un bien[2]. Dans le cas contraire, elles porteraient atteinte au droit de poursuite des créanciers.

291. Cependant, le droit de poursuite des créanciers, s'il naît de l'appropriation d'un bien par leur débiteur, est susceptible d'être paralysé par l'ouverture d'une procédure collective. Ainsi, l'article L. 622-21 C.com. dispose-t-il que l'ouverture de la procédure " interdit ou interrompt toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 ". L'interdiction de l'exécution forcée de ces créances fait écho à l'interdiction du paiement de ces créances par le débiteur, prévue à l'article L. 622-7 C.com.

Ce principe de la suspension des poursuites individuelles limite considérablement les droits de certains créanciers, ceux dont la créance est antérieure à l'ouverture de la procédure. Ces derniers ne perdent pas leur droit de poursuite, ce dernier est simplement paralysé. Leur droit de poursuite, paralysé, ne saurait donc être atteint par la déclaration de l'inaliénabilité d'un bien. Ils ne sauraient reprocher à quiconque de les priver d'un droit de saisir les biens du débiteur que de toute façon ils ne peuvent plus exercer.

Or, ce droit de saisir les biens du débiteur est le principe qui permet de délimiter le moment auquel les restrictions au droit de disposer peuvent se former. Naturellement, lorsque ce droit de saisir n'est plus susceptible d'être atteint, la restriction au droit de disposer peut être établie à tout instant. Le moins que l'on puisse dire est que cette inaliénabilité est tout à fait exceptionnelle car elle frappe un bien déjà approprié. Par ailleurs, s'il n'existe pas encore de

[1] Sur ce point, voir *supra* n° 251.
[2] Voir *supra* n° 259 & suiv.

mécanisme permettant de déclarer unilatéralement qu'un bien est inaliénable[1], il serait déraisonnable de souhaiter que cette déclaration puisse ici résulter du seul débiteur.

292. Cependant, à titre prospectif, on peut imaginer que le tribunal compétent lors de l'ouverture d'une procédure collective procède à la déclaration judiciaire de l'inaliénabilité des biens du débiteur. Cette restriction judiciaire au droit de disposer ne porterait pas atteinte aux droits des créanciers puisque ces derniers sont de toute façon dépourvus du droit de saisir le bien en raison de la suspension des poursuites individuelles. Quoiqu'il en soit, une telle mesure n'existe pas pour le moment.

En revanche à l'occasion de l'adoption du plan de sauvegarde de l'entreprise, l'article L. 626-14 C.com. dispose que le Tribunal peut déclarer inaliénable les biens du débiteur qu'il estime indispensable à la poursuite de l'activité[2]. Cette mesure a lieu en dehors de toute mutation des biens de patrimoine à patrimoine[3]. Or, en matière d'inaliénabilité, cette exigence n'est que le reflet d'une considération particulière envers le droit de poursuite des créanciers[4]. Dans le cas d'un plan de sauvegarde, l'assiette du droit de poursuite des créanciers semble effectivement modifiée puisqu'un bien auparavant saisissable leur échappe dorénavant. La dérogation à notre principe n'est qu'apparente[5]. En effet les créanciers sont eux-mêmes tenus par ce plan de sauvegarde[6].

Par conséquent, privés de la possibilité d'exercer leur droit de poursuite en raison de la suspension des poursuites individuelles[7], les créanciers n'en retrouvent l'exercice qu'à un moment où son assiette a, le temps de l'adoption du plan, été modifiée. Leur droit de poursuite retrouvé doit donc être défini en fonction du plan de sauvegarde, c'est évident, mais aussi en fonction des décisions judiciaires qui ont pu, lorsque l'exercice de leur droit de gage était suspendu, restreindre le droit de disposer de certains biens du débiteur.

293. On remarquera cependant que le législateur ne traite pas tous les créanciers de la même manière. En effet, l'article L. 622-17 C.com. dispose que " les créances nées régulièrement

---

[1] Voir *supra* n° 236.
[2] Article L. 626-14 C.Com, sur lequel, voir *supra* n° 223.
[3] Voir en ce sens, relevant la spécificité de cette mesure, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, note 2, p. 157 : " On observera que l'inaliénabilité peut grever un bien après son entrée dans le patrimoine du débiteur, ce qui en droit commun est impossible (...) ".
[4] Voir *supra* n° 255 & suiv.
[5] Voir sur ce point les très fines observations suivantes, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, note 2, p. 157 : " (…) l'arsenal procédural de la procédure collective rend la chose possible : les créanciers antérieurs sont tenus de respecter l'échéancier fixé par le plan de continuation ; quant aux créanciers postérieurs, ils sont tenus de respecter les dispositions du plan (…). "
[6] L'article L. 626-11 C.com. dispose que le jugement qui arrête le plan le rend opposable à tous.
[7] Article L. 621-24 C.com.

après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle pendant cette période sont payés à l'échéance." L'inaliénabilité prononcée à l'occasion du plan provoque-t-elle alors une diminution brutale et inexpliquée du droit de poursuite des créanciers de la procédure ?

Bien que les apparences militent en ce sens, il faut convenir du contraire. En effet, d'un point de vue théorique, on peut considérer que le jugement d'ouverture a un double rôle. D'un coté, il interdit évidemment le paiement des créances antérieures à l'ouverture en suspendant le droit de poursuite des créanciers antérieurs. D'un autre coté, il redéfinit aussi le droit de poursuite des créanciers postérieurs, ceux dont la créance est née après l'ouverture. Certains subiront la suspension des poursuites[1], non désignés par l'article L. 622-17 I. C.com., ils sont abandonnés à leur sort[2]. L'inaliénabilité des biens indispensables au débiteur ne change rien à leur droit de poursuite, ils n'étaient point censés l'exercer[3].

D'autres[4], au contraire, les créanciers désignés par l'article L. 622-17 C.com. bénéficient d'une promotion légale de leur droit de poursuite[5] en ce qu'il résulte des créances postérieures à l'ouverture de la procédure. En principe, ils seront donc payés à l'échéance[6]. La norme établissant l'inaliénabilité leur fait alors bénéficier d'une dérogation à l'insaisissabilité. Exceptionnellement le droit de saisir le bien inaliénable leur est octroyé par la loi. Lors de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, la norme, omnipotente, se saisit de la question de la disposition des biens du débiteur réalisée par ses créanciers. Elle sanctionne

---

[1] L'article L. 622-21 al. 1 C.com. dispose que ces créances, non désignées par l'article L. 622-17 C.com. sont justiciables de la suspension des poursuites, aucune mesure d'exécution fondée sur ces créances ne peut dont être exercée.

[2] L'article L. 622-24 al. 5 C.com. dispose que ces créances postérieures doivent faire l'objet d'une déclaration.

[3] Ainsi l'article L. 622-7 al. 1 C.com. traite-t-il de façon conjointe les créanciers antérieurs et les créanciers postérieures dont la créance n'est pas mentionnée par l'article L. 622-17. I. C.com.

[4] Sur la distinction entre les créanciers postérieurs selon que les uns échappent ou non à la discipline collective, voir P. CROCQ, La collectivisation de l'exécution forcée, *in* C. BRENNER (Dir.), *Le droit de l'exécution forcée entre mythe et réalité*, Editions juridiques et techniques, 2007**,** p. 83 & suiv., spéc. n° 149.

[5] La promotion légale du droit de poursuite de certains créanciers n'est nullement un mécanisme original et spécifique aux procédures collectives. On en trouve de nombreuses illustrations dans tous les cas où le législateur épargne à certains créanciers de souffrir d'une insaisissabilité. Ce peut être une insaisissabilité résultant d'une inaliénabilité. On songera ici aux articles L. 145- 2 et R. 145-34 C.trav. qui laissent la faculté au créancier d'aliment d'être payé sur une fraction incessible et insaisissable de la créance de salaire par la mise en œuvre de la procédure de paiement direct. Sur la genèse parlementaire de ces dispositions, voir S. CIMAMONTI, *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*, Thèse, Aix-Marseille III, 1990, p. 422 & suiv. Concernant les insaisissabilités autonomes, les promotions légales du droit de poursuite de certains créanciers sont encore plus fréquentes ainsi qu'en témoignent les dérogations aux insaisissabilités prévues par l'article 14 de la Loi du 9 juillet 1991.

[6] Article L. 622-17 I. *in fine* C.com.

certains créanciers[1], ceux dont la créance est antérieure ou non mentionnée par l'article L. 622-17 I. C.com. et elle en gratifie d'autres[2], ceux dont la créance est mentionnée par cette disposition.

294. Cette inaliénabilité judiciairement prononcée à l'occasion de l'adoption du plan de sauvegarde est donc une véritable restriction au droit de disposer. Elle demeure fondée sur une norme[3], et en tout état de cause, elle respecte le droit de poursuite des créanciers, qu'ils soient antérieurs, postérieurs et dans ce dernier cas, privilégiés ou non. La seule question qui mérite d'être posée est désormais la suivante : la promotion légale du droit de poursuite de certains créanciers risque-t-elle de ruiner l'inaliénabilité établie par le Tribunal[4]?

Il s'agit d'évaluer cette fois-ci les incidences pratiques de la promotion légale du droit de poursuite des créanciers postérieurs. Payés à l'échéance, ces derniers devraient pouvoir saisir le bien inaliénable. En pratique cela ne se produira jamais. En effet, ces créanciers postérieurs sont censés être payés à l'échéance de leur créance.

Par conséquent, il y a peu de chances que leur créance reste impayée, nécessitant alors d'user de leur droit de poursuite. En outre, dès lors que les biens déclarés inaliénables par le Tribunal sont indispensables à la poursuite de l'activité du débiteur, on peut deviner que les créanciers postérieurs, sauf à ruiner définitivement le débiteur, éviteront de le priver des moyens de poursuivre son activité. S'il s'agit de la seule alternative, une nouvelle procédure collective sera ouverte et les poursuites seront de nouveau suspendues[5].

En pratique, les prérogatives des créanciers de l'article L. 622-17 C.com. ont donc peu d'influence sur l'efficience de la restriction au droit de disposer judiciairement établie par le Tribunal lors de l'adoption d'un plan de sauvegarde.

295. Finalement, la suspension des poursuites qui a lieu à compter du jugement d'ouverture permet donc au législateur de redéfinir la relation d'appartenance de ce bien, indépendamment de toute nouvelle appropriation de ce dernier. On constatera d'ailleurs que c'est justement la suspension des poursuites qui évite que la restriction établie porte une

---

[1] L'article L. 622-21 I. C.com. interdit les poursuites fondées sur des créances non mentionnées à l'article L. 622-17 I. C.com. Cette suspension des poursuites fait écho à l'interdiction du paiement de ces créances, mentionnée à l'article L. 622-7 I. C.com.

[2] L'article L. 622-17 II. confère un droit de poursuite aux créanciers visés par l'article L. 622-17 I. C.com.

[3] Il s'agit de l'article L. 626-14 C.com.

[4] Rappelons que l'article L. 626-14 C.com. permet au Tribunal de prononcer l'inaliénabilité des biens indispensables à la poursuite de l'activité du débiteur.

[5] Il s'agira alors probablement d'une liquidation judiciaire, laquelle est réglementée aux articles L. 640-1 & suiv. C.com.

atteinte aux droits des créanciers. De ce point de vue, la suspension des poursuites est véritablement protectrice du droit de gage général des créanciers ! D'ailleurs, certains créanciers, par le biais de l'article L. 622-17 C.com. bénéficient d'une promotion légale de leur droit de poursuite.

La suspension des poursuites est donc cette autre situation de laquelle s'évince un nouveau cas de restriction au droit de disposer. Seul ce mécanisme réservé aux procédures collectives permet l'établissement d'une restriction au droit de disposer sur un bien déjà approprié. Dans toutes les autres hypothèses d'inaliénabilité, la redéfinition de la relation d'appartenance par l'effet d'une norme intervient lorsque cette relation d'appartenance est sur le point de se constituer, à l'occasion de l'appropriation d'un bien.

Sans suspension des poursuites, établie sur un bien déjà approprié, l'inaliénabilité porterait une grave atteinte au droit de poursuite des créanciers. Elle ne pourrait constituer une véritable restriction au droit de disposer.

2) La disqualification des fausses restrictions au droit de disposer

296. En principe, les restrictions au droit de disposer ne portent pas atteinte au droit de poursuite des créanciers. En effet, le plus souvent, elles sont établies lors de l'appropriation d'un bien. Seule la suspension du droit de poursuite permet de déroger à ce principe. Par conséquent, on ne s'étonnera pas qu'une inaliénabilité ne puisse jamais frapper un bien déjà approprié (a).

En outre, l'absence de suspension des poursuites à l'égard des dirigeants sociaux en cas de procédures collectives justifie que les mesures du Tribunal relatives à la gestion de leurs droits sociaux ne puissent pas être qualifiées de restrictions au droit de disposer (b).

a) L'impossible restriction au droit de disposer d'un bien approprié

297. L'idée d'une inaliénabilité frappant un bien déjà approprié a été plusieurs fois envisagée en doctrine[1]. M. RAYNAUD opte ainsi clairement pour la validité de cette institution[2] pour la raison essentielle qu'il estime que l'insaisissabilité n'est qu'exceptionnellement le corollaire de l'inaliénabilité[3]. Il semblerait pourtant que l'on ne puisse dissocier inaliénabilité

---

[1] Voir déjà, PLANIOL, note sous Cass. civ., 22 juillet 1896, *D.*, 1898, 1, p. 17, se demandant ce qui pourrait interdire à un propriétaire d'établir de son propre chef sur ses biens les entraves qu'un tiers pourrait lui imposer au titre d'une clause d'inaliénabilité. Plus récemment, voir B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 156 & suiv.

[2] B. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 156, p. 131.

[3] B. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 262 & suiv., p. 225 & suiv.

et insaisissabilité[1], il est donc logique que l'inaliénabilité d'un bien déjà approprié soit impossible.

En revanche, si l'insaisissabilité est problématique dans cette hypothèse, rien n'interdit de recourir à un mécanisme beaucoup moins original que l'inaliénabilité. Il s'agit de l'engagement du débiteur de ne point aliéner[2]. Un tel engagement est possible en droit positif, il s'analysera comme une obligation de ne pas faire. S'agissant d'une obligation de ne pas faire, les seules sanctions envisageables seront celle que prescrivent les articles 1142 & suiv. C.civ.

Un tel engagement peut être conclu à tout moment par le débiteur. En raison de l'absence d'insaisissabilité, il n'y a aucune raison de l'interdire lorsque le bien est déjà approprié. Par conséquent, si une inaliénabilité unilatérale venait à être stipulée aujourd'hui, c'est cette qualification obligationnelle qu'il faudrait en retenir si l'on veut donner quelque effet à la stipulation litigieuse[3]. En effet, une véritable restriction au droit de disposer serait forcément nulle. En droit positif, une telle institution serait par trop perturbatrice.

298. On relèvera ainsi pour commencer qu'une telle institution, si elle était une véritable restriction au droit de disposer, devrait reposer sur une norme. Or celle-ci n'existe manifestement pas. Aucune norme ne permet l'établissement unilatéral d'une inaliénabilité sur un bien déjà approprié[4]. Par ailleurs, les dispositions autorisant les clauses d'inaliénabilité doivent rester cantonnées au cas où la clause est établie à l'occasion d'une donation ou d'un legs[5].

Il faut se réjouir de ce silence rédhibitoire du droit positif. Il serait étrange qu'un débiteur puisse rendre un bien insaisissable pour ses créanciers alors que ceux-ci ont pu être abusés par son apparence de solvabilité. Prenons l'exemple d'une personne à la recherche de fonds. Elle trouve un prêteur généreux et imprudent qui lui prête les sommes sans rechigner, apaisé

---

[1] Voir *supra* n° 251 & suiv.

[2] Sur cet engagement et la distinction très nette qu'il convient d'opérer avec l'inaliénabilité conventionnelle, voir R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 153, p. 160 & 161. Comp. B. RAYNAUD, *op.cit.*, p. 136, n° 164 & suiv. Retenant une qualification personnelle de l'inaliénabilité, l'auteur admet aisément qu'une convention d'indisponibilité puisse, à la mesure de ce que prescrit l'article 900-1 C.civ., être conclue en dehors de tout transfert du bien en cause. Sur les liens existant entre la qualification de l'inaliénabilité et les rapports existants entre inaliénabilité et insaisissabilité, voir *supra* n° 251 & suiv. et les références citées.

[3] Pour un cas d'obligation de ne pas aliéner porté à la connaissance de la Cour de cassation, voir Cass. Civ. 1ère, 15 février 1972, *Bull. civ.*, n° 50. Plus récemment, voir Cass. Civ. 3ème, 27 novembre 1990, pourvoi n° 89-14582. Dans cette décision, on relèvera que la Cour de cassation rejette sèchement le pourvoi qui prétendait obtenir la sanction de la clause litigieuse en prétextant qu'elle s'analysait en une clause d'inaliénabilité perpétuelle.

[4] Voir déjà, quant à une éventuelle déclaration unilatérale d'inaliénabilité ayant pour objet un bien en cours d'appropriation, *supra* n° 282 & suiv.

[5] Sur l'interprétation restrictive des normes établissant les restrictions au droit de disposer, voir *supra* n° 231.

par la contemplation du patrimoine immobilier de l'emprunteur. Les sommes remises, que se passerait-il si l'emprunteur s'empressait de déclarer unilatéralement ses immeubles inaliénables ?

Intellectuellement personne ne défendra que le créancier souffre cette inaliénabilité, la supercherie paraît trop grosse. Par cet acte, le débiteur fait s'évanouir des éléments patrimoniaux constituant l'assiette du droit de poursuite de ses créanciers[1]. En effet, dès lors que le bien en cause est déjà approprié, il peut être saisi par n'importe lequel des créanciers. Ce n'est que la conséquence la plus évidente de l'article 2284 C.civ. qui dispose que tous les biens du débiteur répondent de ses dettes. Si l'un des biens du débiteur devient inaliénable, il devient aussi insaisissable, les créanciers devraient donc être privés d'un droit de poursuite qu'ils pouvaient antérieurement exercer.

L'atteinte à leur droit de poursuite est manifeste, il faut donc rejeter l'idée qu'une inaliénabilité puisse être établie sur un bien déjà approprié.

299. Quand bien même cette institution controversée serait consacrée, à titre prospectif, il faut convenir qu'elle constituerait une véritable prime à la fraude du débiteur.

En effet, ce que l'esprit répugne à admettre ne serait susceptible de sanction ni sur le plan pénal ni sur le plan civil. Sur le plan pénal, le délit d'organisation frauduleuse d'insolvabilité[2] n'est pas invocable. Cette incrimination ne concerne que des créances strictement définies puisqu'elles doivent résulter " d'une condamnation de nature patrimoniale prononcée par une juridiction répressive ou, en matière délictuelle, quasi délictuelle ou d'aliments prononcée par une juridiction civile "[3].

Sur le plan civil, dans la situation désignée, deux institutions sont susceptibles d'être appelées à la rescousse. Naturellement on pourrait tenter d'en appeler à la responsabilité civile. C'est une mauvaise idée ! La responsabilité civile dans notre cas nécessiterait que l'on caractérise une faute du débiteur constituant. Or, notre hypothèse de départ est justement que la constitution unilatérale d'une restriction au droit de disposer a fait l'objet d'une consécration normative. Où serait la faute dans une action permise par la loi ?

---

[1] Voir en ce sens, ACHARD, *Des clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors des cas expressément prévus par la loi*, Thèse, Grenoble, 1910, p. 89.

[2] Ce délit est prévu aux articles 314-7 à 314-9 C. pén.

[3] Sur cette infraction, voir S. CIMAMONTI, *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*, Thèse, Aix-Marseille III, 1990, p. 255 & suiv., spéc. p. 258.

300. On pourrait alors invoquer la fraude paulienne prévue à l'article 1167 C. civ. puisqu'elle est l'outil classique dont dispose le créancier en cas d'atteinte frauduleuse à son droit de gage général. Là encore, peine perdue ! Les conditions de la fraude paulienne restent assez strictes puisqu'un créancier ne peut obtenir l'inopposabilité d'un acte de son débiteur que si cet acte lui est préjudiciable.

Le préjudice subi par le créancier recouvre en réalité deux conditions. Il doit en premier lieu s'agir d'un acte d'appauvrissement[1]. Cette condition serait ici difficilement satisfaite puisque l'inaliénabilité reste un mécanisme patrimonialement transparent[2]. D'ores et déjà, le créancier risque d'échouer s'il argue de la fraude paulienne. En second lieu, " le créancier ne saurait critiquer les actes de son débiteur, fussent-ils d'appauvrissement, tant que ce dernier reste solvable "[3]. Laisser au créancier le soin de se protéger au moyen de la garantie générale d'exécution des créances que constitue la fraude paulienne signifierait donc l'impunité des débiteurs ayant obtenu l'inaliénabilité de l'un de leur bien.

La protection de la fraude paulienne serait donc ici illusoire. Aucun mécanisme ne permettrait de protéger les créanciers contre la spoliation de leur droit de poursuite. Pourtant le respect du droit de poursuite des créanciers est un principe incoercible en matière de restrictions au droit de disposer[4]. Par égard pour le principe rappelé nous ne saurions souhaiter l'instauration d'un tel mécanisme.

301. Cependant si ce mécanisme faisait l'objet d'un adoubement normatif[5], il faudrait en restreindre les effets à la mesure de ce qui a cours en matière d'insaisissabilité de la résidence principale d'un entrepreneur[6]. Dans ce cas particulier, les droits des créanciers antérieurs[7] à la déclaration d'insaisissabilité ne sont pas atteints, ils peuvent toujours saisir le bien. Il n'est insaisissable qu'à l'égard des créanciers dont le droit est né postérieurement à la date d'effet de la déclaration notariée[8].

---

[1] J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, Droit civil, Tome IV, Economica, 1ère édition, 2000, n° 303 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 132. Pour la traduction fiscale de cette affirmation, voir *supra* n° 33 & suiv.
[3] J. FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 306 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 259 & suiv.
[5] Sur cette nécessité, voir *supra* n° 236.
[6] Ce mécanisme est prévu aux articles L. 526-1 & suiv. C. com. Il faut noter que ces dispositions ont été modifiées par la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008. Désormais la déclaration notariée d'insaisissabilité peut porter sur " tout bien foncier bâti ou non bâti " qui n'est pas affecté à l'usage professionnel du débiteur.
[7] Nous entendons par créanciers antérieurs ceux dont la créance est antérieure à la date de prise d'effet de la déclaration d'insaisissabilité.
[8] Article L. 526-1 al. 1 *in fine* C.com

Mais il ne s'agirait que d'un moindre mal au regard des principes dégagés en matière de restrictions au droit de disposer. Elles manifestent la disparition du droit de disposer lui-même. Celles-ci doivent par conséquent être opposables aux créanciers, ayants cause de celui qui subit la restriction. Dans notre hypothèse[1], il serait surprenant que les créanciers antérieurs conservent mécaniquement la possibilité de saisir un bien que leur débiteur n'est même plus en mesure d'aliéner.

En effet, l'idée qu'un droit de poursuite subsiste malgré l'inaliénabilité s'accorde bien peu avec le mécanisme de la restriction au droit de disposer. Celle-ci résulte en principe d'une emprise de la loi sur toutes les composantes de l'appartenance[2] : le droit de disposer du débiteur et le droit de poursuite des créanciers. Cette emprise de la loi peut parfaitement s'exprimer par l'octroi d'un droit de poursuite spécifique à certains créanciers[3]. En revanche le maintien du droit de poursuite des créanciers antérieurs ne manifeste nulle emprise de la loi sur la relation d'appartenance, bien au contraire, cela révèle même l'absence d'emprise de la loi sur certains éléments de l'appartenance. Et justement cette absence d'emprise de la loi sur l'appartenance fait douter de l'existence d'une véritable restriction au droit de disposer. Il serait donc préférable de rejeter la possibilité de l'inaliénabilité d'un bien déjà approprié.

302. Cette opposition générale à la validité des restrictions au droit de disposer portant sur des biens déjà appropriés mérite d'être déclinée dans un cas particulier. En matière de procédures collectives, il a été défendu que les mesures frappant les titres détenus par les dirigeants s'apparentaient à des inaliénabilités. Or ceux-ci ne bénéficient pas de la suspension des poursuites, ces mesures ne méritent donc pas une telle qualification.

b) L'inexistante inaliénabilité des actions et parts sociales détenues par les dirigeants sociaux dans le cas d'une procédure collective

303. Se pourrait-il qu'un tribunal puisse établir une restriction au droit de disposer en dehors du cas particulier de la suspension des poursuites ? La question mérite d'être posée au regard de la rédaction ambigüe de l'article L. 631-10 C.com[4]. L'aliéna 1 de cet article dispose qu'à compter du jugement d'ouverture, les dirigeants des entreprises en difficulté ne peuvent

[1] Nous envisageons les conséquences que produirait la consécration officielle d'une restriction au droit de disposer sur les principes dégagés en la matière.
[2] Voir *supra* n° 228 & suiv.
[3] Sur cette question, voir *supra* n° 292 & suiv.
[4] Cet article L. 631-10 C.com. issu de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 reprend presque intégralement les dispositions de l'ancien article L. 621-19 C.com.

céder leurs " parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital " que dans les conditions fixées par le Tribunal à peine de nullité.

Si cette disposition ne saurait en elle-même autoriser le Tribunal à déclarer incessibles tous les droits sociaux détenus par les dirigeants[1], l'alinéa 3 du même article laisse planer le doute pour les " parts ". L'aliéna 3 de cet article précise que l'administrateur peut mentionner sur " les registres de la personne morale l'incessibilité des parts sociales des dirigeants ''. Si le reste de la disposition signifie que le Tribunal fixe librement les modalités de la demande d'autorisation faite au juge-commissaire par un dirigeant social qui envisage de céder ses droits et actions, l'alinéa 3 autorise-t-il le Tribunal à déclarer incessibles les seules " parts sociales " ?

304. Il ne semble pas contestable que le législateur ait entendu soumettre les " parts " à un régime particulier[2] après le jugement d'ouverture. Cela n'est pas surprenant dès lors que les parts sociales n'ont pas la même vocation à la circulation que les actions dans les sociétés de capitaux. Il est normal que le législateur envisage avec circonspection la situation de dirigeants sociaux qui sitôt l'ouverture de la procédure collective s'empresseraient de céder des parts sociales dont la vocation première n'est peut-être pas de circuler. Cependant, on peut se demander si la qualification d'incessibilité de la mesure n'est pas téméraire.

305. Il a déjà été affirmé que l'incessibilité des créances était comparable à l'inaliénabilité[3] puisque dans les deux cas, il s'agissait d'une restriction au droit de disposer. Dans l'hypothèse de l'article L. 631-10 al. 3 C.com., si nous sommes vraiment en présence d'une restriction au droit de disposer, il faut admettre que cette dernière est établie en dehors de tout transfert du bien de patrimoine à patrimoine. Cette incessibilité d'un bien déjà approprié serait un démenti flagrant à nos affirmations précédentes[4]. S'il s'agit d'une véritable incessibilité, elle entraîne l'insaisissabilité des parts sociales concernées[5].

---

[1] Voir sur ce point Y. GUYON, L'inaliénabilité en droit commercial, *Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 267 & suiv., spéc. 274. L'auteur relève que la mesure en cause s'apparente à une inaliénabilité conservatoire laquelle ne n'entraine pas l'insaisissabilité. Dès lors que l'on admet l'analyse de l'inaliénabilité en une restriction complète au droit de disposer, en l'absence d'insaisissabilité, il faut en outre convenir de ce que la mesure n'est même plus une véritable inaliénabilité.

[2] Voir en ce sens, Ph. DELEBECQUE, M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, Tome 2, L.G.D.J., 16ème édition, 2000, n° 3032 *in fine*.

[3] Sur ce point, voir *supra* 135 & suiv.

[4] Voir *supra* n° 259.

[5] Voir *supra* n° 251 & suiv.

306. C'est cette insaisissabilité supposée qui est problématique. Dans la procédure de redressement judiciaire, les dirigeants sociaux ne bénéficient pas de la suspension des poursuites qui profite au débiteur subissant la procédure collective. A vrai dire, la seule suspension des poursuites bénéficiant à des tiers à la procédure collective concerne les cautions personnes physiques[1], et elle vaut, notamment pour la procédure de sauvegarde[2]. A compter de l'ouverture d'une procédure de redressement, les dirigeants ne bénéficient donc pas de la suspension des poursuites. Leurs créanciers peuvent donc toujours agir contre eux. Si la mesure prévue à l'article L. 631-10 al. 3 C.com. était une véritable restriction au droit de disposer, elle emporterait insaisissabilité des parts sociales concernées[3].

A compter de l'établissement de cette insaisissabilité, les créanciers du dirigeant subiraient une intolérable restriction à leur droit de poursuite. Pourtant, là où le droit de saisir est atteint, il n'est pas possible d'admettre la qualification de restriction au droit de disposer[4]. On en déduit tout simplement que la mesure envisagée ici n'est pas une véritable restriction au droit de disposer, le terme d'incessibilité est donc mal choisi[5].

307. Durant la période d'observation, le tribunal peut donc interdire aux dirigeants sociaux de céder les parts sociales de la société mise en procédure collective. Cette interdiction d'aliéner n'est pas une restriction au droit de disposer[6]. Cette mesure judiciaire concerne les seuls dirigeants de même que l'injonction qui peut leur être faite de requérir l'autorisation du juge-commissaire pour toutes cessions de droits sociaux après le jugement d'ouverture de la procédure[7]. Cette injonction est personnelle aux dirigeants[1] et c'est sans doute pour cette

---

[1] Article L. 622-28 al. 2 C.com reprenant pour l'essentiel les dispositions de l'ancien article L. 621-48 C.com.

[2] L'article L. 631-14. I C.com. protège les cautions personnes physiques en cas de redressement judiciaire puisqu'il opère un renvoi à l'article L. 622-28 al. 2 C.com. Cette dernière disposition suspend, à compter du jugement d'ouverture, les poursuites à l'égard des personnes physiques ayant consenti une sûreté personnelle. En revanche, il résulte de l'article L. 631-14 II C.com. que les personnes physiques ayant consenti des sûretés personnelles ne bénéficient pas de l'arrêt du cours des intérêts en cas de redressement judiciaire. Le but avoué de cette exclusion est d'inciter les dirigeants cautions à recourir à la procédure de sauvegarde, préventive, avant qu'il ne soit nécessaire de recourir à la procédure de redressement, curative. Voir sur ce point, P. CROCQ, La collectivisation de l'exécution forcée, *in* C. BRENNER (Dir.), *Le droit de l'exécution forcée entre mythe et réalité*, Editions juridiques et techniques, 2007, p. 83 & suiv., spéc. n° 149.

[3] Sur l'indissolubilité du lien unissant inaliénabilité et insaisissabilité, voir *supra* n° 253 & suiv.

[4] Voir *supra* n° 257 & suiv.

[5] Voir en ce sens : J-M. De BERMOND De VAUX, Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire, *Rev. soc.*, 1990, p. 221 & suiv., spéc. n° 6 : " l'article (L. 631-10 C.com.) (...) n'édicte pas ou n'implique pas l'inaliénabilité des titres possédés ".

[6] L'idée d'une interdiction légale d'aliéner distincte de l'inaliénabilité n'est pas inconnue en jurisprudence. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle admis " que l'interdiction de donner en nantissement les parts d'une société civile professionnelle de notaire ou de les vendre aux enchères publiques n'emporte pas, par principe, leur insaisissabilité qui ne pourrait résulter que d'une disposition législative ". Cass. Civ. 1ère, 4 novembre 2003, *Bull. civ.*, I, n° 222.

[7] Article L. 631-10 al. 1 C.com.

raison que la Cour de cassation a décidé que de toute façon elle n'emportait nullement insaisissabilité des droits sociaux concernés[2].

Ce rejet de la qualification de restriction au droit de disposer, qui justifie la position de la Cour de cassation, n'est pas dénué d'intérêt pratique. Des mesures semblables à celles qu'édicte l'article L. 631-10 C.com peuvent être décidées à l'occasion de l'adoption du plan de sauvegarde. L'article L. 626-4 al. 1 C.com[3] permet au Tribunal de subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants. L'alinéa 2 du même article dispose que le Tribunal peut de même subordonner l'adoption du plan à " l'incessibilité " des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières. L'emploi du terme d'incessibilité justifie-t-il ici la qualification de restriction au droit de disposer ? Il faut relever que cette disposition a souvent été considérée pour l'adoption du plan comme l'équivalent de l'article L. 631-10 C.com, applicable dès le jugement d'ouverture de la procédure de redressement[4].

308. Il apparaît nécessaire de qualifier ce mécanisme afin de savoir s'il s'agit d'une restriction au droit de disposer. Dans ce cas, elle entraine l'insaisissabilité.

En opportunité, cela est très douteux. On sait que le redressement d'une société impose souvent aux créanciers de douloureux sacrifices. Ces sacrifices sont néanmoins tempérés par le fait que le créancier peut toujours profiter des sûretés personnelles qui lui ont été consenties. Or, très souvent, ce sont les dirigeants de la société, personnes physiques, qui en sont les cautions. Ces cautions peuvent se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde[5]. Cela ne satisfait pas les créanciers mais ils conservent tout de même leurs recours contre ces dirigeants cautions bien que ceux-là soient déterminés par le plan.

Il serait curieux que le législateur empêche ces créanciers de saisir les droits sociaux détenus par les dirigeants alors que leur recours est maintenu. Ce qui importe au législateur, c'est que les dirigeants n'abandonnent pas la société en mauvaise posture, ce n'est nullement de constituer aux dirigeants un patrimoine insaisissable. D'autant plus que si la société est susceptible d'être redressée, les droits sociaux des dirigeants ne sont pas d'une valeur

---

[1] Voir sur ce point, J-M. De BERMOND De VAUX, Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire, *Rev. soc.*, 1990, p. 221 & suiv., spéc. n° 6 : " l'incessibilité que la doctrine analyse comme une interdiction propre aux dirigeants. "

[2] Voir en ce sens, Cass. com., 2 mai 1985, *Bull. civ.*, IV, n° 138. Cette décision a été citée, de façon contestable, au soutien de l'opinion, non moins contestable, selon laquelle les actions de S.A.S. inaliénables en vertu de l'article L. 227-13 C.com. demeureraient saisissables, voir sur ce point, *supra* n° 277 & suiv.

[3] Cet article reprend les dispositions de l'ancien article L. 621-59 C.com, lui même inspiré par l'article 21 de la Loi du 13 juillet 1967. Sur la signification de cette disposition, voir *supra* n° 279 & suiv.

[4] Voir en ce sens : J-M. De BERMOND De VAUX, Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire, *Rev. soc.*, 1990, p. 221 & suiv., spéc. n° 6.

[5] Article L. 626-11 al. 2 C.com.

simplement symbolique. Leur détention par les dirigeants leur permettra sans aucun doute de garantir les créanciers soutenant la société.

309. Sur le fond, s'il s'agissait d'une restriction au droit de disposer, l'insaisissabilité qui en résulterait concernerait des biens déjà appropriés. Et elle porterait une grave atteinte au droit de poursuite des créanciers de ces dirigeants. En effet, la procédure de sauvegarde, considérée comme préventive, a pour principale caractéristique d'être fort attractive pour les dirigeants sociaux. Il en résulte d'ailleurs que toute mesure de défiance à leur égard, du type de celles que prévoit l'article L. 631-10 C.com. pour le redressement judiciaire, a été bannie au stade de l'ouverture de la procédure de sauvegarde[1].

Par ailleurs, la suspension des poursuites à l'égard des dirigeants cautions ne concerne que les créanciers de la société profitant d'un cautionnement des dirigeants. Or si cela est fréquent, ce n'est nullement systématique. Il est donc possible que les créanciers d'un dirigeant social conservent leur droit de poursuite contre ce dernier malgré l'ouverture d'une procédure de sauvegarde contre l'entreprise qu'il dirige.

En outre, même si ce cautionnement était systématique, dans l'hypothèse où le dirigeant est une personne physique caution de sa société, les créanciers qui ne bénéficient pas de son cautionnement peuvent toujours agir contre lui.

310. Cette possibilité pour les créanciers personnels est difficilement compatible avec la reconnaissance d'une incessibilité des droits sociaux fondée sur l'article L. 626-4 al. 1 C.com. En effet, par l'insaisissabilité consécutive à l'incessibilité des parts, ces créanciers personnels perdraient le droit de saisir un bien de leur débiteur alors qu'ils pouvaient le faire malgré l'ouverture de la procédure de sauvegarde contre la société qu'il dirige[2]. Il en résulterait une remise en cause intolérable de leur droit de saisir ces biens[3]. Cette remise en cause du droit de poursuite condamne la qualification de restriction au droit de disposer de ce mécanisme[4]. Il ne s'agit toujours que d'une interdiction d'aliéner, à la discrétion du juge, qui révèle l'étendue de son pouvoir d'injonction[1].

---

[1] Ainsi les dispositions relatives à la période d'observation débutent-elles à l'article L. 622-1 I. C.com. par l'affirmation du principe selon lequel " l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant. "

[2] Dans notre exemple, la procédure collective concerne une personne morale, la prétendue incessibilité des parts sociales concerne l'un des dirigeants de cette personne morale.

[3] Pour le lien logique unissant inaliénabilité et insaisissabilité voir *supra* n° 253 & suiv.

[4] Il faut donc condamner l'emploi du terme " incessibilité " pour désigner les mesures prises par le Tribunal à l'occasion d'un plan de sauvegarde. Voir sur ce point, Cass. Com., 12 juillet 2005, *D.*, 2005, p. 2071 & suiv., obs. A. LIENHARD. Un Tribunal ayant fait application de l'article L. 621-59 C.com. devenu aujourd'hui l'article L. 626-4 al. 1 C.com., l'un des dirigeants subissant " l'incessibilité " de ses droits sociaux tentait de contester la légalité de

Dans ces deux derniers cas[2], on remarque que la qualification du mécanisme en restriction au droit de disposer aurait remis en cause le droit de poursuite des créanciers. Or, celle-ci ne saurait méconnaître son principe fondateur[3]. La caractérisation de cette atteinte à leur droit de poursuite permet d'exclure une telle qualification[4].

---

cette mesure au titre de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, de l'article 1 du 1er protocole additionnel à la Convention Européenne des Droits de l'Homme et de l'article 544 C.civ. Alors que le pourvoi fustigeait clairement l'incessibilité des droits sociaux qui violait les textes invoqués, la Cour de cassation rejette le pourvoi en relevant prudemment que la Cour d'appel n'a pas violé les dispositions invoquées en appliquant les " dispositions de l'article L. 621-59 du Code de commerce en ce qu'elles sont justifiées par l'intérêt général ". La Cour de cassation ne semble donc pas convaincue par l'appellation d'incessibilité. Au-delà, cette décision est fort curieuse puisque l'on se demande ce que pouvait bien espérer l'auteur du pourvoi en prétendant contester l'application d'une disposition légale en vigueur, l'article L. 621-59 C.com. au titre d'une disposition constitutionnelle et d'un article du Code civil. Par ailleurs, la réponse de la Haute juridiction n'est pas dénuée d'ambiguïté puisqu'elle suggère qu'*a contrario* une disposition non justifiée par l'intérêt général aurait pu être écartée ! On relèvera pour finir que si la qualification de restriction au droit de disposer, l'incessibilité, avait pu être retenue, la référence à l'article 544 C.civ. aurait été assez peu pertinente dans la mesure où l'inaliénabilité ne ressortit pas du domaine de cette disposition, voir sur ce point, *supra* n° 191 & suiv.

[1] Comp. FR. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 399 & suiv, p. 460 & suiv. Qualifiant cette mesure d'indisponibilité subjective en ce qu'elle concerne avant tout la personne et non ses biens, l'auteur y voit une privation du droit de disposer qu'exerce tout propriétaire sur ces biens. Cela nous semble contestable. D'une part, le droit de propriété ne s'exerce pas sur les biens mais sur les choses. Le droit de disposer n'est donc point un élément du droit de propriété. Par ailleurs, contrairement à tous les autres cas de restriction au droit de disposer rencontrés, ce mécanisme porterait atteinte au droit de poursuite des créanciers. Il n'y a donc selon nous aucune privation du droit de disposer.

[2] Articles L. 626-4 et L. 631-10 C.com.

[3] Voir *supra* n° 257 & suiv.

[4] Comp. Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 123. Dans cette hypothèse, l'auteur estime qu'il s'agit d'une véritable inaliénabilité générant de surcroît une insaisissabilité.

Conclusion de la Section II

311. L'inaliénabilité apparaît donc être une véritable restriction au droit de disposer. Mécanisme original, la restriction au droit de disposer présente un certain nombre de caractéristiques spécifiques qui sont autant de critères de qualification de la restriction au droit de disposer. Ainsi, loin de pouvoir être établie par un simple acte juridique, conformément à l'article 537 C.civ., la restriction au droit de disposer repose systématiquement sur une norme[1].

Cette norme peut être écrite ou jurisprudentielle ainsi que l'étude des clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre onéreux l'a révélé[2]. L'apparente diversité des actes juridiques censés fonder l'inaliénabilité, qu'ils soient unilatéraux[3], contractuels[4] ou conventionnels[5] a ainsi pu être réduite à l'unité par la caractérisation d'une norme permettant expressément le recours à ces actes juridiques.

L'omniprésence de la norme en matière d'inaliénabilité est encore plus flagrante si l'on songe que certaines inaliénabilités sont directement prescrites par la loi[6]. Ces inaliénabilités prescrites qu'elles soient légales[7] ou judiciaires[8] se manifestent indépendamment de tout acte juridique.

312. Ce faisant, il a donc été possible de conclure à l'unicité de source de l'inaliénabilité que celle-ci soit choisie ou imposée[9]. Si les inaliénabilités simplement permises et les inaliénabilités directement prescrites ont la même source, les premières présentent tout de même une particularité. En raison du caractère éminemment personnel de la restriction au droit de disposer, elle atteint la relation d'appartenance qui unit la personne à chacun de ses biens, une restriction au droit de disposer permise par la loi ne peut jamais être établie sans que la personne qui la subit ne l'ait acceptée[10].

---

[1] Voir *supra* n° 227 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 232 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 211 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 209.
[5] Voir *supra* n° 210.
[6] Voir *supra* n° 228.
[7] Voir *supra* n° 214 & suiv.
[8] Voir *supra* n° 221 & suiv.
[9] Voir *supra* n° 237.
[10] Voir *supra* n° 239 & suiv.

Cette acceptation n'est cependant qu'une condition d'effectivité de la restriction au droit de disposer imposée, la source de cette dernière restant indubitablement normative[1]. Cette caractéristique des inaliénabilités choisies n'a évidemment pas lieu d'être pour les inaliénabilités imposées.

313. Au-delà d'une source normative, les inaliénabilités présentent la particularité de ne pouvoir être établie qu'à un moment bien précis : lorsque la relation d'appartenance se constitue, au moment de l'appropriation du bien inaliénable[2]. Cette caractéristique commune des inaliénabilités est apparue en matière d'inaliénabilités permises dans le fait que les actes juridiques à l'occasion desquels l'inaliénabilité était choisie étaient systématiquement des actes translatifs[3]. En ce qui concerne les inaliénabilités prescrites, en revanche, cette exigence transparaît dans le fait que l'inaliénabilité est imposée dès la naissance du droit inaliénable[4].

Une telle exigence résulte du lien indissoluble existant entre l'inaliénabilité et l'insaisissabilité[5]. Dès lors que le droit de disposer est restreint, il n'est plus justifiable que les créanciers de celui qui subit la restriction puissent prétendre disposer librement de celui-ci au nom du débiteur.

314. Parallèlement, l'insaisissabilité qui accompagne nécessairement l'inaliénabilité permet de mieux comprendre pourquoi la première ne peut être établie qu'au moment de l'appropriation d'un bien. En effet, l'appropriation du bien marque cet instant à partir duquel le bien fait partie de l'assiette du droit de gage général des créanciers. A compter de cet instant, ce bien répond des dettes du débiteur, ses créanciers peuvent donc immédiatement le saisir, exerçant ainsi leur droit de poursuite sur ce bien[6].

Cantonner l'établissement d'une inaliénabilité au moment de l'appropriation du bien évite donc que l'inaliénabilité ne porte atteinte au droit de poursuite des créanciers. Etablie lors de l'appropriation, elle prend effet à un moment où le bien ne fait pas encore partie de l'assiette du droit de poursuite des créanciers. L'inaliénabilité, restriction au droit de disposer, est donc un mécanisme qui respecte scrupuleusement le droit de poursuite des créanciers. Le respect

[1] Voir *supra* n° 241.
[2] Voir *supra* n° 248 & 249.
[3] Voir *supra* n° 246.
[4] Voir *supra* n° 219 & suiv.
[5] Voir *supra* n° 251 & suiv.
[6] Voir *supra* n° 259.

du droit de poursuite, principe fondamental en matière de restriction au droit de disposer, est donc un critère efficient de cette qualification[1].

315. Critère de qualification efficient, le respect du droit de poursuite des créanciers que l'on constate en présence d'une clause d'inaliénabilité contenue dans un acte translatif à titre onéreux permet de qualifier cette dernière de véritable restriction au droit de disposer[2].

La simple déception subie par les créanciers n'est que la rançon de la faiblesse de leur droit de poursuite dont l'objet, l'actif du patrimoine, demeure fluctuant.

Pareille déception n'empêche pas la qualification de restriction au droit de disposer des clauses statutaires d'inaliénabilité des actions de S.A.S.[3] Pareille déception n'empêcherait pas non plus, à titre prospectif, la consécration d'une déclaration unilatérale d'inaliénabilité. Dès lors que celle-ci est concomitante de l'appropriation du bien, aucune atteinte au droit de poursuite ne pourrait être caractérisée[4].

316. Justification essentielle de ce que l'inaliénabilité n'est établie que lors de l'appropriation d'un bien, le respect du droit de poursuite des créanciers permet aussi de délimiter le champ d'application de cette exigence. En effet, là où le droit de poursuite ne peut subir aucune atteinte, l'inaliénabilité peut frapper un bien déjà approprié.

Ainsi a-t-il été possible de qualifier de restrictions au droit de disposer certaines mesures prises à l'occasion du plan de continuation dans le cadre des procédures collectives[5]. Paralysé, le droit de poursuite des créanciers est alors remodelé librement par le législateur à l'occasion de l'adoption du plan[6].

Bien évidemment, dès lors que le droit de poursuite n'est point paralysé, une restriction au droit de disposer ne pourrait concerner un bien déjà approprié. Ainsi, il ne saurait être question de stipuler unilatéralement l'inaliénabilité d'un bien approprié[7]. De la même manière, l'absence de suspension des poursuites à l'égard des dirigeants sociaux interdit de qualifier de restriction au droit de disposer les mesures parfois prononcées à leur encontre à l'occasion d'une procédure collective[8].

---

[1] Voir *supra* n° 263 & 264.
[2] Voir *supra* n° 272 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 277 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 281 & suiv.
[5] Voir *supra* n° 289 & suiv.
[6] Voir *supra* n° 292.
[7] Voir *supra* n° 296 & suiv.
[8] Voir *supra* n° 302 & suiv.

Conclusion du Chapitre 2 : L'établissement d'une qualification originale

317. Les qualifications classiques occultant toute la richesse du mécanisme de l'inaliénabilité, il était nécessaire d'en proposer une nouvelle qualification[1]. Celle-ci fait apparaître la très forte spécificité de l'inaliénabilité.

En effet, il est possible d'admettre l'existence d'un lien unissant la personne à chacun de ses biens. Ce lien entre la personne et chacun de ses droits marque l'appropriation de ces derniers par la personne. Ce lien, l'appartenance permet aussi de fédérer sous une bannière unique, l'ensemble des actions de disposition concernant les droits[2]. Parmi celles-ci, la possibilité de transférer le bien relève du droit de disposer.

L'interdiction d'aliéner que constitue l'inaliénabilité peut donc s'analyser comme l'atteinte à la substance de l'appartenance qui est ainsi amputée du droit de disposer. L'inaliénabilité découvre donc sa nature si spécifique, elle est une restriction au droit de disposer[3].

318. Cette restriction au droit de disposer présente un certain nombre de particularités. D'une part, au-delà des apparences, elle est systématiquement fondée sur une norme. Il n'est donc que des inaliénabilités prescrites ou permises par la loi[4].

Au-delà, cette restriction au droit de disposer qu'est l'inaliénabilité entraine une insaisissabilité[5]. Cette insaisissabilité commande à son tour, par égard pour le droit de poursuite des créanciers, que la restriction au droit de disposer soit établie lors l'appropriation du bien, avant que le droit de poursuite des créanciers n'ait pu naître[6].

Le respect du droit de poursuite constitue donc un véritable critère de qualification des restrictions au droit de disposer, permettant ainsi de d'identifier les véritables inaliénabilités[7].

---

[1] Voir *supra* n° 105 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 115 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 124 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 228 & suiv.
[5] Voir *supra* n° 251 & suiv.
[6] Voir *supra* n° 255 & suiv.
[7] Voir *supra* n° 265 & suiv.

CONCLUSION DU TITRE I : LA NATURE SPECIFIQUE DE L'INALIENABILITE

319. L'étude phénoménologique du mécanisme des clauses d'inaliénabilité a mis en lumière les insuffisances des qualifications opérées jusqu'alors. L'inaliénabilité ne résulte en effet ni d'un droit personnel ni d'un droit réel. La proposition d'une nouvelle qualification nécessitait d'admettre que les biens de la personne sont appropriés en vertu d'une relation d'appartenance qui fédère toutes les hypothèses de disposition juridique de ces biens.
La possibilité de transférer le bien peut ainsi être analysée comme la manifestation du droit de disposer, un élément de l'appartenance. La reconnaissance de ce droit de disposer s'exerçant sur chacun des biens composant l'actif du patrimoine de la personne a permis une nouvelle analyse de l'inaliénabilité. Celle-ci doit se comprendre comme la privation du droit de disposer de l'un de ces biens qui devient par conséquent inaliénable.

320. Institution dotée d'une nature spécifique, l'inaliénabilité, restriction au droit de disposer repose exclusivement sur une norme. Toutes les inaliénabilités sont donc soit prescrites soit permises par une norme.
Au-delà de son fondement normatif, la restriction au droit de disposer, modification de la relation d'appartenance, ne peut être établie que lors de la constitution de la relation d'appartenance sur le point d'être modifiée. Le droit de disposer n'est donc pas restreint, il naît restreint. Une telle exigence trouve son fondement dans le lien existant entre inaliénabilité et insaisissabilité, lequel interdit que les créanciers soient privés de leur droit de poursuite. Le respect du droit de poursuite apparaît donc comme un critère de qualification des restrictions au droit de disposer parfaitement opératoire, permettant ainsi de qualifier justement certaines institutions.

321. Une telle entreprise de qualification serait vaine si aucune conséquence n'en était tirée. Heureusement, il n'en est rien. A la nature spécifique de l'inaliénabilité, fait écho un régime juridique particulier, conséquence de sa qualification de restriction au droit de disposer.

TITRE II. LES SPECIFICITES DU REGIME JURIDIQUE DE L'INALIENABILITE

322. Ainsi l'inaliénabilité peut-elle s'analyser en une restriction au droit de disposer, une atteinte à la relation d'appartenance unissant un droit patrimonial à une personne. Par conséquent, dès lors que tous les droits sont appropriés selon le même schéma, l'atteinte à l'appartenance est susceptible d'exister pour la plupart des droits patrimoniaux.

La diversité des droits patrimoniaux commande donc la multiplicité des restrictions au droit de disposer. On le sait désormais, au-delà de cette multiplicité, un mode opératoire commun réunit toutes les restrictions au droit de disposer : l'atteinte à la relation d'appartenance, la privation du droit de disposer.

323. Un tel mode opératoire peut contribuer à faire douter de l'opportunité de l'inaliénabilité. N'est-on pas ici confronté à l'institution d'un véritable " bien de mainmorte " qui échappe en grande partie au commerce juridique ?

Historiquement, la crainte de la multiplication de mécanismes voisins a servi d'argument d'ordre politique contre la reconnaissance de la validité des clauses d'inaliénabilité. On craignait en effet de retomber avec celles-ci dans les excès de l'Ancien Régime où ce type de mesures était répandu[1]. Une telle crainte est aujourd'hui largement infondée[2].

324. Pour s'en convaincre, rien n'est plus nécessaire que de dépasser l'apparence des clauses d'inaliénabilité pour se focaliser sur leurs effets concrets. Il ne s'agit donc plus de savoir ce qu'*est* l'inaliénabilité, nous le savons déjà, il s'agit désormais de savoir ce qu'elle *fait*. S'intéresser aux effets de l'inaliénabilité n'est productif que pour autant que l'on a préalablement déterminé ce qu'elle était.

Cependant, on l'aura compris, les effets de l'inaliénabilité dépendent fortement de l'analyse que l'on en aura livrée. Ainsi que l'on s'en doute, le régime juridique de l'inaliénabilité est aussi spécifique que la nature originale de cette dernière le laissait présager.

325. Mais cette spécificité n'est nullement synonyme d'une dangerosité manifeste de l'inaliénabilité permettant alors de dénoncer son caractère inopportun. En effet, si

---

[1] A-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, n° 158, p. 186.

[2] Sur la faiblesse de l'argument économique invoqué contre les clauses d'inaliénabilité, voir BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse, Paris, 1902, " (...) qu'est-ce qu'un bien indisponible, si grande qu'on en suppose la valeur absolue, à coté des milliards par lesquels se chiffre la fortune nationale ? Qu'est-ce que vingt ou trente ans dans la vie d'une nation ? Toute crainte de la reconstitution de la mainmorte serait chimérique, l'immense majorité des biens restant aliénables. "

l'inaliénabilité paraît sévère de prime abord elle n'établit pourtant qu'une simple interdiction d'aliéner. Un cantonnement des actes prohibés par l'inaliénabilité peut donc être opéré. La détermination des actes interdits par l'inaliénabilité permettra alors de distinguer celle-ci de la mainmorte. Les actes interdits par l'inaliénabilité sont les actes de mise en œuvre du droit de disposer mais il ne s'agit que de ceux-là. L'inaliénabilité ne paralyse nullement la faculté d'abandon, autre élément de l'appartenance, pas plus qu'elle n'entraîne l'imprescriptibilité des biens inaliénables.

Au-delà même, l'inaliénabilité, restriction au droit de disposer ne saurait concerner le contenu effectif des droits inaliénables, ceux-ci demeurent complets malgré l'inaliénabilité. Il importe d'en tirer les conséquences qui s'imposent. L'inaliénabilité n'interdira donc pas la constitution d'un droit réel ou d'un droit personnel. Elle demeure ici indifférente. On peut d'ores et déjà s'en apercevoir, l'inaliénabilité n'a donc rien d'une fontaine pétrifiante pour les biens.

Qu'à cela ne tienne, on pourrait ici craindre la mainmorte, non pas en raison de la paralysie générale du commerce qui résulterait de l'inaliénabilité mais bien en raison de la paralysie absolue du seul droit de disposer qu'elle entraîne. Il est vrai que la restriction au droit de disposer doit être sanctionnée par la nullité. Mais cette nullité elle-même est loin d'être aussi absolue que l'on pourrait le craindre. La sanction des actes prohibés par la restriction au droit de disposer est mesurée, atténuée parfois.

Le constat de l'efficacité de l'inaliénabilité doit donc être mesuré. Elle est un mécanisme puissant dans ses effets mais le domaine de ceux-ci reste limité (Chapitre 1).

326. Par ailleurs, l'étude du régime juridique de l'inaliénabilité va révéler que l'établissement de celle-ci ne signifie pas forcément qu'elle soit efficace. En effet, il existe des procédures permettant de réduire l'inaliénabilité à l'inefficacité. Ces inefficacités recherchées marqueront évidemment le retour à un droit de disposer plein et entier, marquant par là même toute l'emprise de la norme sur la relation d'appartenance. Pour ceux qui n'auraient pas la possibilité de mettre en œuvre une telle procédure, tout n'est pas perdu pour autant car l'inefficacité de l'inaliénabilité peut parfois être involontaire.

Cette inefficacité subie résulte tout d'abord de la mort de la personne subissant la restriction de son droit de disposer. L'inefficacité de l'inaliénabilité peut ensuite résulter de la nature particulière des biens inaliénables. En certaines matières, il est des dispositions, que l'on songe à la publicité foncière, à l'article 2276 C.civ., qui peuvent conduire à méconnaître une

restriction au droit de disposer car les intérêts qui fondent ces dispositions l'emportent sur ceux qui président à l'établissement d'une inaliénabilité.

On peut donc le deviner, l'étude de l'inefficacité de l'inaliénabilité, tout comme la précédente, montrera que le régime juridique de l'inaliénabilité dépend de sa nature spécifique de restriction au droit de disposer (Chapitre 2).

CHAPITRE 1: Les effets de l'inaliénabilité

327. A première vue, c'est l'évidence qui gouverne la question des effets de l'inaliénabilité. La restriction au droit de disposer empêche celui qui la subit d'exercer la prérogative la plus évidente que lui confère l'appartenance de son bien : il ne peut en disposer.

Une fois ce constat établi, les effets de ces restrictions du droit de disposer n'en sont pas moins mystérieux. Il existe une extrême variété de modes de disposition du bien. Les débats doctrinaux persistants relatifs à la définition exacte de l'acte de disposition[1] en témoignent. Il est néanmoins nécessaire de déterminer précisément quels sont les actes de disposition que la restriction au droit de disposer prohibe (Section I).

328. La détermination des actes interdits à celui qui subit une restriction au droit de disposer va ainsi permettre de mieux cerner le droit de disposer d'un bien en définissant, *a contrario*, les possibilités qu'il confère. Ces possibilités seront limitées par la restriction, dès l'entrée en vigueur de cette dernière.

Pourtant, ces limitations initiales, ne seront détectées qu'*a posteriori*. En effet, la restriction au droit de disposer ne se manifestera que par la remise en cause de la validité des actes de mise en œuvre du droit de disposer. C'est là envisager la question de la sanction de cette restriction au droit de disposer (Section II).

Section I. Les actes prohibés par l'inaliénabilité

329. Déterminer les actes susceptibles d'être sanctionnés au titre d'une restriction au droit de disposer impose de revenir sur son mode opératoire. Elle correspond à l'hypothèse dans laquelle une norme restreint directement la prérogative unissant la personne à chacun de ses biens[2]. Cette prérogative, l'appartenance, est réduite en ce que la personne ne peut plus se défaire de son bien au profit d'une autre personne. L'inaliénabilité d'un bien interdit donc à celui qui la subit de rompre le lien d'appartenance l'unissant au bien inaliénable.

330. On comprend alors que lorsqu'un acte n'a pas vocation à faire disparaître la relation d'appartenance, lorsque cet acte n'a aucune incidence sur l'appartenance du bien, l'inaliénabilité de ce bien a peu d'intérêt. Dans cette hypothèse, la restriction au droit de disposer a toutes les chances de frapper dans le vide.

---

[1] Voir sur ce point, rappelant l'ensemble des controverses classiques, D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 85 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 126 & suiv.

Or, justement, parmi les actes juridiques certains correspondent à la mise en œuvre des droits patrimoniaux, ces prérogatives, évaluables en argent qui appartiennent aux individus[1]. Ces biens qui composent l'actif du patrimoine de la personne[2] sont les *objets* d'une relation d'appartenance et plus particulièrement du droit de disposer. Ces actes de mise en œuvre des droits patrimoniaux n'ont donc aucunement vocation à rompre la relation d'appartenance car ils ne relèvent pas du droit de disposer. Par conséquent, une restriction au droit de disposer n'a nullement vocation à perturber la mise en œuvre des droits patrimoniaux et ce d'autant plus que l'on sait que l'inaliénabilité n'a aucune incidence sur le contenu des droits inaliénables[3]. L'inaliénabilité devrait alors n'avoir aucun effet sur les actes de mise en œuvre des droits inaliénables.

331. Ainsi, dès lors que l'on s'intéresse aux effets de l'inaliénabilité, restriction au droit de disposer, il est possible de détailler ceux-ci selon un critère très simple : l'éventualité d'une atteinte à la relation d'appartenance. Celle-ci commande que les actes de mise en œuvre du droit de disposer d'un bien inaliénable soient interdits en raison de la destruction de la relation d'appartenance qu'ils entrainent (§1).
En revanche, les effets de la restriction peuvent être précisément délimités. La présence d'une restriction au droit de disposer est, au stade de la mise en œuvre du droit inaliénable, un élément indifférent. Les actes de mise en œuvre du droit inaliénable demeurent possibles puisqu'ils n'entraînent *a priori* aucune atteinte à la relation d'appartenance (§2).

§1: La prohibition des actes emportant destruction de la relation d'appartenance

332. Les actes de mise en œuvre du droit de disposer ont pour principale caractéristique de détruire la relation d'appartenance existant entre une personne et l'un de ses biens[4]. En présence d'une inaliénabilité, faute de pouvoir exercer son droit de disposer, la personne n'est plus en mesure d'aliéner le bien concerné. C'est à ce titre qu'il lui est interdit de rompre le lien d'appartenance l'unissant à son bien. On s'aperçoit alors que si l'inaliénabilité interdit de rompre ce lien d'appartenance, ce n'est qu'à la condition que cette rupture relève de la mise en œuvre du droit de disposer. Si la relation d'appartenance est détruite sans que le droit

[1] Les droits patrimoniaux sont évaluables en argent, cette évaluation monétaire facilite grandement leur circulation de patrimoine à patrimoine. Voir sur ce point, Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, Droit civil, Tome I, Economica, 5ème édition, 2006, n° 451.
[2] Voir *supra* n° 115 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 130 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 329.

de disposer soit mis en œuvre, la restriction au droit de disposer ne devrait donc pas avoir d'incidence.

Il est donc possible de démontrer que les actes prohibés par la restriction au droit de disposer répondent à une double condition : ils manifestent la mise en œuvre du droit de disposer et entraînent en principe la destruction de la relation d'appartenance (A).

A l'opposé, lorsque le droit de disposer ne sera plus en jeu, certains actes demeureront possibles bien qu'ils conduisent à la destruction de la relation d'appartenance. La prohibition résultant de la restriction au droit de disposer pourra ainsi faire l'objet d'un cantonnement (B).

A) Etablissement de la prohibition : l'interdiction des actes de mise en œuvre du droit de disposer

333. Dans certaines hypothèses, l'efficience de l'inaliénabilité ne fait aucun doute. L'évidence ne saurait pourtant dispenser de caractériser précisément les actes indubitablement interdits en présence d'une inaliénabilité (1).

La caractérisation de ces actes permettra d'isoler certains critères qui permettront, à leur tour, de trancher la question de la prohibition de d'autres mécanismes. Bien que celle-ci ait pu paraître douteuse, la satisfaction des critères antérieurement dégagés permettra de trancher en faveur de leur nécessaire prohibition (2).

1) Les actes indubitablement interdits

334. Dans le cas de l'inaliénabilité conventionnelle d'un bien, il est unanimement admis que ce bien ne peut être vendu[1]. Il n'y a rien ici que de très normal. La vente réalise un transfert à titre onéreux d'un bien, le droit de propriété portant sur une chose. L'inaliénabilité a justement pour intérêt d'interdire ce type de transfert. En effet, le transfert d'un bien conduit à la destruction de la relation d'appartenance unissant la personne à ce bien. La situation n'est pas différente lorsqu'il s'agit d'un transfert à titre gratuit.

C'est la raison pour laquelle le bien inaliénable ne peut être l'objet d'une donation. La donation demeure un contrat translatif de propriété puisqu'elle est " le contrat par lequel une

[1] Voir déjà, ACHARD, *Les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors des cas où la loi le permet expressément*, Thèse, Grenoble, 1910, p. 92 & 93, envisageant les actes prohibés par les clauses d'inaliénabilité, l'auteur relève, catégorique, que " tout d'abord, il est bien certain que la clause s'oppose à tout acte volontaire d'aliénation entre vifs, et il faut entendre par là tout acte qui aurait pour résultat de faire passer, pendant la durée de la prohibition, le bien déclaré inaliénable du patrimoine du gratifié dans celui d'autrui. "

personne se dépouille irrévocablement sans contrepartie et dans une intention libérale d'un bien en faveur d'une autre personne "[1].

Dans ces deux cas, un transfert du bien se produit. Ce transfert résulte d'un acte juridique qui est dans les hypothèses mentionnées un contrat translatif. Il s'agit par ailleurs d'actes juridiques volontaires dans la mesure où ils résultent d'une manifestation de volonté de la personne désignée par la clause.

335. Si l'on veut établir à ce stade une synthèse des effets potentiels de la restriction au droit de disposer, il faut demeurer mesuré. Il ne s'agit pour le moment que de relever qu'elle est un obstacle au transfert du bien d'un patrimoine à un autre.

On peut en inférer que le droit de disposer, restreint par l'inaliénabilité, permet avant tout le transfert d'un bien de patrimoine à patrimoine. La mise en œuvre du droit de disposer provoque donc la destruction de la relation d'appartenance unissant l'aliénateur au bien cédé tandis qu'une autre relation d'appartenance se constitue entre l'acquéreur et le bien cédé.

La restriction au droit de disposer interdit un certain type de destruction de la relation d'appartenance unissant une personne à son bien. La relation d'appartenance ne peut être détruite dans le but de reconstituer cette dernière entre le bien et celui qui l'acquiert.

336. Le droit de disposer d'un bien, la possibilité de transférer ce bien à autrui, c'est cela que l'inaliénabilité interdit. Au nombre des actes juridiques réalisant indubitablement le transfert d'un bien, à coté de la vente et de la donation, il faut mentionner l'apport en société et l'échange. L'un et l'autre entrainent la disparition de la relation d'appartenance unissant l'aliénateur au bien et la constitution d'une relation d'appartenance entre l'acquéreur et ce bien. Ainsi, l'échange et l'apport en société[2], parce qu'ils constituent de même des transferts volontaires du bien ne peuvent pas non plus avoir pour objet un bien inaliénable.

337. Dans toutes les hypothèses étudiées, on constate donc que les actes interdits avaient pour objet de détruire la relation d'appartenance unissant un bien à une personne afin d'en créer une nouvelle au profit d'un tiers[3].

---

[1] Voir G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 8ème édition, 2007, *V°* Donation.

[2] Voir par exemple l'énumération de M. GRIMALDI, *Libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n° 1222: " la clause d'inaliénabilité interdit tout *acte d'aliénation entre vifs* : à titre onéreux (vente, échange, apport en société, etc.) (...) ."

[3] Rappr. L. MONTAGNE, *Le principe de libre circulation des biens en droit civil* (*Contribution à son étude*), Thèse, Montpellier I, 2000, p. 263 & suiv., spéc. p. 275. Favorable à l'existence d'un principe de libre circulation des biens, distinct du principe de libre disposition, l'auteur estime que l'inaliénabilité, strictement entendue, en constitue une dérogation. Il adopte donc une définition restrictive des actes interdits par l'inaliénabilité. Si nous ne

A la lumière de ce constat, il est désormais possible d'apprécier l'affirmation formulée par la Cour de cassation dans un arrêt du 11 juillet 1877[1], affirmation selon laquelle, la clause d'inaliénabilité interdisait " dans la généralités de ses termes, tous les modes d'aliénation ".

A vrai dire, les modes d'aliénation sont extrêmement variés et il n'est pas certain que tous présentent les caractères des actes indubitablement interdits par les restrictions complètes au droit de disposer. Seuls les actes présentant les mêmes caractéristiques doivent nécessairement être sanctionnés.

2) Les actes nécessairement interdits

338. Ainsi, seuls les actes juridiques réalisant le transfert d'un bien sont interdits par une restriction au droit de disposer. La question s'est posée en jurisprudence de savoir si une clause d'inaliénabilité interdisait une institution contractuelle.

Optant pour l'efficacité la plus large de l'inaliénabilité[2], la Cour de cassation dans son arrêt du 11 juillet 1877[3], admit ainsi qu'une clause d'inaliénabilité établie jusqu'à un certain âge de la personne faisait obstacle, lors du décès de cette dernière, à l'exécution d'une institution contractuelle.

Il importe de bien analyser l'apport de ce vieil arrêt et de distinguer la question spécifique des rapports entre l'institution contractuelle et la clause d'inaliénabilité de celle de la reconnaissance par le juge des effets généraux de la clause d'inaliénabilité.

339. Concernant la première question, l'arrêt semble admettre que les biens désignés par une clause d'inaliénabilité ne peuvent faire l'objet d'une institution contractuelle. En réalité, l'opinion de la Cour de cassation n'est pas si ferme qu'il n'y paraît.

Premièrement, la Haute Juridiction considère que la détermination des actes prohibés par une clause d'inaliénabilité relève de l'appréciation souveraine des juges du fond dans la mesure où il ne s'agit pour la Cour de cassation que de déterminer " la pensée de la testatrice " ayant prévu la clause d'inaliénabilité[4]. La Cour de cassation ne fait donc que

---

saurions remettre en cause la définition restrictive des actes interdits par l'inaliénabilité qu'adopte l'auteur, il nous semble cependant que le raisonnement en termes de principe, celui-ci serait-il distinct de la libre disposition, demeure contestable tant il paraît difficilement opératoire sur le plan technique.

[1] Cass. Civ., 11 juillet 1877, *D.P.*, 1878, 1, p. 62 & suiv.

[2] Voir *supra* n° 333.

[3] Cass. Civ., 11 juillet 1877, *D.P.*, 1878, 1, p. 62 & suiv.

[4] Conformément à la jurisprudence, les anciens auteurs pensaient que la question de la détermination des actes prohibés par la clause relevaient de l'interprétation de la volonté du disposant, voir en ce sens, topique, MALRIC, *La défense d'aliéner ou clause d'inaliénabilité dans les transmissions de propriété*, Thèse, Toulouse, 1908, p. 193

reprendre l'opinion des juges d'appel sur ce point : la clause litigieuse interdisait aussi de disposer du bien par le biais d'une institution contractuelle. En cela, elle répond aux arguments de l'auteur du pourvoi qui, à propos de la personne ayant réalisé l'institution au détriment de l'interdiction d'aliéner, doutait que cette clause puisse " avoir d'autre effet que de l'obliger à les laisser dans sa succession "[1].

Autrement dit, dans cette décision, la Cour de cassation refuse de contrôler l'interprétation de la clause litigieuse faite par les premiers juges. Par conséquent, la question de savoir si la clause d'inaliénabilité peut interdire à celui qui la subit de réaliser une institution contractuelle reste en suspens. La prétendre tranchée conduirait à conférer une portée exagérée à la décision de la Cour d'appel de Rennes du 16 février 1876, laquelle a donné lieu à l'arrêt précité.

340. Il est donc utile de revenir sur cette question du concours entre l'institution contractuelle et une inaliénabilité[2]. En pratique les institutions contractuelles sont fréquentes, du moins un certain type d'institutions l'est[3]. La possibilité de leur concours avec une clause d'inaliénabilité n'est donc pas nulle. Par ailleurs, la nature juridique particulière des institutions contractuelles augure de débats ardus pour déterminer les conséquences d'un concours entre ces deux mécanismes.

Exceptionnellement permise, l'institution contractuelle emprunte ses caractères à la donation et au testament, mais cet enseignement est insuffisant pour comprendre l'originalité de cette dernière. Il a été démontré[4] que les institutions contractuelles étaient en réalité de deux types.

341. Lorsqu'elles sont établies par contrat de mariage elles sont irrévocables et cela justifie qu'elles soient le plus souvent traitées comme des donations[5]. Inversement, établies

---

in fine, qui rappelle avant d'énumérer les actes interdits que " nous sommes d'ailleurs dans une matière où l'intention du disposant est souveraine ".

[1] L'auteur du pourvoi, gratifié par l'institution défend l'idée que la clause n'impose que de conserver les biens litigieux jusqu'à l'organisation de la succession sans que la clause fasse obstacle à l'organisation de sa succession par celle qui souffrait la clause. Voir en ce sens, les faits, l'arrêt d'appel et le pourvoi rappelés *in* : *D.P.*, 1878, 1, p. 62 & suiv.

[2] Sur cette question, voir Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit*. *Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, n° 107, p. 184.

[3] M. GRIMALDI, *Libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n° 1623.

[4] M. GRIMALDI, *La nature juridique de l'institution contractuelle*, Thèse dactylographiée, Paris II, 1977, *passim* et notamment n° 323, p. 264.

[5] M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 323 & suiv.

simplement entre époux, elles " participent de la nature juridique du testament "[1] et se rapprochent donc des legs, ce qui justifie qu'elles soient souvent traitées comme tels. Le trait principal de distinction entre ces deux types de libéralités est le caractère irrévocable de celle qui est établie par contrat de mariage[2]. Cette distinction entre les deux types de libéralités a été nettement consacrée par la jurisprudence[3] puis par la loi[4].

Pourtant, les deux types d'institutions partagent la caractéristique de ne porter que sur les biens à venir du donateur. Les donations de biens à venir se définissent comme des donations " de tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès "[5]. Cette caractéristique commune des institutions contractuelles fait que dans une certaine mesure elles s'apparentent, toutes deux à des legs[6].

Ainsi, pour déterminer si l'institution ressortit tantôt du régime juridique du legs ou tantôt du régime juridique des donations, il est nécessaire de déterminer si la règle en cause repose sur le caractère irrévocable de la mesure ou plutôt sur le fait qu'elle porte sur des biens à venir. Lorsque l'on se demande si une clause d'inaliénabilité fait obstacle à une institution contractuelle, la situation n'est pas différente. Il faut donc se demander si, en la matière des restrictions au droit de disposer, c'est le caractère irrévocable de l'engagement ou son objet qui importent.

342. Pour le moment, les actes prohibés par la restriction au droit de disposer que constituent les clauses d'inaliénabilité étaient des actes de transfert de biens présents.

Rien n'indique que cette restriction prohibe de la même manière le transfert de biens à venir. Or, dans l'institution contractuelle, on considère que l'instituant conserve tant qu'il est en vie la possibilité d'aliéner les biens concernés à titre onéreux tandis qu'il est privé de la possibilité de les aliéner à titre gratuit[7]. La donation de biens à venir est avant tout la donation des biens persistant au jour du décès, les biens à venir, si l'on se place à la date de conclusion de l'institution.

---

[1] M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 323 & suiv., article 1096 al.1 C.civ. dans sa rédaction issue de la Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

[2] M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 2, p. 2.

[3] Dans un litige de droit transitoire, pour la distinction de l'institution entre époux et de la donation, voir Cass. Civ. 1ère, 8 novembre 1982, *Defrénois*, 1983, n° 33032, obs. Y FLOUR, M. GRIMALDI ; pour le rapprochement entre l'institution par contrat de mariage et la donation, toujours en droit transitoire, voir Cass. Civ. 1ère, 23 juin 1987, *Defrénois*, 1988, n° 34133, obs. M. GRIMALDI.

[4] Voir Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 modifiant l'alinéa 1 de l'article 1096 C.civ.

[5] G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 8ème édition, 2007 *V°* Donation - de biens à venir.

[6] Voir sur ce point, M. GRIMALDI, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 23 juin 1987, *Defrénois*, 1988, n° 34133, p. 15 *in fine*.

[7] Sur la distinction, voir G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les successions et les libéralités*, Sirey, 1ère édition, 1983, n° 534, p. 413, relevant à propos de l'instituant que l'institution contractuelle, " si elle enlève immédiatement à celui-ci le droit de disposer à titre gratuit des biens donnés, elle lui laisse celui d'en disposer à titre onéreux (...) ".

La présence d'une clause d'inaliénabilité renforce les effets de l'institution contractuelle puisque les biens objets de l'institution ne pourront plus faire l'objet d'une aliénation à titre onéreux. En effet, une telle aliénation, autorisée par l'institution, est prohibée par la clause d'inaliénabilité qui l'accompagne[1]. Autrement formulé, cela signifie que l'instituant, au jour de l'institution, perd par l'effet de l'institution la possibilité de disposer de ces biens à titre gratuit mais en outre, par l'effet de l'inaliénabilité, ceux-ci ne peuvent plus être aliénés à titre onéreux ! Cette interdiction de l'aliénation à titre onéreux durera bien entendu jusqu'à la fin de l'inaliénabilité. L'institution de son coté produira ses effets jusqu'au décès de l'instituant.

343. Le cumul des effets de l'inaliénabilité et de l'institution aboutit donc à une situation étrange où en raison de l'inaliénabilité, l'instituant est condamné à conserver les biens objets de l'institution puisqu'il est privé de la possibilité de les aliéner à titre onéreux[2]. L'institué est donc presque certain d'obtenir lors du décès les biens qui n'étaient que des biens à venir au jour de l'institution contractuelle. En effet, les biens objets de l'institution se retrouveront forcément dans le patrimoine de l'instituant au jour de son décès en raison de l'inaliénabilité qui les frappe.
On s'aperçoit alors à ce stade que le maintien de l'inaliénabilité jusqu'au décès conduit à assimiler l'institution contractuelle, donation de biens à venir à une donation de biens présents. Cette assimilation ne peut cependant avoir lieu que si l'inaliénabilité se maintient jusqu'au décès.

344. Il se dégage donc deux hypothèses[3]. Premièrement, il se peut qu'au jour du décès de l'instituant, l'inaliénabilité ait déjà cessé. La cessation de l'inaliénabilité antérieurement au décès a laissé la possibilité à l'instituant d'aliéner ces biens à titre onéreux entre le moment où l'inaliénabilité a cessé et son décès. L'institution présente donc ses caractères fondamentaux de donation de biens à venir. Dans ce cas, il n'y a aucune raison de refuser de donner effet à l'institution contractuelle : elle présentait bien les caractères d'une donation de biens à venir, ce qui lui permet d'échapper aux effets de l'inaliénabilité.

---

[1] Sur l'interdiction des actes d'aliénation à titre onéreux, voir *supra* n° 333 & suiv.
[2] Sur ce point, il convient de relever que l'instituant est privé de la possibilité d'aliéner à titre gratuit les biens objets de l'institution et par l'effet de cette dernière, et par l'inaliénabilité conventionnelle qui de son coté fait obstacle à ce type de transfert.
[3] Voir en ce sens, commentant la jurisprudence précitée, ACHARD, *Les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors des cas expressément prévus par la loi*, Thèse, Grenoble, 1910, p. 94, l'auteur propose clairement de distinguer deux hypothèses selon que le décès de celui qui subit l'inaliénabilité intervient pendant ou après l'inaliénabilité. En revanche l'auteur n'envisage pas la question de la sanction de l'institution contractuelle litigieuse.

Deuxièmement, il est possible que le décès de l'instituant se produise avant la cessation de l'inaliénabilité. Dans ce dernier cas, au jour du décès, l'institution contractuelle se présentera rétrospectivement comme une donation de biens présents. L'institué, en raison de la permanence de l'inaliénabilité, doit forcément recevoir tous les biens initialement inaliénables qui ont été l'objet de l'institution contractuelle. Cette institution contractuelle se présente comme une donation de biens présents dont l'effet, à savoir le transfert des biens, a été repoussé à la date du décès de l'instituant.

345. Au jour du décès, l'institution contractuelle présentait les caractères d'un acte, une donation de biens présents, formellement interdit par la clause d'inaliénabilité. Au jour du décès, on constate donc que l'institution contractuelle se présente rétrospectivement comme l'acte juridique ayant pour effet de reporter à la date du décès de l'instituant la destruction de la relation d'appartenance l'unissant au bien inaliénable tandis qu'à cette date, une autre relation d'appartenance se constitue, au profit de l'institué.

346. On peut ici s'interroger sur l'efficacité de cette institution dont les effets contrarient ceux de l'inaliénabilité conventionnelle. Il est difficilement envisageable de prononcer la nullité de l'institution contractuelle. Au jour de la constitution de l'institution contractuelle, rien de permettait de dire qu'elle produirait des effets analogues à ceux d'une donation de biens présents, le transfert du bien demeurait incertain. Ces conditions de constitution ne contrariaient en rien le mécanisme de l'inaliénabilité conventionnelle. Or la nullité ne fait que sanctionner un manque dans les conditions de constitution d'un acte[1]. Ici ce n'est pas le cas.

En revanche, au jour du décès, il est possible de considérer avec réticence cette institution contractuelle puisqu'elle aboutit à contourner les effets de l'inaliénabilité conventionnelle. L'exécution d'un acte dont les effets sont ceux d'une donation est requise par l'institué. Il semble raisonnable que dans cette hypothèse, on puisse méconnaître les effets de l'institution. Cette méconnaissance s'apparente à une caducité[2] puisque l'institution est privée de ces effets sans que sa validité puisse être discutée. Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt

[1] F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, n° 82.
[2] Voir G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 8ème édition, 2007, *V°* Caducité.

de la Cour de cassation présenté ci-dessus[1], les juges du fond ont selon toute probabilité simplement refusé de donner effets aux institutions contractuelles litigieuses[2].

Dans cette dernière affaire, il semblerait en outre que les juges du fond aient privé d'effets une institution contractuelle entre époux. Cette dernière institution présente la particularité d'être révocable[3] à la différence de l'institution établie par contrat de mariage[4].

Le caractère révocable de cette institution ne change rien au raisonnement qui précède, dès lors que la révocation de l'institution n'a pas eu lieu avant le décès de l'instituant, cette donation de biens à venir produit, en présence d'une clause d'inaliénabilité, tous les effets d'une donation de biens présents. Il n'y a donc pas de raison ici de dissocier les deux types d'institutions contractuelles.

347. Finalement, la question des rapports de l'institution contractuelle et de l'inaliénabilité conventionnelle est donc complexe. Elle dépend de la date du décès de l'instituant. Lorsque celui-ci a lieu avant que celle-là n'ait cessé ses effets, il faut admettre que l'institution contractuelle doit être privée d'effets parce qu'elle s'apparente trop à une donation réalisant un transfert des biens inaliénables au gratifié.

Par conséquent, une institution contractuelle peut parfaitement frapper un bien inaliénable, cependant, cette institution sera caduque si le décès de l'instituant a lieu avant la cessation de l'inaliénabilité[5].

On remarque donc que lorsqu'un mécanisme qui ne semblait pas contrevenir à l'inaliénabilité conventionnelle produit tout de même des effets identiques à ceux d'un mécanisme prohibé par cette inaliénabilité, il y a lieu d'en empêcher l'exécution. Il faut éviter qu'un transfert du bien au profit d'autrui se produise en méconnaissance de la restriction au droit de disposer.

---

[1] Cass. Civ., 11 juillet 1877, *D.P.*, 1878, 1, p. 62 & suiv. Voir *supra* n° 337 & suiv.

[2] Voir pour le rappel de la procédure, *D.P.*, 1878, 1, p. 62 & suiv. spéc. p. 63. Sur le caractère nécessairement judiciaire du prononcé de la caducité d'un acte, voir R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques – Etude de droit civil*, Thèse, Paris II, Préf. Y. LEQUETTE, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 445, L.G.D.J., 2006, n° 534 & suiv.

[3] Article 1096 al. 1 C.civ.

[4] M. GRIMALDI, *La nature juridique de l'institution contractuelle*, Thèse dactylographiée, Paris II, 1977, *passim* et notamment n° 323 & suiv.

[5] On s'aperçoit ainsi que l'efficacité de l'institution contractuelle est suspendue à la date du décès de l'instituant. Ce décès peut parfaitement être conçu comme une variété de condition suspensive : l'efficacité de l'institution est suspendue à la survenance du décès après la cessation de l'inaliénabilité. La défaillance de cette dernière condition rend nécessairement caduque l'institution qui perd ainsi sa raison d'être. Sur la caducité des actes conditionnels en cas de défaillance d'une condition suspensive, voir surtout, R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques – Etude de droit civil*, Thèse, Paris II, Préf. Y. LEQUETTE, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 445, L.G.D.J., 2006, n° 310 & suiv.

348. La restriction au droit de disposer interdit que la relation d'appartenance unissant le titulaire du droit inaliénable à ce dernier soit détruite afin qu'une autre relation d'appartenance se constitue entre un tiers et le bien inaliénable. Ainsi, lorsqu'un mécanisme juridique a simplement pour effet de réaliser un transfert volontaire du bien, ses effets sont paralysés par la même restriction. Celle-ci paralyse les actes juridiques ayant simplement pour effet de détruire une relation d'appartenance pour en constituer une nouvelle sur le bien inaliénable.

Fort de ce constat, il est désormais possible de restreindre le domaine des actes prohibés par la restriction au droit de disposer[1].

B) Cantonnement de la prohibition

349. Les actes prohibés par la restriction au droit de disposer présentent tous la particularité d'entraîner la disparition d'une relation d'appartenance et consécutivement la constitution d'une autre relation d'appartenance au profit d'un tiers. Ces actes résultent en principe de la mise en œuvre de ce que l'on a nommé le droit de disposer, élément dérivant de l'appartenance d'un bien. L'appartenance permet de fédérer sous une bannière unique l'ensemble des opérations de disposition juridique, il faut entendre par là, l'ensemble des opérations susceptibles de s'exercer sur le droit approprié[2]. Ainsi, une opération de disposition juridique, au sens où nous l'entendons, aura forcément une incidence sur la relation d'appartenance, aboutissant à sa destruction.

Mais à la différence de ce que nous avons déjà vu pour les actes d'aliénation, il est parfaitement possible qu'une opération particulière détruise la relation d'appartenance sans qu'une autre relation d'appartenance se constitue au profit d'un tiers. De telles opérations de disposition juridique présentent donc un caractère unilatéral (1).

---

[1] Voir sur ce point les judicieuses observations de L. MONTAGNE, *Le principe de libre circulation des biens en droit civil* (*Contribution à son étude*), Thèse, Montpellier, 2000, p. 264 & suiv., proposant de restreindre les actes interdits à ceux qui réalisent une circulation du bien en cause. Comp. Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 146 à 148. Définissant l'indisponibilité par le but qu'elle poursuit, l'auteur fort logiquement, est conduit à définir de façon très large les actes interdits par l'indisponibilité : " Une simple location et même une modeste occupation gratuite peuvent parfois s'avérer contraires à l'indisponibilité, alors totalement déconnectée de la notion d'acte de disposition. C'est dire si le seul repère fiable en la matière réside sans le but particulier à chaque indisponibilité, bien qu'il s'avère parfois difficile à déterminer avec précision. (…) La technique de l'affectation permet précisément de caractériser l'indisponibilité réelle dans sa diversité ". On remarquera ainsi l'incertitude qui macule le régime juridique de l'indisponibilité dès lors que celle-ci est définie en termes d'affectation, indépendamment de toute considération de technique juridique.

[2] Voir *supra* n° 117.

350. Par ailleurs, lorsque la création d'une nouvelle relation d'appartenance précède la disparition corrélative de celle qui s'exerce sur le bien approprié, la situation se distingue aussi de celle commune à tous les actes sanctionnés par les restrictions au droit de disposer. Dans cette hypothèse, il ne s'agit plus vraiment de disposition du bien mais plutôt d'appropriation.

On comprend ainsi que lorsque l'appropriation du bien présente un caractère forcé, il n'est plus question de mise en œuvre du droit de disposer. La restriction au droit de disposer ne saurait donc avoir de prise sur les opérations d'appropriation unilatérale du bien inaliénable (2).

1) La possibilité des opérations unilatérales de disposition juridique

351. Dans les opérations de disposition unilatérale, la relation d'appartenance unissant le titulaire à son bien est détruite sans que corrélativement une nouvelle relation d'appartenance soit constituée au profit d'un tiers. Un bien, un droit patrimonial[1], disparaît donc d'un patrimoine sans pour autant accroître celui d'un tiers. Les hypothèses dans lesquelles un bien sort d'un patrimoine sans en accroître un autre sont finalement assez restreintes.

Il se peut que le bien disparaisse d'un patrimoine parce qu'il a été abandonné par celui auquel il appartenait (a). De la même manière, le bien, qui est un droit patrimonial[2], peut disparaître par l'effet de la prescription extinctive (b). Dans l'une et l'autre hypothèse, le patrimoine d'une personne s'appauvrit sans que corrélativement cela ne profite à un tiers.

a) La faculté d'abandon

352. Evidemment, l'abandon d'un droit ne profite dans l'immédiat à personne. Ainsi, le droit abandonné s'évanouit d'un patrimoine sans pour autant accroitre celui d'un tiers. De ce point de vue, l'abandon présente une structure irrémédiablement distincte des mécanismes traditionnellement interdits par la restriction au droit de disposer. *A priori* il paraît donc justifié que l'abandon d'un bien inaliénable demeure possible malgré l'inaliénabilité qui frappe le bien en cause.

Cependant, il faut constater que le mécanisme de l'abandon demeure assez mystérieux. L'abandon est un mécanisme archaïque, rien n'est plus naturel que de jeter ce dont on n'a plus que faire. Mais cet archaïsme n'a guère suscité d'émoi doctrinal puisque le mécanisme

---

[1] Sur l'identité des biens et des droits patrimoniaux, voir *supra* n° 115 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 125 & suiv.

n'a pas fait l'objet de multiples études[1]. Cité comme une évidence, l'abandon ne s'explique pas aussi aisément que son principe se justifie, il importe donc de démontrer que les restrictions au droit de disposer n'interdisent pas d'abandonner le bien inaliénable.

353. Indubitablement, l'abandon d'une chose se classe parmi les causes volontaires de perte de la propriété[2] et il est souvent relevé qu'il n'est qu'une des manifestations de l'absolutisme du droit de propriété[3]. Pourtant on a du mal à croire que l'absolutisme du droit de propriété ne concerne que la chose, objet de ce droit de propriété[4]. En effet, l'abandon est parfois défini comme l'application à la propriété de la renonciation à un droit[5].

Or, de deux choses l'une, ou bien l'abandon est une manifestation de l'absolutisme du droit de propriété, auquel cas il s'agit de l'abandon d'une chose, ou bien l'abandon concerne le droit de propriété comme il peut concerner n'importe quel droit. Dans ce dernier cas, l'abandon n'a aucune spécificité particulière en raison de son application au droit de propriété.

Derrière ce dilemme se cache une interrogation plus fondamentale à propos de l'abandon. Soit l'abandon concerne la chose, il s'apparente donc à l'*abusus* matériel de la chose, il s'exerce alors *par* la propriété, soit il s'exerce *sur* le droit de propriété, il relève alors de l'*abusus* juridique[6], il est la renonciation à ce droit de propriété.

354. Dans le premier cas, manifestation de l'absolutisme du droit de propriété, l'abandon échappe aux effets des restrictions au droit de disposer. Ces dernières, parce qu'elles laissent intact le contenu du droit[7] ne pourraient empêcher l'abandon d'une chose qui n'est que l'exercice d'une des prérogatives détenues par le propriétaire sur cette chose. Une telle

---

[1] Voir pourtant : F. DREYFUS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, Thèse, Strasbourg, Préf. A. RIEG, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 185, L.G.D.J., 1985 et déjà : P. RAYNAUD, Les renonciations à un droit, *R.T.D.civ.*, 1936, p. 763 & suiv., voir aussi : CARBONNIER, (Dir.), *Travaux de l'association Henri Capitant*, 1963, Journées Françaises, Les renonciations au bénéfice de la loi, p. 264 & suiv.

[2] Voir en ce sens : Ch. LARROUMET, *Les biens, Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 259 & suiv.

[3] Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 259 : " L'abandon est une prérogative du propriétaire comprise dans l'*abusus*. Cette prérogative est dictée par la maîtrise absolue de la chose que l'on reconnaît au propriétaire ".

[4] Voir *supra* Chapitre précédent n° 162 & suiv.

[5] Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 259: " la faculté d'abandon n'est que l'application au droit de propriété de la renonciation à un droit ".

[6] Voir sur ce point les pénétrantes analyses de R. LIBCHABER, La recodification du droit des biens, *Le Code civil 1804 – 2004, Livre du bicentenaire*, Litec, p. 297 & suiv., spéc. p. 309 *in fine*. L'auteur établit un parallèle très net entre la cession et l'abandon qui relèvent tous deux de la disposition juridique. Seulement, l'auteur reste ici fidèle à une lecture classique de l'article 544 C.civ. selon lequel le droit de disposer, juridiquement entendu, relèverait de la propriété. Sur l'indifférence de l'article 544 C.civ. en matière de restriction au droit de disposer, voir *supra* n° 185 & suiv.

[7] Voir *supra* n° 130 & suiv.

opinion peut être prise en défaut. Il est difficile de se résoudre à faire de la faculté d'abandon une des prérogatives du propriétaire. Et cela pour au moins deux raisons.

D'une part, si l'abandon est bien une faculté que confère la propriété, en poussant l'explication à son paroxysme on aboutit à un résultat absurde. En effet, abandonner une chose est un acte de propriété, il semble donc que l'abandon n'ait d'autre effet que de confirmer le propriétaire dans ses droits. Pourtant l'abandon, initialement, manifeste la recherche du résultat inverse.

D'autre part, si l'abandon est bien la manifestation pour la propriété de la renonciation à un droit[1], il est évident que l'abandon s'exerce sur le droit de propriété et non sur la chose qui en est l'objet[2]. Il en résulte que l'abandon ne manifeste pas l'exercice d'une des prérogatives dont dispose le propriétaire. Ces dernières ne s'exercent que contre les choses[3], objets de la propriété et nullement contre le droit de propriété lui-même.

355. Finalement, l'acte d'abandon parce qu'il est une manifestation de la renonciation à un droit et qu'il concerne le droit lui-même, le bien, nous semble relever de l'appartenance de ce droit. La faculté d'abandonner un bien est l'une des multiples prérogatives que confère l'appartenance de ce bien[4]. Cette possibilité d'abandon se conçoit donc initialement pour tous les droits patrimoniaux qui en tant que biens sont objets d'appartenance[5].

---

[1] Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 259.

[2] Voir sur ce point, Ph. YOLKA, *La propriété publique - Eléments pour une théorie*, Thèse, Paris II, Préf. Y. GAUDEMET, Bibliothèque de Droit public, Tome 191, L.G.D.J., 1997, p. 141, distinguant la cessibilité d'un bien du droit de propriété s'exerçant sur ce dernier, l'auteur analyse la première en une renonciation au second, il relève alors : " Le droit de renoncer n'est pas compris dans le droit auquel on renonce ; n'ayant trait qu'à la titularité du droit, il en révèle simplement l'étendue (…). "

[3] Voir *supra* n° 179 & suiv.

[4] Comp. à propos du droit réel, A. BRETON, Théorie générale de la renonciation aux droits réels - Le déguerpissement en droit civil Français, *R.T.D.civ.*, 1928, p. 261 & suiv., spéc. p. 281: " la faculté de déguerpir doit être attachée à tous les droits réels, puisqu'elle est de la nature de ces droits ".

[5] Cette faculté d'abandon existe pour tous les droits patrimoniaux parce qu'ils sont des objets d'appartenance. Mais l'existence de cette faculté ne préjuge en rien d'éventuelles conditions restrictives à son exercice. C'est ainsi que l'abandon de la seule propriété ne saurait être soumis à d'autres conditions que celles en assurant une preuve facile. S'il en va de même pour l'abandon de droits réels, c'est que la reconstitution de la propriété fournit un alibi à cet acte par lequel celui qui dispose d'un droit en affranchit celui qui le souffre : le propriétaire de la chose grevée. En revanche, lorsqu'il s'agit de droits personnels, un tel alibi n'est plus de mise, sans doute est-ce la raison pour laquelle l'abandon d'un droit de créance ne semble pas s'exercer autrement que par la voie, conventionnelle, d'une remise de dette. Peut-être faut-il y voir l'illustration du fait que seuls les droits personnels présentent la particularité d'être des liens de droit unissant deux personnes, à la différence donc des droits réels autres que la propriété, à moins que pour ces derniers l'on considère que la nécessité d'une reconstitution de la propriété l'emporte sur l'idée que la disparition d'une obligation réelle suppose l'accord de son créancier et de son débiteur ?

Inversement en présence de prérogatives extrapatrimoniales pour lesquelles le recours à la théorie de l'appartenance est douteux[1], il devient très délicat d'admettre la faculté d'abandon, tout au plus admet-on que le titulaire consente expressément à certaines atteintes.

356. Ayant établi le lien entre appartenance et abandon, reste à savoir si l'existence d'une restriction au droit de disposer est véritablement un obstacle à l'abandon. Il est permis d'en douter.

En effet, lorsque s'est posée la question de la validité de certaines restrictions au droit de disposer, on a relevé à leur encontre un certain nombre d'arguments forts. Ainsi la reconnaissance des clauses d'inaliénabilité a-t-elle été rejetée tant que l'on craignait l'établissement de biens de mainmorte[2].

Plus fortement, on a dénoncé la redoutable limitation à la liberté de chacun de gérer son patrimoine comme il l'entendait[3]. Cette limitation a néanmoins été admise progressivement[4] parce qu'il est apparu que dans certaines situations il était préférable de dépouiller un individu de la faculté d'aliéner un bien. Il ne s'agit ici que d'un banal raisonnement en termes d'intérêts.

357. Il en résulte que poser la question de la prohibition de l'abandon par une restriction au droit de disposer revient à se demander s'il existe un intérêt suffisamment grand pour qu'en toute hypothèse une personne soit privée du pouvoir de se défaire par exemple de son droit de propriété sur une chose quand bien même elle le souhaiterait. Cet intérêt justifierait que l'abandon de cette chose soit prohibé.

En pratique cet intérêt ne semble pas pouvoir exister. Si pour une chose on prohibe et le transfert du droit dont elle est l'objet et la renonciation à ce droit, c'est que l'on espère maintenir en toute hypothèse le lien entre la personne et la chose. Or le maintien de ce lien entre personne et chose est parfaitement satisfait lorsque l'on décide de déclarer la chose en question hors du commerce[5].

358. Ce que l'extra-commercialité garantit parfaitement, pourquoi chercher à l'atteindre par le biais de simples restrictions au droit de disposer ? Cela serait d'autant plus déplacé que

---

[1] Voir *supra* Introduction n° XV.
[2] H. CORVEST, L'inaliénabilité conventionnelle, *Defrénois*, 1979, n° 32126, p. 1377 & suiv., spéc. p. 1380.
[3] H. CORVEST, *loc. cit.*, spéc. p. 1378.
[4] Voir pour la reconnaissance prétorienne de la validité des clauses d'inaliénabilité, Cass. Civ., 20 avril 1858 *in* Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, Dalloz, 12ème édition, 2007, n° 73, p. 461 & suiv.
[5] Voir en ce sens : I. MOINE, *Les choses hors commerce*, Préf. E. LOQUIN, Thèse, L.G.D.J., 1997, n° 3 & 4.

l'on s'attache toujours à distinguer le plus nettement possible les choses hors-commerce de celles qui sont concernées par une restriction au droit de disposer[1].

A moins de vouloir confondre extra-commercialité et restrictions au droit de disposer, il importe donc d'admettre que l'abandon demeure possible malgré la restriction au droit de disposer[2]. Il ne s'agira en réalité que de la renonciation au droit inaliénable de propriété s'exerçant sur ces choses. La faculté d'abandon n'est donc que la faculté de renoncer à un droit, de rompre unilatéralement le lien d'appartenance qui l'unit au renonçant.

359. L'abandon, qui ne profite directement à personne, n'est donc pas interdit en présence d'une restriction au droit de disposer. Celle-ci n'interdit que les opérations par lesquelles la relation d'appartenance unissant un bien à une personne est détruite à la faveur de la reconstitution d'une relation d'appartenance entre un tiers et le bien en cause. On remarque que l'abandon, renonciation à un droit n'est pas le seul mécanisme unilatéral par lequel un bien s'évanouit du patrimoine d'une personne. Une personne est susceptible de perdre unilatéralement l'un de ses droits patrimoniaux par le jeu de la prescription.

b) La prescription extinctive

360. En principe, on reconnait un double rôle à la prescription, elle est acquisitive ou extinctive. Alors que la première permet l'appropriation de droits, la seconde provoque leur disparition. Si l'on s'intéresse aux hypothèses de disparition des droits sans pour autant que ce droit échoit à un autre que son précédent titulaire, il est tout naturel de limiter nos réflexions à l'étude de la prescription extinctive[3].

---

[1] Voir sur cette question : R-N. SCHÜTZ, *Rep. civ.*, Dalloz, 1999, *V°* Inaliénabilité, n° 9 & suiv. et *supra* n° 139 & suiv.

[2] Comp. B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Préf. Y. CHAPUT, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 221. L'auteur estime que la renonciation est un acte de disposition lequel est forcément interdit en présence d'une clause d'inaliénabilité. La première affirmation semble difficilement contestable. En revanche, la qualification d'acte de disposition ne préjuge en rien de la solution du conflit entre renonciation et inaliénabilité. La catégorie des actes de disposition semble bien trop fonctionnelle pour servir de critère de distinction entre les actes juridiques interdits par une clause d'inaliénabilité et ceux qui ne le sont point. Il faut donc déterminer ces derniers en considération de la définition de l'inaliénabilité. Optant pour l'analyse personnelle de l'inaliénabilité, l'auteur peut parfaitement estimer que l'engagement de ne pas aliéner s'entend d'un engagement de ne pas réaliser d'acte de disposition. Ce raisonnement paraît pourtant difficilement tenable lorsque la rédaction de la clause s'oppose à une interprétation aussi extensive.

[3] Voir *contra* assimilant prescription extinctive et prescription acquisitive: B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Préf. Y. CHAPUT, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 271 & suiv.

Dans ce cas, le bien, donc le droit, va disparaître définitivement par l'écoulement d'un certain laps de temps[1].

361. Cette prescription extinctive se conçoit parfaitement pour la plupart des droits. On notera toutefois que le droit le plus susceptible d'être incessible, à savoir le droit de propriété, par le jeu d'une clause d'inaliénabilité, échappe de son coté à la prescription extinctive. La solution, qui n'est pas nouvelle[2], n'est pas vraiment contestée et elle figure désormais à l'article 2227 du Code civil[3].
En ce qui concerne les autres droits patrimoniaux comme les droits réels ou les droits personnels, la solution est différente. Ces droits peuvent naturellement se prescrire et disparaître du patrimoine de leur titulaire. On ne voit pas en quoi une simple restriction au droit de disposer pourrait modifier suffisamment la substance du droit concerné pour le rendre imprescriptible.

362. La restriction au droit de disposer concerne l'appartenance du droit, mais cette amputation du droit de disposer n'a absolument aucune incidence sur la teneur du droit devenu incessible[4]. L'exemple du droit de propriété permet de mieux comprendre le lien entre la teneur du droit et son caractère prescriptible. On sait que le droit de propriété n'est pas susceptible de prescription extinctive : il ne se perd pas par le non-usage. On justifie souvent cette affirmation de la manière suivante : le droit de propriété regroupant l'ensemble des prérogatives susceptibles d'être exercées sur une chose, il permet aussi de ne rien faire de cette chose. Par conséquent, le non-usage de la chose n'est rien de moins que l'exercice du droit de propriété contre celle-ci[5]. La propriété d'une chose ne peut donc s'éteindre par le non-usage[1].

---

[1] Voir en ce sens la définition livrée par l'article 2229 C.civ. : " La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps. " Cette disposition résulte de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008.
[2] Voir l'arrêt fondateur sur la question: Cass. Req., 12 juillet 1905, *in* Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, Dalloz, 12ème édition, 2007, n° 73, p. 461 & suiv.
[3] Cette disposition a été introduite dans le Code civil par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008.
[4] Voir *supra* n° 140 & suiv.
[5] Comp. Fr. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Thèse Paris I, Préf. L. AYNES, Recherches juridiques, n° 15, Economica, 2007, n° 58 & suiv. L'auteur refuse de voir l'absoluité du droit de propriété et l'inclusion du non-usage dans l'exercice de ce droit comme des justifications pertinentes de son imprescriptibilité car l'exercice du droit de propriété ne saurait comprendre l'inaction. L'imprescriptibilité du droit de propriété résulte davantage selon l'auteur de l'indépendance conceptuelle existant entre propriété et possession. En effet, en raison de sa nature " abstraite et purement potentielle ", le droit de propriété ne suppose nullement la possession, il subsiste donc même s'il n'est pas exercé de façon effective. A vrai dire ces justifications de l'imprescriptibilité ne nous semblent pas aussi antinomiques que cela. En effet, admettre que l'exercice du droit de propriété s'entend du non-usage de la chose suppose que l'on considère que le droit de propriété ne confère pas qu'un ensemble de prérogatives positives.

Une restriction au droit de disposer n'a aucune incidence sur l'imprescriptibilité de la propriété parce que ce dernier caractère dépend de la teneur du droit sur laquelle la restriction est dépourvue d'incidence. Pourquoi en irait-il différemment pour les droits autres que le droit de propriété ?

363. On a coutume de rappeler que tous les droits patrimoniaux sauf la propriété sont prescriptibles par nature[2]. Il a été magistralement démontré que la prescription extinctive, au delà de son éventuel objet processuel, remettait en cause l'existence même des droits réels ou des droits de créance contre lesquels elle s'exerçait. Il s'agit de l'effet substantiel de la prescription extinctive[3].

Ces droits patrimoniaux se prescrivent par le non-usage parce que ce dernier est un puissant démenti de fait à leur existence. Aucun de ceux-ci ne compte le non-usage de son objet au nombre des prérogatives qu'il confère contre cet objet. Et seule la propriété continue de s'exercer par la déréliction matérielle de son objet.

364. Il est donc tout à fait normal que le maintien prolongé de l'objet de ces droits dans le non-usage, qui les contrarie, en entraîne la disparition par prescription[4]. La prescription extinctive est l'affaire du contenu de ces droits patrimoniaux. Les restrictions au droit de disposer n'ayant aucune incidence sur le contenu des droits qu'elles ont pour objet[5], il est nécessaire d'en tirer toutes conséquences utiles en matière de prescription extinctive. Elle conserve donc son empire, inchangée malgré la restriction au droit de disposer.

La prescription des droits patrimoniaux et les restrictions au droit de disposer sont des mécanismes qui n'ont aucune chance de rentrer en conflit[6] pour la simple et bonne raison

---

Cela implique donc que l'on définisse le droit de propriété indépendamment de l'exercice effectif de prérogatives positives, les seules pour lesquelles une possession soit envisageable. Autrement dit, affirmer que l'exercice du droit de propriété comprend le non-usage nécessite probablement déjà de distinguer celui-ci de la possession et de le définir comme une somme de prérogatives plus virtuelles que positives.

[1] Voir sur ce point, M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Thèse Paris II, Economica, 1986, n° 124 & suiv et spéc. n° 126 *in fine* : " la propriété est imprescriptible parce qu'en raison de son contenu illimité un tel droit ne peut subir de la part du fait aucune espèce de contradiction ".

[2] M. BANDRAC, *op. cit.*, n° 3, s'interrogeant sur le caractère substantiel de la prescription extinctive, l'auteur commence par examiner " les droits dont l'aptitude à la prescription est certaine: les droits de créance, les droits réels grevant la propriété (...) ".

[3] Voir sur ce point, pour les droits réels et les droits de créance, M. BANDRAC, *op. cit.*, respectivement n° 84 & suiv, et n° 51 & suiv.

[4] Voir sur ce point les observations conclusives de M. BANDRAC, *op. cit.*, n° 240 *in fine*, " la prescription extinctive efface, en effaçant le droit lui-même, l'échec du droit impuissant à se réaliser ".

[5] Voir *supra* n° 140 & suiv.

[6] Cette absence de conflit théorique, n'est pas moins évidente en pratique puisque la jurisprudence ne semble pas avoir eu à connaître de ce problème, sur ce constat, voir : B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Préf. Y. CHAPUT, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 271 et les auteurs cités.

que la première ne s'exerce que là où les secondes n'ont aucune incidence. L'indifférence respective de ces mécanismes a une justification " structurelle " qui rend inutile toute tentative d'explication par la délicate distinction entre les mécanismes d'intérêt général et ceux qui ne protègent que des intérêts particuliers[1].

Un droit imprescriptible comme le droit de propriété le demeure même s'il est incessible de la même manière qu'un droit prescriptible continue de se perdre par le non-usage même s'il est incessible[2].

365. Phénomène contre lequel la restriction au droit de disposer n'a aucune influence, la prescription entraîne la disparition d'un droit qui s'évanouit du patrimoine de son titulaire sans revivre dans le patrimoine d'un tiers. Ce que nous avons justifié par les domaines respectifs distincts des deux mécanismes permet de conclure ici en relevant que la restriction laisse produire effet à un mécanisme qui n'équivaut pas à un transfert de droit faute de destinataire.

Par symétrie, si l'absence de destinataire permet la réalisation de ces opérations sur un bien inaliénable, on peut se demander s'il n'en va pas de même lorsque la " circulation " d'un bien entre deux patrimoines n'est pas imputable à " l'aliénateur ". Il s'agit ici d'envisager la question de l'appropriation d'un bien indépendamment de toute mise en œuvre de son droit de disposer par celui du patrimoine duquel le bien est extirpé.

2) La possibilité des opérations d'appropriation unilatérale

366. L'appropriation unilatérale d'un bien, indépendamment de toute mise en œuvre du droit de disposer de celui qui " perd " le bien approprié se produit d'une part naturellement par le jeu de la prescription acquisitive (a) mais de façon plus virulente par la mise en œuvre d'une procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique (b).

---

[1] Comp. B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Préf. Y. CHAPUT, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 275 & suiv.

[2] Comp. I. BEYNEIX, *Contribution à l'étude de la notion d'indisponibilité en droit patrimonial*, Thèse, Paris I, 2004, n° 892 et les références citées.

a) La prescription acquisitive

367. La prescription acquisitive permet à celui qui exerce effectivement les prérogatives que confère un droit patrimonial d'obtenir la titularité de ce droit sous réserve de la réunion d'un certain nombre de conditions particulières[1].

368. Résultant de la mise en œuvre par le possesseur des prérogatives normalement réservées au titulaire d'un droit sur une chose, on comprend que la prescription acquisitive ressortisse elle aussi du contenu des droits patrimoniaux. Or, l'on sait que le contenu des droits patrimoniaux n'est nullement remis en cause par l'existence d'une restriction au droit de disposer. Par conséquent, le titulaire d'un droit patrimonial inaliénable, libre d'exercer ce dernier comme il l'entend[2], peut parfaitement subir l'immixtion d'un tiers, le possesseur, dans l'exercice des prérogatives conférées par le droit patrimonial.

On retrouve ici l'idée selon laquelle les restrictions au droit de disposer et la prescription opèrent sur deux plans totalement distincts[3]. La première n'a que faire du contenu des droits tandis que la seconde dépend étroitement du contenu du droit acquis par possession.

Il résulte de cette différence " structurelle " entre les deux mécanismes que, pas plus que la prescription extinctive, la prescription acquisitive ne saurait être perturbée par une clause d'inaliénabilité. Le droit, objet de cette clause, reste susceptible d'être acquis par tiers au titre de la possession dont il pourrait se prévaloir[4].

369. L'acquisition d'un droit par prescription se produit indépendamment de la mise en œuvre de son droit de disposer par celui qui le perd. En réalité, contrairement à ce qui se produit en matière de transfert des droits, la relation d'appartenance ne disparaît pas chez l'un pour apparaître chez l'autre, elle apparaît chez l'un, le possesseur, donc elle disparaît chez

---

[1] Les conditions de la prescription acquisitive ou usucapion consistent essentiellement dans l'écoulement d'une certaine durée et dans la psychologie du possesseur lequel est tenu d'avoir l'*animus domini*. Il doit avoir l'intention de se comporter comme le titulaire du droit prescrit. Sur les conditions de la prescription, voir Ch. LARROUMET, *Les biens - Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, 5ème édition, Economica, 2006, n° 81 & suiv.

[2] Rappelons que les restrictions au droit de disposer n'ont aucune incidence sur le contenu du droit inaliénable. Sur cette question, voir *supra* n° 130 & suiv. Par conséquent, le titulaire d'un droit inaliénable demeure en mesure d'exercer toutes les prérogatives matérielles résultant de l'existence de ce droit.

[3] Voir *supra* n° 363.

[4] Comp. ACHARD, *Les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors des cas expressément prévus par la loi*, Thèse, Grenoble, 1910, p. 105, sans vraiment se justifier, l'auteur estime que " la clause d'inaliénabilité doit empêcher la prescription de s'accomplir : le propriétaire, ne pouvant aliéner directement ne doit pas pouvoir le faire indirectement ". A vrai dire, on peut contester l'assimilation faite entre l'aliénation d'un bien et la prescription de " ce " dernier dans la mesure où la prescription n'est pas un mode d'acquisition dérivée des droits. Sur la distinction des modes d'acquisition des droits selon qu'ils supposent ou non un rapport d'auteur à ayant cause, voir Ch. LARROUMET, *Les biens - Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, 5ème édition, Economica, 2006, n° 331.

l'autre, l'ancien titulaire du droit nouvellement prescrit. Pour être plus exact, il faudrait ici relever que la prescription acquisitive emporte l'appropriation d'un droit nouveau lequel suppose que le droit s'exerçant anciennement sur la chose disparaisse[1].

370. Le titulaire du droit perdu par le jeu de l'usucapion ne met donc pas en œuvre son droit de disposer, il subit l'appropriation unilatérale de son droit par le possesseur. L'indifférence d'une restriction au droit de disposer en matière de prescription acquisitive démontre que lorsque le droit de disposer d'un bien n'est pas en jeu, la restriction n'a aucun intérêt[2].

Les mêmes causes commandant les mêmes effets, on ne sera pas surpris de ce que l'appropriation unilatérale d'un bien exproprié par une personne publique demeure possible malgré l'existence d'une restriction au droit de disposer.

b) L'expropriation pour cause d'utilité publique

371. En pratique, la question des rapports entretenus par les restrictions au droit de disposer et l'expropriation pour cause d'utilité publique pourra se rencontrer si une clause d'inaliénabilité concerne un immeuble sur le point d'être exproprié. Ces deux institutions ayant un caractère exceptionnel, il est évident que la situation de leur concours le sera encore plus. C'est sans aucun doute la raison pour laquelle cette question n'a pas fait l'objet, à notre connaissance, de décisions de justice. Cela ne fait que réduire l'intérêt pratique des développements à suivre sans les en priver totalement.

---

[1] Cela n'est évidemment exact que lorsque le droit prescrit est identique au droit s'exerçant antérieurement sur la chose. Ainsi l'usucapion de la propriété d'une chose emporte systématiquement disparition du droit de propriété qui s'exerçait antérieurement sur cette chose. En revanche si le droit usucapé est distinct du droit s'exerçant initialement sur la chose, rien n'impose que ce dernier disparaisse. Ainsi en théorie, rien n'impose que la prescription acquisitive d'un usufruit fasse disparaitre le droit de propriété qui s'exerçait initialement sur cette chose. En pratique, celui qui peut prétendre être titulaire d'un droit d'usufruit usucapé peut le plus souvent établir qu'il a possédé comme s'il était un propriétaire ce qui lui laisse la possibilité de se prévaloir de l'acquisition par prescription d'un droit de propriété. La question d'un droit de propriété s'exerçant préalablement sur la chose et diminué par l'usucapion d'un droit réel autre que la propriété sur cette chose ne se pose donc pas.

[2] Comp. Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique,* Thèse, Lille II, 2004, p. 366 & suiv. Estimant que l'indisponibilité d'un bien entraîne en théorie son imprescriptibilité en raison de l'opposabilité à tous de l'affectation qui fonde l'indisponibilité, l'auteur conclut pourtant à la supériorité pratique de l'usucapion, laquelle marque la remise en cause de l'affectation fondatrice. Il nous semble pour le moins contradictoire de défendre l'opposabilité à tous de l'affectation tout en admettant que celle-ci puisse être réduite à néant par un possesseur. Sur le fond, il est en outre étrange de traiter l'affectation comme un droit, *a priori* opposable mais finalement prescriptible puisque l'usucapion marque la fin de cette affectation.

D'ailleurs cette question a déjà été expressément envisagée en doctrine[1]. En outre l'examen de cette question s'avère nécessaire si l'on tente de déterminer précisément les effets des restrictions au droit de disposer.

372. Avant toute chose, il convient de s'accorder sur le caractère translatif de l'expropriation pour cause d'utilité publique. La justification de ce caractère translatif ne doit pas être cherchée ailleurs que dans les textes fondamentaux en matière d'expropriation. Ainsi, l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dispose que " La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ".

Constitutionnalisé en 1982[2], cet article voit son contenu repris, pour l'essentiel[3], à l'article 545 C.civ. qui dispose avec moins d'emphase que " Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité ". *A contrario*, la propriété, qui selon l'article 544 C.civ. est " le droit de jouir et de disposer des choses "[4] est cédée librement sauf en cas d'utilité publique où le propriétaire peut être contraint de céder son droit. On remarque donc que les textes fondamentaux de l'expropriation désignent celles-ci comme une cession forcée du droit de propriété. Par conséquent, il ne faut pas s'étonner que cette qualification soit communément reprise par la doctrine[5].

---

[1] Voir sur ce point: BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse, Paris, 1902, p. 237, et plus récemment, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 502, Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 374 & suiv. Cet auteur justifie l'inefficacité de l'inaliénabilité entendue dans ses propos comme une indisponibilité réelle, par la prévalence de l'intérêt public sur l'intérêt privé, support de l'affectation qui fonde l'indisponibilité. En réalité, l'intérêt public, condition nécessaire à la mise en œuvre de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique permet d'obtenir systématiquement l'expropriation. Il s'agit donc bien plus d'une prévalence absolue de l'intérêt public que d'une prévalence du premier sur l'intérêt privé que servirait l'affectation qui vient au soutien de l'indisponibilité.

[2] DC 82-132 du 16 janvier 1982 dite " lois de nationalisation ", reproduite *in* L. FAVOREU, L. PHILLIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13ème édition, 2005, n° 28, p. 423 & suiv.

[3] Il a été démontré qu'au delà d'un certain nombre de nuances littérales indéniables, à propos de la distinction entre nécessité publique et utilité publique, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a tendu à substituer " à une exigence constitutionnelle une condition qui n'est énoncée que dans des dispositions de valeur inférieure ", N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Préf. M. GOBERT, Thèse Paris II, L.G.D.J., 1997, n° 93, p. 77 *in fine*.

[4] Sur le sens possible de cette disposition, voir *supra* n° 191 & suiv.

[5] Voir par exemple en droit privé : Ch. LARROUMET, *Les biens - Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 357, classant l'expropriation pour cause d'utilité publique parmi les aliénations forcées. En droit administratif voir de même : R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 2, Montchrestien, 14ème édition, 2000, n° 852 qui relève que l'expropriation " permet de contraindre une personne privée (...) à céder à une autre personne (...) la propriété d'un immeuble ".

373. Devant un tel consensus, il serait déraisonnable de prétendre le contraire. Il faut donc prendre acte du caractère translatif de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Seulement ce mécanisme translatif a la particularité de se produire absolument indépendamment de la volonté du propriétaire. Celui-ci devient cédant malgré lui ! Sa volonté est tenue pour si peu de chose que même son refus catégorique de vendre ne saurait faire échec à la procédure d'expropriation régulièrement menée à son terme[1]. En effet, le transfert du droit de propriété s'opère selon l'article L. 12-1 du Code de l'Expropriation pour cause d'utilité publique (C. Expr.) par voie d'ordonnance. Cette ordonnance est prise par le Juge de l'expropriation qui est, selon l'article 13-1 C. Expr., un magistrat désigné dans chaque département parmi les magistrats du siège du Tribunal de grande instance.

A la différence d'une vente ou d'une donation qui sont des contrats à l'occasion desquels le cédant du droit de propriété doit manifester sa volonté, l'ordonnance est une décision émanant d'une juridiction[2].

374. Le caractère translatif de l'expropriation doit donc être entendu très restrictivement. Il n'est que l'affirmation de ce que l'expropriation d'un droit ne modifie nullement son contenu. C'est bien le droit même qui a été exproprié dont va profiter la personne publique bénéficiaire de la procédure.

Mais le parallèle avec les autres cas de transfert d'un bien s'arrête ici. Contrairement aux autres cas de transfert d'un droit[3], dans le cas de l'expropriation, la référence au droit de disposer du " cédant " est totalement hors de propos. Il ne s'agit point d'un cas dans lequel le " cédant " prétend faire disparaître la relation d'appartenance qui l'unit à son bien au profit d'un tiers. Il ne s'agit pas plus du cas dans lequel les créanciers du " cédant " prétendent faire disparaître cette relation d'appartenance au profit d'un tiers afin d'éteindre une dette du " cédant ", le débiteur dont ils ont saisi un bien, au moyen du prix versé par ce tiers. L'expropriation pour cause d'utilité publique demeure irréductiblement spécifique.

---

[1] La procédure d'expropriation peut aussi selon l'article L. 12-1 C. Expr. se solder par une cession amiable en cas d'accord amiable entre l'expropriant et l'exproprié. Cette possibilité d'une cession amiable pourrait *a priori* constituer un démenti à notre affirmation selon laquelle les restrictions complètes au droit de disposer prohibent la cession du droit inaliénable. En réalité, cette dérogation n'est qu'apparente car la cession amiable n'a lieu que dans le cadre de la procédure d'expropriation devant laquelle la restriction trépasse. Dès lors qu'une procédure d'expropriation est régulièrement ouverte, la restriction complète au droit de disposer perd toute vocation à contrecarrer la transmission du bien à la personne publique. Par ailleurs, on remarquera qu'en l'absence de cession amiable, la procédure d'expropriation peut toujours être menée à son terme. Par conséquent, même si la cession amiable dans le cadre de l'expropriation était interdite par la restriction au droit de disposer, cela ne ferait que retarder l'inéluctable appropriation unilatérale du bien par la personne publique expropriante.

[2] Sur la qualification de juridiction, voir par exemple : J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, *Les institutions judiciaires*, Précis, Dalloz, 8ème édition, 2005, n° 198-14.

[3] Sur lesquels, voir *supra* n° 329 & suiv.

L'expropriation pour cause d'utilité publique d'un bien est la conséquence de la faculté offerte aux personnes publiques de s'approprier unilatéralement[1] les biens d'une personne à l'issue d'une procédure garantissant que cette appropriation unilatérale ne sera point lésionnaire pour l'exproprié. C'est l'appropriation du bien par la personne publique qui entraîne la disparition de la relation d'appartenance existant entre l'exproprié et le bien exproprié.
Comme dans l'hypothèse de la prescription acquisitive[2], une appropriation cause la disparition de la relation d'appartenance du bien qui préexistait jusque-là.

375. La restriction au droit de disposer et la procédure d'expropriation interviennent donc sur des plans totalement différents. La première limite le pouvoir de celui qui la subit, il devient impuissant à céder un droit. Exorbitante du droit commun, la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique ne repose pas sur une considération particulière envers la volonté du cédant. C'est là que la démarcation avec les restrictions au droit de disposer est la plus nette.
En affirmant que ces dernières interdisent la cession d'un bien, on suppose par là même que la décision de cession de ce bien est du ressort de celui qui subit la clause. L'interdiction de céder établie ne sert qu'à restreindre les choix de celui qui la subit. Or sans liberté de céder, il n'est point de cession interdite qui vaille ! En tant qu'interdiction de céder[3], la restriction au droit n'a donc nullement vocation à contrecarrer une expropriation pour cause d'utilité publique. Les biens inaliénables sont librement expropriables[4].

376. En définitive, les actes susceptibles d'être interdits par une restriction au droit de disposer doivent donc être déterminés en considération de ce que cette restriction constitue réellement. Elle n'est qu'une limitation substantielle de l'appartenance par laquelle le droit de disposer, contenu dans l'appartenance est remis en cause. Il ne permet plus au titulaire du bien de rompre le lien d'appartenance l'unissant au bien afin qu'un nouveau lien d'appartenance se constitue sur ce bien au profit d'un tiers.

---

[1] Il ne s'agit pas ici de remettre en cause le bien-fondé de l'expropriation pour cause d'utilité publique, il ne s'agit que de constater la remarquable impuissance de l'exproprié face à une procédure régulière.
[2] Voir *supra* n° 359 & suiv., spéc. n° 363.
[3] La jurisprudence emploie parfois cette expression à propos des clauses d'inaliénabilité, voir déjà Cass. Civ., 20 avril 1858 *in* Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, Dalloz, 12ème édition, 2007, n° 73, p. 461.
[4] Voir en ce sens, présentant comme certaine cette solution en matière de clauses d'inaliénabilité, ACHARD, *Les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors des cas expressément prévus par la loi*, Thèse, Grenoble, 1910, p. 95.

Si la rupture du lien d'appartenance ne profite à personne[1] parce que la mise en œuvre du droit de disposer demeure unilatérale ou si la rupture de cette relation d'appartenance est la conséquence de l'appropriation unilatérale du bien réalisée par un tiers[2], la restriction du droit de disposer demeure lettre morte.

S'agissant des opérations juridiques ayant une incidence directe sur la relation d'appartenance, l'efficience de l'inaliénabilité peut ainsi être précisément délimitée. On ne s'étonnera donc pas de ce qu'elle demeure totalement indifférente lorsque la relation d'appartenance d'un bien n'est même pas en jeu, lorsque les actes envisagés sont la mise en œuvre, non pas du droit de disposer, mais bien du droit inaliénable qu'il a pour objet.

§2: La possibilité des actes de mise en œuvre du droit inaliénable

377. Les actes de mise en œuvre du droit inaliénable ont tous pour point commun de ne pas réaliser une transmission de patrimoine à patrimoine du bien en cause. Il s'agit ici de traiter des mécanismes qui laissent le droit concerné par la restriction au droit de disposer dans le patrimoine de celui qui la subit.

La délimitation négative de ces mécanismes ne doit pas masquer leur incommensurable variété. Que l'on songe ici au louage ou à la constitution de droits réels sur la chose dont la propriété est incessible. Ces actes ont en commun de répartir les utilités matérielles ou économiques d'une chose entre plusieurs personnes. Il est possible à ce stade de distinguer entre les mécanismes constitutifs de droits personnels (A) et les mécanismes constitutifs de droits réels (B), les uns comme les autres peuvent être librement constitués.

A) La libre constitution des droits personnels

378. Concernant la constitution de droits personnels, la question de la compatibilité des actes en cause ne se pose que pour autant que les obligations créées ont un rapport direct avec la chose, objet du droit incessible. Il n'est pas nécessaire de s'attarder sur les multiples engagements susceptibles d'être pris par celui dont un bien est l'objet d'une restriction au droit de disposer.

Au nombre des obligations relatives à la chose objet du droit concerné figure bien entendu l'obligation de mise à disposition par laquelle un bailleur s'engage à laisser profiter son

[1] Voir *supra* n° 350 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 365 & suiv.

locataire d'un certain nombre des utilités matérielles de la chose durant un délai convenu. Le bail n'emporte nullement transfert de la propriété de la chose louée.
Par conséquent, il est certain que celui dont le droit de propriété est inaliénable peut toujours consentir un bail sur la chose objet de ce droit de propriété. La restriction au droit de disposer n'a à ce stade aucune incidence.

379. On peut sans peine généraliser notre propos pour affirmer qu'une restriction au droit de disposer n'interdit aucunement de constituer des droits personnels dont l'objet est la chose pour laquelle le droit de propriété est incessible. D'ailleurs dans l'hypothèse où c'est un simple droit de créance qui est incessible, le créancier conserve la liberté de s'engager librement tout comme le débiteur de la créance. Ce n'est que le droit de créance qui est incessible, les acteurs de ce droit restent entièrement libres.

380. La seule difficulté concerne l'hypothèse où un droit personnel aurait lors de sa réalisation un effet translatif. Cet effet translatif ne peut avoir lieu en présence d'une restriction au droit de disposer. Il n'est pas impossible à ce stade de raisonner de la même façon que lorsque nous avons envisagé la question de la compatibilité d'une institution contractuelle et de l'inaliénabilité[1].
En principe, un droit personnel n'a pas pour objet de réaliser le transfert d'un bien : il ne se solde pas nécessairement par le transfert de ce bien de patrimoine à patrimoine. En général, un droit personnel n'a pas non plus pour effet principal d'entraîner la destruction de la relation d'appartenance unissant le bien au débiteur du droit personnel, dans le but de permettre la constitution d'une nouvelle relation d'appartenance entre le créancier de ce droit et le bien. On en déduit qu'un tel droit personnel peut parfaitement concerner un bien inaliénable.
Cependant lorsque le droit personnel produit un effet translatif, lorsqu'il provoque la destruction et l'apparition corrélative d'une nouvelle relation d'appartenance, cet effet doit être éludé par l'inaliénabilité.

381. En pratique, une telle hypothèse peut se rencontrer dès lors qu'un bien inaliénable fait l'objet d'une promesse unilatérale de vente[2] laquelle confère une option au bénéficiaire de la

[1] Voir *supra* n° 337 & suiv.
[2] Comp. B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Préf. Y. CHAPUT, Thèse Clermont Ferrand, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004, n° 221 et les références citées. L'auteur estime que l'inaliénabilité interdit tous les actes de disposition mais aussi les promesses de réaliser de tels actes. Il cite au soutien de sa

promesse. La levée de l'option sera donc sans effet si elle se produit à un moment où le bien est encore inaliénable[1]. Un tel raisonnement suppose cependant de notre part que nous distinguions l'effet translatif par lequel se solde une obligation de l'objet de cette obligation[2]. L'engagement personnel est possible mais son dénouement éventuellement translatif interdit. L'existence du droit personnel est incontestablement possible mais ses effets contrevenant à la restriction sont éludés.

Encore faut-il préciser que l'élision des effets de la promesse unilatérale de vente n'est requise que dans l'hypothèse où la levée de l'option a lieu alors que le bien est encore inaliénable. Dans ce cas, comme en matière d'institution contractuelle[3], il faudra constater

---

position une décision de la Cour de cassation du 6 avril 1994 ayant affirmé qu'une promesse de vente devait être tenue pour un acte de disposition du logement familial prohibé par l'article 215 al. 3 C.civ. (Cass. Civ. 1ère, 6 avril 1994, inédit, pourvoi n° 92-15000, *J.C.P.*, 95, I, n° 3821, obs. G. WIEDERCKER, spéc. n° 1.). Cette décision ne semble pas probante. Celle-ci, d'une part, est relative à l'interdiction faite aux époux de disposer l'un sans l'autre du logement de famille. D'autre part, l'examen de la décision révèle qu'il s'agissait d'une promesse synallagmatique de vente au sujet de laquelle la Cour de cassation, reprenant les conclusions des juges du fond, relève qu'elle constituait définitivement la vente, le report du transfert de propriété au jour de l'acte authentique n'ayant pas été considéré par les parties " comme un élément essentiel à la formation de la vente ". Cette décision nous apprend simplement qu'en l'absence de stipulations contraires, la promesse synallagmatique de vente, vaut vente ! En revanche elle ne dit rien de la question de la promesse unilatérale de vente. Voir cependant, G. WIEDERCKER, *loc. cit*., estimant que la solution mériterait d'être étendue à la promesse unilatérale de vente. L'auteur considère en outre que la levée de l'option qui constitue réciproquement la vente serait justiciable de la même sanction. C'est peut-être parer la promesse unilatérale d'une rigueur qu'elle n'a pas que de considérer qu'elle établit définitivement la vente du coté du promettant lors de sa conclusion. Cela peut être contesté lorsque l'on sait l'orientation d'une certaine jurisprudence, voir sur ce point, le célèbre arrêt *Cruz*, Cass. Civ. 3ème, 15 décembre 1993, *Bull. civ.*, III, n° 174. Cependant, il convient de mentionner ici que cette jurisprudence pourrait bien être définitivement brisée par le projet de réforme du droit des contrats présenté par la Chancellerie en juillet 2008. Celui-ci prévoit en effet dans son article 33 al. 3 que la rétraction du promettant durant le délai de levée de l'option ne peut empêcher la formation du contrat promis. L'article 33 al. 4 précise en outre que tout contrat conclu en violation de la promesse est inopposable au bénéficiaire de celle-ci.

[1] L'article 900-1 C.civ. laisse en effet la possibilité à celui qui souffre une clause d'inaliénabilité de demander la mainlevée judiciaire de cette inaliénabilité. La date de fin de l'inaliénabilité n'est donc pas forcément connue lors de la réception du bien inaliénable. Cette incertitude justifie rétrospectivement que ce bien fasse l'objet d'une promesse unilatérale de vente puisque à l'époque de la promesse, si le délai d'option est conséquent, rien de permet d'assurer que l'inaliénabilité sera encore en vigueur lors de la levée de l'option. En outre, l'inaliénabilité conventionnelle, qui doit être temporaire, peut être établie pour une durée incertaine qui interdit de savoir lors de la conclusion de la promesse unilatérale si le bien en cause sera encore inaliénable à l'expiration du délai de levée de l'option. On comprend d'ailleurs ici tout l'intérêt que présente une telle promesse pour le bénéficiaire qui obtient ainsi l'assurance qu'il sera le premier à obtenir le bien inaliénable lorsque l'inaliénabilité cessera.

[2] Indépendamment du débat récurrent relatif à l'existence de l'obligation de donner, cette distinction n'est toutefois pas inconcevable notamment en présence d'une promesse unilatérale de vente portant sur un bien inaliénable. Si la promesse ne crée que des droits personnels, certes, le contenu de ces derniers reste à déterminer mais rien n'interdit qu'elle soit conclue alors que le bien promis est inaliénable. Cependant, si la levée de l'option est antérieure à la fin de l'inaliénabilité, elle sera privée de tout effet translatif car aucun transfert du droit litigieux n'est possible tant que la restriction est en vigueur. Tout l'enjeu de la discussion réside donc dans la caractérisation exacte de cette obligation de donner. Simple obligation elle reste permise dans la mesure où seul son dénouement est suspendu. Si on ne peut la distinguer de son dénouement, si elle se résume à un effet translatif, elle est prohibée, mais dans ce cas, elle ne constitue plus une véritable obligation mais davantage un effet inéluctable de la loi que même la mauvaise volonté du " débiteur " ne peut éluder. Sur la spécificité de l'obligation de donner, voir Fr. CHENEDE, *Les commutations en droit privé - Contribution à la théorie générale des obligations*, Thèse Paris II, préf. A. GHOZI, Economica, 2008, n° 163 & suiv.

[3] Voir *supra* n° 343 & suiv., spéc. n° 343 à 345.

que la promesse unilatérale de vente est devenue caduque faute pour le promettant d'avoir pu exercer pleinement son droit de disposer lors de la levée de l'option en raison de l'inaliénabilité qui frappe le bien promis. Si cela se produit, à la date de la levée de l'option, il y aura donc lieu de retenir la caducité de la promesse unilatérale de vente.

L'hypothèse de la caducité reste de toute façon subsidiaire puisque la levée de l'option peut parfaitement avoir lieu alors que le bien est redevenu aliénable en raison de la cessation de l'inaliénabilité. Dans ce cas, la promesse unilatérale de vente sera évidemment valable et elle produira l'intégralité de ses effets. Cette potentialité justifie d'ailleurs rétrospectivement que la conclusion d'une promesse unilatérale de vente portant sur un bien inaliénable demeure possible.

382. On s'aperçoit donc qu'en principe la constitution de droits personnels relatifs au bien inaliénable est libre. En effet, ces droits personnels n'ont jamais pour objet de réaliser directement la disparition de la relation d'appartenance s'exerçant sur un bien et la création corrélative d'une autre relation d'appartenance portant sur ce bien. Par exception, lorsque ces droits ont de tels effets, ceux-ci sont paralysés s'ils sont censés se produire avant que l'inaliénabilité n'ait cessé.

Dans ce cas exceptionnel, la restriction au droit de disposer commandera la caducité de l'acte juridique duquel ces droits personnels résultent. Les actes constitutifs de droits personnels ne sont donc pas en principe interdits par l'existence d'une restriction au droit de disposer car ils ne présentent pas les caractéristiques des actes indubitablement interdits par ces restrictions[1].

383. Ce constat est tout à fait conforme aux conséquences de l'analyse renouvelée de l'inaliénabilité conventionnelle et, partant, aux effets classiques des restrictions au droit de disposer. Concernant simplement l'appartenance d'un droit patrimonial[2], ces restrictions n'ont absolument aucune incidence sur le contenu du droit inaliénable[3]. Comme le titulaire d'un droit patrimonial librement cessible, le titulaire d'un droit patrimonial incessible demeure libre d'affecter l'exercice des prérogatives que lui confère son droit en se constituant débiteur des droits personnels que bon lui semble.

La parfaite symétrie existant entre la composition d'un droit patrimonial cessible et la composition d'un droit patrimonial incessible commande de la même manière que la

[1] Sur la détermination des actes indubitablement interdits par les restrictions au droit de disposer, voir *supra* n° 333 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 115 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 130 & suiv.

constitution de droits réels demeure libre bien que ces droits s'exercent sur une chose objet d'un droit de propriété incessible.

B) La libre constitution des droits réels

384. En pratique, il s'agit ici de savoir si malgré une restriction au droit de disposer, une chose peut être grevée de droits réels par son propriétaire. Sur le plan des principes, nous avons déjà affirmé que le caractère incessible d'un droit, notamment le droit de propriété, lorsqu'il résulte d'une restriction du droit de disposer, laissait intact ce droit[1]. Autrement dit, même si le droit de propriété est incessible, son exercice n'est absolument pas perturbé.

Cela signifie dans le cas d'une clause d'inaliénabilité que le propriétaire subissant l'inaliénabilité, de l'extérieur, ne se distingue aucunement du propriétaire dont le droit de propriété est cessible. La propriété inaliénable demeure la réunion de tous les pouvoirs que l'on peut licitement exercer sur une chose[2]. L'article 544 C.civ. reste donc d'actualité malgré une clause d'inaliénabilité ou toute autre restriction complète du droit de disposer[3]. Notre propriétaire peut donc continuer d'organiser la jouissance matérielle de sa chose comme il l'entend. A cette fin, si le propriétaire peut organiser la gestion matérielle de la chose par la constitution de droits personnels[4], rien ne peut lui interdire de l'organiser en constituant des droits réels[5].

---

[1] Voir *supra* n° 130 & suiv.

[2] En ce sens, B. LOTTI, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*, Thèse dactylographiée, Paris XI, 1999, n° 356, p. 392.

[3] Comp. FR. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 430 & suiv. L'auteur estime que l'inaliénabilité établie dans l'intérêt du gratifié n'est point soumise au même régime que l'inaliénabilité établie en faveur d'un tiers. Il nous semble douteux de fonder une éventuelle variabilité du régime juridique de l'inaliénabilité sur une circonstance aussi contingente que l'est la personne dont la clause protège l'intérêt. S'agissant en outre du caractère opératoire d'une telle distinction, il semble délicat de lui reconnaître une efficacité démesurée dès lors que le bénéficiaire de la clause n'est pas forcément connu de tous.

[4] Voir *supra* n° 377 & suiv.

[5] Voir en ce sens, BRETONNEAU, *Etude des clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse, Paris, 1902, p. 242, l'auteur cite d'ailleurs au soutien de sa position une très ancienne décision des juges du fond, C.A. Angers, 13 août 1853, *D.*, 1853, 2, p. 204. *Contra* voir déjà, ACHARD, *Les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors des cas expressément prévus par la loi*, Thèse, Grenoble, 1910, p. 104. A vrai dire, l'auteur ne pouvait aboutir à une conclusion différente, puisque conformément aux enseignements de la jurisprudence du début du siècle, il considère que la détermination des actes interdits doit s'opérer en considération de la volonté du disposant ayant obtenu l'insertion de la clause d'inaliénabilité dans la libéralité. Plus récemment, voir : CARBONNIER, *Les biens*, Droit civil, Tome 3, 19ème édition, PUF, 2000, n° 85. Voir de même, Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens*, 3ème édition, P.U.F., 2008, p. 72, n° 33, " Les conventions ayant pour objet de faire obstacle à l'aliénation d'un bien peuvent aboutir à créer un bien hors du commerce, car, entrainant une impossibilité d'aliéner, de saisir, mais aussi de constituer des droits réels, elles interdisent non seulement aux parties mais également aux tiers et ayants cause de disposer du bien. "

385. Pour résumer, la constitution de droits réels portant sur une chose est l'apanage du propriétaire de cette chose. Le propriétaire " inaliénable " reste un propriétaire comme les autres. Cette assertion n'est que le corollaire de l'affirmation selon laquelle la restriction du droit de disposer parce qu'elle ne concerne que le droit de disposer laisse intact l'objet de ce dernier, le bien inaliénable[1]. Ce bien, dans le cas d'une clause d'inaliénabilité, est le plus souvent un droit de propriété s'exerçant sur une chose corporelle.

Acte de gestion des utilités d'une chose, la constitution d'un droit réel demeure permise malgré l'inaliénabilité du droit de propriété dont l'exercice n'est nullement entravé. Si la proposition n'étonne guère s'agissant d'un usufruit ou d'une servitude[2] dont on ne voit pas en quoi ils constitueraient des " transferts " à autrui[3], elle laisse quelque peu perplexe dès lors que l'on songe à un droit réel incontestable[4] : celui d'un créancier hypothécaire.

386. Acte grave, la constitution d'une hypothèque est entourée de précautions parce que le créancier hypothécaire " a déjà la main sur la chose ". Il est vrai que le créancier hypothécaire peut demander la vente de l'immeuble concerné dans le but d'exercer son droit

---

[1] Voir *supra* n° 140 & suiv.

[2] L'inaliénabilité des biens inclus dans le domaine public a suscité des difficultés voisines, obligeant par là-même les auteurs à distinguer nettement la question de la cession d'un bien de celle des " démembrements " du droit de propriété. Voir sur ce point, les remarques dénuées de toute équivoque de Ph. YOLKA, *La propriété publique - Eléments pour une théorie*, Thèse, Paris II, Préf. Y. GAUDEMET, Bibliothèque de Droit public, Tome 191, L.G.D.J., 1997, p. 399, " L'inaliénabilité strictement entendue interdit la seule aliénation d'un bien, on ne voit pas qu'il y ait d'aliénation dans le fait de priver le propriétaire d'une partie des utilités de sa chose (…). C'est donc par un abus de langage que l'on considère l'inaliénabilité comme le fondement de l'interdiction des droits réels sur le domaine public."

[3] La libre constitution des droits réels malgré l'incessibilité du droit de propriété qu'ils grèvent permet d'ailleurs rétrospectivement de préciser ce qu'il faut entendre par " constitution " de droits réels. En pratique, la libre constitution des droits réels permet, naturellement, que le propriétaire " inaliénable " constitue un usufruit de la chose concernée. Or, on analyse souvent la propriété comme la réunion de trois faisceaux de pouvoirs, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Traditionnellement, il est enseigné que la constitution d'un usufruit est en réalité la cession de l'*usus* et du *fructus* en vertu d'un démembrement du droit de propriété. Si la constitution d'un usufruit est en réalité une cession de l'usufruit, celle-ci ne devrait pas être permise lorsque la propriété est inaliénable. En effet, si le droit de propriété est inaliénable, il doit en aller de même de tous les droits réels qui le décomposent. Par conséquent, l'inaliénabilité du droit de propriété devrait interdire la partition du droit de propriété qu'est la constitution de droits réels. Ce n'est pourtant pas le cas. Il paraît donc naturel de tirer de cette démonstration un argument de plus à l'encontre de la théorie des démembrements de la propriété et plus particulièrement contre la théorie dite de l'usufruit causal. Celle-ci nous semble contestable en ce qu'elle assimile la constitution d'un usufruit à sa cession. Cela peut être contesté pour la simple et bonne raison que la constitution d'un usufruit a des effets radicalement différents de ceux de la cession d'un usufruit déjà constitué. Sachant qu'un usufruit est toujours constitué à temps, on relèvera que la cession d'un usufruit ne modifie nullement les caractères fondamentaux de l'usufruit qui lui ont été imprimés lors de sa constitution. La cession d'un usufruit ne s'entend en effet que de la cession de celui-ci pour la durée subsistante de celle qui avait été fixée lors de sa constitution. Sur la théorie de l'usufruit causal, voir, critiques, Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens*, PUF, 3ème édition, 2007, n° 343 & suiv. Pour une critique du concept de " démembrement " de la propriété, voir de même Fr. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Thèse Paris I, Préf. L. AYNES, Recherches juridiques, n° 15, Economica, 2007, n° 2 & suiv.

[4] Article 2393 C.civ.: " L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation (...). "

de préférence sur le prix représentant la valeur de l'immeuble hypothéqué[1], se le faire attribuer en pleine propriété si un pacte commissoire a été conclu[2] ou s'il requiert l'attribution judiciaire du bien[3] . A terme, l'hypothèque peut donc conduire à un transfert de propriété de la chose grevée. Mais il ne s'agit là que d'une simple possibilité. En dépit du langage courant, le constituant d'une hypothèque reste pleinement propriétaire de la chose grevée.

387. On aurait donc tort d'affirmer que l'hypothèque a systématiquement pour effet d'opérer un transfert de la propriété de la chose, ce n'est point l'objet d'une constitution d'hypothèque[4] ! Or la certitude de ce transfert serait la seule justification que l'on puisse trouver pour affirmer qu'une restriction au droit de disposer emporte interdiction d'hypothéquer[5]. Comme ce transfert est incertain, il n'y a donc pas lieu d'affirmer qu'une restriction au droit de disposer fait obstacle à la constitution d'une hypothèque[6]. La

---

[1] Voir en ce sens, L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés, La publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 3ème édition, 2008, n° 681.
[2] Article 2459 C.civ.
[3] Article 2458 C.civ.
[4] Voir en ce sens, Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 170 & suiv. Comp. Fr. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, Thèse, Paris I, Préf. J. GHESTIN, L.G.D.J., 2002, n° 183, bien qu'il définisse le droit de propriété de façon exemplaire en admettant l'existence d'un pouvoir de céder ses droits distincts de ces droits eux-mêmes (Fr. PAUL, *op. cit.*, n° 175 & suiv.), l'auteur considère toutefois que la constitution de droits réels ressortit de ce pouvoir de disposer en raison du risque d'aliénation qu'elle cause. Cet argument prouve trop. On pourrait ici rétorquer que le risque d'aliénation n'est de toute façon pas spécifique à l'hypothèque, il résulte de la qualité de créancier car c'est cette qualité qui permet de mettre en œuvre une saisie immobilière aboutissant à l'adjudication de l'immeuble et à ce compte il faudrait considérer que tout engagement personnel relève de la faculté de céder ses droits ! En outre cela méconnaît le fait que l'hypothèque a avant tout pour objet de créer un droit de préférence.
[5] Voir *supra* n° 345.
[6] Voir en ce sens, A. AYNES, *Le droit de rétention - Unité ou pluralité*, Thèse Paris II, Préf. Ch. LARROUMET, Economica, 2005, p. 221, n° 282, étudiant les conditions de constitution d'un gage, l'auteur distingue le pouvoir de vendre et le pouvoir de consentir un droit réel accessoire, il relève ainsi que " cette distinction (...) est pertinente parce que les deux pouvoirs ne coïncident pas nécessairement. Le propriétaire peut avoir l'un sans l'autre. (...), il est possible que, privé du droit de vendre un bien, le propriétaire conserve celui de le grever de droits réels accessoires. Tel serait le cas (...) en présence d'une chose reçue par donation et frappée d'une clause d'inaliénabilité (...).", L. MONTAGNE, *Le principe de libre circulation des biens en droit civil* (*Contribution à son étude*), Thèse, Montpellier, 2000, p. 275 & suiv. *Contra* voir entre autres : Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, Dalloz, 2006, n° 133 et à propos du gage, voir : J.B. SEUBE, *Droit des sûretés*, Cours, Dalloz, 3ème édition, 2006, n° 275. Notre proposition n'est d'ailleurs pas farfelue si l'on songe que la Cour de cassation a récemment distingué très nettement l'interdiction du nantissement des parts sociales d'une société civile professionnelle de notaires de l'inaliénabilité, laquelle emporte insaisissabilité, ce qui n'est pas le cas de cette interdiction de nantissement. Voir en ce sens, Cass. Civ. 1ère, 4 novembre 2003, *Bull. civ.*, I, n° 222. Voir surtout, en dernier lieu, particulièrement explicite, Cass. Com., 30 septembre 2008, arrêt publié, pourvoi n° 07-12768 : " l'indisponibilité d'une valeur mobilière, quant elle est temporaire, ne fait pas obstacle à son affectation en nantissement. " Un doute subsiste pourtant quant au mécanisme en cause dans cet arrêt puisque la Cour de cassation prend bien soin de préciser que le constituant s'était " engagé " à conserver les valeurs mobilières. Par ailleurs, la Haute juridiction emploie le terme d'indisponibilité alors d'une part que le pourvoi faisait référence à une véritable inaliénabilité et que d'autre part la Cour de cassation, en principe, n'hésite pas à employer le terme d'inaliénabilité lorsqu'il s'agit d'une véritable restriction au droit de disposer. Il semblerait donc que le constituant du gage était en

restriction opère au niveau du droit de disposer, l'objet de ce droit de disposer, par exemple un droit de propriété, reste intact. Il en découle que le propriétaire subissant l'inaliénabilité peut toujours consentir sur sa chose les hypothèques qu'il souhaite[1].

On en trouvera une dernière justification dans le fait que, de toute façon, l'éventuel transfert de droit par lequel peut se solder l'hypothèque n'est nullement la conséquence de l'hypothèque, il est la conséquence de la qualité de créancier du créancier hypothécaire. N'importe quel créancier est en mesure de mettre en œuvre une procédure civile d'exécution conduisant à un transfert du bien. Si l'inaliénabilité interdisait l'hypothèque, il faudrait donc admettre qu'elle interdit avant tout l'engagement personnel que, le cas échéant, l'hypothèque garantit, ce qui n'est guère concevable.

388. En revanche, l'hypothèque, dont les effets ne se réduisent pas à l'organisation du transfert du droit de propriété, peut être paralysée lorsqu'elle aboutit à un tel transfert. Ainsi, en présence d'une restriction au droit de disposer, l'exécution d'un pacte commissoire ou l'attribution judiciaire du bien hypothéqué ne peuvent être requises par le créancier.

En outre, une restriction au droit de disposer emporte nécessairement insaisissabilité du bien concerné[2]. Il faut ici encore dissocier la constitution de l'hypothèque qui demeure possible, de son dénouement par la vente forcée du bien auquel l'insaisissabilité fait obstacle[3]. L'insaisissabilité étant le plus souvent temporaire, en principe, le dénouement de l'hypothèque est simplement reporté à la date de cessation de l'insaisissabilité[4].

---

l'espèce le simple débiteur d'une obligation de ne pas aliéner, laquelle n'interdisait nullement la constitution du gage.

[1] Voir en ce sens, très net, L. MONTAGNE, *Le principe de libre circulation des biens en droit civil* (*Contribution à son étude*), Thèse, Montpellier I, 2000, p. 275 & suiv. Estimant que l'inaliénabilité est une atteinte à libre circulation des biens, l'auteur en déduit que la première n'interdit que les actes opérant cette circulation du bien, ce qui n'est pas le cas de l'hypothèque. On remarquera d'ailleurs que cette possibilité d'une hypothèque relative à bien inaliénable est semble-t-il implicitement consacrée à l'article 31-2 du Décret 55-22 du 4 janvier 1955. Cet article dispose que lorsque la formalité de publicité d'un acte prévu aux articles 28-1° à 28-3°, ce qui inclut les clauses d'inaliénabilité dressées entre vifs par acte distinct, est requise le même jour qu'une inscription hypothécaire, cette dernière est réputée d'un rang antérieur ce qui suppose que l'une et l'autre ne s'excluent pas mutuellement !

[2] Voir *supra* n° 253 & suiv.

[3] Voir, à juste titre en faveur d'une telle distinction, Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 171 & suiv. L'auteur estime toutefois qu'une telle constitution d'hypothèque pourrait heurter l'article 2397 C.civ., ce qui nous paraît hautement improbable tant la distinction entre l'inaliénabilité et l'extra commercialité, elles n'ont pas le même objet, est certaine.

[4] On comprend alors que dans l'hypothèse où l'insaisissabilité a vocation à être perpétuelle, la constitution de l'hypothèque n'a strictement aucun intérêt puisque la saisie ne pourra jamais avoir lieu. Pourtant à bien y réfléchir, un tel cas de figure demeure bien théorique. En effet, d'une part les clauses d'inaliénabilité sont en principe temporaires. D'autre part, quant elles sont perpétuelles notamment lorsqu'elles préjudicient à des personnes morales (article 900-1 al. 2 C.civ.), celles-ci conservent la possibilité de mettre fin à l'inaliénabilité en recourant à la procédure de révision des charges. Enfin, les seules inaliénabilités non temporaires sont des inaliénabilités légales (sur lesquelles, voir *supra* n° 218) portant sur des droits temporaires ou viagers dont la transmission même à terme

Au terme d'une lente évolution[1], la Cour de cassation est parvenue à opérer cette distinction à propos d'une hypothèque judiciaire[2]. Et d'une manière générale elle ne répugne guère à paralyser une mesure de saisie en présence d'une clause d'inaliénabilité[3]. Reste à savoir s'il est possible d'autoriser une hypothèque conventionnelle tout en interdisant au créancier de saisir le bien grevé[4].

389. Au regard des décisions ayant permis l'inscription d'hypothèque judiciaire malgré l'inaliénabilité, une telle démonstration s'annonce délicate. La Cour de cassation, dans un arrêt du 25 juin 1980[5], prit bien soin de relever que l'hypothèque en cause ne heurtait pas la clause d'inaliénabilité dans la mesure où la sûreté n'avait pas été consentie par celui-là même qui souffrait la mesure. Il semblerait donc que seules les hypothèques ne résultant pas de la volonté du débiteur puissent être inscrites en présence d'une clause d'inaliénabilité.

Pourtant la Cour de cassation n'a pas repris cette formule dans ses décisions ultérieures. Ainsi dans un arrêt du 8 février 2000[6], elle s'est contentée d'affirmer que " l'inscription d'hypothèque judiciaire ne tient pas en échec une clause d'inaliénabilité en ce sens qu'elle ne permet pas la saisie tant que la clause est en vigueur ". Cela signifie que la clause d'inaliénabilité, si elle supporte l'inscription d'une hypothèque, fait néanmoins obstacle à la saisie du bien. Par cette dernière formule la Cour de cassation rapproche inéluctablement celui qui saisit en vertu d'un titre hypothécaire du simple créancier chirographaire. Pour ce dernier, la clause " ne permet pas la saisie tant qu'elle est en vigueur "[7]. Or si la clause d'inaliénabilité ne fait qu'interdire la saisie en général, comment justifier que la clause d'inaliénabilité tolère l'inscription des hypothèques légales ou judiciaires et non celle des hypothèques conventionnelles ?

---

est inconcevable. Faute d'une éventuelle aliénation du bien, le droit de préférence conféré par l'hypothèque n'a donc aucun intérêt et par conséquent, la nullité de la sûreté faute d'objet pourrait être prononcée.

[1] Sur laquelle, voir : M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, p. 170, note de bas de page n° 437.

[2] Voir sur ce point, fixant fermement la solution actuelle : Cass. Civ. 1ère, 9 octobre 1985, *Bull. civ.*, n° 252. Auparavant, la Haute Juridiction avait admis qu'une hypothèque conservatoire pouvait être constituée sur une part indivise alors même que cette dernière n'était pas saisissable, Cass. Civ. 3ème, 2 novembre 1983, *Bull. civ.*, n° 212 ; *Defrénois*, 1985, n° 33450, note Ph. THERY.

[3] Voir par exemple: Cass. Civ. 1ère, 8 février 2000, *Bull. civ.*, n° 43.

[4] Voir sur ce point, favorable à cette possibilité, D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 490 & suiv.

[5] Cass. Civ. 1ère, 25 juin 1980, *Bull. civ.*, n° 200.

[6] Cass. Civ. 1ère, 9 octobre 1985, *Bull. civ.*, n° 252.

[7] Voir par exemple, Cass. Civ. 1ère, 8 février 2000, *Bull. civ*, n° 43

390. Le critère de distinction entre les différents types d'hypothèques qui semble[1] avoir prévalu dans les décisions ayant initié cette distinction[2] reposait sur l'origine volontaire ou non des hypothèques. Si ce critère n'est pas invariablement présent dans les décisions ultérieures de la Cour de cassation, on pourrait peut-être s'interroger sur son éventuel abandon par la Haute juridiction.

Mais cela n'est nullement nécessaire. Il se trouve que la Cour de cassation a utilisé ce critère de façon parfaitement opératoire. Dans les deux décisions de la première Chambre civile du 20 décembre 1976[3] et du 25 juin 1980[4], une clause d'inaliénabilité avait certes été stipulée. Mais à la suite de l'inscription d'une hypothèque judiciaire ou légale, le donateur avait demandé révocation pour inexécution des charges de la donation contenant la clause.

S'agissant d'une mesure de rétorsion à l'égard du donataire, il était parfaitement justifié que la Cour de cassation s'interrogeât sur le comportement du donataire : on ne saurait lui reprocher un acte, l'inscription d'une hypothèque, qui ne résultait pas de son fait. En effet, la révocation pour inexécution des charges est encourue en cas d'inexécution volontaire de la charge par *son* débiteur[5]. En revanche dans les décisions ultérieures[6], il n'y avait pas lieu de tenir compte du caractère volontaire ou non de l'acte puisque les donateurs arguaient de la clause simplement pour empêcher l'inscription hypothécaire.

En pratique, il faut relever que l'interdiction d'hypothéquer est sous-entendue[7] dans les clauses d'inaliénabilité. De cette adjonction systématique, il résulte que parfois, la sanction de l'interdiction d'hypothéquer a peut-être été confondue avec celle de l'interdiction d'aliéner bien que la charge prohibant l'affectation hypothécaire et la clause d'inaliénabilité soient deux mécanismes parfaitement distincts[8].

---

[1] De très anciennes décisions ont purement et simplement dénié toute possibilité de constitution d'une hypothèque, qu'elle soit judiciaire, légale, ou conventionnelle sur un bien insaisissable. Voir en ce sens, C.A. Rouen, 9 avril 1905, *S.*, 1906, 2, p. 225 & suiv., note TISSIER. Statuant sur pourvoi formé contre l'arrêt d'appel, la Cour de cassation ne semble pas faire de cas de l'impossibilité de constituer une hypothèque judiciaire sur un bien inaliénable, Cass. Req., 11 juin 1913, *D. P.*, 1914, 1, p. 242 & suiv.

[2] Voir Cass. Civ. 1ère, 20 décembre 1976, *Bull. civ.*, n° 414, Cass. Civ. 1ère, 25 juin 1980, *Bull. civ.*, n° 200, décisions citées par M. GRIMALDI, *op. cit.*, p. 170, note de bas de page n° 437.

[3] Cass. Civ. 1ère, 20 décembre 1976, *Bull. civ.*, n° 414.

[4] Cass. Civ. 1ère, 25 juin 1980, *Bull. civ.*, n° 200.

[5] M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n° 1418, p. 323, et *supra* n° 306 & suiv.

[6] Voir notamment, Cass. Civ. 1ère, 9 octobre 1985, *Bull. civ.*, n° 252, Cass. Civ. 1ère, 8 février 2000, *Bull. civ.*, n° 43.

[7] Voir en ce sens, M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n° 1222, p. 170, qui relève qu'en pratique l'inaliénabilité emporte souvent interdiction d'hypothéquer, justifiant cette concordance par le fait que l'interdiction d'hypothéquer est une clause de style dans les donations assorties d'une clause d'inaliénabilité. Cela laisse donc intacte la question de la qualification précise de cette interdiction d'aliéner.

[8] Ainsi à la différence d'une clause d'inaliénabilité, un engagement de ne point aliéner ou hypothéquer doit être sanctionné au titre de la responsabilité contractuelle du débiteur. Par ailleurs, s'agissant des obligations dont est tenu

391. Finalement, il se trouve donc que le caractère volontaire de l'inscription d'hypothèque n'est invocable que lorsqu'il s'agit d'obtenir la révocation pour inexécution des charges de donation contenant la clause d'inaliénabilité. La Cour de cassation ne s'y trompe pas puisque qu'elle ne fait pas référence à ce critère en dehors de cette situation.

Ainsi, quant aux effets de la clause d'inaliénabilité, rien ne justifie que l'on distingue entre les inscriptions d'hypothèques choisies par le constituant et les autres. Ce qui vaut pour les hypothèques judiciaires doit aussi opérer pour les hypothèques conventionnelles. Malheureusement, les décisions de jurisprudence consacrées à la constitution d'une hypothèque conventionnelle grevant la chose sujette à une clause d'inaliénabilité sont très rares.

On peut toutefois citer ici un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 17 mars 1964[1] qui avait admis l'hypothèque conventionnelle. Au regard de la jurisprudence parcellaire, il paraît hasardeux de prétendre cette question résolue mais l'on

---

le débiteur, la méconnaissance de celles-ci ouvre la possibilité aux créanciers lésés de se prévaloir de l'action paulienne. Voir sur ce point, J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, Dir. J. GHESTIN, Traité de Droit civil, Tome 11, L.G.D.J., 1996, n° 125, p. 110. Les auteurs citent au soutien de leur affirmation un ancien arrêt (Cass. Req., 22 août 1882, *D.P.*, 1883, 1, p. 296) dans lequel la Cour de cassation a considéré qu'une hypothèque consentie par le débiteur de la dot, elle-même reconnue par contrat de mariage, constituait un acte à titre onéreux. Selon la Haute juridiction, cet acte à titre onéreux ne peut être attaqué par la voie de l'action paulienne qu'en cas de fraude conjointe du constituant et du bénéficiaire de la sûreté. L'interprétation de cette décision demeure sujette à caution dans la mesure où, dans les faits de l'espèce, il n'est fait nulle mention de l'existence d'un engagement de ne point hypothéquer. On peut sans doute supposer cet engagement dans la mesure où sans un tel engagement du constituant on ne voit pas ce qui aurait pu conduire le créancier du constituant à s'opposer à la constitution d'une hypothèque. S'il agissait au titre de sa créance principale, sa demande aurait été rejetée dès l'origine car rien n'interdit à un débiteur de consentir à autrui les sûretés que bon lui semble. En revanche l'action du créancier pouvait prospérer s'il bénéficiait d'un engagement de ne pas hypothéquer. On remarquera toutefois que le recours à l'action paulienne fait double emploi avec les règles de la responsabilité contractuelle : il aurait été plus logique le créancier floué agisse sur le terrain de l'article 1143 C.civ. Cependant, en principe, cette disposition n'est pas applicable aux actes juridiques (Voir ainsi, au sujet d'un pacte de préférence, Cass. Civ. 1ère, 10 juillet 2002, *Bull. civ.*, I, n° 192). On comprend alors tout le profit que le créancier de l'engagement pouvait tirer d'une action en justice intentée sur le terrain de la fraude paulienne. Ainsi, lorsqu'un engagement du débiteur est relatif à la conservation d'un de ses biens, on s'aperçoit qu'une action en fraude paulienne permet systématiquement de pallier la faiblesse de l'article 1143 C.civ. sous réserve bien entendu de la satisfaction des conditions propres à cette action. A cet égard, la qualification en acte à titre onéreux de la constitution d'une sûreté réelle prise en garantie d'une dette préalablement reconnue est une entrave à l'efficacité des sûretés négatives : il est bien plus délicat de prouver la fraude conjointe du constituant et du bénéficiaire de la sûreté que de prouver la seule fraude du constituant.

[1] Cass. Civ. 1ère, 17 mars 1964, *Bull. civ.*, n° 163. Dans cette décision, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt d'appel ayant décidé qu'une clause d'inaliénabilité n'interdisait nullement la constitution d'une hypothèque conventionnelle. Les juges du fond distinguaient nettement la question de la validité de l'hypothèque, incontestable, de celle de la réalisation de la saisie, suspendue tant que la clause d'inaliénabilité produisait ses effets. Le pourvoi tentait pourtant de faire valoir la nullité de la constitution d'hypothèque, en ce qu'elle était contraire à l'insaisissabilité résultant de la clause, estimant en outre qu'une hypothèque ne pouvant se solder par une saisie était forcément nulle. La Haute juridiction, se retranchant derrière l'appréciation souveraine des juges du fond relève que l'hypothèque ne constituait pas une " aliénation indirecte ", laquelle, seule, aurait pu être sanctionnée pour contrariété à la clause. Une solution identique avait été admise par un vieil arrêt, Cass. Civ., 6 juin 1901, *D.P.*, 1902, I, p. 71, obs. anonyme. La Cour de cassation justifiait déjà la solution par une considération toute particulière pour la volonté du disposant.

peut gager que les solutions acquises en matière d'hypothèque judiciaire fourniront d'utiles arguments en faveur d'une solution unitaire[1]. La présence d'une clause d'inaliénabilité ne saurait faire obstacle à l'inscription d'une hypothèque, quelle qu'elle soit, puisque seule la saisie du bien est paralysée par la clause[2].

392. Certaines décisions semblent pourtant en sens contraire et interdisent d'inscrire une hypothèque en raison d'une " inaliénabilité ", opérant ainsi un retour en arrière[3] difficilement justifiable. Ainsi dans une espèce ayant donné lieu a un arrêt de la Cour de cassation en date du 29 juin 1983[4], des particuliers avaient obtenu la concession de terrains dépendant du domaine privé de la Nouvelle-Calédonie. Ces derniers obtinrent un prêt hypothécaire afin de mettre en valeur ces terrains en y édifiant une construction. Celle-ci achevée, le créancier, lors de l'inscription de son hypothèque, s'aperçut qu'il était primé par un créancier ayant déjà réalisé plusieurs inscriptions d'hypothèques judiciaires. Il assigna alors ce créancier antérieur, la CAFAT, en nullité de ses hypothèques et obtint gain de cause. Le créancier antérieur se pourvut en cassation en arguant du fait que l'inaliénabilité des terrains ne faisait pas obstacle à l'inscription de ses hypothèques judiciaires. Le pourvoi fut rejeté par la Haute juridiction qui releva que " les biens frappés d'inaliénabilité ne sont pas dans le commerce au sens de l'article 2218 C.civ., les hypothèques inscrites par la CAFAT pendant la période d'inaliénabilité sont nulles ".

On aurait tort de prendre cet arrêt comme une condamnation sans appel de toute inscription hypothécaire à propos d'un bien inaliénable. N'en déplaise aux auteurs du pourvoi dans cette affaire, il n'était à aucun moment question d'une quelconque clause d'inaliénabilité. Les

---

[1] L'idée d'un traitement unitaire des diverses variétés d'hypothèques en présence d'une clause d'inaliénabilité est loin d'être nouvelle puisqu'elle fut invoquée au soutien de l'opinion et des décisions rejetant la possibilité... d'une hypothèque judiciaire sur un bien inaliénable. Voir en sens, MAGUET, note sous Cass. Req., 20 février 1939, *D. Crit.*, 1941, p. 22, " (...) les titulaires d'hypothèques légales ou judiciaires ne doivent pas être traités autrement que les titulaires d'hypothèques conventionnelles (...) ". Comp., MALRIC, *De la défense d'aliéner ou clause d'inaliénabilité dans les transmissions de propriété*, Thèse, Toulouse, 1908, p. 197 & 198, qui conformément à l'opinion dominante de l'époque tente de justifier que seules les hypothèques conventionnelles soient prohibées.

[2] Sur cette question, voir implicite C.A. Nîmes, 16 janvier 2007, *Droit et procédures*, p. 290 & suiv., obs. crit. C. SCORDOPOULOS. Dans cette décision, la Cour d'appel avait à connaître de la validité d'une saisie immobilière diligentée contre un bien faisant l'objet d'une clause d'inaliénabilité. Cette procédure de saisie immobilière était mise en œuvre par un créancier hypothécaire sans que la validité de l'hypothèque conventionnelle constituée soit un seul instant mise en doute par les juges du fond. En revanche, dans cette décision rendue sous l'empire des dispositions antérieures à la réforme de la saisie immobilière, la Cour d'appel de Nîmes semble avoir admis que le juge des criées puisse constater de lui-même l'inefficacité d'une clause d'inaliénabilité en raison du décès de la personne dont elle protégeait les intérêts.

[3] Sur l'évolution jurisprudentielle dans le sens de la possibilité d'une inscription hypothécaire malgré la présence d'une clause d'inaliénabilité, voir : M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, p. 170, note de bas de page n° 437.

[4] Cass. Civ. 3ème, 29 juin 1983, *Bull. civ.*, n°152.

terrains concernés étaient inaliénables en vertu de la législation locale. Il s'agissait donc d'une inaliénabilité de droit public. A l'exception d'une coïncidence terminologique, tout distingue l'inaliénabilité conventionnelle de cette inaliénabilité de droit public[1]. La Cour de cassation ne s'y est d'ailleurs pas trompée puisqu'elle a relevé dans cette décision[2] que les terrains en question constituaient des choses hors commerce. Or, cette qualification n'est pas usitée en matière d'inaliénabilité conventionnelle[3]. Par conséquent cette décision ne permet aucunement de trancher le débat relatif à la possibilité d'une inscription hypothécaire malgré une clause d'inaliénabilité.

393. Il résulte donc de tout ce qui précède qu'il ne saurait y avoir de prohibition des inscriptions hypothécaires en raison d'une clause d'inaliénabilité. Si une telle inscription est possible, elle l'est pour tout type d'hypothèque qu'il s'agisse ou non d'une hypothèque conventionnelle. Mais dans tous les cas, ces inscriptions ne sauraient permettre au créancier de saisir le bien puisque de manière générale, la clause d'inaliénabilité " ne permet pas la saisie tant qu'elle est en vigueur "[4].

394. Fondées initialement sur le maintien de la complétude du droit de propriété[5], ces solutions valables pour les clauses d'inaliénabilité peuvent être étendues à toute espèce de restrictions complètes au droit de disposer[6]. Ces restrictions permettent toujours à celui qui les subit de consentir sur le bien inaliénable les droits réels et les droits personnels qu'il souhaite pourvu que ces derniers n'aient ni pour objet ni pour effet inéluctable de priver son patrimoine du bien concerné.

---

[1] Voir *supra* Introduction, n° XIV.
[2] Cass. Civ. 3ème, 29 juin 1983, *Bull. civ.*, n°152.
[3] Voir *supra* Chapitre précédent n° 139 & suiv., et sur la distinction, R-N. SCHÜTZ, *Rep. Civ.*, Dalloz, 1999, *V°* Inaliénabilité, n° 9 & suiv. affirmant que " c'est donc un abus de langage de dire que les choses simplement inaliénables sont des choses hors du commerce ".
[4] Voir par exemple, Cass. Civ. 1ère, 8 février 2000, *Bull. civ.*, n° 43, sur le lien indissoluble unissant inaliénabilité et insaisissabilité, voir *supra* n° 253 & suiv.
[5] Voir *supra* n° 376 & suiv. Pour l'affirmation de la complétude du droit inaliénable, voir *supra* n° 140 & suiv.
[6] Voir cependant *supra* n° 388 pour l'hypothèse particulière des inaliénabilités légales portant sur des droits viagers ou temporaires.

Conclusion de la Section I

395. Première étape de la caractérisation des effets de la restriction au droit de disposer, la délimitation du domaine d'efficacité de cette dernière laisse entrevoir que le régime juridique de la restriction au droit de disposer est profondément marqué par la spécificité du mécanisme.

Restriction au droit de disposer, l'inaliénabilité résulte d'une atteinte à la substance de l'appartenance. L'appartenance, elle, permet de réunir sous une bannière unique un certain nombre d'actions de disposition juridique ayant pour point commun d'avoir pour objet le droit patrimonial approprié. Il était donc nécessaire de définir les actions désormais interdites en raison de l'absence du droit de disposer.

396. Pour opérer cette détermination, rien n'était plus conforme à notre méthode[1] que de partir de ce qui est certain : l'inaliénabilité est une interdiction d'aliéner. L'aliénation a pu ainsi s'analyser comme l'opération par laquelle une personne détruit la relation d'appartenance l'unissant à l'un de ses biens dans le but qu'une nouvelle relation d'appartenance se constitue entre ce bien et un tiers[2].

Un tel mécanisme de transfert du bien, inhérent à la vente, à la donation, à l'échange et à l'apport en société justifiait que ces actes soient interdits par la restriction au droit de disposer[3]. Un tel schéma qui pouvait se retrouver en matière d'institution contractuelle a ainsi conduit à se prononcer, le cas échéant, en faveur de l'inefficacité de cette dernière[4].

397. Partant de ce schéma translatif, il est apparu que la restriction au droit de disposer ne pouvait avoir pour effet d'interdire les actions dans lesquelles la constitution d'une nouvelle relation d'appartenance n'était pas consécutive à la destruction d'une première relation d'appartenance. Ainsi est-il apparu que les actions par lesquelles la relation d'appartenance était seule détruite sans qu'une autre relation d'appartenance ne soit constituée devaient demeurer hors d'atteinte de la restriction au droit de disposer[5]. Celle-ci n'a donc aucune incidence sur la faculté d'abandon qui n'est que la faculté de renoncer à son droit[6]. De la

---

[1] Voir *supra* Introduction n° X.
[2] Voir *supra* n° 329 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 333 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 337 & suiv.
[5] Voir *supra* n° 363.
[6] Voir *supra* n° 351 & suiv.

même manière, la prescription extinctive a pu s'analyser comme un mécanisme demeurant hors de l'atteinte de la restriction au droit de disposer[1].

Parallèlement, les opérations par lesquelles une première relation d'appartenance se constitue entraînant par la même la disparition d'une relation préexistante ont pu être laissées en dehors du champ d'application de la restriction au droit de disposer[2]. Ainsi a-t-il été admis que la prescription acquisitive demeurait possible malgré l'existence d'une restriction au droit de disposer[3]. Chemin faisant, ce sont donc les bases d'une solide distinction entre imprescriptibilité et inaliénabilité qui ont pu être posées. Au-delà, l'admission de la prescription acquisitive malgré l'existence d'une restriction au droit de disposer a permis de comprendre que cette dernière n'interdisait finalement que l'aliénation et nullement l'appropriation des biens. Ainsi, logiquement, il a pu être constaté que la procédure de l'expropriation pour cause d'utilité publique, véritable appropriation forcée, pouvait être menée à son terme malgré l'existence d'une restriction au droit de disposer[4].

398. Bien que l'appartenance fédère la plupart des opérations de disposition juridique ayant pour objet les droits, il apparaît cependant en négatif que le droit de disposer ne recouvre qu'une hypothèse bien précise de disposition juridique, celle dans laquelle une nouvelle relation d'appartenance se constitue consécutivement à la disparition d'une relation d'appartenance préalable. Fort logiquement, la restriction au droit de disposer n'interdit que les actes de mise en œuvre du droit de disposer.

399. Il n'est donc pas étonnant qu'il ait été constaté que les actes de mise en œuvre du droit inaliénable demeurent possibles malgré l'existence d'une restriction au droit de disposer. Le constat de la complétude des droits inaliénables ou incessibles a déjà été fait, il justifie ici que la constitution de droits personnels reste une faculté largement offerte au titulaire du droit inaliénable[5].

De façon plus surprenante, il est apparu qu'il en allait de même en matière de droits réels. La chose objet d'un droit de propriété incessible peut être librement grevée de droits réels, tant principaux qu'accessoires[6].

---

[1] Voir *supra* n° 359 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 375.
[3] Voir *supra* n° 366 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 370 & suiv.
[5] Voir *supra* n° 377 & suiv.
[6] Voir *supra* n° 383 & suiv.

Bien entendu, si ces actions demeurent possibles malgré l'existence d'une restriction au droit de disposer, il a pu être constaté qu'elles devaient être paralysées lorsqu'elles entraînaient à un transfert du bien inaliénable. Ainsi la levée de l'option d'une promesse unilatérale de vente ne peut-elle valablement se produire lorsque le bien promis est encore inaliénable[1]. De la même manière, la restriction au droit de disposer interdit la réalisation d'un pacte commissoire ou la mise en œuvre de l'attribution judiciaire du bien inaliénable objet d'une hypothèque[2].

400. Les actes prohibés par la restriction au droit de disposer sont donc en définitive strictement identifiés. Le domaine d'efficience de la restriction au droit de disposer n'est donc pas aussi étendu que l'on a parfois pu le craindre. Les réticences formulées à l'encontre de l'inaliénabilité se comprennent mieux si l'on accepte qu'elles tiennent moins à l'étendue du domaine soumis au joug de l'inaliénabilité qu'aux effets puissants de cette dernière lorsqu'elle est efficiente.

[1] Voir *supra* n° 379 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 387 & suiv.

Section II. La sanction des actes prohibés par l'inaliénabilité

401. Ainsi que l'on a pu s'en rendre compte précédemment, il existe plusieurs actes susceptibles d'être interdits par une restriction au droit de disposer[1]. En pratique, le plus souvent, les actes contrevenant à l'inaliénabilité seront établis par les parties avant que l'une d'entre elles ne décide de se prévaloir de l'inaliénabilité auprès du juge. Comme bien souvent, c'est donc le juge qui sera chargé de sanctionner les actes litigieux.

L'établissement du caractère judiciaire de la sanction de l'inaliénabilité ne permet pas de dissiper les mystères qui nimbent parfois la question de la sanction de l'inaliénabilité. En effet, les sanctions judiciaires susceptibles de frapper un acte juridique sont nombreuses et diverses.

Parmi ces différentes sanctions, il est nécessaire d'opérer un choix afin de déterminer la nature particulière de la sanction des restrictions au droit de disposer : les actes litigieux seront frappés de nullité (§1).

Si la nature de cette sanction pouvait être pressentie compte tenu de l'accord existant entre la plupart des auteurs sur cette question[2], la nullité, puisque c'est de cette sanction qu'il s'agit, présente plusieurs particularités. Celles-ci résultent du caractère spécifique de la mesure sanctionnée, l'atteinte à la relation d'appartenance unissant chacun des biens d'une personne à cette dernière. Ces particularités nécessitent de préciser le régime juridique de la sanction envisagée (§2).

§1: La nullité, sanction naturelle des actes prohibés

402. Même si la plupart des auteurs s'accordent pour reconnaître que la nullité est la sanction naturelle de l'inaliénabilité, il n'est guère possible de faire de cette convergence doctrinale une évidence pour la raison principale que des opinions contraires ont été défendues avec force[3].

Il faut donc démontrer ici que la nullité constitue la sanction des actes juridiques qui s'accorde le mieux avec la nature particulière des restrictions au droit de disposer (A) et constater qu'il en va différemment de toutes les autres sanctions envisageables (B).

---

[1] Voir *supra* n° 395.

[2] Voir par exemple Fr. TERRE, Y. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 134 & suiv.

[3] Voir surtout pour la résolution de l'acte contenant la clause d'inaliénabilité emportant en conséquence disparition rétroactive de l'acte litigieux contrevenant à la clause, Ch. LARROUMET, *Les biens - Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 350.

A) La nullité, sanction adéquate de l'inaliénabilité

403. On sait que les clauses d'inaliénabilité sont l'une des variétés de restrictions au droit de disposer. Rarement contestée, l'idée selon laquelle la nullité était la sanction idoine de l'inaliénabilité semble avoir été implicitement choisie par la jurisprudence[1]. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle décidé dans un arrêt du 13 avril 1992[2], que l'action en nullité garantissant l'effectivité d'une clause d'inaliénabilité était éteinte à compter de la mort du titulaire de cette action.

Implicitement la Cour de cassation semble donc favorable à l'utilisation de la nullité comme sanction des actes juridiques contrevenant à l'inaliénabilité.

404. D'un point de vue théorique, il faut signaler que la nullité correspond parfaitement au mécanisme des restrictions au droit de disposer. En effet, une telle restriction se caractérise par l'amputation de la relation d'appartenance unissant une personne à l'un de ses biens[3]. Ainsi, la personne subissant la restriction est privée de son droit de disposer du bien. Il en résulte que la personne en cause est dépourvue de la faculté de détruire la relation d'appartenance l'unissant au bien inaliénable dans le but de permettre la reconstitution d'une nouvelle relation d'appartenance entre la personne de l'acquéreur du bien et ce dernier[4].

Par conséquent, même si la personne subissant la restriction tente de transférer le bien inaliénable à autrui par la voie d'un acte opérant normalement un tel transfert, il faut constater que l'acte en cause ne constituera qu'une simple apparence d'acte translatif sans aucun effet translatif. Or, c'est justement ce genre d'apparence que le juge remet définitivement et rétroactivement en cause lorsqu'il prononce la nullité d'un acte juridique[5]. Le juge ici ne fait que tirer toutes les conséquences utiles de l'absence de pouvoir de celui qui tente de transmettre à autrui un bien inaliénable. Ce faisant, celui qui tente d'aliéner un bien inaliénable se comporte comme s'il bénéficiait déjà du pouvoir de disposer du bien.

---

[1] On remarquera ainsi que la question n'est pas tranchée dans la décision reconnaissant la validité des clauses d'inaliénabilité, Cass. Civ., 20 avril 1858 *in* Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, Dalloz, 12ème édition, 2007, n° 73 p. 461.

[2] Cass. Civ. 1ère, 13 avril 1992, *Bull. civ.*, I, n° 123. Dans cette espèce, une clause d'inaliénabilité " garantissait " que les donataires d'un bien s'acquitteraient convenablement du versement d'une rente viagère. Une vente contrevenant à la clause ayant été conclue, la crédirentière avait obtenu des premiers juges l'annulation de cette vente. A la suite de son décès en cours d'appel, les débirentiers tentèrent de faire juger que l'action en nullité de la crédirentière, leur auteur, leur avait été transmise. Les juges d'appel ainsi que la Cour de cassation ne l'ont point admis.

[3] Voir *supra* n° 115 & suiv.

[4] Voir *supra* n° 334 & suiv.

[5] Voir sur ce point, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, p. 396, n° 390.

405. Cette dernière précision a toute son importance si l'on songe qu'elle se retrouve aussi dans une autre hypothèse pour laquelle la transmission d'un bien est interdite faute pour celui qui prétend aliéner le bien d'être titulaire du droit de disposer de ce bien. Ainsi l'article 1599 C.civ. prohibe-t-il la vente de la chose d'autrui. Dans le cas de la vente de la chose d'autrui, on peut constater que celui qui prétend aliéner le bien d'autrui est totalement dépourvu du droit de disposer ce bien pour la simple et bonne raison que le bien litigieux ne lui appartient pas.

Faute d'être titulaire d'une relation d'appartenance l'unissant au bien, celui qui prétend aliéner la chose d'autrui se trouve donc la même situation que celui qui subit une restriction au droit de disposer : il est dépourvu du droit de disposer du bien en cause[1]. Or, justement, la vente de la chose d'autrui est sanctionnée par la nullité en vertu de l'article 1599 C.civ. Une telle sanction est des plus stimulantes en raison du parallèle pouvant être établi entre la vente de la chose d'autrui et la vente d'un bien inaliénable[2].

406. Ainsi, concernant la vente de la chose d'autrui, on remarquera que s'il s'était simplement agi de garantir les droits des tiers, notamment ceux du véritable propriétaire, il n'était nul besoin de fustiger la nullité de la vente de la chose d'autrui. En effet, traditionnellement, quand il s'agit de garantir les droits des tiers face aux effets néfastes d'un acte juridique, on se contente bien souvent de déclarer cet acte inopposable aux tiers. L'inopposabilité prive l'acte juridique litigieux " non de la totalité de ses effets, comme c'est le principe en matière de nullité, mais uniquement de ses effets à l'égard des tiers "[3]. L'inopposabilité de la vente de la chose d'autrui présenterait donc les caractères d'une sanction, certes nécessaire, mais surtout suffisante.

---

[1] Pour une analyse de la vente de la chose d'autrui en termes de défaut du pouvoir de disposer, voir P. GUIHO, Les actes de disposition sur la chose d'autrui, *R.T.D.civ.*, 1954, p. 1 & suiv., spéc. n° 10 à 12. L'auteur émet l'hypothèse d'une distinction entre les conditions de validité d'une vente. A coté de conditions naturelles de validité, il y aurait des conditions de validité par détermination de la loi au nombre desquels figurerait la nécessité du pouvoir de disposition. S'intéressant simplement aux suites de la vente de la chose d'autrui, tant du point de vue de l'efficacité ultérieure de celle-ci que de l'obligation d'acquérir la chose vendue, l'auteur n'approfondit pas la question du pouvoir de disposition. On remarquera enfin que l'auteur fait dériver le pouvoir de disposition du droit de propriété, ce qui ne facilitait guère un tel approfondissement.

[2] Sur le rapprochement exprès entre la vente de la chose d'autrui et la vente de la chose grevée d'une clause d'inaliénabilité, voir, BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse, Paris, 1902, p. 274. Voir de même, Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 254 & suiv. L'auteur opère toutefois une distinction entre l'inefficacité et la nullité de l'acte contrevenant à une indisponibilité, estimant, si l'on a bien compris, que la première est une nullité qui peut, le cas échéant, frapper les actes juridiques inutiles en raison de l'inaliénabilité.

[3] Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, n° 82, p. 98.

Par ailleurs, on peut affirmer que la nullité comme sanction de cette vente de la chose d'autrui fut un véritable choix des rédacteurs du Code civil puisque ceux-ci connaissaient l'institution de l'inopposabilité. Ils y ont recouru à propos de la contre-lettre ainsi que la formulation de l'article 1321 C.civ. le démontre[1]. On peut donc s'atteler à la recherche de la justification du choix de cette sanction particulière.

407. Dans la vente de la chose d'autrui, le vendeur tente de céder un bien sur lequel il n'a aucun pouvoir de disposer pour la simple et bonne raison que ce bien n'est pas sien. De façon incontestable, ce vendeur est donc dépourvu du droit de disposer de ce bien. En effet, le pouvoir de disposer d'un bien dont est pourvue une personne est l'une des conséquences de l'appartenance de ce bien à cette personne[2].
Par ailleurs, il est admis que la nullité d'un acte juridique est causée par l'inobservation d'une condition de formation de cet acte[3]. Dans la vente comme dans tout acte translatif d'un bien, il n'est pas de condition plus nécessaire que celle qui veut que le vendeur soit doté du pouvoir de transférer ce bien. A défaut de ce pouvoir, il ne transmet rien du tout à l'acheteur[4]. La nullité d'un tel acte est donc encourue, faute de la réunion de toutes les conditions de formation nécessaires à l'efficacité de cet acte.

408. Comme le droit de disposer d'un bien inaliénable ne fait pas moins défaut que le droit de disposer de ce qui appartient à autrui, il est possible de conclure ici que la nullité mérite d'être érigée au rang de sanction naturelle de l'inaliénabilité, cette restriction complète au droit de disposer. Dans les deux cas, le vendeur a prétendu exercer un pouvoir dont il n'était point pourvu, il paraît donc naturel que la sanction de son imprudence soit la même dans l'un et l'autre cas.
On en trouvera un dernier argument dans l'article L. 227-13 C.com. Cette disposition permet, par l'effet de dispositions statutaires, de rendre inaliénables les actions de S.A.S[5]. Or, il est expressément prévu par l'article L. 227-15 C.com. que les actes contrevenant à ces dispositions statutaires sont frappés de nullité.

---

[1] Cet article dispose que " les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers ", ce qui renvoie on ne peut plus clairement à l'inopposabilité.
[2] Voir *supra* n° 117.
[3] Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, n° 82, p. 97.
[4] On remarquera d'ailleurs que la vente de la chose d'autrui est en principe frappée d'une nullité relative dont l'invocation est réservée à l'acheteur. Voir en ce sens, Cass. Civ. 3ème, 16 avril 1973, *Bull. civ.*, III, n° 303.
[5] Sur cette disposition et la qualification de l'inaliénabilité des actions de S.A.S., voir *supra* n° 277 & suiv. Sur la nullité comme sanction de cette inaliénabilité statutaire, voir *supra* n° 62.

409. Plus généralement, il convient de relever que la privation du droit de disposer d'un bien est la constante qui réunit dans une même catégorie toutes les restrictions au droit de disposer. Il en résulte que toutes ces restrictions devraient souffrir la même sanction puisque celle-ci repose sur leur caractéristique commune : l'absence du droit de disposer d'un bien.

Reconnaître que la nullité est une sanction conforme à la nature particulière des restrictions au droit de disposer ne suffit pourtant pas à l'établir définitivement. Pour que la nature particulière de ces restrictions justifie véritablement et réciproquement cette sanction qu'est la nullité, il est nécessaire de démontrer que la nullité est l'unique sanction conforme à la nature particulière de la restriction au droit de disposer.

B) La nullité, sanction unique de l'inaliénabilité

410. Les sanctions envisageables d'un acte juridique sont heureusement assez bien délimitées. Il nous faut pourtant pour chacune dénier qu'elle puisse convenir à la sanction d'un acte juridique contrevenant à une restriction au droit de disposer. La première des sanctions envisageables est l'inopposabilité. *A priori* aucun argument dirimant ne s'oppose à ce que l'acte contrevenant à la restriction soit déclaré inopposable[1]. Si aucune incompatibilité entre ces deux mécanismes n'est au premier abord décelable, elle existe pourtant de façon indéniable. L'inopposabilité est présentée comme un mécanisme privant l'acte juridique litigieux " non de la totalité de ses effets, comme c'est le principe en matière de nullité, mais uniquement de ses effets à l'égard des tiers "[2]. Elle " sanctionne, en règle générale, le non respect d'une règle qui a pour seul objet la protection des tiers "[3].

Cet élément de la définition de l'inopposabilité la prive irrémédiablement de la possibilité de constituer la sanction de cette restriction au droit de disposer. Les droits des tiers ne peuvent être protégés que pour autant qu'ils existent véritablement. Or, d'une manière générale, les tiers n'ont nullement vocation à obtenir le respect de l'inaliénabilité. En effet, il n'existe aucune règle générale de protection des tiers contre les violations d'une restriction au droit de disposer.

---

[1] Voir d'ailleurs, favorables à l'inopposabilité de l'aliénation immobilière contrecarrant une clause d'inaliénabilité, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 7ème édition, 2007, n° 629, p. 428.

[2] Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, n° 82, p. 98.

[3] Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 82, p. 98. Voir en outre, l'article 102 al. 2 du projet de réforme du droit des contrats présenté par la Chancellerie en juillet 2008. Cette disposition précise que " l'inopposabilité neutralise les effets [du contrat] à l'égard des tiers ".

411. Si l'on se tourne vers les clauses d'inaliénabilité, par exemple, malgré la reconnaissance de la validité du mécanisme, il n'est nullement affirmé que " tout tiers peut prétendre à ce qu'elle produise l'intégralité de ses effets. " Par ailleurs, indépendamment de toute disposition générale en ce sens, on relèvera que les seuls droits dont les tiers pourraient prétendre bénéficier au titre d'une inaliénabilité sont en principe des droits patrimoniaux, réels ou personnels, lesquels seraient mis en péril par le transfert du bien inaliénable. On ne saurait protéger les tiers par simple lubie, encore faut-il que leurs droits respectifs les rendent dignes de protection.

Ce constat établi, l'insuffisance de l'inopposabilité n'en ressort qu'avec plus de force. Il faut ici rappeler que les restrictions au droit de disposer, au premier rang desquelles figurent les clauses d'inaliénabilité[1], ne confèrent pas le moindre droit réel ou personnel. Par conséquent l'inopposabilité d'un acte contrevenant à une restriction au droit de disposer n'aurait pas le moindre intérêt puisqu'elle ne garantirait les droits de personne[2]. Elle ne peut donc constituer la sanction de cet acte.

412. Une autre sanction envisageable de l'acte contrevenant à cette restriction au droit de disposer est la résolution de ce dernier. A titre préliminaire, il faut préciser qu'il n'est nullement question de discuter ici l'opinion selon laquelle l'acte contrevenant à une clause d'inaliénabilité entraîne la résolution de l'acte contenant cette clause[3]. Il s'agit simplement pour le moment de déterminer la sanction adéquate de l'acte qui contrevient à une restriction au droit de disposer. Il s'agit d'une question totalement distincte de celle l'éventuelle résolution de l'acte initiant la restriction au droit de disposer[4].

La résolution est définie comme l'anéantissement rétroactif d'un acte juridique non en raison de l'imperfection de ses conditions de constitution mais en conséquence de la survenance de

---

[1] Voir *supra* n° 134 & suiv.

[2] Sur les insuffisances pratiques de la nullité comme sanction de l'inaliénabilité, voir Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, n° 117 & suiv.

[3] Ch. LARROUMET, *Les biens - Droits réels principaux*, Droit Civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 350.

[4] On ne peut d'ailleurs s'empêcher de relever que la résolution de l'acte initiant la restriction laisse totalement intacte la question de la validité de l'acte contrevenant à la restriction. En effet, ce dernier acte ne voit ses effets remis en cause que de façon secondaire par la mise en œuvre de la maxime *Resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis* ainsi que cela a été démontré par Ch. LARROUMET, *Les biens - Droits réels principaux*, Droit Civil Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 350. Aussi rigoureuse que soit cette démonstration, il n'en demeure pas moins qu'elle laisse sans sanction directe un acte contraire à une clause d'inaliénabilité. Si cela ne correspond pas à notre analyse, il faut cependant reconnaître que c'est une conséquence on ne peut plus logique de l'analyse faite par M. LARROUMET de l'inaliénabilité conventionnelle comme une obligation.

certains faits[1] postérieurement à la prise d'effets de cet acte juridique. Il n'est guère difficile de relever l'incompatibilité de cette sanction avec le mécanisme des restrictions au droit de disposer. Celles-ci font obstacle à la conclusion même d'un acte translatif du droit concerné et la contravention à la restriction naît au moment où cet acte prend effet.

413. Pour des raisons similaires, il n'est pas possible de considérer que l'acte contrevenant à la restriction est caduc. La caducité d'un acte signifie que ce dernier va être privé de ses effets juridiques pour l'avenir en raison de la perte, postérieure à sa naissance, d'un élément essentiel à sa validité[2]. On sait pourtant que la restriction au droit de disposer fait obstacle à la conclusion-même de certains actes. Par conséquent, pour les actes naturellement interdits par les restrictions au droit de disposer[3], la caducité n'est pas un mécanisme de sanction convenable.

En revanche, l'étude des actes prohibés par ces restrictions a révélé que certains actes juridiques n'apparaissaient que rétrospectivement comme des actes interdits par ces restrictions[4]. Ainsi une institution contractuelle ne porte atteinte à l'inaliénabilité d'un bien que lorsque le décès de celui qui subit l'inaliénabilité survient avant la cessation de l'inaliénabilité[5]. Dans cette hypothèse précise, il est possible de sanctionner l'inaliénabilité par la caducité de l'acte juridique y contrevenant. Il ne s'agit pourtant que d'une hypothèse particulière dans laquelle il n'est nécessaire de maintenir l'efficience de l'inaliénabilité que pour autant que les actes en cause y portent nécessairement atteinte.

414. Finalement, il semble donc que seule la nullité est à même de constituer la sanction adéquate et naturelle des actes contrevenant à des restrictions au droit de disposer. Une fois identifiée la nature de cette sanction, il faut maintenant en préciser le régime juridique.

§2: Le régime juridique de la sanction des actes prohibés

415. Traditionnellement, lorsque l'on sait qu'un acte doit être frappé de la nullité, en l'absence de précisions légales expresses quant au régime de cette nullité, il est nécessaire de déterminer si cette nullité est absolue ou relative. Cette fameuse distinction qui n'a pas

---

[1] Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, n° 82, p. 97.
[2] Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, n° 82, p. 98, voir pourtant, exceptionnellement, *supra* n° 291 & suiv., spéc. n° 293.
[3] Sur lesquels, voir *supra* n° 329 & suiv.
[4] Voir *supra* à propos de l'institution contractuelle, voir en outre en ce qui concerne la promesse unilatérale de vente, n° 380 & suiv.
[5] Voir *supra* n° 345.

d'incidences sur les effets de la nullité permet toutefois de préciser leur régime juridique. Il s'agit de trancher plusieurs questions relatives tant aux titulaires de l'action en nullité qu'à la possibilité de maintenir l'acte susceptible d'être annulé[1].

En présence d'une restriction au droit de disposer comme en présence d'une autre cause de nullité, il est nécessaire de se poser ces différentes questions. S'il n'y a pas lieu ici d'utiliser des critères de décisions distincts de ceux qui sont mis en œuvre pour les autres causes de nullité, encore faut-il déterminer précisément la façon dont il peut en être fait usage en matière de restrictions au droit de disposer (A).

L'établissement du régime de la nullité en matière de restrictions au droit de disposer ne bouleverse pas les solutions déjà acquises en matière de nullité, il faut tout de même se garder de négliger le rôle que peuvent tenir les volontés individuelles quant à la sanction des actes contrevenant à ces restrictions (B).

A) Le régime juridique de la nullité sanctionnant les actes prohibés

416. La distinction des nullités a fait l'objet d'une redéfinition doctrinale célèbre[2] au début du XX^{ème} siècle[3]. Aujourd'hui on s'en tient toujours, pour l'essentiel, à ce qui a été alors proposé[4]. Le principe est donc qu'il faut s'en remettre à l'intérêt protégé par la règle dont la violation est sanctionnée par la nullité. Dans le cas où il s'agit de la protection d'un simple intérêt particulier, la nullité sera une nullité relative. Si l'intérêt protégé est général, la nullité sera alors absolue.

La matière des restrictions au droit de disposer se prête particulièrement bien à la mise en œuvre de ce critère de distinction. En effet, nous avons affirmé précédemment que la restriction au droit de disposer manifestait l'emprise d'une norme sur le droit de disposer

---

[1] Avant la réforme du Code civil opérée par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, les nullités absolues et les nullités relatives étaient soumises à des délais de prescription différents, respectivement de trente et cinq ans. Désormais l'article 2224 C.civ. dispose que les actions personnelles et mobilières, ce qui vaut pour les actions en nullité, se prescrivent par cinq ans sous réserves évidemment de dispositions spécifiques. En outre, l'article 97 al. 1 du projet de réforme du droit des contrats présentés par la Chancellerie en juillet 2008 prévoit expressément que les nullités, sauf précision légale, se prescrivent par cinq ans.

[2] JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse Dijon, 1909, sur laquelle voir : E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, 1937, réédition, 2004, p. 147 & suiv.

[3] Sur l'évolution et la redéfinition de la distinction des nullités relatives et des nullités absolues, voir : E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, réédition, Dalloz, 2004, p. 141 & suiv.

[4] Voir par exemple, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, n° 393, p. 399. Il faut par ailleurs préciser que le projet de réforme du droit des contrats présenté par la Chancellerie en juillet 2008 consacrerait cette distinction aux articles 91 & suiv.

d'une personne[1]. Il semble donc logique que nous déterminions le régime de la nullité en jeu par référence à la norme instituant la restriction[2].

Ce mode opératoire a pour conséquence principale qu'il sera délicat d'établir un régime-type de la nullité qui frappe un acte contrevenant à une restriction au droit de disposer. La diversité des régimes applicables sera l'inéluctable conséquence de la variabilité des normes instituant ces restrictions. Malgré cela il n'est pas impossible de dégager un certain nombre de lignes directrices quant à la détermination du régime juridique de la nullité de l'acte contrevenant à une variété particulière de restriction au droit de disposer.

417. A l'occasion de la démonstration de l'unité de la source des restrictions au droit de disposer[3], nous avions distingué les restrictions au droit de disposer purement légales[4] de celles qui ne produisaient leurs effets qu'à la condition qu'elles aient été prévues[5].

Il n'est pas déraisonnable d'affirmer que la distinction que l'on a pu établir entre les restrictions choisies (1) et celles qui sont imposées (2) a une incidence sur le régime juridique de la nullité en cause. Une considération particulière pour la norme établissant la nullité permettra de justifier du caractère absolu ou relatif de la nullité encourue si toutefois on parvient à déterminer l'intérêt protégé par cette norme[6].

1) La nullité sanctionnant les inaliénabilités prescrites

418. Ces restrictions ne relèvent pas de la manifestation d'une ou plusieurs volontés particulières. Qu'il s'agisse du droit d'usage et d'habitation ou de l'usufruit légal des parents sur les biens de leurs enfants mineurs[7], les restrictions en cause frappent aveuglément puisqu'elles produiront leur effet dès que le droit en cause existera[8]. S'il est évident que ces restrictions sont établies dans l'intérêt d'une certaine catégorie de personnes : les propriétaires supportant le droit d'usage et d'habitation, les enfants des parents disposant de l'usufruit légal, le caractère automatique de la restriction fait supposer qu'au delà de l'intérêt

---

[1] Voir *supra* n° 225 & suiv.

[2] Voir sur ce point, Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 231 & suiv. Voir en outre, les articles 91 & suiv. du projet de réforme du droit des obligations présenté par la Chancellerie en juillet 2008.

[3] Voir *supra* n° 209 & suiv.

[4] Voir *supra* n° 229.

[5] Voir *supra* n° 228.

[6] La recherche de l'intérêt protégé par la règle en cause est souvent délicate dans la mesure où toute norme a en vue la protection de l'intérêt général tandis que l'invocation d'une norme résultera la plupart du temps de l'action d'un particulier avide de satisfaire non l'intérêt général mais son propre intérêt personnel. La détermination de l'intérêt protégé par la norme présente donc toujours, en matière de nullité comme ailleurs, un caractère artificiel.

[7] Voir *supra* n° 217 & suiv.

[8] Voir *supra* n° 219 & suiv.

particulier de ceux qui profitent effectivement de ces restrictions, la norme protège avant tout l'intérêt général. Elle incarne des valeurs qui seraient méconnues si la cession des droits en cause était permise, même à titre exceptionnel.
S'il ne s'agissait que de garantir les droits des propriétaires supportant le droit d'usage ou ceux des enfants subissant l'usufruit légal, il n'aurait pas été besoin de fustiger ainsi l'incessibilité des droits en cause, il aurait suffi de permettre la cession de ces droits lorsqu'il est évident que celle-ci ne remet pas en cause la situation de ceux que la norme entend protéger. Si ce n'est pas la voie choisie, c'est donc que l'auteur de la norme visait bien plus loin que la simple protection d'une certaine catégorie de personnes.

419. Le même raisonnement peut être tenu à propos de l'incessibilité des créances salariales. S'il ne s'agissait que de protéger les salariés contre des cessions les privant de ressources, il aurait suffi de permettre ces dernières lorsqu'il était évident qu'elles ne priveraient pas le salarié d'un minimum décent de ressources. Or, une cession complète de la créance salariale d'un individu est impossible même si cette cession n'a quasiment aucune incidence sur la situation patrimoniale du salarié.[1]
Là encore, il semblerait que ce ne soit pas seulement la protection patrimoniale des salariés qui soit en cause, à défaut de quoi la cession de l'intégralité du salaire aurait été possible pour peu que l'on démontre qu'elle restait sans incidence sur le niveau de vie du salarié.

420. Il faut donc convenir qu'au delà de la protection de certaines catégories de personnes, les dispositions en cause sont sanctionnées par la nullité absolue des actes juridiques qui leur seraient contraires, au nom de l'intérêt général que les normes établissant ces restrictions entendent satisfaire. Même si la nullité absolue d'un acte peut être demandée par toute personne y ayant intérêt, il n'y a pas lieu de craindre ici que sa reconnaissance soit véritablement perturbatrice dans la mesure où le droit d'usage et d'habitation et l'usufruit légal des parents font rarement l'objet de contentieux. Ceci laisse supposer que l'exercice de ces prérogatives restera le plus souvent paisible.

421. Un raisonnement voisin peut être tenu à propos des éventuelles restrictions au droit de disposer qui peuvent frapper certains biens du débiteur faisant l'objet d'une procédure collective lorsque ceux-ci ont été cédés par le biais d'un plan de cession. L'article L. 642-9

[1] Une quote-part du salaire demeure incessible même s'il est démontré que le salarié dispose par ailleurs de ressources suffisamment importantes pour lui permettre une vie aisée, voir sur ce point l'article L. 145-1 C.trav. visant tous les salaires sans distinction selon leur montant.

alinéa 1 C.com. dispose que les biens obtenus par le cessionnaire ne peuvent être cédés tant que le prix de cession convenu n'a pas été intégralement payé[1].

Si le législateur a entendu réserver au juge la possibilité de valider par une procédure très minutieuse les actes litigieux, il convient de remarquer que la nullité peut être demandée par tout intéressé dans un délai de trois ans après que l'acte litigieux a été réalisé[2]. Il semblerait que l'auteur de la norme ait entendu doter d'un régime particulier la nullité frappant l'acte contraire à la restriction concernée.

422. Cependant, la précision du régime juridique de la nullité par la disposition qui la fustige ne dispense nullement de s'interroger sur le caractère absolu ou relatif de cette nullité dès lors que le régime de cette dernière n'a pas été intégralement prévu. Ainsi rien n'est dit sur la question de la confirmation de l'acte nul. Il est évident que la qualification de nullité relative serait ici gravement préjudiciable puisque l'acte litigieux pourrait être validé par le titulaire de l'action en nullité sans que la procédure minutieusement établie à cette fin par le législateur ne soit respectée.

Par ailleurs, une telle confirmation permettrait que le titulaire de l'action en nullité valide rétrospectivement un acte dont l'appréciation de la validité devait être laissée au seul juge[3].

Il résulte de ces différentes observations que cette règle a entendu protéger un intérêt que la nullité relative ne pourrait garantir de façon satisfaisante. Il convient donc là encore de considérer que la nullité qui sanctionne cette restriction au droit de disposer imposée est absolue.

423. La prise en compte des éléments prédéfinis du régime juridique des nullités frappant certaines inaliénabilités judiciaires[4] permet d'aboutir à la même conclusion. Ainsi, à l'occasion d'une procédure collective, le plan de sauvegarde[5] ou le plan de cession[6] peuvent

---

[1] Voir *supra* n° 216.

[2] Article L.642-9 alinéa 4 C.com.

[3] Article L. 642-9 aliéna 2 C.com. On ne peut d'ailleurs s'empêcher de relever ici que le législateur n'a prévu une procédure de validation des actes contraires aux restrictions que pour celle de ces restrictions la moins contraignante, car durant tant que le prix de cession n'a pas été payé. Dans le cadre d'un plan de sauvegarde, la mesure ne peut excéder la durée du plan (article L. 626-14 al. 2 C.com.) mais cette durée est loin d'être aussi réduite ! Dans le cas d'un plan de cession, la mesure ne peut excéder dix ans (article L. 642-10 al. 2 C.com.) mais il est douteux que le paiement d'un prix de cession puisse excéder cette durée. Sur ces deux inaliénabilités judiciaires, voir *supra* n° 222 & suiv.

[4] Sur ces dernières, voir *supra* n° 222 & suiv.

[5] L. 626-14 C.com.

[6] L. 642-10 C.com.

être assortis d'une restriction au droit de disposer dont la sanction est en principe la nullité de l'acte litigieux[1].

La nullité sanctionnant ces restrictions judiciaires voit une partie de son régime juridique fixé *a priori*, de la même façon que la nullité qui frappe les actes d'aliénation des biens cédés dans le cadre d'une procédure collective, avant que le prix de cession n'ait été intégralement versé[2]. Ainsi la prescription de l'action de nullité est-elle de trois ans. Cette action est ouverte à tout intéressé sans qu'il n'existe de procédure particulière permettant la validation judiciaire de l'acte contrecarrant la restriction au droit de disposer établie par le Tribunal lors de la cession.

Il n'y a pas lieu ici de tenir un raisonnement différent de celui qui a déjà été tenu[3] : cette restriction au droit de disposer est sanctionnée par une nullité absolue. Cette nullité absolue est d'ailleurs dotée d'un délai de prescription de trois ans ce qui la distingue des nullités absolues désormais prescriptibles par cinq ans[4].

424. On remarque pour finir que l'indice essentiel permettant d'affirmer que la nullité en cause est absolue réside dans le caractère non volontaire de la restriction, soit qu'elle résulte de la loi sans distinction soit qu'elle résulte d'une décision judiciaire, ce qui n'est pas loin de revenir au même. Le Tribunal substitue alors sa propre appréciation de l'intérêt général à celle du législateur. Il n'est pas possible de raisonner de la même façon lorsque l'inaliénabilité a été choisie.

2) La nullité sanctionnant les inaliénabilités permises

425. La catégorie des restrictions au droit de disposer permises se compose essentiellement des clauses d'inaliénabilité de l'article 900-1 C.civ. ainsi que des clauses statutaires restreignant la libre cessibilité des actions dans les sociétés par actions simplifiées[5] (S.A.S.). Le caractère volontaire de la restriction va permettre de déterminer le régime de la nullité frappant les actes juridiques qui seraient contraires à ces inaliénabilités. Ici, la norme conditionne son emprise sur la relation d'appartenance à la manifestation de volontés particulières[6]. La norme laisse donc aux particuliers, sous certaines conditions[1], la possibilité

---

[1] Voir respectivement les articles L. 626-14 al. 3 et L. 642-10 al. 3 C.com.
[2] Article L. 642-9 C.com.
[3] Voir *supra* n° 421.
[4] Article 2224 C.civ.
[5] Article L. 227-13 C.com.
[6] Sur la nécessité d'une double manifestation de volontés pour établir les restrictions volontaires existantes, voir *supra* n° 239 & suiv.

d'établir une restriction au droit de disposer. Pour que les particuliers se saisissent de cette opportunité, il faut qu'ils jugent que leurs intérêts seront mieux servis si leur droit de disposer est restreint.

426. Cette dernière observation est cardinale car elle démontre que les restrictions volontaires reposent forcément sur la considération d'intérêts particuliers essentiellement déterminés par ceux qui choisissent d'établir ces restrictions. Mais la considération de ces intérêts particuliers ne doit pas s'analyser comme un blanc seing permettant aux particuliers d'établir les restrictions que bon leur semble. Les intérêts particuliers en cause doivent répondre à certaines exigences d'honorabilité.

Par exemple, pour les clauses d'inaliénabilité, il est exigé que ces intérêts particuliers soient sérieux et légitimes[2]. A défaut de satisfaire ces exigences, les intérêts particuliers en cause ne seront pas dignes de justifier[3] la mesure envisagée. Or, s'il faut justifier la mesure c'est qu'elle ne se suffit pas à elle-même. Pourtant, la plupart des actes juridiques se suffisent à eux-mêmes pour la raison essentielle que leur conclusion est conforme à l'intérêt général[4]. On en conclut que contrairement à la plupart des actes juridiques, la stipulation d'une clause d'inaliénabilité n'est point conforme à l'intérêt général, il faut donc qu'un intérêt spécial la justifie[5]. Cet intérêt spécial est forcément un intérêt particulier puisqu'il s'oppose à l'intérêt général.

427. On peut en déduire que l'établissement d'une restriction au droit de disposer volontaire correspond à la protection d'un intérêt particulier manifeste puisqu'il doit être sérieux et légitime. Il est donc naturel que cette restriction soit sanctionnée par une nullité relative[6]. Ce constat établi, il apparaît maintenant nécessaire de préciser le régime juridique de cette nullité relative qui sanctionne la violation de restrictions au droit de disposer volontaires.

---

[1] Sur lesquelles, voir *supra* n° 49 & suiv.
[2] Article 900-1 alinéa 1 C.civ.
[3] L'article 900-1 aliéna 1 C.civ. exige un intérêt " justifiant " la clause.
[4] Ainsi un contrat ne sera annulé que si sa cause est immorale, illicite ou son objet illicite (article 1108 C.civ.), ce qui revient à démontrer qu'il n'est pas conforme à l'intérêt général.
[5] En matière probatoire, cette dérogation à l'intérêt général se manifeste par l'exigence incombant à celui qui se prévaut de la clause de justifier de l'intérêt sérieux et légitime qui la supporte. Voir en ce sens, explicite, Cass. Civ. 1ère, 15 juin 1994, *Bull. civ.*, I, n° 211.
[6] A notre connaissance, la jurisprudence n'a pas directement qualifié la nullité. Pour les décisions très anciennes, cela n'est guère étonnant puisque la distinction des nullités n'avait pas alors la consistance et la relative certitude qu'on lui reconnait aujourd'hui. Dans les décisions récentes, il convient de remarquer que la nullité est en pratique toujours demandée par celui dont l'intérêt justifie la clause, ainsi la Cour de cassation n'a-t-elle pas besoin de trancher cette question.

En matière de nullité relative, on considère que c'est celui ou ceux dont la règle établissant la nullité protège l'intérêt particulier qui bénéficient de la possibilité d'exercer l'action en nullité[1]. Reste à déterminer dans le cas de ces restrictions ceux dont l'intérêt particulier est jugé digne de protection par les normes les établissant. Il est nécessaire ici de distinguer les clauses d'inaliénabilité de l'article 900-1 C.civ des clauses d'inaliénabilité affectant parfois les actions dans les S.A.S.[2]

428. Dans le cas des clauses d'inaliénabilité, traditionnellement on considère que l'intérêt sérieux et légitime est celui du disposant, celui d'un tiers ou celui du propriétaire[3]. Ainsi tant que l'intérêt du disposant ou du tiers subsiste, ceux-ci peuvent demander la nullité des actes qui contreviendraient à la clause[4]. Il n'y a rien ici que de très normal. S'agissant d'une nullité relative, on imagine qu'elle est soumise à un délai de prescription quinquennal courant à compter de la réalisation de l'acte litigieux.

La seule particularité concerne le cas où la clause d'inaliénabilité protège un droit viager. Celui qui en bénéficie peut bien entendu agir en nullité de l'acte qui contreviendrait à la clause mais son action, au cas où il viendrait à disparaître en cours d'instance n'est point transmise à ses héritiers[5]. La solution est compréhensible dans la mesure où le décès de l'intéressé marque la disparition de l'intérêt protégé par la clause du fait du caractère viager du droit dont la clause garantit l'exercice paisible. Il faut immédiatement préciser que seul le décès du titulaire de ce droit viager cause la disparition de l'intérêt sérieux et légitime qui soutient la clause.

Ainsi, on s'aperçoit que l'intérêt protégé par la clause suit le devenir du droit dont la clause est censée faciliter l'exercice. Tant que ce droit subsiste, la clause conserve donc un intérêt

---

[1] Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, n° 88, p. 104.
[2] Article L. 227-13 C.com.
[3] Voir en ce sens, R-N. SCHÜTZ, *Rep. civ.*, Dalloz, 1999, *V°* Inaliénabilité, n° 77 et *supra* n° 28 & suiv.
[4] Voir en ce sens, ACHARD, *Les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors des cas où la loi le permet expressément*, Thèse, Grenoble, 1910, p. 134.
[5] Cass. Civ. 1ère, 13 avril 1992, *Bull. civ.*, I, n°123. Dans cette décision, la Cour de cassation a donc interdit aux héritiers du disposant, d'ailleurs eux-mêmes titulaires du droit de propriété inaliénable, de poursuivre la procédure de nullité d'un acte contrevenant à la clause, procédure intentée par leur auteur. Il semblerait que la disparition de l'intérêt protégé par la clause entraîne la caducité automatique de cette clause. La solution se comprend dans la mesure où la disparition de cet intérêt aurait de toute façon permis au titulaire de la propriété inaliénable de demander la mainlevée judiciaire de cette dernière par application de l'article 900-1 al.1 *in fine* C.civ. Estimer que l'action en nullité ne peut être transmise aux héritiers évite donc de retarder l'inéluctable cessation de l'inaliénabilité. On pourrait en revanche s'étonner de ce que la Cour de cassation n'hésite pas à " court-circuiter " la procédure de mainlevée judiciaire. Là encore, la solution se justifie pleinement dans cette espèce puisque les héritiers étaient justement les auteurs de l'acte contrevenant à la clause qu'ils souffraient. En prétendant exercer à la suite de leur auteur l'action en nullité de l'acte qu'ils avaient eux-mêmes conclus, ils souhaitaient sans doute échapper à bon compte à un acte, qui bien que voulu par eux à l'époque de l'inaliénabilité, ne les satisfaisait plus à compter de la cessation de l'inaliénabilité.

protégé par toutes les actions en nullité intentées sur le fondement de cette clause. En conséquence, si le titulaire de ce droit viager le cède[1], rien n'interdit de considérer que le cessionnaire de ce droit bénéficie lui aussi de la clause qui protège l'intérêt du titulaire du droit viager, quel qu'il soit[2].

429. Lorsque l'intérêt protégé par la clause est celui d'un tiers la solution n'a pas lieu d'être différente quoique l'hypothèse soit moins facilement envisageable en pratique[3]. Techniquement la clause sera le moyen de garantir au tiers la jouissance paisible d'un droit relatif au bien en cause. Dès lors que ce droit réel ou personnel n'est point éteint, son titulaire peut s'en prévaloir et obtenir le prononcé de la nullité de l'acte translatif du bien qui viendrait troubler la jouissance paisible de ce droit.

Si ce dernier droit fait l'objet de plusieurs mutations de patrimoine à patrimoine, le propriétaire subissant la clause d'inaliénabilité voit l'efficacité de tout acte translatif qu'il effectuerait suspendue à l'action en nullité exercée contre cet acte par l'un des titulaires du droit dont la jouissance paisible est assurée par la clause d'inaliénabilité.

430. L'incertitude de la situation du propriétaire subissant l'inaliénabilité est incontestable mais il faut la relativiser puisque par essence elle demeure limitée dans le temps. On sait que la clause d'inaliénabilité est forcément temporaire, ce qui signifie qu'une fois son délai écoulé, le titulaire du droit dont elle assurait une jouissance plus paisible ne pourra plus s'en prévaloir. Cela est évident lorsque la clause voit sa durée expressément fixée par les parties à l'acte translatif qui la contenait initialement. Si sa durée n'est pas fixée expressément mais que les parties ont convenu de ce que la clause garantirait l'exercice d'un droit particulier dont bénéficie le disposant ou un tiers[4], la situation du propriétaire subissant la clause n'est pas non plus désespérée.

En effet, dans cette hypothèse, le droit " garanti " par la clause s'exerce forcément au détriment du droit de propriété inaliénable. Or s'il s'agit d'un droit personnel, ce droit sera forcément temporaire en raison de la prohibition des engagements perpétuels[5]. Par ailleurs, s'il s'agit d'un droit réel, ce dernier sera lui aussi temporaire en raison de la vocation de la

---

[1] L'usufruit, droit viager par excellence demeure cessible.

[2] En revanche, le droit cédé étant viager, le cessionnaire s'expose à ce que son droit s'évanouisse lorsque le cédant disparaîtra, ce qui marquera alors la disparition de l'intérêt protégé par la clause.

[3] Voir *supra* n° 29 & suiv.

[4] On supposera ici que la clause est valide : l'absence de durée expressément fixée ne lui confère pas pour autant un caractère perpétuel. Sur cette condition de validité des clauses d'inaliénabilité et l'appréciation du caractère temporaire de la clause par la jurisprudence, voir *supra* n° 40 & suiv.

[5] Sur cette question, voir *supra* n° 40.

propriété à se reconstituer[1]. Par conséquent, la clause d'inaliénabilité a vocation à disparaître en raison du caractère forcément temporaire du droit qu'elle " garantit ". Que ce droit bénéficie au disposant ou un tiers n'a ici plus d'importance. En outre, s'agissant d'une nullité relative, il faut rappeler que le titulaire de l'action, conformément à l'article 1338 C.civ., dispose de la possibilité de renoncer à exercer son action[2].

431. Par ailleurs, il est possible que la clause d'inaliénabilité repose sur l'intérêt sérieux et légitime du propriétaire dont le droit de disposer est restreint. Dans ce cas, ce dernier sera naturellement le titulaire de l'action en nullité des actes contrevenant à la clause[3]. Or, en tant que titulaire du droit de propriété inaliénable, il sera forcément l'instigateur des actes litigieux réalisant le transfert prohibé[4] du droit à autrui. N'y-a-t-il pas paradoxe à ce que celui qui viole la clause soit le seul à même d'en faire respecter la teneur ?
Ce cas de figure est pourtant loin d'être inédit[5]. L'incapacité d'une partie contractante est sanctionnée par la nullité du contrat[6]. Cette nullité est aujourd'hui incontestablement une nullité relative et il apparaît que l'incapable peut lui-même demander la nullité de l'acte, dès lors que son incapacité a cessé[7]. La personne dont l'intérêt est protégé par la nullité est le titulaire naturel de l'action en nullité. Il en résulte deux conséquences.

432. D'une part, théoriquement, il n'y a aucun paradoxe à ce que lui seul puisse lutter contre les actes qu'il est le seul à pouvoir conclure[8]. Le propriétaire protégé par la clause demeure en dehors de toute incapacité expresse seul juge de ses intérêts. S'il viole la clause, il ne fait que réaliser un simple arbitrage entre des intérêts distincts[9]. Cet arbitrage ne peut être

---

[1] Sur ce principe, voir P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Thèse Paris II, Préf. M. GOBERT, L.G.D.J., 1995, n° 98, p. 79 & 80 et les références citées.
[2] Pour une illustration jurisprudentielle, voir Cass. Civ. 1ère, 13 avril 1992, *Bull. civ.*, I, n° 123. Reprenant les énonciations des juges du fond la Cour de cassation rappelle qu'une vente contrevenant à une clause d'inaliénabilité a eu lieu sans que la disposante, bénéficiaire de l'inaliénabilité, " ne soit intervenue pour consentir à la cession et renoncer à se prévaloir de la clause d'inaliénabilité que comportait la donation (...) ".
[3] Cass. Req., 23 mars 1903, *D.P.*, 1903, 1, p. 337 & suiv., note PLANIOL.
[4] Sur les différents actes prohibés, voir *supra* n° 395.
[5] Cass. Req., 23 mars 1903, *D.P.*, 1903, 1, p. 337 & suiv., note PLANIOL.
[6] La capacité figure au nombre des quatre conditions essentielles de validité d'un acte juridique par extension de l'article 1108 C.civ. relatif aux conditions de validité des conventions.
[7] Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, n° 395.
[8] Comp. FR. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 478 & suiv.
[9] Il juge que la disposition du bien satisfait mieux son intérêt particulier que son maintien dans son patrimoine.

contesté car justement, chacun, en dehors de toute incapacité expresse, demeure juge de ses propres intérêts[1].

Dénier cette faculté au propriétaire suppose non l'existence d'une simple inaliénabilité conventionnelle mais une véritable incapacité résultant d'un régime légal de protection[2]. En outre, dès lors que l'intérêt du propriétaire est le seul que protège la clause, il faut admettre que la violation de celle-ci ne méconnaît[3] nul autre intérêt particulier que le sien, ce qui n'est pas répréhensible.

D'autre part, en pratique, puisqu'il n'y a aucune incompatibilité entre la qualité de personne protégée par la nullité et celle de titulaire de l'action en nullité, il faut s'interroger sur la validité de l'acte contraire à la clause. *A priori* rien n'interdit au propriétaire indélicat qui transfèrerait le bien inaliénable de profiter de sa qualité de titulaire de l'action en nullité. Cela est particulièrement fâcheux pour son cocontractant qui risque de subir l'annulation de l'acte litigieux.

433. Pourtant la situation n'est pas si incertaine qu'il n'y paraît. Premièrement, il faut relever que le titulaire de l'action en nullité peut chercher à rassurer son partenaire en renonçant à exercer son action en nullité. Cette renonciation, appelée aussi confirmation de l'acte nul sera d'autant plus efficace que le précédent propriétaire du bien litigieux était le seul titulaire de l'action en nullité.

Cette renonciation doit respecter un certain nombre de conditions[4] tant de fond que de forme. Sur les premières, la confirmation doit émaner du titulaire de l'action en nullité, ce qui ne suscite pas de difficultés particulières. Sa manifestation de volonté doit répondre aux conditions classiques de formation des actes juridiques. En revanche, un doute peut naître quant au moment auquel peut avoir lieu cette confirmation[5].

---

[1] On peut d'ailleurs relever que si l'inaliénabilité s'apparentait à une incapacité, elle aboutirait à laisser à ce propriétaire le soin de faire respecter sa propre incapacité, ce qui réduirait d'autant l'intérêt de cette qualification pourtant voulue comme contraignante. Sur le rejet de la qualification de l'inaliénabilité en une incapacité, voir *supra* n° 16 & suiv.

[2] Voir sur ce point les précieuses observations de PLANIOL, *D.P.*, 1903, 1, p. 337 *in* fine, note sous Cass. Req., 23 mars 1903, " Permettre au testateur ou au donateur d'agir en nullité de l'acte passé par le légataire ou le donataire, ce serait prolonger la tutelle au delà de la majorité ".

[3] La violation de la clause n'est pas une véritable méconnaissance de son intérêt particulier, elle est en réalité la substitution opérée unilatéralement d'un intérêt particulier à un autre.

[4] Sur lesquelles, voir Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, n° 401 & suiv.

[5] Voir sur ce point: Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, n° 403.

434. Traditionnellement, par extension de la solution prévue par la loi à propos de la rescision pour lésion, il semblerait que la renonciation à l'action en nullité dût être forcément postérieure à la conclusion de l'acte annulable. L'objectif de cette disposition étant sans aucun doute d'éviter que la renonciation à l'action en rescision pour lésion ne devienne une clause de style dans les actes de vente immobilière[1].

On peut se demander si cette solution doit être maintenue à propos de la renonciation à demander la nullité d'un acte translatif contrecarrant une clause d'inaliénabilité. Ici le risque d'apparition d'une clause de style est nul. En effet, les clauses d'inaliénabilité sont loin d'être systématiques et même si elles l'étaient, elles ne protègent pas forcément le propriétaire du bien ! Dans notre hypothèse, rien n'interdit donc au propriétaire subissant la clause de renoncer à s'en prévaloir dès la conclusion de l'acte translatif contraire à la clause.

435. En outre, le risque d'une renonciation irréfléchie paraît bien mince dès lors que la confirmation d'un acte nul répond à des conditions de forme assez strictes, prévues à l'article 1338 C.civ. La confirmation doit ainsi faire état de l'acte confirmé, de la clause d'inaliénabilité et de l'intention de contourner cette clause. Si ces conditions sont réunies[2], la personne protégée par la clause d'inaliénabilité perdra le bénéfice de celle-ci[3]. Cette solution n'est que la conséquence logique de sa pleine capacité juridique laquelle l'expose au risque de la renonciation à une clause qui était censée la prémunir contre son intempérance[4].

Au demeurant, plus que le précédent propriétaire, c'est parfois l'acquéreur du bien inaliénable qu'il convient de protéger notamment contre les revirements d'opinion du précédent propriétaire qui bénéficiait de la clause. En l'absence d'une renonciation expresse, ce dernier laisserait placer une incertitude sur la validité de l'acte translatif litigieux.

Si l'acquéreur n'a pas pu se prémunir contre ce risque, il lui reste la possibilité de démontrer que l'acte litigieux a fait l'objet d'une confirmation tacite ainsi que l'article 1338 al. 2 C.civ. le prévoit. Mais là encore il faudra établir le caractère certain de la renonciation, indirectement, par la preuve de l'exécution sans réserve de l'acte litigieux puisque la Cour de

---

[1] Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 395.

[2] Il faut noter cependant que la renonciation à la clause d'inaliénabilité n'est pas soumise aux conditions de forme exigées de l'acte dans lequel elle était contenue, Cass. Civ. 1ère, 14 mai 1996, pourvoi n° 94-15826, *Defrénois*, 1997, n° 36682, p. 1257, note. GELOT. Comp. en matière de déclaration notariée d'insaisissabilité, article L. 526-3 al. 4 C.com.

[3] Pour une application à propos de l'action en nullité d'une aliénation résultant d'une clause d'inaliénabilité, voir : Cass. Civ. 1 ère, 14 mai 1996, inédit, pourvoi n° 94-15826, *Defrénois*, 1997, n° 36682, p. 1257, note. GELOT.

[4] L'intempérance du gratifié est la justification la plus fréquente de la stipulation dans une libéralité d'une clause d'inaliénabilité " en sa faveur ".

Cassation exige et la connaissance par celui qui renonce à la nullité du vice affectant l'acte confirmé et l'intention de surmonter ce vice[1].

436. Finalement le régime juridique de la nullité garantissant les clauses d'inaliénabilité ne se distingue guère de celui de toutes les autres nullités relatives, ce qui démontre une fois de plus à quel point ce mécanisme demeure idoine. Il n'en va pas différemment en matière de clauses statutaires d'incessibilité des actions dans les S.A.S.[2] Mesure de stabilisation de l'actionnariat, la clause d'incessibilité protège en réalité les intérêts de chacun des actionnaires de la société. Il est donc naturel que chacun d'entre eux soit titulaire d'une action en nullité contre l'acte qui contreviendrait à cette clause.

Il y a dans ce cas plusieurs titulaires de l'action en nullité, il n'en demeure pas moins qu'il s'agira toujours d'une nullité relative, les intérêts protégés par la nullité restant des intérêts particuliers. Ce classicisme indéniable de la nullité qui frappe les actes contraires aux restrictions au droit de disposer cède le pas devant les aménagements conventionnels susceptibles d'affecter la sanction de ces mesures.

B) Les perturbations du régime juridique de la sanction des actes prohibés

437. La nullité est la sanction par défaut de tout acte contrevenant à une restriction au droit de disposer, cela signifie qu'en l'absence de précision particulière dans l'acte établissant la restriction, cette dernière sera garantie par la nullité des aliénations litigieuses.

Seulement, il ne faut pas négliger le fait que la restriction volontaire au droit de disposer est une mesure qui est systématiquement décidée à l'occasion d'un acte translatif de droit[3]. Le devenir de cet acte translatif initial, une vente ou une donation, peut être totalement indépendant de celui de la clause d'inaliénabilité. Dans le cas d'une restriction volontaire au droit de disposer, la donation ou la vente servant de support à la clause ne se distinguent aucunement d'une vente ou d'une donation ordinaire.

Ainsi, en dépit de la présence d'une restriction volontaire au droit de disposer, il demeure possible aux parties d'affecter ces actes translatifs des particularités que bon leur semble.

438. Pratiquement, cela signifie seulement que si une clause d'inaliénabilité peut être contenue dans une donation et qu'une donation peut être conclue avec une réserve d'usufruit, il est parfaitement possible qu'une clause d'inaliénabilité soit prévue dans une donation

---

[1] Cass. Civ. 1 ère, 11 février 1981, *Bull.civ.*, n°53.
[2] Article L.227-13 C.com.
[3] Voir *supra* n° 248 & suiv.

assortie d'une réserve d'usufruit[1]. Par ailleurs, il est donc parfaitement possible qu'une clause d'inaliénabilité soit prévue à l'occasion d'une vente avec constitution de rente viagère[2].

Il serait possible de multiplier les exemples, on se contentera ici de relever que les parties à une donation ou à une vente peuvent l'affecter d'une " condition résolutoire ", à savoir que la survenance d'un certain évènement entraînera la disparition rétroactive de l'acte en cause. Cette possibilité n'est pas écartée lorsqu'une clause d'inaliénabilité a été conclue si bien que la sanction de la clause pourra être affectée par cette stipulation particulière[3]. Un aménagement de la sanction de l'inaliénabilité est possible (1). L'efficacité de ces aménagements est telle qu'il sera parfois possible d'éviter la stipulation d'une clause d'inaliénabilité (2).

1) L'aménagement de la sanction traditionnelle de l'inaliénabilité

439. Comme une vente, une donation peut être conclue sous condition résolutoire, il s'agira " d'un évènement futur et incertain duquel dépend l'existence même de la libéralité "[4]. Cette condition peut être potestative du point de vue du gratifié, elle se distingue alors difficilement d'une charge[5]. Dans le cas d'une donation assortie d'une clause d'inaliénabilité, il est interdit au donataire de disposer du bien donné. Seulement, dans certains cas, pour le disposant, cette interdiction est si importante qu'il ne conçoit pas que le donataire qui tenterait d'aliéner le bien puisse malgré tout rester digne de le conserver. Il est donc parfaitement possible que cette donation ait été assortie d'une condition résolutoire : l'aliénation du bien[6].

Si le gratifié tente de vendre le bien litigieux, il est certain qu'en raison de la clause d'inaliénabilité cette vente est nulle. Mais en outre, en raison de la condition résolutoire, il est parfaitement concevable que le gratifiant demande la résolution de la donation initiale.

---

[1] Voir en ce sens, article 949 C.civ. et pour la combinaison pratique de ces deux institutions, voir : Cass. Civ., 20 avril 1858 *in* Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, Dalloz, 12ème édition, 2007, n° 73, p. 461 & suiv.

[2] Pour une illustration pratique, voir Cass. Civ. 1ère, 3 février 1998, *Bull. civ.*, I, n° 44.

[3] Voir en ce sens, relevant l'utilité d'une telle stipulation, ACHARD, *Les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors des cas expressément prévus par la loi*, Thèse, Grenoble, 1910, p. 119.

[4] M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n° 1192.

[5] M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n° 1193 & suiv.

[6] Ayant exclu que la clause d'inaliénabilité ne crée qu'une obligation, si la charge se présente comme une obligation, on est ici forcé d'exclure que cette interdiction puisse ici prendre la forme d'une obligation de s'abstenir d'aliéner le bien et constituer une charge. L'aliénation est simplement l'évènement auquel est suspendue la condition.

Elle aura lieu de plein droit[1]. Cette condition ne saurait être sous-entendue, elle doit faire l'objet d'une stipulation expresse.

440. On peut pourtant se demander si une telle exigence n'est pas dénuée de toute portée pratique. En effet, à quoi peut bien servir une condition résolutoire dans une donation assortie d'une clause d'inaliénabilité ? La simple possibilité de demander la nullité de l'aliénation litigieuse ne suffit-elle pas au gratifiant ? La réponse à cette question est double. D'une part, ce dernier peut voir dans la disposition du bien litigieux un mépris manifeste envers la teneur précise de son intention libérale[2]. Ainsi, le gratifiant qui donne un bien présentant un caractère familial manifeste, sans qu'il s'agisse pour autant d'un souvenir de famille, peut espérer que celui qui le reçoit le conserve afin de maintenir sa vocation familiale. En tentant d'aliéner le bien, le gratifié démontre au gratifiant son incapacité à maintenir cette vocation. Pour cela, le gratifiant peut préférer obtenir la restitution du bien afin de le transmettre à une personne qui pourra mieux en respecter l'affectation familiale plutôt que de le laisser au premier gratifié qui, à la première occasion, risque de décevoir à nouveau le gratifiant.

Par ailleurs, poser la question de l'intérêt d'une condition résolutoire en mettant en exergue la possibilité pour le gratifiant de demander la nullité de l'aliénation litigieuse sur le fondement de l'inaliénabilité conventionnelle procède d'une confusion. En effet, il est possible que la clause d'inaliénabilité soit stipulée dans l'intérêt du gratifié[3], dans ce cas, ainsi que nous l'avons vu précédemment, ce dernier sera le titulaire de l'action en nullité relative qui sanctionne la clause. Mais l'efficacité de la clause reste incertaine puisque une renonciation à cette action demeure possible[4]. La stipulation d'une condition résolutoire sera alors le moyen pour le gratifiant d'éviter que le gratifié n'opère une renonciation irréfléchie[5].

441. L'effet de cette condition résolutoire sera alors des plus simples, la tentative d'aliénation faite par le gratifié ouvrira la possibilité pour le gratifiant de demander la résolution de la donation initiale. Quand bien même le gratifié aurait renoncé à exercer son action en nullité

---

[1] M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n° 1194.
[2] Voir sur ce point, Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, n° 130, p. 214.
[3] Voir *supra* n° 28 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 431 & suiv.
[5] Voir sur ce point, PLANIOL, *D.P.*, 1903, 1, p. 337 *in fine*, note sous Cass. Req., 23 mars 1903, relevant expressément que la stipulation d'une condition résolutoire de l'acte translatif établissant la clause d'inaliénabilité permet de contrecarrer les effets de la confiscation de l'action en nullité par le gratifié lorsque la clause d'inaliénabilité a été établie dans son intérêt.

relative, le tiers acquéreur sera tout de même dans une situation précaire. En application de la maxime *Resoluto iure dantis, resolvitur jus accipientis*, ses droits disparaîtront rétroactivement[1] et le gratifiant obtiendra la restitution du bien concerné.

Finalement, dans ce cas précis où la donation assortie d'une clause d'inaliénabilité contient une condition résolutoire, la sanction d'une aliénation interdite ne sera pas directement la nullité mais la restitution du bien au gratifiant en application de l'adage rappelé ci-dessus.

Cet aménagement conventionnel ne remet pas en cause la sanction traditionnelle des clauses d'inaliénabilité et par delà des restrictions au droit de disposer : la nullité. Celle-ci demeure mais ces insuffisances pourront être palliées par les effets radicaux de la résolution. Encore faut-il délimiter précisément les situations dans lesquelles cet aménagement peut intervenir.

442. Evidemment, lorsque la restriction est directement prescrite par la loi[2], un tel tempérament est inconcevable[3]. En outre, même en présence d'une restriction volontaire au droit de disposer, le tempérament étudié n'est pas toujours opportun. Il se conçoit sans difficulté dans une donation mais sa présence dans une vente reste hypothétique. Une vente peut contenir une restriction au droit de disposer, une clause d'inaliénabilité[4], mais le caractère exceptionnel de ce montage laisse supposer que dans ce cas la clause protégera avant tout l'intérêt du vendeur[5]. Ce dernier, titulaire de l'action en nullité relative qui sanctionne la clause n'aura donc aucun intérêt à stipuler en outre une condition résolutoire.

Enfin en pratique, en ce qui concerne les clauses statutaires d'inaliénabilité des actions[6], la résolution des statuts semble particulièrement délicate à mettre en œuvre compte tenu des difficultés pratiques qu'elle susciterait.

Bien qu'elle accompagne essentiellement les clauses d'inaliénabilité contenues dans les donations, la stipulation d'une condition résolutoire est si efficace qu'elle permet parfois d'éviter le recours à l'inaliénabilité lorsque le recours à celle-ci ne serait pas de nature à satisfaire le donateur.

---

[1] Voir sur cette question les développements suivants qui, s'ils sont consacrés à toutes les clauses d'inaliénabilité, demeurent incontestables dans le cas d'une clause d'inaliénabilité contenue dans une donation accompagnée d'une clause résolutoire de non-disposition : Ch. LARROUMET, *Les biens - Droits réels principaux*, Droit Civil, Tome II, 5ème édition, Economica, 2006, n° 350.

[2] Voir *supra* n° 214 & suiv.

[3] Voir sur ce point, Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 217 & suiv.

[4] Voir *supra* n° 272 & suiv.

[5] La considération pour l'intérêt de l'acquéreur semble réservée au cas où la clause est contenue dans une libéralité.

[6] Voir l'article L. 227-10 C.com.

2) L'évitement de la sanction traditionnelle de l'inaliénabilité

443. L'aliénation du bien par le gratifié peut constituer la clause résolutoire d'une simple donation. Cette condition présente un caractère potestatif mais cela ne pose guère de difficulté puisque la " potestativité " ne concerne pas le donateur[1]. Cette condition ne semble nullement contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs[2] car " une condition potestative de la part du gratifié laisse à celui-ci *sa pleine liberté d'action* (souligné dans le texte) sous la seule sanction de l'anéantissement de la libéralité "[3]. Cette condition résolutoire peut parfaitement remplir la fonction traditionnellement dévolue aux clauses d'inaliénabilité, il suffit en effet de préciser dans la donation que celle-ci sera résolue en cas d'aliénation du bien par le gratifié.

444. Bien que cette condition remplisse alors la fonction d'une clause d'inaliénabilité en garantissant au donateur que le bien donné ne sera pas aliéné par le gratifié, sur le plan des principes, elle se distingue nettement d'une clause d'inaliénabilité puisqu'elle échappe aux conditions de l'article 900-1 C.civ. Il n'est donc nul besoin au donateur de faire la preuve d'un intérêt sérieux et légitime, de la même manière que l'exigence d'un caractère temporaire n'a pas lieu d'être[4].

Quand aux effets d'une condition résolutoire, là encore la différence avec une clause d'inaliénabilité est particulièrement nette. Si le gratifié est aussi un propriétaire plein et entier[5], il n'est nullement privé du droit de disposer du bien. Seulement s'il l'exerce, il s'expose à la résolution consécutive à la survenance de la condition résolutoire. Sous cette précision, ici, à la différence de ce qui se produit pour les restrictions au droit de disposer, le bien concerné restera saisissable. En revanche les créanciers pourront subir, le cas échéant, le jeu de la condition lorsque le bien sera réintégré dans le patrimoine du donateur.

445. C'est à ce stade qu'apparaît de nouveau le principal défaut de la sanction traditionnelle des clauses d'inaliénabilité, elle ne permet pas une telle réintégration puisqu'en principe c'est le donataire qui conserve le bien donné après que l'aliénation litigieuse a été annulée. Pour

---

[1] M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n° 1192, relevant " qu'une condition potestative de la part du *donateur* (souligné dans le texte) invalide la donation ".
[2] Article 900 C.civ.
[3] M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n° 1194.
[4] Voir en ce sens, refusant de soumettre une condition résolutoire aux conditions de l'article 900-1 C.civ., Cass. Civ. 3ème, 27 novembre 1990, inédit, pourvoi n° 89-14582.
[5] Voir sur ce point, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, n° 1234, en présence d'une condition résolutoire, " le droit est constitué ou transmis et confère toutes les prérogatives correspondantes à son titulaire ".

pallier cette carence de la sanction traditionnelle des clauses d'inaliénabilité, il est possible au donateur de grever la donation d'une charge laquelle d'ailleurs se distingue parfois difficilement d'une simple condition résolutoire[1]. La charge s'apparente en principe à une obligation dont est tenu le gratifié dans les libéralités[2].

Ainsi le gratifié peut-il s'engager auprès du gratifiant à conserver la propriété du bien. Cette obligation de ne pas faire ne contrarie nullement l'ordre public et on la rencontre fréquemment en pratique[3], par exemple dans les promesses unilatérales de vente où elle renforce la situation du bénéficiaire de la promesse durant le délai de levée d'option[4]. Pourtant cette charge reste sujette aux faiblesses inhérentes à tout droit personnel : elle est prescriptible et elle ne lie que le débiteur en vertu du principe de l'effet relatif des obligations[5].

446. Distincte d'une simple condition, puisqu'il s'agit avant tout d'une obligation personnelle, la charge de ne pas aliéner est susceptible d'exécution forcée et peut en principe donner lieu à des dommages-intérêts en cas d'inexécution[6]. Bien que ses effets soient distincts de ceux d'une clause d'inaliénabilité, comme la condition résolutoire, la charge peut parfois remplir la fonction traditionnellement dévolue aux clauses d'inaliénabilité.

Dans ce cas, si le gratifié méconnaît ses obligations, outre sa responsabilité contractuelle, il s'expose à subir la révocation de la libéralité pour inexécution des charges[7]. Cette résolution rétroactive donne lieu à l'application de l'adage *Resoluto iure dantis, resolvitur jus accipientis* dont l'article 954 C.civ. est une illustration. Là encore, la stipulation d'une charge va permettre la réintégration du bien donné dans le patrimoine du donateur, ce que la clause d'inaliénabilité ne permettait pas.

---

[1] Pour le rapprochement entre charge et condition potestative, voir : M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n°1194 & suiv.

[2] M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n°1192.

[3] Ces obligations semblent même excessivement fréquentes en pratique : I. BEYNEIX, *Contribution à l'étude de la notion d'indisponibilité en droit patrimonial*, Thèse dactylographiée, Paris I, 2004, *passim*. Sur la distinction entre l'obligation de ne pas aliéner et les restrictions au droit de disposer, voir *supra* n° 296 & suiv.

[4] Voir en ce sens, SAIGNAT, *De la clause portant défense d'aliéner*, Thèse, Bordeaux, 1896, p. 104, défendant l'idée que la clause d'inaliénabilité n'établit qu'une simple obligation, l'auteur justifie la licéité de cette dernière en relevant qu'une obligation de ce type existe indubitablement en matière de promesses de vente, ce dont traite l'article 1589 C.civ.

[5] Voir sur cette question, distinguant très précisément l'inaliénabilité de l'obligation de ne pas aliéner, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 153, p. 161.

[6] M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n° 1194.

[7] Article 954 C.civ.

447. S'agissant d'une obligation personnelle, la charge peut être librement modulée par les parties dans le respect toutefois des exigences posées par l'ordre public et les bonnes mœurs. C'est la raison pour laquelle, un acte translatif peut contenir une charge selon laquelle l'acquéreur s'engage à consulter le disposant avant tout projet d'aliénation. Il ne s'agit que d'une simple charge et aucunement d'une clause d'inaliénabilité. Cette dernière manifeste une restriction du droit de disposer, elle ne peut subordonner son exercice à l'autorisation d'un tiers, ici le disposant.

Suspendre l'existence du droit de disposer à l'avis d'un tiers renverrait à une incapacité d'exercice à la mesure de celle que l'on rencontre dans les régimes légaux de protection[1]. Sans précision légale expresse, cette analyse se heurte au principe de la prohibition de l'établissement conventionnel des incapacités[2]. Il en résulte qu'en pratique un grand nombre de charges présentant ces caractéristiques sont abusivement qualifiées de clauses d'inaliénabilité[3]. Ces charges peuvent donner lieu à une révocation pour inexécution des charges de l'acte qui les contient mais elles ne restreignent pas le droit de disposer de celui qui les subit. A défaut de révocation, simples obligations de faire, elles se résolvent en principe par le versement de dommages-intérêts.

448. Ces sanctions de nature contractuelle sont de même celles qui devraient être retenues lorsqu'au titre d'une " clause d'inaliénabilité ", le disposant prétend interdire à l'acquéreur de constituer un acte d'aliénation particulier comme une vente ou une donation à une personne déterminée. Le droit de disposer ne se divise pas en autant de parcelles particulières qu'il y a d'acquéreurs potentiels. En présence d'une interdiction d'aliéner un bien à une personne dénommée ou à un ensemble de personnes, on est en présence d'une charge constituée par une véritable obligation personnelle, et sûrement pas d'une restriction au droit de disposer. Ce type de clause peut se rencontrer en pratique notamment dans les contrats organisant des réseaux de distribution. A ce titre, il est d'ailleurs parfaitement possible que la clause litigieuse s'analyse comme une obligation de revendre au-dessus d'un prix plancher, le

---

[1] Voir *supra* à propos d'une question voisine relativement aux droits sociaux des dirigeants dont l'entreprise fait l'objet d'une procédure collective, n° 233 & suiv.

[2] Voir en ce sens: Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 135.

[3] Voir sur ce point, Cass. Civ. 1ère, 4 octobre 1988, *Bull.*, I, n° 266, à propos d'une " clause d'inaliénabilité " des immeubles donnés sans le consentement exprès des donateurs. Cet arrêt sanctionne cependant très justement la charge en cause sur le terrain de la révocation pour inexécution des charges ainsi qu'en témoigne le visa des articles 953 et 954 C.civ.

raisonnement demeure le même : dès lors que l'interdiction de vendre est sélective[1], ce type de clause mérite une qualification obligationnelle[2]. Il faut cependant bien comprendre que la qualification de ces clauses ne préjuge en rien de leur licéité qui devra être appréciée notamment eu égard aux dispositions du droit de la concurrence prohibant les ententes[3]. En matière civile, ce type de clauses accompagne parfois les libéralités dans lesquelles le gratifiant souhaite conserver un droit de regard sur l'activité du gratifié[4].

Là encore, cette simple charge sera dotée d'une sanction bien plus radicale que la clause d'inaliénabilité puisqu'en cas d'inexécution le bien pourra être réintégré dans le patrimoine de l'autre contractant[5]. Une telle charge présente alors l'intérêt de conférer un véritable droit de regard du donateur sur les actes du donataire quant au bien donné, ce que l'inaliénabilité ne permettait évidemment pas.

449. Outre la clause d'inaliénabilité, il apparaît donc que le donateur dispose de plusieurs techniques différentes lui permettant de s'assurer que le bien donné ne sera pas transmis de façon incontrôlée par le donataire. L'existence de ces différentes possibilités techniques suppose qu'en présence d'une clause dont le contenu est incertain, le juge puisse faire le départ entre plusieurs qualifications différentes[6].

---

[1] Sur les différentes clauses susceptibles d'être contenues dans un contrat de distribution sélective ou exclusive, voir D. FERRIER, *Droit de la distribution*, Litec, 4ème édition, 2006, n° 608 & suiv. S'agissant spécifiquement des clauses d'interdiction de revente hors réseau garantissant " l'étanchéité de celui-ci ", voir M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, Sirey Université, 1ère édition, 2006, n° 360 & suiv.

[2] On peut toutefois supposer qu'en pratique, en raison de la prohibition des ententes, il est peu fréquent que les clauses d'un contrat de distribution présentent un caractère exprès. Bien souvent, le comportement attendu de l'un des contractants et l'interdiction sélective de vendre résulteront d'un " accord " tacite par lequel le contractant se conforme à des prescriptions litigieuses. Voir sur ce point, M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Sirey Université, 4ème édition, 2008, n° 452 & suiv. Définissant l'entente prohibée l'auteur précise : " Il n'est pas nécessaire que les parties aient conclu une convention au sens civiliste : il peut s'agir de conditions générales de vente acceptées, de lettres circulaires adressées à des distributeurs (...). Dans un réseau de distribution, il n'y a entente que si la mesure découle directement du contrat de distribution par la stipulation de clauses anticoncurrentielles (les " restrictions flagrantes ") ou si les distributeurs acquiescent expressément ou tacitement à la politique anticoncurrentielle (…). Toutes les ententes ne sont pas juridiquement structurées. "

[3] Sur lesquelles voir M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Précis, Dalloz, 1ère édition, 2006, n° 238 & suiv.

[4] Bien évidemment ce type de charge doit être conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La qualification obligationnelle du mécanisme ne dispense en rien de l'examen de la question de sa licéité.

[5] S'agissant des donations, la question de la révocation pour inexécution des charges est réglementée aux articles 953 & suiv. du Code civil. S'agissant des interdictions d'aliéner sélectives contenues dans des contrats à titre onéreux et notamment dans les contrats de distribution, la sanction n'est pas différente puisque la résolution de la convention pourra être obtenue sur le fondement de l'article 1184 C.civ. Voir sur ce point, D. FERRIER, *Droit de la distribution*, Litec, 4ème édition, 2006, n° 619. On peut en outre supposer que la violation de ces obligations pourrait être sanctionnée sur le terrain de la responsabilité contractuelle du distributeur à l'égard de son fournisseur.

[6] Voir sur ce point, Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 217.

Il peut s'agir d'une simple clause d'inaliénabilité éventuellement complétée par une condition résolutoire ou une charge. Les conditions de validité de ces restrictions au droit de disposer doivent être satisfaites. A défaut, la stipulation litigieuse s'apparente à une simple condition résolutoire ou une charge[1], elle permettra alors d'obtenir à la résolution de l'acte la contenant. Ces deux dernières qualifications peuvent par ailleurs être délibérément choisies par les parties qui ne sont aucunement astreintes à recourir au mécanisme des clauses d'inaliénabilité[2], ce qui ne manquera pas de se produire si les parties jugent que la nullité de l'aliénation litigieuse, sanction de l'inaliénabilité, n'est pas adéquate.

[1] La répartition des stipulations litigieuses entre ces deux qualifications s'opère en principe par référence à la volonté des parties, sous réserve de la mise en œuvre d'un critère de répartition objectif lorsque ce critère subjectif demeure incertain : M. GRIMALDI, *Libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n°1192 & suiv., p. 132 & suiv.

[2] Quant à l'interprétation des dispositions litigieuses, voir VASILESCO, *Des clauses d'inaliénabilité - De leur validité et de leurs effets*, Thèse, Paris, 1920, p. 75 & suiv. L'auteur s'interroge sur la nécessité d'une formule sacramentelle pour établir une clause d'inaliénabilité. Il rejette cette possibilité, retenant que l'interprétation des actes juridiques en cause doit rester l'apanage des juges du fond et de leur appréciation souveraine.

Conclusion de la Section II

450. La détermination des actes prohibés par les restrictions au droit de disposer n'était donc que le préalable nécessaire à l'étude de la plus évidente manifestation de leur efficacité : elles sont sanctionnées par la nullité des actes qui y contreviennent.

La nullité des actes litigieux est la seule sanction qui soit véritablement conforme à la nature particulière des restrictions au droit de disposer[1]. En effet, il est apparu que ni l'inopposabilité, ni la résolution, ni la caducité ne pouvait constituer des sanctions adéquates[2].

Parce que la restriction au droit de disposer résulte de la privation du droit de disposer, il est nécessaire que celui qui la viole soit sanctionné sévèrement. Cette sanction doit tenir compte du fait qu'il est dépourvu d'une faculté nécessaire à la validité de certains actes juridiques translatifs. Pas plus que celui auquel le bien n'appartient pas, celui dont le droit de disposer est restreint ne peut aliéner le bien[3].

451. La nullité qui frappera les actes d'aliénation du bien inaliénable voit son régime juridique déterminé selon les principes traditionnels en matière de nullité. Ainsi, dès lors que le caractère absolu ou relatif de la nullité fustigée par une norme dépend de l'intérêt protégé par celle-ci, il importe de rechercher l'intérêt protégé par la norme sur laquelle repose la restriction au droit de disposer[4].

Une distinction doit ici être faite entre les inaliénabilités prescrites et les inaliénabilités simplement permises. Pour les premières, il apparaît que la norme les établissant a entendu protéger l'intérêt général, les inaliénabilités prescrites, qu'elles soient légales ou judiciaires, seront donc protégées par une nullité absolue[5].

Quant aux inaliénabilités permises, il apparaît que la norme les établissant a permis que des particuliers choisissent exceptionnellement de restreindre un droit de disposer en principe plein et entier. Il en résulte que ces inaliénabilités choisies satisfont avant tout des intérêts particuliers. Elles seront donc protégées par une nullité relative[6].

Cette nullité relative pourra être mise en œuvre dans le cas des clauses d'inaliénabilité par la personne dont l'intérêt légitime vient au soutien de la clause. Cela ne suscite guère de

---

[1] Voir *supra* n° 402 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 409 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 404.
[4] Voir *supra* n° 415.
[5] Voir *supra* n° 417 & suiv.
[6] Voir *supra* n° 424 & suiv.

difficultés lorsqu'il s'agit de l'intérêt d'un tiers ou de celui du disposant. En revanche, lorsqu'il s'agit de l'intérêt de celui dont le droit de disposer est restreint, les principes applicables à la matière des nullités relatives justifient que ce dernier soit le seul titulaire de l'action en nullité. Il peut ainsi renoncer à se prévaloir de cette dernière[1].

452. Choisies à l'occasion d'un acte juridique, les restrictions au droit de disposer peuvent en outre faire l'objet d'aménagements conventionnels[2]. Il est ainsi loisible aux parties d'assortir les clauses d'inaliénabilité d'une condition résolutoire ce qui permettra le cas échéant d'obtenir la résolution de la donation initiale[3].

Les parties peuvent même se dispenser de la stipulation d'une clause d'inaliénabilité en se contentant d'assortir la donation d'une condition résolutoire ou d'une charge, lesquelles peuvent être plus facilement modelées que la clause d'inaliénabilité[4]. Le disposant initial pourra alors obtenir la rétrocession du bien, ce qu'une clause d'inaliénabilité ne permettait pas.

[1] Voir *supra* n° 431& suiv.
[2] Voir *supra* n° 438 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 441 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 446.

Conclusion du Chapitre 1 : Les effets de l'inaliénabilité

453. La caractérisation de l'efficacité de l'inaliénabilité est une question délicate tant a pu parfois être vive la crainte de voir ressusciter les biens de mainmorte. A la réflexion, il apparaît que cette crainte est peu rationnelle.

454. En effet, concernant la détermination des actions interdites par les restrictions au droit de disposer, il a pu être démontré que ces dernières devaient être strictement délimitées. Interdiction d'aliéner, la restriction d'aliéner fait obstacle aux actes juridiques par lesquels une relation d'appartenance est détruite en vue de la constitution consécutive d'une nouvelle relation d'appartenance.

De ce critère simple, il a été possible de déduire que la restriction au droit de disposer n'interdisait nullement les opérations juridiques par lesquelles la relation d'appartenance est unilatéralement détruite. Ainsi faut-il admettre que la renonciation à un droit, prérogative résultant aussi de l'appartenance, et la prescription extinctive demeurent possibles malgré l'inaliénabilité.

De la même manière, lorsque le bien fait l'objet d'une appropriation, lorsque c'est la constitution d'une nouvelle relation d'appartenance qui entraîne la disparition d'une relation d'appartenance préexistante, la restriction au droit de disposer doit rester lettre morte. Ainsi peut-on admettre que l'inaliénabilité n'empêche ni la prescription acquisitive ni l'expropriation pour cause d'utilité publique.

455. Bien délimités, les actes soumis au joug d'une restriction au droit de disposer sont pourtant sévèrement sanctionnés puisqu'ils sont frappés de nullité. La nullité est la seule sanction qui soit conforme au fait que le titulaire d'un bien inaliénable est privé de son droit de disposer.

Cette nullité est fort classiquement déterminée en considération de l'intérêt protégé par la norme dont la restriction au droit de disposer résulte. Ainsi les inaliénabilités prescrites sont-elles sanctionnées par une nullité absolue tandis que les inaliénabilités simplement permises sont sanctionnées par une nullité relative.

Cette nullité relative est elle-même susceptible d'être atténuée, renforcée ou même éludée. Elle peut être atténuée en raison d'une renonciation du titulaire de l'action en nullité à exercer cette dernière, elle peut être renforcée ou éludée par la stipulation conjointe de conditions résolutoires ou de charges qui permettront de s'assurer que le bien litigieux ne sera pas aliéné.

456. On constate ainsi que l'efficacité des restrictions au droit de disposer ne doit pas être exagérée. L'efficacité de la restriction au droit de disposer est indéniable mais elle demeure ciblée. La crainte d'une résurrection des biens de mainmorte s'éloigne d'autant plus si l'on songe que la restriction au droit de disposer peut parfois être directement remise en cause. Son existence n'est nullement la garantie de sa pérennité.

CHAPITRE 2: L'inefficacité de l'inaliénabilité

457. A titre préliminaire, il convient de bien délimiter les hypothèses dans lesquelles il ne sera pas inexact de parler d'inefficacité. Premièrement, là où nulle restriction au droit de disposer n'existe, il n'y a pas lieu d'invoquer son inefficacité. C'est la raison pour laquelle, dans les développements qui vont suivre, on supposera que les conditions de survenance des restrictions au droit de disposer[1] ont été remplies.

Par conséquent, il n'y a pas lieu d'envisager ici la question de l'éventuelle nullité d'une restriction au droit de disposer en raison de la non-satisfaction des conditions de validité de cette dernière. Ainsi, une clause d'inaliénabilité perpétuelle est nulle *ab initio*[2] tandis que l'éventuelle inefficacité de cette clause suppose que la clause initialement valide soit ultérieurement remise en cause[3]. Loin d'être oiseuse, cette distinction a pour conséquence fondamentale qu'on ne saurait préjuger de la possibilité d'une action en nullité de la restriction au droit de disposer pour en déduire quelque enseignement que ce soit en ce qui concerne l'éventuelle inefficacité d'une restriction au droit de disposer.

Pour des raisons voisines, on exclura du champ présent de l'étude les actes pouvant être conclus en présence d'une clause d'inaliénabilité[4] de même que les mécanismes dont la mise en œuvre est indifférente à la stipulation ou non d'une clause d'inaliénabilité[5]. Constitueront donc notre champ d'investigation les hypothèses dans lesquelles une restriction au droit de disposer, quoique valable, n'empêchera pas qu'un bien sorte du patrimoine de celui qui subit la restriction par le biais d'un acte juridique translatif de ce bien.

458. Concrètement ces hypothèses peuvent résulter de la réunion de deux types de circonstances. Dans un premier cas, il est possible que l'inefficacité de la restriction ait été sciemment recherchée par la mise en œuvre d'une procédure légalement prévue. En revanche dans d'autres hypothèses, l'inefficacité de cette restriction au droit de disposer est accidentelle. Pour celui qui souffrait l'inaliénabilité, l'inefficacité de celle-ci est donc tantôt recherchée (Section I) tantôt imposée (Section II).

---

[1] La question se pose essentiellement pour les restrictions volontaires, en matière de clauses d'inaliénabilité, voir *supra* n° 87 & suiv. Pour la précision d'une condition de validité implicite mais commune à toutes les restrictions au droit de disposer, voir *supra* n° 255 & suiv.

[2] Sur le caractère temporaire des clauses d'inaliénabilité, voir *supra* n° 40 & suiv.

[3] Pour le rappel jurisprudentiel de cette distinction, voir: Cass. Civ. 1ère, 8 décembre 1998, *Bull.civ.*, I, n° 351.

[4] Voir *supra* n° 376 & suiv., en ce qui concerne les actes constitutifs de droits réels ou de droits personnels.

[5] Voir *supra* n° 351 & suiv., en ce qui concerne l'abandon, la prescription extinctive, la prescription acquisitive et l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Section I. L'inefficacité recherchée de l'inaliénabilité

459. Tant qu'elle est efficace, la restriction au droit de disposer maintient son objet à l'actif du patrimoine de celui qu'elle vise. Un tel maintien peut se révéler particulièrement inopportun pour celui qui le subit. C'est la raison pour laquelle il existe un certain nombre de procédures volontaires qui permettent de paralyser la restriction. Ces procédures sont dotées d'un régime minutieux qu'il est nécessaire de détailler (§2).

Cependant avant d'étudier la mise en œuvre de ces procédures, il paraît nécessaire de déterminer précisément les restrictions au droit de disposer qu'elles peuvent rendre inefficaces. Bien que l'inaliénabilité soit un mécanisme puissant, toutes les restrictions au droit de disposer ne sont pas justiciables d'une procédure permettant de les réduire à l'inefficacité. Il faut donc au préalable déterminer le domaine dans lequel ces procédures d'inefficacité de l'inaliénabilité peuvent être mises en œuvre (§1).

§1: Le domaine de mise en œuvre des procédures d'inefficacité de l'inaliénabilité

460. A titre préliminaire, il faut rappeler que l'existence d'une procédure d'inefficacité de l'inaliénabilité demeure une question totalement distincte de celle de l'éventuelle nullité de cette restriction[1]. Ainsi, il a été constaté que certaines inaliénabilités résultaient d'une prescription directe de la loi[2], soit qu'il s'agisse d'inaliénabilités légales[3] soit qu'il s'agisse d'inaliénabilités judiciaires[4].

Imposées directement par la loi, ces inaliénabilités ne semblent pas pouvoir faire l'objet d'une action en nullité. En effet, l'alternative est simple, ou les conditions de prescription de l'inaliénabilité prévues par la loi sont réunies ou elles ne le sont pas. Dans le premier cas, elle est établie tandis que dans le second elle n'existe pas. Il n'est pas concevable que l'on puisse annuler la loi elle-même !

En revanche, le législateur a prévu qu'une inaliénabilité pourtant légale, celle qui, en vertu de l'article L. 642-9 C.com., frappe les biens compris dans un plan de cession, à l'occasion d'une procédure collective, tant que le prix de cession n'a pas été payé[5], soit remise en cause par le biais d'une procédure particulière. Ainsi l'article L. 642-9 al. 2 C.com. dispose-t-il à propos de ces biens inaliénables que leur " aliénation totale ou partielle, (...), peut être autorisée par

---

[1] Voir *supra* n° 456.
[2] Voir *supra* n° 228.
[3] Pour les différentes hypothèses d'inaliénabilités légales, voir *supra* n° 215 & suiv.
[4] Pour les différents exemples d'inaliénabilités judiciaires, présents essentiellement en matière de procédure collective, voir *supra* n° 221 & suiv.
[5] Sur cette inaliénabilité légale, voir *supra* n° 216.

le tribunal après rapport du liquidateur qui doit préalablement consulter le comité d'entreprise ou, à défaut les délégués du personnel. Le Tribunal doit tenir compte des garanties offertes par le cessionnaire ". On s'aperçoit donc qu'une inaliénabilité prescrite par la loi peut parfaitement être rendue inefficace par le biais d'une procédure particulière.

461. Au-delà, l'existence de cette procédure relative à l'inaliénabilité des biens cédés tant que le prix de cession n'a pas été payé pose une question cruciale, commune à toutes les procédures d'inefficacité d'une inaliénabilité. Cette procédure peut-elle être mise en œuvre pour d'autres inaliénabilités que celles frappant les biens non payés compris dans un plan de cession ? La question est d'autant plus importante, que cette dernière inaliénabilité est beaucoup moins contraignante que certaines autres inaliénabilités, notamment judiciaires[1], qui peuvent être prononcées à l'occasion d'une procédure collective.

La même question peut être posée concernant les procédures d'inefficacité qui semblent cantonnées aux clauses d'inaliénabilité prévues par l'article 900-1 C.civ. Lorsque les clauses d'inaliénabilité ont fait l'objet d'une consécration législative[2], il a été prévu plusieurs mécanismes permettant d'en déjouer les effets si ceux-ci s'avéraient trop contraignants. Ces mécanismes de sauvegarde sont prévus d'une part à l'article 900-1 du Code civil en ce qui concerne spécifiquement les clauses d'inaliénabilité et d'autre part aux articles 900-2 & suiv. du même Code au titre de la révision des " conditions ou charges grevant les donations ou les legs ".

462. Pour connaître le champ d'application des mécanismes envisagés et déterminer s'ils peuvent provoquer l'inefficacité d'autres inaliénabilités que celles pour lesquelles ils ont été initialement prévus, il faut revenir sur le fondement de la restriction au droit de disposer.

Elles peuvent s'analyser comme l'amputation de l'appartenance par l'effet direct d'une norme[3]. L'appartenance de celui qui subit la restriction est donc délimitée par la norme qui institue la restriction au droit de disposer. Parallèlement, en l'absence d'une telle restriction, le principe reste celui de l'article 537 al.1 du Code civil selon lequel les " particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent "[4].

Par conséquent si l'établissement d'une restriction au droit de disposer suppose une véritable norme, seule à même de déroger à l'article 537 al.1 du Code civil, la remise en cause *a*

[1] Sur lesquelles, voir *supra* n° 221 & suiv.
[2] Loi n° 71-526 du 3 juillet 1971.
[3] Voir *supra* n° 124 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 192 & suiv.

posteriori d'une restriction au droit de disposer suppose elle aussi une véritable norme, seule à même de déroger à la norme qui établissait la restriction.

463. Ainsi, en l'absence de règles générales permettant de remettre en cause les restrictions au droit de disposer, il n'y a d'autre alternative que de s'en remettre, restrictivement aux seuls mécanismes prévus. Il n'est donc pas question d'étendre les mécanismes des articles 900-1 & suivants du Code civil au-delà de leurs limites telles qu'elles ont été fixées par le législateur lorsqu'il les a institués.

Concernant les inaliénabilités choisies[1], il faut donc cantonner ces procédures à la remise en cause des clauses d'inaliénabilité prévues par l'article 900-1 C.civ. : les clauses d'inaliénabilité contenues dans les libéralités. Par conséquent, les clauses statutaires d'inaliénabilité des actions de S.A.S., les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes translatifs d'un bien à titre onéreux ne devraient pas être justiciables de ces procédures[2]. Ces inaliénabilités demeurent donc inéluctables pour qui les subit.

464. Par ailleurs, en ce qui concerne les inaliénabilités imposées[3], en l'absence de prévisions normatives expresses, on ne peut donc éluder les effets des restrictions au droit de disposer. Cela signifie que là encore, les mécanismes existants ne peuvent être mis en œuvre que pour la restriction à l'occasion de laquelle ils ont été institués.

En pratique, la remise en cause d'une restriction au droit de disposer légale est exceptionnelle[4]. Elle n'est prévue que dans le cas de l'inaliénabilité des biens non payés

---

[1] Voir *supra* n° 209 & suiv.

[2] Voir en ce sens pour les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre onéreux, R-N. SCHÜTZ, *Rep. civ.*, Dalloz, 1999, *V°* Inaliénabilité, n° 92. On remarquera que les inconvénients de l'absence d'une procédure de mainlevée sont tempérés par l'inéluctable limitation dans le temps de ces restrictions au droit de disposer. Voir de même, R. MORTIER, note sous Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2007, *J.C.P.*, (N), 2008, II, 1064, p. 26 & suiv., spéc. p. 29. L'auteur exclut nettement la possibilité d'une mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité établie par un acte translatif à titre onéreux en relevant en outre que seul le gratifié " est exposé au despotisme éclairé du gratifiant ", ce que nous ne saurions contester. En revanche, l'auteur admet qu'une telle possibilité de mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité pourrait être reprise dans le contrat à titre onéreux ayant établi l'inaliénabilité. Cela nous paraît contestable. Dès lors que l'on justifie l'interprétation restrictive de l'article 900-1 al. 2 C.civ. par le fondement normatif de l'inaliénabilité, lui-même consubstantiel à l'analyse renouvelée qui en est proposée, il faut exclure une telle possibilité. Si une norme ne prévoit pas expressément la mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité stipulée dans un acte à titre onéreux, il faut exclure qu'une simple convention dispose de la force suffisante pour le faire. Lorsque la norme redéfinit la relation d'appartenance unissant la personne à son bien, cette redéfinition présente elle-même un caractère normatif qui, en l'absence de dispositions expresses, la soustrait définitivement à l'empire des volontés individuelles.

[3] Sur lesquelles, voir *supra* n° 214 & suiv.

[4] Voir cependant en cas de procédure collective, à propos de l'inaliénabilité des biens compris dans le plan de cession tant que le prix de cession n'a pas été payé. Une procédure de remise en cause de cette inaliénabilité est prévue par l'article L. 642-9 al. 2 C.com. Sur cette procédure, voir *supra* n° 459.

compris dans un plan de cession[1], elle ne mérite pas donc pas d'être étendue à d'autres cas d'inaliénabilité[2].

465. Encore une fois, en matière de restrictions au droit de disposer, c'est un strict littéralisme qui doit prévaloir[3]. Les procédures d'inefficacité envisagées sont donc dotées d'un domaine d'application très restrictif. C'est d'ailleurs le même caractère qui préside à leur mise en œuvre, souvent bien détaillée par l'auteur de la norme les ayant instituées.

§2: La mise en œuvre des procédures d'inefficacité d'une inaliénabilité

466. Concernant les inaliénabilités imposées, la seule procédure d'inefficacité prévue par le législateur figure à l'article L. 642-9 al. 2 C.com. Bien que présentant un caractère judiciaire, cette procédure est dotée d'un champ d'application extrêmement restreint qui limite l'intérêt de son étude. On retiendra donc simplement qu'elle ne concerne que l'inaliénabilité des biens non payés compris dans un plan de cession[4]. Par ailleurs, les conditions de sa mise en œuvre n'appellent pas de développements particuliers.

L'article L. 642-9 al. 2 *in fine* C.com. précise simplement que le Tribunal qui statue sur la mainlevée de cette inaliénabilité doit tenir compte " des garanties offertes par le cessionnaire ". Cette disposition signifie sans doute que le cessionnaire qui présente des garanties suffisantes, notamment en ce qui concerne l'emploi des salariés, pourrait être autorisé à céder un élément de l'actif compris dans le plan de cession. On imagine en outre que la demande de mainlevée doit émaner du cessionnaire lui-même. En pratique cette inaliénabilité et la mainlevée qui peut la réduire à l'inefficacité ne semblent guère susciter de contentieux.

467. Concernant les inaliénabilités choisies, les clauses d'inaliénabilité incluses dans des libéralités, celles-ci sont susceptibles d'être remises en cause à deux titres. D'une part une

---

[1] Article L. 642-9 C.com.

[2] La possibilité offerte au Tribunal à l'article L. 642-9 al. 2 C.com. d'autoriser l'aliénation de certains biens sous réserve du respect d'une procédure minutieuse ne peut donc être étendue aux autres hypothèses d'inaliénabilités susceptibles d'être imposées judiciairement à l'occasion d'une procédure collective. L'inaliénabilité prononcée lors de l'adoption du plan de sauvegarde (L. 626-14 C.com.) ou l'inaliénabilité frappant certains biens du plan de cession (L. 642-10 C.com.) sont donc inéluctables. On peut d'ailleurs regretter que le législateur n'ait pas daigné prévoir de procédures équivalentes à celle de l'article L. 642-9 al. 2 C.com. dans la mesure où ces inaliénabilités prononcées à l'occasion de l'adoption d'un plan peuvent être bien plus durables que celle qui se poursuit dans que le prix de cession n'a pas été payé (L. 642-9 al.1 C.com.).

[3] Voir *supra* n° 230.

[4] Article L. 642-9 al. 1 C.com.

mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité conventionnelle[1] est envisageable (A), et d'autre part, parce qu'elles sont prévues dans des libéralités, il est possible d'obtenir la révision des conditions ou charges affectant ces libéralités[2] (B).

A) La mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité conventionnelle

468. La mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité résultant de la restriction au droit de disposer comprise dans une libéralité est prévue par l'article 900-1 *in fine* C.civ. Avant d'envisager précisément les effets de cette mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité conventionnelle (2), il est nécessaire de préciser les conditions dans lesquelles elle peut être demandée (1).

1) Les conditions de la mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité conventionnelle

469. Puisque la procédure de mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité ne saurait être étendue au-delà des cas pour lesquels elle a été instituée[3], ses conditions de mise en œuvre délimitent le champ d'application du mécanisme en cause. C'est la raison pour laquelle il importe de définir restrictivement tant les personnes susceptibles d'y recourir que les cas dans lesquels elles peuvent y recourir.

Concernant les personnes susceptibles de demander la mainlevée judiciaire de la clause d'inaliénabilité, l'article 900-1 C.civ dispose qu'elle peut être mise en œuvre par le donataire ou le légataire. Cette procédure a lieu auprès du Tribunal de grande instance et elle est exercée par la personne subissant la restriction. Celle-ci peut ainsi être judiciairement autorisée à méconnaître la restriction.

Mais il convient cependant d'exclure d'ores et déjà du bénéfice de cette procédure les personnes morales légataires ou donataires. En effet, l'article 900-1 al. 2 C.civ. dispose que les dispositions de l'article 900-1 al.1 C.civ. " ne préjudicient pas aux libéralités consenties à des personnes morales ou même à des personnes physiques à charge de constituer des personnes morales "[4]. Récemment affirmée par la Cour de cassation[5], cette exception peut se réclamer d'une fidélité sans faille au texte-même de l'article 900-1 C.civ. Cette exception

---

[1] Article 900-1 C.civ.
[2] Article 900-2 & suiv. C.civ.
[3] Voir *supra* n° 462.
[4] M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n° 1409, p. 311 & suiv.
[5] Cass. Civ. 1ère, 23 janvier 2008, arrêt publié, pourvoi n° 06-16120. Dans cette espèce, les juges du fond avaient entendu faire bénéficier une personne morale de la procédure de mainlevée de l'inaliénabilité. Visant l'article 900-1 al. 2 C.civ., lequel dispose que les dispositions prévues ne dérogent en rien aux libéralités consenties à des personnes morales, la Cour de cassation censure leur décision pour violation par refus d'application de la disposition visée. On comprend donc que l'article 900-1 al. 2 C.civ. constitue un obstacle dirimant à la mise en œuvre de la procédure d'inefficacité de l'inaliénabilité par une personne morale.

établie, plusieurs précisions s'imposent quant à la personne physique pouvant demander la mainlevée de l'inaliénabilité conventionnelle.

470. D'une part, l'action en mainlevée judiciaire ne peut être exercée que par celui qui subit la restriction alors même qu'il ne serait pas le titulaire de l'action en nullité des actes contrevenant à la clause. Cela se produit dans toutes les hypothèses où la restriction protège un intérêt distinct de celui de la victime de la clause[1].

D'autre part, la détermination expresse du titulaire de cette action en mainlevée de l'inaliénabilité conventionnelle confère un caractère éminemment personnel à cette action. Par conséquent, elle ne saurait être exercée par voie oblique. La Cour de cassation relève maintenant invariablement[2] que l'action en mainlevée du donataire " étant subordonnée à des considérations personnelles d'ordre moral et familial inhérentes à la donation, elle demeure exclusivement attachée à sa personne, de sorte qu'elle ne peut être exercée par un créancier agissant par voie oblique "[3].

471. Tirant toutes les conséquences du caractère personnel de l'action en mainlevée de l'inaliénabilité conventionnelle, la Cour de cassation a, de la même manière, précisé qu'elle ne pouvait être exercée par le liquidateur à l'occasion de la procédure collective de la personne subissant la restriction. Cette solution logique semble aujourd'hui incontestable[4] bien que la solution contraire ait prévalu pendant quelques temps[5]. Les solutions actuelles, concordantes, démontrent que la Cour de cassation interprète strictement le texte de l'article 900-1 C.civ réservant la mise en œuvre de cette action au " donataire ou au légataire ".

Pareille interprétation restrictive a lieu à propos des cas dans lesquels ce donataire ou ce légataire peuvent demander la mainlevée judiciaire de la clause d'inaliénabilité. L'article 900-1 C.civ. dispose en effet que la mainlevée peut être accordée " si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige ".

---

[1] Voir *supra* n° 29 et 30, cela recouvre donc les cas dans lesquels la clause protège l'intérêt du disposant ou celui d'un tiers.

[2] Durant quelques années la jurisprudence a admis la solution contraire, subordonnant l'action oblique à la réunion par le créancier des conditions exigées du débiteur pour mettre œuvre la procédure de mainlevée, voir notamment, Cass. Civ. 1ère, 11 janvier 2000, *Bull.civ.*, I, n° 3. Mais par la suite la Cour de cassation est revenue à la solution antérieure, traditionnelle, sur laquelle voir : Cass. Civ. 1ère, 3 juin 1998, *Bull. civ.*, n° 192.

[3] Voir en ce sens, Cass. Civ. 1ère, 8 mars 2005, *Bull.civ.*, I, n° 117.

[4] Voir en ce sens, rejetant un pourvoi invitant expressément la Cour de cassation à retenir la solution contraire : Cass. Com., 9 novembre 2004, *Bull. civ.*, IV, n° 191. Et en dernier lieu, Cass. Civ. 1ère, 4 juillet 2006, *Bull. civ.*, I, n° 345.

[5] Voir par exemple : Cass. Civ. 1ère, 10 juillet 1990, *Bull. civ.*, I, n° 192 et plus récemment Cass. Civ. 1ère, 11 janvier 2000, *Bull. civ.*, I, n° 3.

472. Ces deux hypothèses au demeurant assez claires ne nécessitent pas de développements particuliers si ce n'est que la Cour de cassation a rapidement précisé que l'appréciation des intérêts en cause était souverainement faite par les juges du fond[1]. En outre, il faut rappeler que la disparition de l'intérêt sérieux et légitime ne remet pas en cause la validité de la clause, elle permet simplement d'en obtenir la mainlevée[2].

La mainlevée judiciaire ne peut donc être demandée que par un donataire ou un légataire, uniquement dans le but de faire obstacle aux effets d'une clause d'inaliénabilité valide.

2) Les effets de la mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité conventionnelle

473. Les effets de cette procédure dite de mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité conventionnelle ne semblent pas avoir fait l'objet d'une détermination précise. On est pourtant en droit de se demander si cette procédure met intégralement fin aux effets de la clause d'inaliénabilité où si elle ne consiste qu'en une dérogation exceptionnelle à cette dernière. Si l'on revient encore une fois au texte de l'article 900-1 C.civ., il semble que la mainlevée de l'inaliénabilité conventionnelle s'apparente en réalité à une autorisation judiciaire d'aliéner le bien. L'apparence restrictive de la formule signifie-t-il que le juge ne rend pas définitivement caduque la clause du seul fait de sa décision ?

474. Il est permis d'en douter dans la mesure où bien souvent, le donataire ou le légataire prendra soin de demander la mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité bien avant de conclure la vente. En effet, deux hypothèses sont envisageables.

Soit la clause protège le donataire auquel cas il lui suffira de renoncer à exercer l'action en nullité[3] de l'acte litigieux pour que la vente soit efficace. Soit il n'est pas le titulaire de l'action en nullité et dans ce cas, il s'expose à subir l'action en nullité de celui dont la clause protège les intérêts dès la conclusion de l'acte litigieux. Il a donc tout intérêt à se prémunir contre ce risque en demandant préalablement la mainlevée de l'inaliénabilité conventionnelle.

475. S'il obtient gain de cause, la clause d'inaliénabilité cesse de produire tout effet en vertu de la décision judiciaire obtenue. Le légataire ou le donataire concerné peuvent donc envisager d'aliéner le bien qui était auparavant l'objet de la restriction au droit de disposer. Ici deux précisions sont nécessaires.

---

[1] Voir sur ce point, Cass. Civ. 1ère, 25 juin 1980, *Bull. civ.*, I, n° 198.
[2] Voir en ce sens, Cass. Civ. 1ère, 8 décembre 1998, *Bull. civ.*, I, n° 351, *R.T.D. civ.*, 2000, p. 148, obs. PATARIN.
[3] Sur cette renonciation, voir *supra* n° 431 & suiv.

Premièrement, quant aux effets de la mainlevée de l'inaliénabilité conventionnelle, ils sont si radicaux que cette dernière s'apparente à une caducité de la restriction. Celle-ci cesse de produire effet pour l'avenir[1].

Deuxièmement, dès lors que la clause d'inaliénabilité cesse de produire effet, celui qui la subissait retrouve la plénitude des attributs de l'appartenance. Celle-ci n'est plus substantiellement restreinte. Il en résulte que le bien concerné, redevenu aliénable, est par conséquent redevenu de même saisissable !

476. Par conséquent l'action en mainlevée de l'inaliénabilité conventionnelle peut s'avérer dangereuse pour le propriétaire subissant la clause puisque, sitôt la mainlevée ordonnée, son bien nouvellement aliénable est immédiatement susceptible d'être saisi par n'importe lequel de ces créanciers. Cela est d'autant plus fâcheux que, rappelons-le, la clause d'inaliénabilité n'empêche nullement de prendre une inscription hypothécaire sur le bien concerné[2].

Par conséquent la mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité conventionnelle lève l'obstacle qui existait auparavant à l'exercice de leur droit de saisir par les différents créanciers[3]. C'est peut-être la raison pour laquelle la mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité conventionnelle est rarement demandée par le donataire ou le légataire lui-même alors pourtant que cette possibilité reste garantie par la loi[4].

En revanche à l'occasion de sa procédure collective, le liquidateur n'hésitera pas à former une telle demande, même si la jurisprudence la voue à l'échec[5]. La discipline collective de la procédure garantirait pourtant que le bien nouvellement aliénable soit soustrait aux appétits individuels des créanciers.

477. Les effets de la mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité conventionnelle sont donc aussi radicaux que ses conditions de mise en œuvre sont strictement définies. Cela n'est pas gênant puisque la mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité conventionnelle remet en cause *a posteriori* une stipulation conjointe[6] des parties à l'acte établissant la restriction au droit de disposer. Il est heureux que cette perturbation judiciaire des prévisions des parties soit bien

---

[1] Voir sur ce point, M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n° 1414, p. 321, qui considère que la mainlevée libère " *purement et simplement le gratifié* ". Elle " emporte *suppression définitive* de l'inaliénabilité (...) ".

[2] Voir *supra* n° 385 & suiv.

[3] Sur ce point, voir *supra* 257 & suiv.

[4] L'article 900-8 C.civ. répute non-écrite " toute clause par laquelle le disposant prive de la libéralité celui qui (...) demanderait l'autorisation d'aliéner ".

[5] Voir *supra* n° 459.

[6] Sur ce point, voir *supra* n° 204 & suiv. sur le caractère conventionnel de l'établissement de certaines restrictions complètes au droit de disposer.

circonscrite. Il n'en va pas différemment en matière de révision des charges affectant les libéralités.

B) La révision des conditions ou charges affectant les libéralités

478. Ici encore, avant d'envisager les effets de cette révision (2), il est nécessaire d'en préciser les conditions de mise en œuvre (1). Mais au préalable, il importe de revenir rapidement sur la question de la définition des charges. Il semble impossible d'écarter le mécanisme de révision pour inexécution des charges en matière de clauses d'inaliénabilité[1]. Cependant la charge grevant une libéralité est souvent comprise comme une obligation personnelle annexe dont serait tenue la personne gratifiée[2]. Il ne faudrait pourtant pas déduire de cette proposition de qualification de la charge un indice en faveur de la qualification personnelle de l'inaliénabilité conventionnelle.

En effet, s'il est évident que toute obligation dont est tenue la personne gratifiée est susceptible d'être remise en cause au titre de la révision des charges affectant les libéralités, il nous semble plus prudent de laisser à son mystère à la notion de charge. Restant une notion imprécise, elle demeure mieux à même de protéger celui qui la subit en ce qu'il bénéficie de la possibilité d'en demander la révision judiciaire. Elle doit donc pouvoir concerner aussi bien les obligations personnelles que les restrictions au droit de disposer établies à l'occasion d'une libéralité.

1) Les conditions de mise en œuvre de la révision des conditions ou charges affectant les libéralités

479. Quant aux personnes pouvant y recourir, les conditions de mise en œuvre de la révision pour inexécution des charges sont moins restrictives que celles de la mainlevée judiciaire des clauses d'inaliénabilité. Tout gratifié[3] peut s'en prévaloir ce qui permet notamment aux personnes morales exclues de la procédure de mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité de s'affranchir des effets néfastes de l'inaliénabilité conventionnelle[4].

---

[1] Sur ce point voir entre autres, H. CORVEST, L'inaliénabilité conventionnelle, *Defrénois*, 1979, n° 32126, p. 1377 & suiv., spéc. pour l'emploi de la qualification de charge, p. 1383, R-N. SCHÜTZ, *Rep. civ.*, Dalloz, 1999, *V°* Inaliénabilité, n° 95, et M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n° 1411, p. 314.

[2] Voir en ce sens, V. BOUCHARD, Pour une définition de la notion de charge en droit privé, *P.A.*, 24 juillet 2002, n° 147, p. 4 & suiv.

[3] Article 900-2 C.civ.

[4] M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n° 1411, p. 314.

Mais le gratifié ne peut agir[1] en révision de la charge avant qu'un délai de dix ans ne soit écoulé depuis le décès du disposant[2]. Cette condition de délai est ici bien plus rigoureuse qu'en ce qui concerne la mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité conventionnelle.

480. En outre, il semblerait que la révision des charges puisse contrecarrer l'inaliénabilité conventionnelle uniquement lorsque cette dernière est le support d'une affectation particulière du bien, souhaitée par le gratifié[3]. S'agissant d'une simple *révision* de la charge, ce tempérament se conçoit parfaitement. En effet, il ne s'agit pas comme dans l'article 900-1 C.civ. de faire cesser l'inaliénabilité mais simplement d'en faciliter l'aménagement quand elle est devenue trop préjudiciable pour celui qui la subit[4]. Par conséquent, de ce point de vue, lorsque l'inaliénabilité vient au soutien de l'affectation particulière d'un bien, il est possible qu'elle soit l'objet de cette procédure qui est " une mesure d'*adaptation de la libéralité* alors que celle de l'article 900-1 C.civ. est une mesure de *libération du gratifié* "[5]. Cette limitation du domaine de la procédure de révision des charges n'est peut-être pas certaine en ce qui concerne l'inaliénabilité[6].

Cette distinction entre les inaliénabilités venant au soutien d'une affectation particulière du bien transmis et celles grevant simplement le bien se heurte à l'exigence commune d'un intérêt sérieux et légitime venant toujours au soutien de la clause d'inaliénabilité[7]. Dès lors que cet intérêt est nécessairement présent lorsqu'existe une clause d'inaliénabilité, on pourra peut-être découvrir systématiquement dans cet intérêt sérieux et légitime l'affectation particulière du bien qui conditionne la mise en œuvre de la procédure de révision des charges. Quoiqu'il en soit, il demeure certain que l'inaliénabilité conventionnelle peut, au moins en présence d'une affectation particulière du bien, être remise en cause au titre de la révision des charges affectant les libéralités.

481. En revanche concernant les circonstances dans lesquelles la demande peut être formulée, il suffit que le maintien de la charge soit devenu extrêmement difficile ou

---

[1] Il faut noter qu'en vertu de l'article 900-3 C.civ., cette demande peut être formulée à titre principal ou par voie reconventionnelle.
[2] Article 900-5 al.1 C.civ.
[3] Voir en ce sens, M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n° 1414, p. 320.
[4] M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n° 1414, p. 321.
[5] M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n° 1414, p. 321.
[6] Voir sur ce point, R-N. SCHÜTZ, *Rep. civ.*, Dalloz, 1999, *V°* Inaliénabilité, n° 95, qui relève sans précision particulière que le devenir de l'inaliénabilité conventionnelle est suspendu soit à la mainlevée judiciaire soit à la révision de la charge que constitue l'inaliénabilité.
[7] Sur cette condition, voir *supra* n° 24 & suiv.

sérieusement dommageable[1]. Ces difficultés doivent résulter d'un changement des circonstances. Cette formulation vague permet la révision dans la plupart des cas.

Cela permet de contourner l'inaliénabilité dans des cas où la mainlevée judiciaire était difficilement envisageable. Traditionnellement, la jurisprudence répugne à prononcer la mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité conventionnelle lorsque celle-ci ne permettrait à la personne qui la subit que de payer ses dettes[2]. Il se peut pourtant que le maintien de l'inaliénabilité soit ici sérieusement dommageable[3] pour le débiteur qui ne pouvant céder le bien, ne peut utiliser le produit de cette cession pour désintéresser ses créanciers. Dans cet exemple, la révision de la charge que constitue l'inaliénabilité sera donc envisageable alors que la mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité avait fort peu de chances d'être obtenue.

482. Il faut pourtant que le gratifié qui se prévaut de la révision d'une charge justifie des diligences qu'il a faites, dans l'intervalle requis de dix ans, pour satisfaire les exigences de la charge[4]. Dans notre exemple, cela suppose que le gratifié ait déjà tenté de désintéresser ses créanciers avec tous les biens aliénables lui appartenant avant de demander la révision de la charge constituée par l'inaliénabilité. On exige ici du gratifié qu'il s'implique activement dans l'exécution de la charge ce qui n'était nullement obligatoire à propos de la mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité conventionnelle. Sous ces conditions, il sera possible de demander la révision judiciaire de la charge en question[5].

483. Concernant le régime juridique de cette révision des charges, on s'est demandé si la révision des charges devait nécessairement présenter un caractère judiciaire. Le juge administratif a répondu positivement à cette question[6]. Cependant, il semble difficile de prêter une portée absolue à cette jurisprudence administrative[7], tant la possibilité d'une révision amiable semble inéluctable lorsque la charge prend la forme d'une obligation personnelle du gratifié. En principe, il est toujours possible à ceux qui sont réciproquement

---

[1] Article 900-2 C.civ.

[2] Voir sur ce point la décision des juges du fond *in* Cass. Civ. 1ère, 10 juillet 1990, *Bull. civ.*, I, n° 192, " c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel (...) a retenu que l'intérêt du débiteur, bénéficiaire de la libéralité, de payer ses dettes, n'était pas plus important que celui des donateurs ".

[3] Article 900-2 C.civ.

[4] Article 900-5 al.2 C.civ.

[5] Il faut noter que la validité de la demande est, finalement, subordonnée à l'accomplissement d'une mesure de publicité prescrite à l'article 1 du Décret n° 84-943 du 19 octobre 1984.

[6] C.E., 19 février 1990, Commune d'Eguilles, décision n° 73923 82498, à propos des dispositions dorénavant codifiées aux articles L.2222-12 & suiv. du Code général de la propriété des personnes publiques, qui institue une procédure dont la parenté avec celle des articles 900-2 & suiv. C.civ. est évidente.

[7] M. GRIMALDI, *Les libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, n° 1413, p. 318.

créancier et débiteur de revenir conjointement sur le lien de droit qui les unit. En revanche, cet argument ne vaut que pour autant que la charge se présente comme une obligation personnelle.

Or si l'on a admis que l'inaliénabilité conventionnelle méritait d'être définie comme une charge[1], il est pourtant exclu qu'elle soit qualifiée d'obligation personnelle[2]. Par conséquent, il n'est pas question que par voie amiable, les supposés créancier et débiteur de l'inaliénabilité conventionnelle s'accordent pour la suspendre.

En revanche, il est parfaitement possible que le titulaire de l'action en nullité relative des actes contrevenant à la clause renonce à exercer son action[3]. Si cette suspension des effets de la clause est amiable, elle est surtout unilatérale, il n'est donc pas nécessaire au renonçant qu'il obtienne pour ce faire l'accord d'autrui. Cette renonciation unilatérale se distingue donc irrémédiablement d'une éventuelle révision amiable des charges, laquelle supposerait l'accord des deux parties. Ainsi, les effets de cette renonciation unilatérale et volontaire demeurent soumis au droit commun des nullités. En revanche, la révision des charges, elle, présente forcément un caractère judiciaire, ce qui permet de définir précisément les effets de cette révision.

2) Les effets de la révision judiciaire des conditions ou charges affectant les libéralités

484. Concernant l'inaliénabilité conventionnelle, les possibilités offertes au juge lors d'une procédure de révision judiciaire des conditions ou charges affectant une libéralité sont assez limitées. Certes, l'article 900-4 al. 1 C.civ. prévoit que le juge peut réduire la quantité ou la périodicité des prestations dues sous réserve du respect de la volonté initiale du disposant, mais cette disposition a surtout vocation à s'appliquer lorsque la charge constitue une obligation personnelle du gratifié. En elle-même, elle ne présente aucun intérêt pour la remise en cause d'inaliénabilité conventionnelle.

En revanche, l'article 900-4 al. 2 C.civ. dispose que le juge peut autoriser l'aliénation de tout ou partie des biens reçus " en ordonnant que le prix en sera employé à des fins en rapport avec la volonté du disposant ". Cette dernière disposition démontre que le législateur en 1984[4] a entendu étendre la possibilité de la révision judiciaire des charges à l'inaliénabilité au moins dans l'hypothèse où cette inaliénabilité est le support d'une affectation particulière

---

[1] Voir *supra* n° 477.
[2] Voir *supra* n° 64 & suiv.
[3] Sur ce point, voir *supra* n° 431 & suiv.
[4] Rappelons que les actuels articles 900-2 & suiv. C.civ résultent de la Loi n° 84-562 du 4 juillet 1984.

du bien[1]. Dans ce cas, les biens produits par l'éventuelle aliénation permise feront l'objet d'un remploi. Ce remploi maintient l'affectation que servait l'inaliénabilité. On s'aperçoit que cette dernière peut facilement être contournée par le juge si l'affectation voulue par le disposant est maintenue grâce au remploi du produit de l'aliénation.

485. Il faut aussi noter qu'il est possible que l'autorisation d'aliéner les biens en cause soit simplement partielle. Cette aliénabilité partielle, judiciairement prononcée, n'est envisageable que dans l'hypothèse où plusieurs biens ont été cumulativement déclarés inaliénables. Dans ce cas, évidemment, l'inaliénabilité se maintiendrait pour le surplus. En revanche, si l'inaliénabilité concerne un bien unique et qu'elle peut être, seule, révisée, on a du mal à concevoir la façon dont l'aliénation du bien pourrait être partielle.

En outre, concernant un unique bien inaliénable, l'exigence du remploi semble difficile à satisfaire. Peut-être que le juge imposerait ici que le produit de l'aliénation du bien, s'il subsiste après que le péril menaçant le grevé a été évité, soit lui-même inaliénable afin que l'exigence de remploi soit satisfaite[2]. Quoiqu'il en soit, il convient de relever qu'en toute hypothèse après une première demande en révision, le grevé doit attendre durant au moins dix ans de reformuler une nouvelle demande en révision[3] de la charge affectant la libéralité en cause.

---

[1] L'exigence du remploi des sommes tirées de la vente du bien montre qu'au delà de l'inaliénabilité du bien en question, le législateur avait en vue son affectation particulière qui est maintenue par l'exigence de ce remploi.

[2] A bien y réfléchir, un tel dénouement de la procédure de révision des charges semble bien peu probable dans la mesure où l'on ne voit pas comment le juge pourrait établir l'inaliénabilité du bien acquis en remplacement du bien inaliénable. En effet, seul l'acquéreur du bien et son auteur peuvent décider de le rendre inaliénable en stipulant une clause d'inaliénabilité dans l'acte d'acquisition. Par conséquent, la stipulation de cette inaliénabilité échappe totalement à l'empire du juge et cela d'autant plus qu'il ne dispose pas en principe du pouvoir suffisant pour rendre un bien inaliénable. Les seules inaliénabilités judiciaires existantes sont prononcées à l'occasion de procédures collectives, ce qui n'est évidemment pas le cas ici. Enfin, on remarquera pour finir que l'inaliénabilité résultant du remploi, prendra forcément la forme d'une inaliénabilité établie à l'occasion de l'acquisition à titre onéreux d'un bien : le remploi suppose la conversion de la somme d'argent résultant de l'aliénation du bien inaliénable en un nouveau bien lui aussi inaliénable. Cette nouvelle inaliénabilité ne devrait donc pas être justiciable de procédure de révision des charges affectant les *libéralités*. Cela laisse supposer que le " remploi " prévu servira l'affectation initiale du bien autrement que par le recours à une nouvelle inaliénabilité.

[3] Article 900-5 al.1 *in fine* C.civ.

Conclusion de la section I

486. Loin d'être inéluctable pour celui qui la subit, la restriction au droit de disposer qu'est l'inaliénabilité peut, dans certains cas, être remise en cause volontairement. Encore faut-il précisément délimiter le domaine de mise en œuvre de ces procédures.

Cette délimitation doit s'opérer conformément à la nature spécifique des restrictions au droit de disposer. Manifestant l'emprise d'une norme sur la relation d'appartenance unissant une personne à l'un de ses biens, le bien inaliénable, la restriction au droit de disposer est un mécanisme qui échappe aux volontés individuelles. Ainsi, ce qu'une norme a établi ne peut être remis en cause sur le fondement d'une simple manifestation de volonté individuelle. Du point de vue de son établissement comme de sa remise en cause, la restriction au droit de disposer nécessite une norme.

Cela signifie que les procédures d'inefficacité des restrictions au droit de disposer doivent faire l'objet de prévisions normatives qui ne peuvent être étendues au-delà du domaine pour lequel elles ont été initialement prévues[1].

487. En l'absence de procédure générique permettant d'obtenir la remise en cause d'une restriction au droit de disposer, chacune des procédures existantes ne peut être mise en œuvre qu'à l'encontre de la restriction au droit de disposer pour laquelle elle a été prévue[2]. Ainsi, la seule procédure d'inefficacité existante concernant une inaliénabilité légale ne peut être mise en œuvre que dans le cadre de l'article L. 642-9 C.com. pour laquelle elle a été prévue[3].

488. De la même manière, concernant les inaliénabilités permises, il apparaît que seule l'inaliénabilité stipulée dans une libéralité peut être remise en cause, soit par la voie de la procédure d'une procédure de mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité soit par la voie d'une procédure judiciaire de révision des charges affectant les libéralités.

489. La procédure de mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité stipulée dans les libéralités doit être requise par le donataire ou le légataire à la condition qu'il soit une personne physique. Ainsi cette procédure n'est pas du ressort des personnes morales ou des créanciers du gratifié. Pour qu'elle soit mise en œuvre, il est nécessaire de faire la démonstration de la

[1] Voir *supra* n° 459 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 463.
[3] Voir *supra* n° 459.

disparition de l'intérêt légitime venant au soutien de la clause soit que celui-ci ait cessé soit qu'un intérêt plus important l'ait supplanté[1].

Cette procédure produit des effets radicaux puisque la mainlevée de l'inaliénabilité met fin à la restriction au droit de disposer. La relation d'appartenance est donc pleinement reconstituée ce qui signifie que le bien auparavant inaliénable et insaisissable devient aliénable et saisissable[2].

490. La procédure de révision des charges affectant les libéralités peut elle aussi conduire à la remise en cause pour l'avenir d'une clause d'inaliénabilité. Cette procédure est ouverte à tout gratifié après un délai de dix ans à compter de la libéralité. Pour recourir à cette procédure, il suffit de prouver que le maintien de la charge est devenu extrêmement dommageable ce qui permet au gratifié d'obtenir une révision de l'inaliénabilité s'il est dans l'impossibilité de payer ses créanciers[3].

A l'issue de cette procédure, il peut être ordonné un remploi du produit des biens inaliénables ce qui permet, le cas échéant, de maintenir l'affectation servie par la clause d'inaliénabilité[4].

491. La remise en cause de l'inaliénabilité conventionnelle permet donc d'éviter que le gratifié ne souffre d'une inaliénabilité qui lui serait devenue insupportable. Pour éviter les abus, les procédures existantes sont tout de même entourées de conditions strictes. De la rigueur de ces conditions, il ne faut donc pas déduire que les restrictions au droit de disposer sont dotées d'une efficacité absolue, et si celui qui les subit peut s'en défaire, celui qui les espère peut parfois en être privé !

[1] Voir *supra* n° 468 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 472 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 478 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 483 & suiv.

Section II. L'inefficacité subie de l'inaliénabilité

492. En dehors des hypothèses finalement assez restreintes dans lesquelles l'inaliénabilité qui accompagne une libéralité peut parfois être volontairement remise en cause, il se peut qu'une restriction au droit de disposer ne produise pourtant pas l'intégralité des effets auxquels on pouvait s'attendre.

Cette remarque nécessite une précision quant aux effets attendus de la restriction. Si l'on revient à la définition du mécanisme, on s'aperçoit qu'en raison de l'atteinte au droit de disposer, l'effet principalement attendu de la restriction sera la prohibition de tous les actes translatifs volontaires du bien inaliénable[1]. Une restriction inefficace laissera se réaliser un acte qui avait toutes les chances de demeurer prohibé.

Par conséquent, il ne s'agit ici que d'étudier les cas où un acte que l'on supposait prohibé par la restriction sera malgré tout efficace. Il n'est donc pas question d'étudier les actes juridiques qui demeurent possibles[2] en présence d'une restriction au droit de disposer. Ces derniers loin de témoigner de l'inefficacité de la restriction ne sont en réalité que la manifestation spécifique du mécanisme de la restriction au droit de disposer. Elle demeure indifférente à la conclusion de certains actes juridiques tels que la constitution de droits réels[3].

493. Seront donc ici étudiés les seuls actes translatifs du bien objet de la restriction qui sont normalement prohibés par les restrictions au droit de disposer. Deux séries de cas se distinguent. Premièrement, il se peut que l'acte litigieux subsiste car la restriction a disparu, il s'agira donc ici d'envisager la question de la cessation de l'inaliénabilité (§1). Cependant un acte translatif peut aussi parfois produire effet alors même que la restriction qui le prohibe demeure (§2).

§1: La cessation de l'inaliénabilité

494. La cessation de l'inaliénabilité peut avoir plusieurs causes. Au nombre celles-ci, il faut envisager en premier lieu l'hypothèse particulière de la caducité de la restriction au droit de disposer. Traditionnellement, la caducité d'une institution résulte de la disparition d'une de

---

[1] Voir *supra* n° 333 & suiv.
[2] Pour les actes juridiques relatifs aux droits inaliénables, voir *supra* n° 350 & suiv., quant aux actes juridiques relatifs à la mise en œuvre du droit inaliénable, voir n° 371 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 383 & suiv.

ses conditions de validité[1]. Concernant les restrictions au droit de disposer, l'étude de la caducité impose donc d'isoler les restrictions nécessitant des conditions de validité susceptibles de disparaître. *A priori*, seules les restrictions volontaires semblent soumises à des conditions de validité particulières qui pourront être autant de causes de caducité entrainant la disparition de l'inaliénabilité (A).

Si la caducité ne sanctionne que la disparition d'une des conditions de validité de l'inaliénabilité, disparition inconcevable pour les inaliénabilités prescrites, toutes les restrictions au droit de disposer cessent lorsque la relation d'appartenance dont elles manifestaient l'amputation vient à disparaître. La mort de celui qui subit la restriction au droit de disposer est en effet une cause générique de disparition de l'inaliénabilité (B).

A) La caducité, cause spécifique de disparition des inaliénabilités volontaires

495. La caducité supposant la disparition d'une des conditions de validité de la restriction au droit de disposer, celle-ci ne peut concerner que les inaliénabilités permises, celles dont la survenance est suspendue à la conclusion d'un acte juridique qui devra satisfaire des conditions de validité particulières.

S'agissant d'inaliénabilités choisies, on songe alors naturellement aux clauses statutaires d'incessibilité des actions de S.A.S.[2] et aux clauses d'inaliénabilité[3]. Ces deux types de restrictions au droit de disposer doivent être temporaires[4]. Cependant, on imagine difficilement que cette condition de validité puisse " disparaître ". Ou la restriction est temporaire, auquel cas elle est valide, ou elle ne l'est point et le juge annulera la clause.

Concernant la nécessité d'inclure ces clauses dans un acte translatif de droit, condition implicite de validité[5], le constat n'est pas différent. Soit l'acte contenant la clause est translatif, soit il ne l'est pas. Dans le premier cas, la clause est valable et dans le second, elle ne l'est point !

496. Finalement, la seule condition de validité à même de disparaître après la stipulation de la restriction est l'exigence d'un intérêt sérieux et légitime. Fondée sur l'article 900-1 C.civ.,

---

[1] Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, n° 82, p. 98.
[2] Article L. 227-13 C.com.
[3] Article 900-1 C.civ.
[4] Sur cette condition de validité, voir *supra* n° 40 & suiv., et *supra* n° 219 & suiv.
[5] Sur le sens de cette condition, voir *supra* n° 246 & suiv.

cette exigence est spécifique aux clauses d'inaliénabilité contenues dans un acte translatif à titre onéreux[1] ou à titre gratuit[2].

En principe la disparition de l'intérêt sérieux et légitime venant au soutien de la clause d'inaliénabilité rend cette dernière justiciable d'une action en mainlevée de l'inaliénabilité[3]. Pourtant la Cour de cassation par un arrêt du 13 avril 1992[4] a admis que le décès du bénéficiaire de l'inaliénabilité, il faut entendre par là le décès de celui dont l'intérêt justifiait le maintien de la clause, privait cette dernière d'efficacité. Les héritiers de ce dernier n'étaient donc pas fondés à obtenir la nullité de l'acte que réclamait leur auteur. En l'espèce la clause d'inaliénabilité assurait au bénéficiaire l'exercice paisible d'un droit viager, une rente. Par conséquent, deux séries de cas doivent être distingués selon que le droit dont la clause assure l'exercice paisible est viager ou non.

497. Dans l'hypothèse d'un droit viager, la mort de son titulaire entraîne l'extinction du droit en cause. Si l'action en nullité réclamée par l'auteur ne peut pas être poursuivie par ses héritiers, il faut en déduire, *a fortiori*, que ceux-ci seraient mal fondés à se prévaloir de la nullité d'un acte, contrevenant à l'inaliénabilité, que leur auteur n'aurait même pas invoquée[5]. En effet, le droit viager ayant disparu, on ne concevrait pas que l'action en nullité puisse être

---

[1] Sur cette possibilité, voir *supra* n° 272 & suiv.

[2] Il s'agit de l'hypothèse-type de clause d'inaliénabilité, envisagée par l'article 900-1 C.civ.

[3] L'article 900-1 al. 1 C.civ. dispose que " le donataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui justifiait la clause a disparu (...) ".

[4] Cass. Civ. 1ère, 13 avril 1992, *Bull. civ.*, I, n° 123. Sur cette décision, voir Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, n° 138 & suiv.

[5] Voir en ce sens, C.A. Nîmes, 16 janvier 2007, *Droit et procédures*, 2007, p. 290 & suiv., obs. crit. C. SCORDOPOULOS. Dans cette décision d'appel, il a été décidé qu'un commandement valant saisie pouvait avoir pour objet un bien frappé par une clause d'inaliénabilité dès lors " qu'à la date de publication du commandement l'inaliénabilité avait pris fin ". En l'espèce, l'inaliénabilité protégeait l'intérêt de la donatrice, bénéficiaire d'un droit de retour ayant pour objet le bien inaliénable, objet de la donation. Il est évident que ce droit de retour n'avait plus aucun intérêt à compter du décès de la donatrice. Par conséquent, contrairement à ce qu'affirme l'auteur de la note, les juges d'appel, loin de statuer sur la validité de la clause, n'ont fait que constater que cette dernière avait pris fin. Au regard des principes gouvernant la compétence du juge des criées lors d'une saisie immobilière, la décision aurait sans doute encouru une juste critique si ce magistrat s'était arrogé le droit d'apprécier la validité de la clause au regard des conditions de l'article 900-1 C.civ. De la même manière, on aurait sans doute pu lui reprocher de prononcer la mainlevée de la clause s'il avait simplement constaté qu'un intérêt supérieur l'exigeait. Il en aurait été de même si un doute avait pu subsister quant à l'éventuelle disparition de l'intérêt venant en soutien de la clause. Dans ces deux derniers cas, le juge des criées aurait alors mis en œuvre la procédure de mainlevée judiciaire de la clause prévue par l'article 900-1 C.civ. alors que cette procédure n'est point de son ressort. Il n'est pas question de cela dans l'arrêt. Par ailleurs, la validité du commandement de saisie ayant pour objet un bien frappé par une clause d'inaliénabilité devenue caduque semble particulièrement opportune. En effet, la procédure de mainlevée de l'inaliénabilité ne peut être mise en œuvre que par celui qui subit cette dernière, à l'exclusion de ses créanciers ou du liquidateur s'il fait l'objet d'une procédure collective. Par conséquent, dans notre hypothèse de caducité de la clause, requérir la mise en œuvre d'une procédure de mainlevée judiciaire aurait permis au bénéficiaire de maintenir hors de portée de ses créanciers un bien dont l'inaliénabilité et l'insaisissabilité corrélative auraient dû cesser à compter de la disparition de l'intérêt protégé par la clause.

exercée afin de garantir l'exercice d'un droit qui n'existe plus. En l'espèce, la clause protégeait l'intérêt du droit viager dont bénéficiait le donateur[1].

Quant à son domaine, cette cause de caducité vaut naturellement pour cet autre cas où l'intérêt justifiant la clause n'est pas celui du titulaire de la propriété inaliénable, lorsque la clause protège l'intérêt d'un tiers[2]. Par conséquent, si la clause protège le droit viager d'un tiers[3], le décès de ce dernier prive la clause d'intérêt. Les héritiers de ce dernier n'auraient aucun intérêt à se prévaloir de la nullité d'un acte contrevenant à une inaliénabilité protégeant un droit qui n'existe plus ! Ainsi, la clause d'inaliénabilité est caduque lorsque l'intérêt qui la soutenait était celui du titulaire d'un droit viager[4].

498. Mais il se peut aussi que la clause d'inaliénabilité protège l'intérêt du titulaire d'un droit établi à temps. Ce titulaire peut être soit le donateur soit un tiers. Ce droit établi à temps peut indifféremment être un droit personnel ou un droit réel. Mais ce droit est forcément temporaire. En effet, s'il s'agit d'un droit personnel, il ne peut être que temporaire en raison de la prohibition des engagements perpétuels[5]. En revanche, s'il s'agit d'un droit réel, il est lui aussi temporaire puisque tous les droits réels autres que la propriété sont temporaires en raison de la vocation de cette dernière à se reconstituer[6]. En outre, rappelons que la clause qui protège l'exercice de ce droit est elle-même forcément temporaire sous peine d'être invalidée par le juge[7]. Puisque le droit dont l'exercice est protégé par la clause d'inaliénabilité est temporaire, on peut en déduire que le caractère temporaire de cette dernière est respecté.

Ce droit temporaire, peut être l'objet d'une ou plusieurs dévolutions successorales avant de disparaître par l'écoulement du temps. De la même manière, il peut être cédé sans pour

---

[1] Sur cette hypothèse, voir *supra* n° 30.
[2] Sur cette possibilité, voir *supra* n° 29.
[3] En pratique, une telle situation peut se rencontrer si la clause d'inaliénabilité est contenue dans une libéralité par laquelle le disposant gratifie une personne de l'usufruit viager d'une chose et une autre personne de la nue-propriété inaliénable de cette chose.
[4] Ce titulaire d'un droit viager peut donc être l'auteur initial de la libéralité ou un tiers.
[5] Sur laquelle, voir *supra* n° 41 & suiv. Concernant un éventuel droit personnel garanti par la clause, il faut ici relever qu'un tel droit devrait forcément avoir pour débiteur le propriétaire subissant l'inaliénabilité puisque dans notre hypothèse, l'inaliénabilité garantit le droit personnel. Si ce droit n'est pas établi à temps, le débiteur bénéficiera donc d'un droit de résiliation unilatérale. La mise en œuvre de cette prérogative le libèrera donc de l'inaliénabilité.
[6] Sur ce principe, voir P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Thèse Paris II, Préf. M. GOBERT, L.G.D.J., 1995, n° 98. Voir de même *supra* n° 99 & suiv. et les références citées. On exceptera ici le cas des servitudes, droits réels ayant vocation à la perpétuité, dès lors que l'inaliénabilité d'un droit de propriété en considération de la servitude qui frappe l'objet de ce droit de propriété demeure hypothétique.
[7] Il s'agit d'une exigence posée par l'article 900-1 C.civ.

autant perdre son caractère temporaire[1]. Tous les acquéreurs du droit temporaire bénéficieront donc de la possibilité d'intenter l'action en nullité de tout acte qui contreviendrait à l'inaliénabilité établie en faveur du titulaire de ce droit temporaire. En revanche, passée la période pour laquelle il a été prévu, ce droit temporaire disparaîtra, comme il avait été initialement convenu. La clause d'inaliénabilité perdra donc à cet instant l'intérêt qui la justifiait.

De la même manière, toute action en nullité intentée alors que le droit temporaire existait encore cessera dans les mêmes conditions que celles prévues dans l'arrêt du 13 avril 1992[2] lorsque le droit temporaire disparaîtra.

499. Au-delà de la disparition de l'intérêt qui venait au soutien de la clause d'inaliénabilité, on comprend que l'écoulement du temps est parfois incompatible avec le maintien de la restriction au droit de disposer. Forcément temporaire, la restriction au droit de disposer, lorsqu'elle est permise, doit cesser un jour ou l'autre. Par conséquent, la caducité de la clause d'inaliénabilité en raison de la disparition de l'intérêt qui venait au soutien de celle-ci n'est qu'une anticipation sur la disparition de l'inaliénabilité qui devait se produire à l'issue du délai forcément limité pour lequel elle avait été prévue.

L'écoulement du délai initialement fixé est donc lui aussi une cause spécifique de cessation des restrictions au droit de disposer que sont les clauses d'inaliénabilité et les clauses statutaires d'incessibilité des actions de S.A.S.

Ces différentes hypothèses de caducité ne valent pourtant qu'en raison de l'existence de conditions de validité particulières de ces inaliénabilités volontaires. Les inaliénabilités involontaires y échappent puisqu'elles résultent directement du commandement d'une norme. Cependant, cela n'a jamais signifié que les inaliénabilités involontaires fussent éternelles. Ainsi l'inaliénabilité des biens inclus dans un plan de cession tant que le prix de cession n'a pas été payé[3] cesse-t-elle lorsque le cessionnaire s'acquitte de la dette.

---

[1] Sur cette possibilité, voir *supra* n° 427.

[2] Cass. Civ. 1ère, 13 avril 1992, *Bull. civ.*, I, n° 123, sur lequel, voir *supra* n° 496 & suiv.

[3] Cette inaliénabilité est prévue par l'article L. 642-9 al. 1 C.com. Sur cette inaliénabilité, voir *supra* n° 217. Evidemment, lorsque qu'une inaliénabilité prescrite est établie à temps, elle cesse à l'issue du délai pour lequel elle a été prévue. Cela vaut naturellement pour les inaliénabilités judiciaires prescrites à l'occasion des procédures collectives comme l'inaliénabilité judiciaire des biens inclus dans plan de cession (article L. 642-10 C.com., sur lequel, voir *supra* n° 223) ou l'inaliénabilité judiciaire des biens inclus dans un plan de continuation (article L. 626-14 C.com., voir *supra* n° 223.)

Par ailleurs, en raison de leur qualification de restrictions au droit de disposer, toutes les inaliénabilités souffrent de la survenance d'un évènement inéluctable : la mort de celui qui subit la restriction.

B) La mort, cause générique de disparition de l'inaliénabilité

500. La question posée est ici d'une grande simplicité, quelle est l'influence de la mort du titulaire d'un droit incessible ou inaliénable ? Cette question n'a, à notre connaissance, pas été envisagée en jurisprudence. On peut sans doute le justifier par l'évidence de la solution. Celle-ci explique sans doute pourquoi la doctrine ne semble pas s'en être préoccupée[1].
La question n'est pourtant pas dénuée d'intérêt. S'agissant par exemple d'une clause d'inaliénabilité, le caractère temporaire de cette dernière ne signifie pas qu'en pratique l'inaliénabilité cessera avant le décès du titulaire du droit incessible. Si le décès se produit avant la cessation prévue de l'inaliénabilité, il importe de savoir si les héritiers recueilleront un droit incessible. Il semble que la solution contraire soit préférable. Elle seule est en accord avec la qualification de restriction au droit de disposer.

501. Le droit de disposer est l'une des prérogatives que confère l'appartenance, cette relation qui unit une personne à chacun de ses biens qui sont ses droits, lesquels figurent à l'actif de son patrimoine. Ce droit de disposer, élément de l'appartenance, figure les multiples possibilités pour la personne d'aliéner le bien qu'il a pour objet. Qu'il s'agisse d'une aliénation à titre gratuit ou d'une aliénation à titre onéreux, toutes les aliénations que la personne peut volontairement souhaiter sont englobées dans ce droit de disposer. En raison de l'appartenance du bien à la personne, ses créanciers peuvent saisir le bien et se l'approprier[2] ou le faire vendre afin d'en extraire la valeur pour se désintéresser[3].

502. Ce droit de disposer peut être restreint, par l'effet d'une norme qui va redéfinir la relation d'appartenance existant entre une personne et un de ses biens[4]. Lorsque la personne disparaît, le raisonnement en termes de droit de disposer n'a plus d'intérêt. Ce raisonnement

---

[1] Voir cependant, Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 86 & suiv. L'auteur envisage ici essentiellement la transmission des biens du domaine public en raison de l'absorption d'une personne publique. Sa définition de l'indisponibilité par l'affectation qu'elle sert devrait d'ailleurs le conduire à admettre comme principe général celui de la transmission de l'indisponibilité dès lors que l'affectation initiale conserve un intérêt.
[2] Il s'agit ici de l'hypothèse particulière où une procédure civile d'exécution confère la titularité d'un droit au créancier saisissant. C'est notamment le cas en ce qui concerne la saisie-attribution des créances de sommes d'argent, réglementée aux articles 42 & suiv. de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991.
[3] Voir *supra* n° 117.
[4] Sur cette question, voir *supra* n° 124 & suiv.

qui résultait de la contemplation d'une situation pratique bien particulière, n'a aucune raison d'être repris lorsque les circonstances ont été modifiées par le décès de la personne[1].

C'est la raison pour laquelle, à l'article 537 du Code civil, qui proclame la liberté de disposer de la personne, de son vivant, fait pour écho, à compter de sa mort, l'article 721 du Code civil qui dispose que la dévolution des biens du défunt est opérée par la loi et éventuellement par la volonté. La liberté de disposer du défunt n'a plus l'alibi de sa présence physique, elle n'est donc prise en compte que de façon strictement encadrée[2]. Il n'est donc plus question de raisonner en termes d'appartenance[3]. Seules comptent désormais les dispositions de la loi en matière de dévolution successorale[4]. Dès lors que ces dernières ne prévoient pas le maintien des restrictions au droit de disposer, il faut admettre que celles-ci disparaissent[5]. Les exceptions à ce principe devront être expresses et à vrai dire, il ne semble pas qu'il en existe véritablement !

---

[1] L'appartenance n'est qu'une simple grille de lecture qui paraît utile pour comprendre un certain nombre de phénomènes concrets au premier chef desquels figure la curieuse ressemblance existant entre toutes les hypothèses dans lesquelles une personne est privée de la possibilité de céder un de ses biens, qu'il s'agisse d'une créance, d'un droit réel ou d'un droit de propriété. Cette curieuse ressemblance fait d'ailleurs écho au principe commun gouvernant la cession de chacun des biens de la personne : la liberté proclamée par l'article 537 C.civ. Se réclamant de la méthode phénoménologique en ce qu'elle résulte simplement de l'observation de phénomènes pratiques, cette grille de lecture ne peut être étendue au-delà des phénomènes qu'elle justifie. Par conséquent, elle perd toute sa légitimité lorsqu'elle est utilisée pour décrire des situations objectivement distinctes de celles desquelles elle a été inférée. Or la théorie de l'appartenance ne sert qu'à décrire l'hypothèse dans laquelle une personne tente de transférer une chose à autrui. Sur ce point, voir *supra* Introduction, n° XV. A compter du décès de la personne, la situation observée est radicalement différente puisque la personne n'est plus objectivement présente pour pouvoir prétendre transférer une chose. Notre grille de lecture perd donc une bonne part de sa légitimité.

[2] Voir déjà, l'article 721 al. 2 C.civ. qui dispose que les libéralités, manifestations de volonté du défunt, ne sont prises en compte que dans la mesure où elles sont " compatibles avec la réserve héréditaire ".

[3] Comp. sur la liberté de tester, M. XIFARAS, *La propriété - Etude de philosophie du droit*, P.U.F., 2004, p. 124, " La liberté de transmettre à cause de mort ne relève pas du même registre que celle de détruire : elle entre dans la catégorie " des facultés de faire tous les actes juridiques dont la chose est légalement susceptible " (...) ". Si la première proposition nous semble incontestable, la seconde ne l'est pas. La vente d'une " chose " du point de vue du " propriétaire " n'a guère de point commun avec le legs de celle-ci.

[4] Voir sur ce point, ACHARD, *Les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors des cas prévus par la loi*, Thèse, Grenoble, 1910, p. 90, s'interrogeant sur le sort des clauses d'inaliénabilité frappant des biens inclus dans la réserve héréditaire, l'auteur opte pour leur inefficacité, " on sait en effet que vis à vis des héritiers réservataires, la faculté de disposer du de cujus (*sic*) ; c'est en réalité de la loi elle-même que les ascendants ou les descendants tiennent les biens composant la réserve ; elle doit être à leur entière disposition. " *Contra* voir, D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 263, note de bas de page 3, l'auteur estime que " l'intangibilité de la réserve vise sa consistance (souligné par l'auteur) et non l'exercice (*idem*) du droit du réservataire. "

[5] Comp. ACHARD, *Les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors des cas prévus par la loi*, Thèse, Grenoble, 1910, p. 91, l'auteur propose de distinguer selon que l'intérêt servi par la clause disparaît ou non lors du décès de celui qui supportait l'inaliénabilité. Le raisonnement de cet auteur peut toutefois être contesté dans la mesure où la question de la transmissibilité aux héritiers de la clause d'inaliénabilité semble devoir être résolue en premier lieu en terme de technique juridique, il s'agit alors de se demander si la clause peut être " transmise " aux héritiers. Ensuite seulement, il convient de se demander s'il est véritablement opportun de leur transmettre la clause.

503. Les restrictions au droit de disposer, parce qu'elles ne concernent que l'appartenance n'ont donc plus aucune légitimité à compter du décès de la personne. Par conséquent, l'inaliénabilité d'un bien cesse à compter de la mort du titulaire de ce bien. Les héritiers n'ont donc en aucune façon à souffrir des restrictions au droit de disposer dont souffrait leur auteur[1].

Une illustration de ce principe peut être trouvée si l'on songe ici à une clause d'inaliénabilité établie en faveur du gratifié dans le but de le protéger d'une aliénation irréfléchie jusqu'à ses quarante-cinq ans, le disposant initial ayant estimé qu'à cet âge le gratifié serait responsable. Le gratifié décède alors qu'il n'a que quarante ans, laissant alors un seul enfant âgé de dix-huit ans. Si l'on songe que la clause avait pour intérêt de protéger le *de cujus* contre lui-même, rationnellement, rien ne permet de dire que son fils est plus responsable que lui. A bien suivre la volonté du disposant initial, il faudrait que l'héritier reçoive alors un bien frappé d'inaliénabilité jusqu'à ces quarante-cinq ans. Mais une telle solution manifesterait une emprise démesurée de la volonté du disposant initial sur le caractère aliénable du bien donné au *de cujus*. Il faut donc que l'héritier reçoive un bien parfaitement aliénable car l'inaliénabilité aura cessé avec la mort de celui qui la subissait.

504. On peut formuler une justification d'ordre juridique à la cessation de l'inaliénabilité en cas de mort. En effet, on sait que l'inaliénabilité ne peut jamais grever les biens inclus dans la réserve héréditaire. Cette opinion ancienne[2] n'est nullement contestée[3]. Ce que le disposant ne peut faire pour le gratifié, on conçoit aisément qu'il ne puisse pas non plus le faire pour les héritiers de ce dernier. Ainsi les biens du gratifié doivent être transmis à sa mort libres de toute charge imposée par le disposant initial[4].

Admettre la transmission de l'inaliénabilité aux héritiers imposerait d'inclure les biens inaliénables dans la quotité disponible des biens que le gratifié laisse à sa mort. Par conséquent, la transmission de l'inaliénabilité aux héritiers du gratifié signifierait que le

---

[1] Bien évidemment, le défunt a pu organiser de nouvelles restrictions au droit de disposer par la voie de donations, avant sa mort, ou de legs réalisés par testament.

[2] Voir en ce sens, catégorique, VASILESCO, *Des clauses d'inaliénabilité - De leur validité et de leurs effets*, Thèse, Paris, 1920, p. 75.

[3] Voir sur ce point, M. GRIMALDI, *Successions*, Droit civil, Litec, 6ème édition, 2001, p. 333, n° 335 et les références citées, faisant état d'une jurisprudence constante.

[4] Comp. VASILESCO, *Des clauses d'inaliénabilité - De leur validité et de leurs effets*, Thèse, Paris, 1920, p. 133, l'auteur estime que la clause peut poursuivre ses effets à l'égard des héritiers du gratifié, lorsque, initialement, elle servait les intérêts du donateur. Cette opinion est contestable en ce qu'elle pourrait aboutir à ce que la clause d'inaliénabilité grève la réserve dont pourraient se prévaloir les héritiers du gratifié au titre de la dévolution de la succession de ce dernier.

disposant initial dispose du pouvoir exorbitant de composer la quotité disponible du gratifié ! Cela ne se peut.

Il est plus sage d'en conclure que la mort de celui qui souffrait une restriction au droit de disposer est une cause générique de cessation des restrictions au droit de disposer. Il n'y a pas lieu d'opérer une distinction selon que la restriction est volontaire ou non puisque toutes fonctionnent sur un schéma identique, l'atteinte à la relation d'appartenance, la remise en cause du droit de disposer.

505. L'efficacité dans le temps des restrictions au droit de disposer est donc parfois profondément limitée, lorsque celui qui la subit décède avant qu'elle ne cesse. En dehors de cette hypothèse, il peut advenir qu'un acte contraire à une telle restriction produise malgré tout effet, réduisant au moins ponctuellement cette dernière à l'inefficacité.

§2: L'inefficacité ponctuelle de l'inaliénabilité

506. L'inefficacité ponctuelle de l'inaliénabilité suppose qu'un acte prohibé par la restriction[1], donc un acte translatif, produise l'intégralité de ses effets. Pourtant, en principe, l'existence d'une restriction au droit de disposer fait obstacle à ce qu'un transfert du bien concerné se produise. Ce transfert s'opère nécessairement au profit d'un tiers[2]. Consécutivement à ce transfert, un tiers opposera donc à celui qui prétend bénéficier de la restriction que le bien litigieux dorénavant lui appartient. On s'aperçoit ainsi que l'étude de l'inefficacité subie des restrictions au droit de disposer revient en réalité à s'interroger sur les rapports juridiques susceptibles de s'établir entre les tiers et les biens concernés.

Traditionnellement l'étude des droits des tiers sur un bien fait l'objet d'un traitement différencié selon que l'objet des droits en question est immobilier ou mobilier. Ainsi convient-il de distinguer à propos de l'inefficacité subie des restrictions au droit de disposer selon qu'elle a lieu en matière immobilière (A) ou mobilière (B).

A) L'inefficacité des restrictions au droit de disposer en matière immobilière

507. En matière immobilière, la question des droits relatifs à une chose dépend essentiellement des règles de la publicité foncière telles qu'elles résultent du Décret n° 55-22

[1] Voir *supra* n° 333 & suiv.

[2] Sur la définition du transfert et la nécessaire reconstitution d'une nouvelle relation d'appartenance, voir *supra* n° 334.

du 4 janvier 1955. Il s'agira donc dans un premier temps de préciser en quoi la publicité foncière peut contrecarrer les effets normaux des restrictions au droit de disposer.

Une fois précisés les effets potentiels de la publicité foncière (1), notre étude ne serait pas complète sans la détermination effective de son incidence en matière de restrictions au droit de disposer. La détermination des effets réels de la publicité foncière (2) sur ces restrictions sera l'occasion de délimiter le domaine des règles de la publicité foncière applicables à ces restrictions.

1) Les effets potentiels de la publicité foncière

508. Les effets potentiels de la publicité foncière sur les restrictions au droit de disposer présentent un caractère spécifique (b). Cette spécificité ne peut être correctement appréhendée que par rapport aux effets traditionnels de la publicité foncière (a), qu'il convient de détailler en premier lieu.

a) Les effets traditionnels de la publicité foncière

509. Les règles de la publicité foncière ont pour vocation première de trancher la question de l'opposabilité des droits réels immobiliers, qui constituent l'un des types de biens composant le patrimoine d'une personne. L'article 28-1° de ce Décret requiert la publicité des actes constatant entre vifs mutation ou constitution de droits réels immobiliers autres que privilèges et hypothèques[1].

La sanction de cette publicité obligatoire est prévue à l'article 30-1 al.1 du même Décret. Ainsi les actes visés à l'article 28-1° et non publiés sont-ils inopposables aux tiers pouvant se prévaloir de droits soumis aux mêmes exigences de publication si ces derniers ont effectué les formalités requises. Par ailleurs, les actes non publiés sont inopposables à ceux qui, bénéficiant de droits soumis à cette exigence de publication, l'auraient antérieurement satisfaite. Le défaut de publicité est donc sanctionné de la même façon que la publicité tardive[2].

510. L'inopposabilité que prévoit cette disposition ne peut être invoquée que par une catégorie bien définie de personnes[3]. Les tiers au sens de la publicité foncière sont ceux qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes

---

[1] Article 28-1° a) du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955.

[2] Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière,* Précis, Dalloz, 4ème édition, n° 739.

[3] M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel*, Thèse Paris II, Préface P. RAYNAUD, Economica, 1989, n° 220, p. 192.

ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ceux qui ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques[1].

Naturellement, ceux qui ne sont pas assujettis à cette obligation de publicité, ne peuvent reprocher au titulaire d'un droit réel immobilier sa négligence dans la publication de celui-ci. Ainsi les créanciers chirographaires du propriétaire d'un immeuble perdent-ils leur droit de saisir le bien en cause lorsque le propriétaire a cédé le bien sans que cette cession fasse l'objet d'une publication dans les formes requises[2]. L'acquéreur dispose d'un droit de propriété opposable à tous ceux qui n'étaient pas tenus de faire publier leurs droits sur l'immeuble.

511. La sélection des tiers autorisés à se prévaloir du défaut de publicité répond à un impératif de sécurité juridique. Le caractère occulte du transfert *solo consensu* de la propriété et des autres droits réels nuit en premier lieu à tous ceux qui bénéficieraient de droits équivalents, concurrents du droit transmis de façon occulte[3].

Rapidement, on a compris le profit que pourraient tirer les créanciers hypothécaires et les acquéreurs de l'immeuble d'un système efficace de publicité. Ce n'est donc pas un hasard si en réaction au caractère occulte du statut immobilier sous l'Ancien Régime[4], le droit révolutionnaire a en premier lieu organisé la publicité des hypothèques et des transferts de propriété[5]. Le temps passant, malgré le retour en arrière opéré par le Code civil[6], il fut vite relevé que le caractère occulte de la transmission de droits réels ne nuisait pas qu'aux autres titulaires de droits réels consentis sur le même immeuble par le même auteur. Ainsi la possibilité de se prévaloir du défaut de publication sanctionné par l'inopposabilité a-t-elle été étendue aux bénéficiaires de baux de longue durée[7] et à tous les créanciers bénéficiant d'un droit réel accessoire sur l'immeuble[8].

---

[1] Article 30-1 al.1 du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955.

[2] S. PIEDELIEVRE, *La publicité foncière*, Traité de droit civil, Dir. J. GHESTIN, L.G.D.J., 1ère édition, 1999, n° 425, p. 252.

[3] M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel*, Thèse Paris II, Préface P. RAYNAUD, Economica, 1989, n° 202, p. 180.

[4] Voir sur cette question, S. PIEDELIEVRE, *La publicité foncière*, Traité de droit civil, Dir. J. GHESTIN, L.G.D.J., 1ère édition, 1999, n° 9 & suiv.

[5] Cela résulte respectivement des Lois du 9 Messidor An III et du 11 Brumaire An VII, sur lesquelles, S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 12 & suiv.

[6] Sur l'insuffisance du système transactionnel choisi par les rédacteurs du Code civil, voir M. GOBERT, La publicité foncière française, cette mal-aimée, *Etudes J. FLOUR*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 209.

[7] Loi du 23 mars 1855, sur laquelle voir S. PIEDELIEVRE, *La publicité foncière*, Traité de droit civil, Dir. J. GHESTIN, L.G.D.J., 1ère édition, 1999, n° 18.

[8] Ce fut l'un des apports du Décret du 4 janvier 1955 que de soumettre à l'exigence de publication les anciennes hypothèques légales occultes ainsi que les privilèges immobiliers spéciaux, S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 22.

Parallèlement cette extension de la possibilité d'invoquer le défaut de publication s'accompagnait d'une extension du domaine de l'obligation de publicité[1] puisque seuls sont protégés ceux qui sont obligés !

512. Cette extension a eu pour conséquence que les règles de publicité foncière ont maintenant vocation à résoudre non plus seulement les conflits de droits réels concurrents sur un même immeuble mais les conflits de droits[2] sur un même immeuble. Cependant, malgré l'extension de la catégorie des tiers autorisés à se prévaloir du défaut de publication d'un acte, les droits soumis à publication restent, même sans publicité, opposables à ceux qui ne rentrent pas dans cette catégorie. Les règles gouvernant la publicité des restrictions au droit de disposer sont bien moins certaines.

b) Les effets spécifiques de la publicité foncière en matière de restrictions au droit de disposer[3]

513. L'article 28-2° du Décret du 4 janvier 1955 impose la publicité obligatoire[4] des " actes entre vifs dressés distinctement pour constater des clauses d'inaliénabilité et toutes autres restrictions au droit de disposer ". La sanction de cette obligation de publicité est prévue par l'article 30-1 al. 3 du même Décret. Or cette dernière disposition est rédigée très différemment de l'aliéna 1 du même article consacré à la sanction du défaut de publicité des actes qui en vertu l'article 28-1° doivent être publiés. On pouvait s'attendre à ce que l'article 30-1 al. 3, par symétrie avec l'article 30-1 al. 1, fût libellé de la façon suivante : " les actes constatant des clauses d'inaliénabilité soumis à publicité par l'article 28-2°, sont s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui...".

Il n'en est rien. L'article 30-1 al. 3 du Décret dispose simplement que les ayants cause à titre particulier du titulaire d'un droit visé à l'article 28-1° qui ont publié leur droit[5] ne peuvent se

---

[1] Article 28-1° a) du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955.

[2] En effet, d'une part les droits en cause ne sont plus forcément concurrents dans la mesure où seuls sont véritablement concurrents les droits identiques : leur exercice réciproque est alors indubitablement incompatible. Voir sur ce point, P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Thèse Paris II, Préface M. GOBERT, L.G.D.J., 1995, note 5, p. 166. D'autre part, les droits en cause ne sont plus forcément des droits réels puisque les règles de la publicité foncière ont été étendues aux droits générés par des baux qui, même s'ils sont de longue durée, n'en demeurent pas moins des droits personnels.

[3] Voir sur ce point, Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 338 & suiv.

[4] Indépendamment du point de savoir si la publicité des clauses d'inaliénabilité et celle des droits réels immobiliers produisent les mêmes conséquences, dans les deux cas, la publication a le même caractère obligatoire selon les termes de l'article 28 du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955.

[5] On ne peut d'ailleurs s'empêcher de relever que le créancier hypothécaire ne figure pas expressément dans la liste des bienheureux titulaires de droits soumis à publicité en vertu de l'article 28-1° qui échappent aux effets de la clause en vertu de la publication antérieure de leur droit. L'article 28-1° exclut de son champ d'application les privilèges et hypothèques " qui sont conservés suivant les modalités prévues au code civil ". La lettre du Décret

voir opposer les actes instituant des clauses d'inaliénabilité lorsque ces dernières ont été publiées postérieurement à la publicité donnée à leur propre droit.

Puisque les clauses d'inaliénabilité ne prohibent nullement la constitution de droits réels[1], les ayants cause à titre particulier du titulaire d'un droit visé à l'article 28-1° ne peuvent être que les acquéreurs du seul bien à la fois visé par la clause et dont la transmission est soumise à publicité.

En pratique il s'agira principalement du nouveau propriétaire ou subsidiairement du cessionnaire d'un droit réel immobilier soumis à une clause d'inaliénabilité[2]. Pour bénéficier de l'article 30-1 al. 3 du Décret, l'un et l'autre devront avoir publié l'acte constitutif de leur droit avant que la clause d'inaliénabilité frappant la propriété ou le droit réel immobilier ne l'ait été. L'apport de l'article 30-1 al. 3 du Décret est donc le suivant : un acte contrevenant à une clause d'inaliénabilité l'emporte[3] sur cette dernière s'il est publié avant elle.

514. *A contrario* si la clause d'inaliénabilité est publiée avant l'acte litigieux, on suppose qu'elle l'emporte. C'est ici qu'apparaît la grande spécificité de la clause d'inaliénabilité. Si elle est publiée, à la différence de la solution retenue en matière de conflits de droits[4] sur un immeuble, l'acte postérieurement publié n'est pas inopposable, il est tout simplement susceptible d'être annulé puisque l'annulation est la sanction naturelle des actes contrevenant à une telle clause[5].

La publication d'une clause d'inaliénabilité a donc des effets totalement différents de ceux de la publication des droits réels immobiliers. Les conséquences de la publication d'une clause d'inaliénabilité ne sont pas réductibles aux effets classiques de la publicité foncière sur les droits réels immobiliers.

515. La possibilité de l'annulation démontre que l'esprit de l'article 30-1 al. 3 est différent de celui l'article 30-1 al. 1 qui lui, préside à la solution des conflits de droits sur un immeuble[6].

---

n° 55-22 du 4 janvier 1955 ne semble donc pas subordonner la possibilité d'une inscription hypothécaire à l'absence de clause d'inaliénabilité publiée.

[1] Voir *supra* n° 383 & suiv.

[2] Sur cette possibilité voir *supra* n° 124.

[3] Ce terme, vague, est volontairement employé ici.

[4] Voir *supra* n° 507 & suiv.

[5] Sur la sanction des restrictions au droit de disposer, voir *supra* n° 449 & suiv.

[6] Sur cette question, voir G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les sûretés, La publicité foncière*, Droit civil, Tome III, 1er volume, Sirey, 1971, p. 446, qui s'ils considèrent que le défaut de publication d'une clause d'inaliénabilité ne peut être invoqué que par un tiers au sens de la publicité foncière, concèdent néanmoins qu'en présence d'une telle clause le conflit n'a pas lieu entre ayants cause du même auteur. Pourtant cette dernière situation constitue le terrain d'élection de la publicité foncière.

Ces derniers se solutionnent par l'inopposabilité de l'acte tardivement publié. L'article 30-1 al. 3 ne résout donc pas à proprement parler un conflit de droits, il permet seulement, en ce qui concerne les clauses d'inaliénabilité, de trancher la question de la validité d'un acte juridique translatif qui y contreviendrait.

La lecture de cette dernière disposition est de toute façon insuffisante pour comprendre l'ensemble des conséquences de la publication tardive d'une clause d'inaliénabilité. Si l'on revient sur la situation précisément envisagée par cet article, elle signifie que l'acte translatif publié avant la clause ne peut être remis en cause sur le fondement de cette dernière. La clause d'inaliénabilité ainsi que nous le défendons, manifeste une restriction au droit de disposer de celui qui la subit.

516. Cette restriction déjoue les prévisions de deux types de personnes, d'une part les acquéreurs éventuels[1] et d'autre part les créanciers de celui qui la subit en raison de l'insaisissabilité qu'elle engendre[2]. La publicité tardive de la clause est sans incidence sur la situation de l'acquéreur éventuel ayant publié son droit. Concrètement, l'action en nullité de l'aliénation que pouvait exercer la personne protégée par la clause ne peut plus l'être. Il faut donc admettre que l'effet translatif de l'acte juridique litigieux s'est produit. Ceci signifie que le bien en question est définitivement sorti du patrimoine de celui qui subissait la restriction.

Par ailleurs, le bien étant sorti du patrimoine du propriétaire ayant subi l'inaliénabilité, les créanciers de ce dernier ne sont plus en mesure de le saisir. On s'aperçoit donc que la clause d'inaliénabilité est totalement dépourvue d'effets, elle est devenue caduque, faute d'objet, lorsque l'acte y contrevenant a été antérieurement publié.

517. La cause de cette caducité consiste dans la publicité tardive de la clause. Plus précisément, deux causes se distinguent. D'une part la publicité antérieure de son propre droit faite par l'ayant cause du titulaire d'un droit visé à l'article 28-1° du Décret[3] et d'autre part, l'absence de satisfaction de l'obligation de publicité établie par l'article 28-2° du Décret du 4 janvier 1955 dont la sanction est moins nette.

Dans le cas d'abord de la publicité antérieure d'un acte contrevenant à la clause, il semblerait que la sanction de l'obligation de publier soit la déchéance du droit de l'opposer à ceux qui ont déjà satisfait à leur obligation de publicité. Cette déchéance de la possibilité d'opposer la

[1] Voir *supra* n° 512.
[2] Voir *supra* sur l'insaisissabilité n° 251 & suiv.
[3] Article 30-1 al. 3 du Décret du 4 janvier 1955.

clause à ceux qui ont satisfait antérieurement à l'obligation de publier n'est pas vraiment originale puisqu'elle existe aussi à propos des droits réels immobiliers[1]. Du seul point de vue de la sanction de l'obligation de publier lorsque d'autres l'ont satisfaite, la clause d'inaliénabilité ne se distingue pas des autres actes soumis à cette même exigence de publicité.

Cette déchéance ciblée[2] est la sanction spécifique de l'obligation de publier la clause dans le cas d'une publicité tardive. Ciblée, cette déchéance ne peut être encourue que lorsque celui qui invoque un acte translatif de droit contrevenant à la clause a lui-même satisfait à son obligation de publier.

518. Se pose donc ensuite la question de savoir quels sont les effets de la clause non publiée lorsqu'aucun acte translatif y contrevenant n'a été publié. En effet, pour tenir en échec la clause d'inaliénabilité non publiée, la publication de l'acte translatif litigieux est expressément requise par l'article 30-1 al. 3 du Décret du 4 janvier 1955. *A contrario*, on peut en déduire que l'acquéreur litigieux, défini par l'article 30-1 al. 3 comme " l'ayant cause du titulaire d'un droit visé à l'article 28-1° du Décret ", lui même négligent, ne saurait invoquer la déchéance du droit d'opposer la clause non publiée.

Il s'évince de cette interprétation *a contrario* qu'une clause non publiée demeure opposable[3]. La publicité de la restriction au droit de disposer n'est pas une condition dirimante de son opposabilité. Même non publiée, elle interdit toute aliénation du bien[4], cependant, elle n'interdit nullement que l'aliénation litigieuse soit publiée. En revanche, l'acte translatif non publié pourra être annulé sur le fondement de la clause d'inaliénabilité.

---

[1] M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel*, Thèse Paris II, Préface P. RAYNAUD, Economica, 1989, n° 220, p. 192.

[2] Cette déchéance est ciblée dans la mesure où elle n'est subie que par celui qui se prévaudrait de la clause non publiée à l'encontre de celui qui a déjà publié son droit.

[3] S'il peut paraître étrange d'invoquer l'opposabilité d'une clause d'inaliénabilité, qui ne crée aucun droit patrimonial, on ne manquera pas de relever que l'opposabilité se définit comme " l'aptitude d'un droit, d'un acte (convention, jugement, etc.), d'une situation de droit ou de fait à faire sentir ses effets à l'égard des tiers (...) en les forçant à reconnaître l'existence des faits, droits et actes dits opposables, à les respecter comme des éléments de l'ordre juridique et à en subir les effets (...) ". G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 8ème édition, 2007, *V°* Opposabilité.

[4] Comp. S. PIEDELIEVRE, *La publicité foncière*, Traité de droit civil, Dir. J. GHESTIN, L.G.D.J., 1ère édition, 1999, n° 453 & 454, p.268. L'auteur relève que l'absence de publication aura pour conséquences radicales de priver " les actes (...) des effets normaux qu'ils auraient dus avoir s'ils avaient été publiés ", faisant de la publication une condition de l'opposabilité *erga omnes* de la clause. Par la suite il affirme que la publication de la clause d'inaliénabilité constatée dans un acte distinct aura pour conséquence de réputer de mauvaise foi le tiers acquéreur du bien concerné. Cette dernière affirmation nous semble contestable en ce qu'elle sanctionne de la même façon la publicité obligatoire de l'article 28-2° et la publicité facultative de l'article 37. En outre si la publication de la clause la rend opposable aux tiers, ceux-ci risquent d'en subir la sanction sans que le détour par leur mauvaise foi ne soit nécessaire.

Il faut en outre préciser qu'en vertu de l'effet relatif de la publicité foncière[1], si l'acte translatif duquel le propriétaire subissant l'inaliénabilité tient ses droits n'a pas été publié, celui qui prétend acquérir le bien inaliénable ne sera même pas en mesure de faire publier son droit. L'acte d'acquisition litigieux qui contrevient à la clause demeurera donc annulable pour contrariété à la clause sans qu'une publicité anticipée n'y puisse rien changer.

La clause d'inaliénabilité ne devient donc caduque que dans l'hypothèse où l'acte y contrevenant a valablement été publié antérieurement à la publicité de l'acte distinct dans lequel la clause était stipulée. Dans tous les autres cas, elle demeure opposable et la nullité de l'acte litigieux est encourue.

519. Finalement, conformément à l'opinion de la plupart des auteurs[2], il faut donc convenir de la spécificité mesurée des effets de la publicité foncière à propos des clauses d'inaliénabilité. La publication de la clause produit des effets bien plus radicaux que ceux de la publicité des droits réels immobiliers puisque la nullité des aliénations litigieuses est encourue[3].

En revanche, en ce qui concerne la sanction de l'obligation de publier, il n'y a pas lieu de distinguer entre les clauses d'inaliénabilité et les autres actes soumis à cette même exigence[4] : dans tous les cas, la déchéance du droit d'opposer l'acte à ceux qui ont antérieurement satisfait à cette exigence est encourue.

Enfin, il faut reconnaître qu'une clause non publiée demeure opposable à tous ceux qui n'ont pas publié leur droit. En l'absence de publicité antérieure d'un acte y contrevenant, personne ne peut se prévaloir de la déchéance du droit d'opposer cette clause.

520. La spécificité relevée de la publicité foncière des clauses d'inaliénabilité repose sans aucun doute sur la particularité de leur mécanisme. Frappant un bien déterminé, il est juste que leur caractère occulte ne ruine pas les droits publiés conformément aux exigences du Décret du 4 janvier 1955.

---

[1] Articles 3 du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 et 32 du Décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955.

[2] Voir entre autres, Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, P.U.F., 2ème édition, 1997, n° 384, p. 445, L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés, La publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 2ème édition, 2006, n° 644 & suiv., p. 274 & suiv. Voir aussi : Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 4ème édition, 2004, n° 844, p. 709, relevant à propos du défaut de publication d'une clause d'inaliénabilité que " les conditions strictes exigées de celui qui se prévaut de l'inopposabilité (...) ne peuvent l'être dans cette hypothèse " tout en affirmant que " sous cette réserve relative aux personnes en présence, le mécanisme et la portée de l'inopposabilité ne s'écartent pas du droit commun ".

[3] Voir *supra* n° 387 & suiv.

[4] Voir *supra* n° 495 & suiv.

Inversement, ce caractère occulte ne saurait être prétexté pour s'affranchir de leurs effets par celui qui, lui-même, opère dans la clandestinité sans avoir satisfait à sa propre obligation de publier. Une clause d'inaliénabilité, même occulte, reste opposable. Le même raisonnement peut parfaitement être tenu à propos de toutes les restrictions au droit de disposer qui, frappant un bien déterminé de façon clandestine, ne peuvent injustement contrarier les droits de ceux qui ont satisfait aux exigences de publicité requises. Le système de la publicité foncière garantit l'inefficacité de ces restrictions au droit de disposer lorsque leurs effets se révèleraient injustes.

On peut tirer de cette généralisation de notre propos à toutes les restrictions au droit de disposer que leurs effets perturbateurs sont amplement limités par les exigences propres du système de publicité foncière.

Il ne faudrait pas en conclure que tous les effets injustes des restrictions au droit de disposer sont paralysés par le système de la publicité foncière. Une telle affirmation supposerait que toutes ces restrictions soient justiciables de la publicité foncière. Pour peu qu'elles interviennent en matière immobilière, celles-ci ne sont pas pour autant soumises au Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 ainsi que l'étude du domaine d'application des règles de la publicité foncière le montre.

2) Les effets réels de la publicité foncière en matière de restrictions au droit de disposer

521. Une fois connus les effets potentiels de la publicité foncière sur les restrictions au droit de disposer, il importe de déterminer précisément l'incidence de la publicité foncière. Rappelons que cette dernière peut être une cause d'inefficacité de la restriction au droit de disposer.

Mais cette inefficacité n'est subie que si la restriction en cause est assujettie à l'obligation de publicité puisque seul l'irrespect de cette obligation de publicité est sanctionné par la déchéance de la possibilité de se prévaloir de la restriction et à la condition, de surcroît, que l'acte contrevenant à la clause ait lui aussi été publié. Il semble de bonne méthode de distinguer ici entre les restrictions expressément soumises à l'obligation de publicité (a) et celles qui ne le sont pas (b).

a) Les restrictions au droit de disposer expressément soumises à l'obligation de publication

522. L'exigence de publication concerne en premier lieu les actes entre vifs dressés distinctement pour constater des clauses d'inaliénabilité[1]. Il s'agit bien entendu d'une hypothèse résiduelle puisque la plupart du temps les clauses d'inaliénabilité sont stipulées directement à l'occasion d'un acte forcément translatif[2]. Dans cette hypothèse, la publicité de la clause sera indirectement réalisée par la voie de la publicité de l'acte qui la contient.

L'article 28-2° du Décret prévoit que les décisions judiciaires constatant l'existence de telles clauses sont elles aussi soumises à l'exigence de publication. A vrai dire, concernant les clauses d'inaliénabilité, l'intérêt de cette disposition est assez limité. Bien souvent, l'existence d'une clause d'inaliénabilité n'est pas douteuse et les termes mêmes " clause d'inaliénabilité " figurent dans l'acte translatif dont l'interprétation est demandée au juge.

En conséquence, la question essentielle sera celle de la publicité de l'acte contenant la clause[3], ce qui renvoie à l'hypothèse précédente. Exceptionnellement, si la clause est distincte d'un acte soumis à publicité et que, par ailleurs, sa validité est contestée, la décision judiciaire reconnaissant sa validité devra faire l'objet de cette publicité[4] sous peine des sanctions déjà envisagées[5].

523. Une hypothèse voisine est celle de l'inaliénabilité temporaire, prévue à l'article L. 626-14 C.com. prononcée par le Tribunal à l'occasion du jugement arrêtant le plan[6]. Selon l'article 141 du Décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, cette décision être mentionnée aux " registres publics sur lesquels les biens inaliénables ou les droits qui les grèvent sont inscrits ", ce qui renvoie ici aux registres de la publicité foncière.

En écho à cette disposition, l'article 263 du même Décret requiert la publicité sur les mêmes registres des mesures d'inaliénabilité prescrites par le Tribunal en vertu de l'article L. 642-10 C.Com à l'occasion d'un plan de cession[7]. Dans ces deux cas, il est raisonnable de sanctionner le défaut de publication de la même manière que le défaut de publication des clauses d'inaliénabilité contenues dans des actes entre vifs dressés distinctement.

---

[1] Article 28-2° du Décret 55-22 du 4 janvier 1955.
[2] Sur cette exigence, voir *supra* n° 246 & suiv.
[3] Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 4ème édition, 2004, n° 734, p. 633.
[4] Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 734, p. 633.
[5] Voir *supra* n° 518 & suiv.
[6] Sur cette mesure, voir *supra* n° 223.
[7] Sur cette mesure, voir *supra* n° 222.

524. Enfin, l'article 28-2° du Décret prévoit que sont soumises à l'exigence de publicité les clauses d'inaliénabilité dressées distinctement et " toutes autres restrictions au droit de disposer ". Le contenu de cette catégorie demeure assez mystérieux. La tendance actuelle n'est malheureusement pas en faveur de la dissipation de ces incertitudes.

Naturellement cette catégorie " ouverte " a vocation à contenir les actes expressément qualifiés de restrictions au droit de disposer par la jurisprudence. Les rares fois où ces termes furent employés en jurisprudence, ce fut donc pour justifier la soumission de certains actes à cette exigence de publicité foncière. Cette qualification demeure pour le juge un moyen commode de rendre des solutions jugées opportunes. C'est ainsi qu'un arrêt a expressément qualifié de restriction au droit de disposer une vente d'arbres à abattre[1]. Les circonstances de cette décision demeurent assez obscures. Il est certain que les arbres à abattre vendus préalablement ne pouvaient plus l'être au titre de la vente du terrain sur lequel ils poussent. La qualification de restriction au droit de disposer avait pour intérêt d'éviter que cette vente préalable soit privée d'efficacité par la vente ultérieure du terrain.

Mais à généraliser le raisonnement des juges du fond, on aboutirait à qualifier de restrictions au droit de disposer tous les actes susceptibles d'être opposables au nouveau propriétaire du fond, ce qui est tout à fait contestable.

525. La Cour de cassation elle-même céda à cette tentation à propos du pacte de préférence qui fut qualifié de " restriction au droit de disposer " par un arrêt du 4 mars 1971[2]. Cette qualification avait pour intérêt de rendre inopposable[3] au bénéficiaire du pacte, sur le fondement, visé, de l'article 30-1 al. 3 du Décret du 4 janvier 1955 interprété *a contrario*, la vente ultérieurement conclue et publiée.

Cette décision ne reçut guère d'approbations[4] et il lui fut reproché de trancher le conflit entre le bénéficiaire d'un pacte et l'acquéreur du bien visé par le pacte comme un conflit de droits concurrents, ce qui relevait manifestement d'une méprise au regard des textes gouvernant la matière[5]. Au-delà de ces textes, la solution avait le redoutable inconvénient d'ouvrir très largement la catégorie des restrictions au droit de disposer. A n'en point douter cette

---

[1] C.A. REIMS, 10 mai 1992, *J.C.P.* (N), 1984, II, 26, note DAGOT.
[2] Cass. Civ. 3ème, 4 mars 1971, *Bull. civ.*, III, n° 164.
[3] On peut d'ailleurs se demander si l'inopposabilité était véritablement la sanction idoine de cette qualification. La nullité de l'aliénation ultérieure aurait sans doute mieux satisfait les espérances du bénéficiaire du pacte.
[4] Voir sur ce point la synthèse et la critique de M. GOBERT, La publicité foncière française, cette mal-aimée, *Etudes J. FLOUR*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 232 & suiv.
[5] M. GOBERT, *loc. cit.*, p. 237 à 240.

ouverture aurait condamné les commentateurs à réitérer au gré des extensions de la catégorie le grief de négligence des textes.

526. Le législateur encourut à peine moins fortement la même critique. L'article 48 de la Loi du 16 juillet 1977[1] prévoit ainsi que " le contrat de promotion immobilière est réputé emporter restriction au droit de disposer au sens et pour l'application de l'article 28-2º du décret nº 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière." La même formule fut reprise à l'article 4 al. 2 de la Loi n° 84-595 du 12 juillet 1984 à propos du contrat de location-accession. La formulation de ces dispositions appelle trois remarques.
D'une part il ne s'agit pas de véritables restrictions au droit de disposer puisque le législateur " répute " ces actes restrictions au droit de disposer.
D'autre part, cela suppose que la catégorie des restrictions au droit de disposer a un contenu bien précis, connu du législateur, qui concède lui-même, par l'assimilation qu'il opère, le caractère artificiel de cette dernière. Or cette catégorie n'est définie nulle part par le législateur. On peut donc se demander si le vœu secret du législateur ne fut pas de laisser cette catégorie ouverte, voire d'en approuver l'absence de délimitation jurisprudentielle.
Enfin, ces assimilations démontrent que le mécanisme de résolution des conflits entre actes publiés prévus à l'article 30-1 al. 3 du Décret du 4 janvier 1955 est efficace puisque que son champ d'application est sans cesse étendu.

527. La jurisprudence est pourtant revenue sur cette tendance extensive puisque par une décision remarquée du 16 mars 1994[2], la Cour de cassation a décidé que " le pacte de préférence, qui s'analyse en promesse unilatérale conditionnelle, ne constitue pas une restriction au droit de disposer soumise à publicité obligatoire ".
Ce revirement est heureux dans la mesure où la qualification de restriction au droit de disposer du pacte de préférence était difficilement justifiable[3]. Pourtant si l'on sait que le pacte de préférence n'est pas une restriction au droit de disposer, le mystère reste entier sur ce que sont les restrictions au droit de disposer prévues par le Décret.

528. Une délimitation stricte de la catégorie n'est pas impossible à établir pour peu que l'on revienne au texte de l'article 28-2° du Décret. Il traite des " clauses d'inaliénabilité et toutes

---

[1] Disposition dorénavant codifiée à l'article L. 221-6 du Code de la Construction et de l'Habitation.
[2] Cass. Civ. 3ème, 16 mars 1994, *Bull. civ.*, III, n° 58.
[3] M. GOBERT, La publicité foncière française, cette mal-aimée, *Etudes J. FLOUR*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 235 & suiv.

autres restrictions au droit de disposer ". De cette formulation du Décret, on peut déduire que les clauses d'inaliénabilité appartiennent à la catégorie des " restrictions au droit de disposer ". Les clauses d'inaliénabilité restreignent donc tout autant que ces mystérieuses " autres restrictions le droit de disposer " !

Il n'est pas téméraire d'affirmer que les clauses d'inaliénabilité et les " autres restrictions au droit de disposer " ont en commun le même mécanisme de restriction du droit de disposer.

La question posée consiste alors dans le critère de distinction entre les clauses d'inaliénabilité et les autres restrictions au droit de disposer. Puisque le mécanisme de ces deux institutions est le même, le critère de distinction ne peut résider que dans leurs objets, distincts. Nous avons précédemment affirmé que les restrictions au droit de disposer avaient toutes en commun de diminuer l'appartenance d'un bien[1], qui est un droit[2]. Elles établissent toutes deux l'incessibilité d'un droit lors de son entrée dans un patrimoine[3].

La clause d'inaliénabilité a pour particularité d'établir le plus souvent l'incessibilité du droit de propriété s'exerçant sur une chose déterminée. Mais rien n'interdit de concevoir des clauses d'incessibilité ayant pour objet les autres droits patrimoniaux. L'incessibilité de tous les droits réels est parfaitement envisageable[4]. Elle est même parfois directement prescrite par la loi[5]. Ainsi pourrait-on concevoir que les " autres restrictions au droit de disposer " dont dispose l'article 28-2° du Décret du 4 janvier 1955 sont en réalité toutes les clauses d'incessibilité des droits réels immobiliers prévues lors de leur entrée dans un patrimoine. Les autres restrictions au droit de disposer seraient alors les restrictions au droit de disposer portant sur les droits réels immobiliers autres que la propriété. Cette interprétation a au moins trois avantages.

529. Premièrement, elle donne un intérêt pratique indubitable quoique peu étendu à l'analyse renouvelée de l'inaliénabilité. Cette nouvelle analyse a donc au moins un intérêt en matière de publicité foncière, elle n'est donc pas dénuée d'utilité[6].

Deuxièmement, toujours en pratique, elle est peu perturbatrice des solutions acquises puisque les " autres restrictions au droit de disposer " seraient assez rares et facilement reconnaissables : il n'est pas fréquent que l'on stipule d'un usufruit ou d'un droit de superficie

---

[1] Voir *supra* n° 124 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 115 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 257 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 134.
[5] Voir *supra* n° 228.
[6] Bien entendu cette remarque suppose que l'on soit de ceux qui réduisent l'utilité à la satisfaction d'intérêts pratiques.

qu'ils soient incessibles. Par conséquent le risque d'une multiplication anarchique des restrictions au droit de disposer est exclu.

Enfin, l'interprétation que nous proposons aboutirait à soumettre toutes les restrictions au droit de disposer aux mêmes règles en matière de publicité foncière. Soit la restriction est prévue par un acte distinct dans ce cas les articles 28-2° et 30-1 al. 3 du Décret du 4 janvier 1955 s'appliquent, soit elle n'est mentionnée que dans l'acte établissant le droit dont la disposition est restreinte auquel cas les solutions risquent d'être différentes. Bien entendu, le régime uniforme, en matière de publicité foncière, des restrictions au droit de disposer n'a d'intérêt que pour autant que les restrictions en cause ressortissent bien du système de publicité foncière.

b) Les restrictions au droit de disposer échappant expressément à l'obligation de publication

530. L'article 28-2° du Décret ne vise que les restrictions constatées par des " actes distincts ". Prévues distinctement, celles-ci demeurent occultes lorsque l'obligation de publication n'est pas satisfaite. Il serait injuste qu'une clause occulte ruine les prévisions de celui qui a parfaitement satisfait à ses propres obligations de publication, d'où l'inopposabilité ciblée fustigée à l'article 30-1 al. 3 du même Décret.

En revanche, il faut constater que le domaine d'application de l'article 28-2° du Décret du 4 janvier 1955 est limité, cette disposition n'est pas applicable à toutes les inaliénabilités envisageables. En effet, certaines sont déjà publiées parce que l'acte qui les contient est lui-même assujetti à la publicité foncière tandis que d'autres demeurent irrémédiablement occultes car elles échappent aux règles de la publicité foncière.

531. S'agissant des clauses d'inaliénabilité contenues dans des actes translatifs eux-mêmes assujettis à la publicité foncière, une distinction s'impose. En effet, les dispositions du Décret du 4 janvier 1955 distinguent la question de la publicité des actes entre vifs de celle de la publicité des actes translatifs à cause de mort.

Il faut donc traiter successivement des clauses d'inaliénabilité contenues dans des actes entre vifs eux-mêmes soumis à publicité puis des clauses d'inaliénabilité contenues dans des actes translatifs à cause de mort.

532. Dans le cas des clauses d'inaliénabilité ou des autres restrictions contenues dans les actes translatifs entre vifs, la publicité est réalisée au titre de la publicité de l'acte imposée à l'article 28-1° a) qui requiert la publicité des actes entre vifs constatant mutation de droits

réels. Que la clause établissant le mesure soit contenue dans une donation[1] ou un acte à titre onéreux[2] indiffère puisque ces deux catégories d'actes, translatifs, sont soumis à la même exigence de publicité[3]. La publicité de la clause sera dans ce cas garantie, il est exceptionnel que des actes translatifs échappent à la publicité foncière.

533. Mais même dans l'éventualité où un acte translatif demeurerait occulte, la mesure de restriction ne serait sûrement pas inopposable. Bien que l'acte translatif contenant la clause ne soit pas publié, le bien qu'elle concerne appartient à l'acquéreur dont le droit de disposer est ici restreint. Or, la restriction n'a pas besoin d'être publiée pour produire ses effets[4]. Seuls ceux qui s'opposeraient aux droits des tiers soumis à la même exigence de publicité sont éludés : une déchéance ciblée frappe les clauses non publiées lorsqu'un tiers assujetti à l'obligation de publicité a de lui-même satisfait cette exigence[5].

Les créanciers chirographaires ne rentrent pas dans cette catégorie. Cela signifie que le bien en cause leur est insaisissable, l'insaisissabilité étant le corollaire de l'inaliénabilité[6]. Quant à l'acquéreur initial du bien inaliénable, soumis à la clause, il pourrait tenter de le céder à un tiers mais cette aliénation serait susceptible d'être annulée par le bénéficiaire de la clause. Le tiers acquéreur pourrait être tenté de faire obstacle à la clause en publiant son droit. Il s'agirait là d'un piètre calcul puisque la règle dite de l'effet relatif de la publicité foncière interdit que soit satisfaite la demande de publication de celui dont l'auteur n'avait pas préalablement satisfait à cette exigence[7], et c'est précisément le cas. On s'aperçoit donc que la règle dite de l'effet relatif assure l'efficacité d'une clause d'inaliénabilité contenue dans un acte translatif non publié.

Une vente contraire à une clause d'inaliénabilité contenue dans une donation non publiée ne peut être publiée[8]. Elle reste irrémédiablement soumise à la demande d'annulation que pourrait formuler le bénéficiaire de l'inaliénabilité. L'absence de publicité de la clause n'est pas ici facteur d'inefficacité de cette restriction au droit de disposer.

---

[1] A propos de cette possibilité, voir l'article 900-1 C.civ. relatif aux " clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné (...) ".
[2] Cette possibilité demeure résiduelle, voir *supra* n° 231 & suiv.
[3] Voir par exemple sur ce point: Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 4ème édition, 2004, n° 728, p. 628.
[4] Voir *supra* n° 517.
[5] Ceci résulte de ce qu'une déchéance ciblée sanctionne l'insatisfaction de l'exigence formelle de publicité, voir *supra* n° 516.
[6] Sur cette question, voir *supra* n° 251 & suiv.
[7] Articles 3 du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 et 32 du Décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955.
[8] Pour une solution identique lorsque l'inaliénabilité est établie par un acte distinct alors que l'acte d'acquisition du bien stipulé inaliénable n'a lui-même pas été publié, voir *supra* n° 505 *in fine*.

534. Le constat n'est pas différent lorsque la clause est contenue dans un acte de disposition à cause de mort. Ici encore, la clause publiée ne pourra être méconnue par celui qui prétendrait acquérir du gratifié le bien reçu à cause de mort par ce dernier. De telles clauses doivent d'ailleurs être expressément reproduites[1] dans l'attestation notariée exigée à l'article 29 du Décret du 4 janvier 1955. Inversement, même si la clause n'est pas publiée, on ne saurait douter de son efficacité. Le bien reste insaisissable et toute aliénation litigieuse pourra être annulée sans que l'éventuel acquéreur puisse prétendre éluder la clause en publiant son droit. La règle dite de l'effet relatif s'y opposera.

535. Dans l'un et l'autre cas, les restrictions en cause, qu'elles concernent le droit de propriété (il s'agit des clauses d'inaliénabilité) ou les autres droits réels immobiliers (il s'agit des " autres restrictions au droit de disposer "[2]), peuvent donc conserver leur efficacité bien qu'elles ne fassent pas l'objet d'une mesure de publicité foncière.

Même si l'acte les contenant n'est pas publié, elles développent tous leurs effets, tant à l'égard des créanciers de celui qui subit la mesure que des éventuels acquéreurs du bien concerné. Cette efficacité des inaliénabilités non publiées résulte du système de la publicité foncière qui ne protège véritablement que ceux qu'il assujettit à une obligation de publicité. La déchéance ciblée qui sanctionne l'obligation de publier n'est pas invocable par tous.

Au-delà, la déconvenue de ceux qui se verront opposer une inaliénabilité demeurée occulte peut trouver une justification dans l'absence, en matière immobilière, d'un mécanisme général de garantie des droits des tiers[3] comme il en existe en matière mobilière avec l'article 2276 C.civ.

---

[1] L'article 29 al. 3 du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 exige que " les restrictions au droit de disposer (...) doivent être reproduites littéralement dans l'attestation notariée (...) ".

[2] Sur la justification de cette terminologie, voir *supra* n° 527.

[3] Un palliatif exceptionnel pourrait résider dans la théorie dite de l'apparence, sur laquelle, voir Ch. LARROUMET, *Les biens - Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 299 & suiv. Elle repose entière sur l'erreur commune et invincible commise de celui qui va se prétendre propriétaire alors que son auteur n'était en mesure de lui conférer cette qualité. Cependant il est douteux que l'apparence puisse être invoquée par celui qui prétend échapper aux effets d'une restriction non publiée en arguant de sa qualité de titulaire du droit transmis. S'il a publié son droit, sauf la règle de l'effet relatif, l'apparence n'a pas lieu de jouer. S'il ne l'a pas fait, au delà de sa propre faute à n'avoir pas satisfait son obligation de publier, son erreur ne semble pas invincible puisque l'on peut lui reprocher de se prévaloir de la qualité d'ayant cause d'un auteur sans avoir vérifié que cet auteur avait satisfait préalablement à son obligation de publicité. Sur les effets de la théorie de l'apparence en matière d'indisponibilités, comp. envisageant une application de la théorie de l'apparence à la plupart des biens susceptibles d'être indisponibles, Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 358 & suiv.

536. L'absence d'une telle disposition est particulièrement déconcertante lorsque l'on s'intéresse aux restrictions au droit de disposer involontaires[1] puisque ces dernières ne ressortissent pas du domaine de la publicité foncière. S'agissant de restrictions au droit de disposer, elles prohibent la cession des droits concernés mais la source de cette prohibition est purement légale.

S'agissant de mesures prescrites par la loi, elles échappent à toute exigence de publication bien qu'elles portent sur des immeubles[2]. On peut d'ores et déjà relever que leur caractère occulte ne perturbe pas gravement le système foncier. Dans le cas contraire, un texte garantissant le respect des droits des tiers en matière immobilière aurait été nécessaire.

537. Parmi ces restrictions légales, on trouve en premier lieu l'inaliénabilité des biens immobiliers contenus dans un plan de cession tant que le prix de cession n'a pas été intégralement payé[3]. Mais l'incessibilité légale concerne aussi le droit d'usage et d'habitation[4] ou l'usufruit légal des parents sur les biens immobiliers de leurs enfants mineurs[5]. Ces restrictions sont évidemment efficaces même si aucune publicité ne peut en être organisée. Un tiers ne peut donc se prétendre cessionnaire des droits en cause, la restriction lui est opposable. Quand bien même il invoquerait la théorie de l'apparence[6], son erreur ne pourrait être invincible puisque " nul n'est censé ignoré la loi " et par conséquent les restrictions au droit de disposer que cette dernière prescrit directement[7].

538. Pour conclure, en matière immobilière, les restrictions au droit de disposer sont dotées d'une très large efficacité. Publiées, elles sont évidemment très efficaces. Non publiées, elles ne sont pas pour autant inefficaces puisque bien souvent elles interdiront tout de même

---

[1] Sur lesquelles, voir *supra* n° 211 & suiv.

[2] Voir en ce sens, à propos des droits réels d'origine légale, Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés - La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 4ème édition, 2004, n° 819, " Faute d'acte juridique translatif ou constitutif, la publicité foncière n'est pas requise lorsque l'acquisition d'un droit immobilier trouve sa source directement dans la loi. "

[3] Article L. 642-9 C.com. Sur cette disposition, voir R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, note 4, p. 158. Le Décret du 4 janvier 1955 ne prévoyant nulle mesure de publicité de cette inaliénabilité, les auteurs relèvent : " En réalité, il n'existe pas d'inaliénabilité qui jouerait de plein droit par le seul effet de la loi. Le Décret de 1955 ne saurait s'interpréter *a contrario*. " Il nous semble que cette interprétation *a contrario* du Décret n'est pas impossible dans la mesure où elle ne perturbe guère le droit positif tandis qu'elle solutionne la question non résolue de la nécessité de la publicité de cette disposition alors que le Décret reste silencieux sur ce point.

[4] Article 634 C.civ.

[5] En faveur de l'incessibilité de cet usufruit, voir : Fr. TERRE, D. FENOUILLET, *Les personnes, La famille, Les incapacités*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2005, n° 1110 et 1111, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 145, p. 154.

[6] Sur laquelle, Ch. LARROUMET, *Les biens - Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 299 & suiv.

[7] Voir *supra* n° 228.

l'aliénation et la saisie du bien. Ce n'est que dans le cas très exceptionnel où la restriction, volontaire, est prévue dans un acte distinct de celui qui établit le droit dans un patrimoine que les règles de la publicité foncière pourront conduire à renier la restriction, à la condition que l'acte y contrevenant ait déjà fait l'objet d'une mesure de publicité. En matière immobilière, le principe demeure celui de l'efficacité de la restriction. Il n'est pas certain qu'il en aille de même en matière mobilière.

B) L'inefficacité des restrictions au droit de disposer en matière mobilière

539. Les restrictions au droit de disposer qui peuvent avoir un objet mobilier sont tout d'abord des restrictions involontaires[1]. Il s'agira par exemple de l'inaliénabilité des meubles compris dans un plan de cession tant que le prix de cession n'a pas été payé[2]. Dans le même ordre d'idée, il peut s'agir de l'inaliénabilité prescrite par le Tribunal à l'occasion de ce plan de cession[3] ou d'un plan de continuation[4]. En dehors des procédures collectives, c'est le cas pour les créances salariales dont une quote-part demeure incessible[5].

Ensuite, les restrictions au droit de disposer peuvent parfaitement avoir une origine volontaire. Rappelons que l'article 900-1 C.civ. permet, sous certaines conditions[6], les clauses d'inaliénabilité affectant un " bien donné ou légué " et que ce bien peut être n'importe quel droit patrimonial, mobilier ou immobilier[7]. Il peut s'agir de valeurs mobilières[8] ou de créances. Même si cela n'est pas fréquent dans la pratique des clauses d'inaliénabilité, cela reste dans le cas précis de l'inaliénabilité statutaire des actions de S.A.S., une possibilité expressément offerte par la loi[9]. Naturellement, la clause d'inaliénabilité peut aussi concerner le droit de propriété s'exerçant sur des choses mobilières et corporelles. Bien que la situation soit rare en pratique, elle n'en demeure pas moins envisageable[10].

540. Lorsque nous avons envisagé l'inefficacité subie des restrictions au droit de disposer, il est apparu celle-ci résulterait principalement du conflit susceptible de naître à l'occasion de

---

[1] Sur lesquelles, voir *supra* n° 184 & suiv.
[2] Article L. 642-9 C.com.
[3] Article L. 642-10 C.com.
[4] Article L. 626-14 C.com.
[5] Article L. 145-1 & suiv. C. trav.
[6] A propos des conditions d'émergence des clauses d'inaliénabilité, voir *supra* n° 39 & suiv.
[7] Sur cette possibilité, voir *supra* n° 134.
[8] A propos de l'inaliénabilité de valeurs mobilières stipulée à l'occasion d'une disposition testamentaire, voir Cass. Civ. 1ère , 12 juin 1990, inédit, pourvoi n° 87-17115.
[9] Article L. 227-10 C.com.
[10] Voir envisageant expressément cette hypothèse, R-N. SCHÜTZ, *Rep. civ.*, Dalloz, 1999, *V°* Inaliénabilité, n° 90, pour un exemple jurisprudentiel, voir Cass. Civ. 1ère, 10 décembre 1991, inédit, pourvoi n° 89-19074.

la reconnaissance des droits des tiers sur la chose objet de la restriction[1]. L'extension de la réflexion à la matière mobilière donne un ton spécifique à ce conflit dans la mesure où en matière mobilière, la question des droits des tiers prend un relief particulier.

Les droits des tiers sur les choses mobilières, les droits réels mobiliers, voient leur régime juridique dominé par l'article 2276 C.civ.[2]. En matière mobilière, il paraît donc naturel d'analyser en quoi l'application de l'article 2276 C.civ. peut contrarier l'efficacité des restrictions au droit de disposer.

Si ce conflit semble incontournable, sa solution n'en est pas moins d'une grande subtilité à laquelle la complexité de l'article 2276 C.civ n'est pas étrangère. On sait que l'article 2276 C.civ établit deux règles distinctes selon les circonstances dans lesquelles il est invoqué. Avant d'envisager l'éventuelle confrontation de l'article 2276 C.civ. et des restrictions au droit de disposer (2), il est nécessaire de trancher la question de l'applicabilité de l'article 2276 C.civ. en la matière (1)[3].

1) L'applicabilité de l'article 2276 C.civ. à la matière des restrictions au droit de disposer

541. L'applicabilité de l'article 2276 C.civ. en matière de restrictions au droit de disposer sonne souvent comme une évidence[4]. De cette évidence, on peut tirer un facile argument en faveur d'une nette distinction entre l'inaliénabilité et l'extra-commercialité car il n'est pas contesté que l'article 2276 C.civ. ne s'applique pas aux choses hors commerce[5]. Les restrictions au droit de disposer n'ayant nullement pour effet de créer des choses hors commerce[6], il est naturel qu'à ce titre l'application de l'article 2276 C.civ. ne soit pas exclue[7]. La difficulté soulevée par l'article 2276 C.civ. est ailleurs, qui réside dans la dualité de la règle établie par l'article. Ce problème posé (a), il nous appartiendra de le résoudre, en déterminant l'hypothèse précise dans laquelle l'article 2276 C.civ. peut rendre inefficace une restriction au droit de disposer (b).

---

[1] Voir *supra* n° 505.

[2] Ch. LARROUMET, *Les biens - Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, 5ème édition, Economica, 2006, n° 913.

[3] Pour une distinction similaire en matière d'indisponibilités, voir Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 346 & suiv.

[4] Voir par exemple, posant l'applicabilité de la disposition, R-N. SCHÜTZ, *Rep. civ.*, Dalloz, 1999, *V°* Inaliénabilité, n° 90.

[5] Voir par exemple, PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 1, L.G.D.J., 4ème édition, 1906, n° 1198, p. 432.

[6] Sur cette distinction, voir *supra* n° 139 & suiv.

[7] De façon plus abstraite, il est remarquable de constater que l'article 2276 C.civ. qui *crée* par l'effet de la loi des droits réels mobiliers sous certaines conditions puisse entrer en conflit avec une restriction au droit de disposer dont l'effet principal est de prohiber la *transmission* de certains droits, forcément distincts puisque l'article en cause en crée de nouveaux.

a) Position du problème, la dualité de l'article 2276 C.civ.

542. Cet article dispose qu'en fait de meuble, possession vaut titre. L'article 2276 C.civ. produit cependant des effets bien différents selon les circonstances dans lesquelles il est invoqué. La précision de ces dernières est cardinale pour comprendre les incidences potentielles de l'article 2276 C.civ sur les restrictions au droit de disposer. Très tôt, le contenu de cette disposition a été précisé[1] pour aboutir à la formulation de deux règles distinctes selon le conflit à l'occasion duquel elle est invoquée, il s'agit là de distinguer la fonction probatoire (i) de la fonction acquisitive (ii) de l'article 2276 C.civ.

(i) La fonction probatoire de l'article 2276 C.civ.

543. Lorsque l'article 2276 C.civ. est invoqué dans un conflit opposant deux personnes susceptibles d'être unies par un rapport d'auteur à ayant cause, il établit en faveur du possesseur une présomption de titre. Dans ce cas où l'article 2276 C.civ. établit une présomption simple de titre, on remarque qu'il est invoqué dans un conflit opposant celui qui se prétend le véritable propriétaire au possesseur qui est peut-être, sur un fondement qui constitue le cœur du litige, son ayant cause. La présomption de titre est dite simple car le prétendu auteur conserve la possibilité de prouver qu'au lieu et place d'une acquisition régulière, il n'y a en réalité qu'un acte non translatif qui commande de faire du possesseur un simple détenteur lequel devra donc à terme restituer la chose[2].

En définitive, lorsqu'il s'agit de l'article 2276 C.civ., il faut donc convenir que le litige doit se solutionner en considération des rapports juridiques unissant *effectivement* le possesseur à celui dont il se prétend l'ayant cause. La présomption simple de titre n'est qu'une invitation faite aux parties à situer le litige sur le terrain probatoire afin que la nature des rapports établis entre l'un et l'autre soit définitivement établie.

Ce renvoi à la question de la preuve des actes juridiques éventuellement existants entre le possesseur et son auteur est ici particulièrement opportun puisque seules deux personnes

---

[1] Notamment grâce aux travaux de SALEILLES, *La possession des meubles*, 1907, cité par G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les biens*, Sirey, 2ème édition, 1980, n° 389 et les références citées. Il semblerait que la compréhension de l'article 2276 C.civ. résulte bien plus des travaux de Saleilles et de la doctrine en général que de l'intention poursuivie par les rédacteurs du Code civil. Voir sur ce point, W. DROSS, Le singulier destin de l'article 2279 C.civ., *R.T.D.civ.*, 2006, p. 27 & suiv., spéc. p. n° 18.

[2] Evidemment, celui qui se prétend le seul et unique propriétaire de la chose possédée peut toujours tenter d'écarter l'application de la présomption simple de titre en démontrant que l'article 2276 C.civ. n'a pas lieu d'être appliqué car ses conditions d'application ne sont pas satisfaites. Sur la distinction entre la destruction du titre présumé et la remise en cause de la présomption de titre, voir MARTY, RAYNAUD, *Les biens*, Droit civil, Sirey, 2ème édition, 1980, n° 402, p. 507 & 508.

sont en conflit, il est donc aisé de trancher le conflit qui les oppose en considération des rapports juridiques qu'elles entretiennent *effectivement*.

544. Ce type de conflit peut-il se produire en présence d'une restriction au droit de disposer ? Pour le savoir, il est nécessaire de vérifier qu'un litige relatif à l'inaliénabilité d'un meuble est susceptible de se fondre dans le moule des litiges mettant en jeu la fonction probatoire de l'article 2276 C.civ. Lorsque l'inaliénabilité d'un bien a été méconnue, le possesseur sera évidemment celui qui prétend avoir acquis le bien inaliénable.
Mais à la différence de ce qui se passe lorsque la fonction probatoire de l'article 2276 C.civ. est en jeu, le litige relatif à la validité de l'acte litigieux ne l'opposera pas forcément au véritable titulaire du droit litigieux. En effet, l'acte qui contrevient à une restriction au droit de disposer peut être annulé puisque la nullité est la sanction naturelle de l'inaliénabilité[1]. Mais l'action en nullité n'appartient pas systématiquement à celui qui subit la restriction.
Une distinction s'impose ici selon la qualité de celui qui se prévaut de la nullité. Si la clause protège l'intérêt du propriétaire, c'est ce dernier, le véritable propriétaire, qui pourra mettre en œuvre l'action en nullité de l'aliénation litigieuse. Dans ce dernier cas, cette clause dont l'objet est mobilier a été violée par le propriétaire. Il l'a méconnue en cédant le bien litigieux à un tiers. Ce dernier pourrait alors se prévaloir de la présomption de titre établie par l'article 2276 C.civ.

545. Le litige dans lequel l'article 2276 C.civ. est invoqué aura lieu entre deux intervenants prétendument unis par un rapport d'auteur à ayant cause comme dans n'importe quel litige mettant en jeu la fonction probatoire de l'article 2276 C.civ. Si les conditions exigées de la possession sont remplies[2], le possesseur pourra se prévaloir de ce que " le seul fait de la possession d'un meuble fait présumer en sa faveur une acquisition régulière "[3].
Encore faut-il comprendre précisément l'enjeu de ce litige. Le propriétaire ayant violé la restriction se prévaudra de cette dernière si toutefois cela demeure possible[4]. Il demandera donc que la cession du bien[5] inaliénable soit tenue pour nulle en raison de la restriction.

---

[1] A propos de la sanction des restrictions au droit de disposer, voir *supra* n° 449 & suiv.
[2] Si la possession ne doit pas être viciée, il semblerait qu'il ne soit pas nécessaire, compte tenu des circonstances du litige, de s'attacher à la condition de bonne foi. Voir, en ce sens, F. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 450, p. 334.
[3] Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 449, p. 333.
[4] Voir *supra* n° 431 & suiv. à propos de la renonciation à exercer une action en nullité relative.
[5] Les restrictions peuvent sauf précision expresse concerner tout type de biens y compris donc les droits réels mobiliers autres que la propriété, voir *supra* n° 145 & suiv. En parallèle, l'article 2276 C.civ s'applique aussi bien aux droits réels mobiliers qu'à la propriété. Mais en pratique le conflit concernera presque exclusivement le droit de

Inversement, le possesseur se prévaudra de l'article 2276 C.civ. et prétendra bénéficier d'un titre pour conserver le bien.

En pratique, il est fréquent que le possesseur se prévale du titre translatif que constitue un don manuel. Il faut comprendre que cette présomption de titre translatif n'a absolument aucun intérêt ici puisque l'existence d'un tel titre translatif justifie qu'il soit nul en raison de sa contrariété à la restriction au droit de disposer en cause !

546. Si la restriction concerne la propriété d'un meuble, la seule présomption de titre qu'il pourrait être intéressant d'invoquer serait celle d'un titre constitutif d'un droit réel mobilier distinct de la propriété[1], un usufruit par exemple. Pour le reste la présomption de titre de l'article 2276 C.civ. est totalement inutile et elle ne saurait avoir pour effet d'empêcher les restitutions s'imposant à la suite de la nullité d'un acte translatif, fût-ce au titre de la contrariété à une restriction au droit de disposer[2].

Dans l'hypothèse précise que nous venons d'envisager, lorsque le propriétaire victime de la restriction demande la nullité d'une aliénation qu'il a lui même consentie, et que l'acquéreur lui oppose sa possession, il faut donc convenir que la fonction probatoire de l'article 2276 C.civ. n'est sûrement pas une cause d'inefficacité de la restriction au droit de disposer. Reste donc qu'en définitive, le litige opposant le possesseur au propriétaire bénéficiant de l'inaliénabilité devra être solutionné sans que l'article 2276 C.civ. ne soit d'un grand secours au possesseur.

547. Ainsi, pour que le possesseur puisse être considéré comme acquéreur du bien, il lui faudra prouver que le propriétaire bénéficiant de l'inaliénabilité lui a *effectivement* transféré le bien litigieux. La preuve de ce transfert supposant un acte juridique, il lui faudra alors se plier aux exigences légales en matière de preuve des actes juridiques.

S'il parvient à prouver l'existence d'un acte translatif, peut-être lui sera-t-il alors possible de démontrer que le propriétaire bénéficiant de l'inaliénabilité a renoncé à l'inaliénabilité en concluant cette vente car elle manifeste une volonté très nette du propriétaire de contrevenir à l'inaliénabilité[3]. S'il n'y parvient point, la situation de ce propriétaire sera rétrospectivement consolidée et la chose possédée devra lui être rendue à moins qu'il ne soit prouvé que celui

---

propriété. Rares en matière mobilière, les clauses d'inaliénabilité, puisque c'est de cet exemple qu'il s'agit, n'ont aucune chance de concerner un autre droit réel mobilier que la propriété.

[1] Sur cette possibilité, voir *supra* n° 383 & suiv.

[2] Voir en ce sens, à propos d'autres chefs de nullité, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 448, p. 354.

[3] Sur cette question, voir *supra* n° 419 & suiv.

qui se prétendait possesseur dispose d'un titre quelconque pour conserver la détention de la chose.

Finalement, il apparaît donc qu'entre un auteur et un possesseur se prétendant son ayant cause, le litige relatif à la titularité du droit se solutionne par référence aux rapports juridiques existant véritablement entre l'un et l'autre. Dans ce type de litige, le possesseur ne tire aucun bénéfice de la fonction probatoire de l'article 2276 C.civ. Cette dernière disposition présente cependant la particularité d'être aussi la source d'effets de droit qui n'ont rien de probatoire, on peut alors se demander si cela pourrait permettre de remettre en cause une restriction au droit de disposer.

(ii) La fonction acquisitive de l'article 2276 C.civ.

548. L'article 2276 C.civ. peut être invoqué par un tiers, possesseur de bonne foi, contre la revendication que prétendrait opérer le véritable propriétaire qui n'est pas son " auteur ". Dans cette hypothèse, on affirme que l'article 2276 C.civ. rend le possesseur de bonne foi titulaire du droit réel mobilier qu'il possède. L'article 2276 C.civ. dit-on, sécurise les acquisitions *a non domino*.

549. Cette fonction acquisitive de l'article 2276 C.civ. se produit lorsque celui qui se prétend le véritable propriétaire revendique son droit auprès d'une personne, le possesseur de bonne foi, qui n'est pas son ayant cause. Par conséquent, ce n'est pas dans la personne du véritable propriétaire qu'il faut chercher " l'auteur " du possesseur. Une troisième personne fait irruption : le prétendu auteur[1] du possesseur qui lui a transmis un bien appartenant en réalité à celui qui revendique. C'est dans cette hypothèse précise que l'on affirme souvent que l'article 2276 C.civ. sécurise les acquisitions *a non domino* car il protège le possesseur alors que ce dernier n'a " obtenu " le bien qu'à l'occasion d'un acte translatif consenti par celui qui n'était pas le titulaire du droit cédé.

550. L'hypothèse d'une véritable acquisition *a non domino* se rencontre en présence d'une restriction au droit de disposer lorsque le *verus dominus*, propriétaire subissant la restriction le bien grevé, a confié la détention matérielle de la chose objet du droit inaliénable[2] à une

[1] Pour la clarté de l'exposé, on retiendra que ce tiers est " auteur " du possesseur. Mais cette qualification est sujette à caution dans la mesure où le litige résulte de ce que le tiers a transmis un bien qui n'était le sien au possesseur. Juridiquement, il est donc difficile de voir dans ce tiers un auteur du possesseur puisque faute d'objet valablement transmis, aucun rapport d'auteur à ayant cause n'a pu se nouer entre ce tiers et le possesseur de bonne foi.

[2] A vrai dire, les modalités par lesquelles le propriétaire initial a confié la détention matérielle de la chose à une personne indélicate n'importent guère. Il peut évidemment s'agir d'une remise matérielle au titre de la constitution

personne. Cette personne indélicate, se prétendant propriétaire de la chose, l'a ensuite aliénée à un tiers, lequel en est désormais le possesseur de bonne foi. Dans cette hypothèse, si le *verus dominus* prétend revendiquer son droit sur la chose, il tente ici de faire obstacle aux prétentions d'un tiers ayant obtenu la chose à l'occasion d'une acquisition *a non domino*. Cette acquisition a été mise en œuvre par une personne qui n'en avait manifestement pas la faculté puisque justement le *verus dominus* ne pouvait pas ou ne voulait pas lui transmettre la titularité du droit litigieux. C'est précisément dans cette hypothèse que l'article 2276 C.civ. produit sa fonction acquisitive.

Il octroie au possesseur de bonne foi le droit que celui-ci prétend exercer. Dans notre hypothèse, il faut donc admettre que le *verus dominus* ne pourra obtenir du possesseur que celui-ci lui rende la chose convoitée. Le fait que le droit de propriété du *verus dominus* soit inaliénable n'a ici aucune espèce d'influence puisque l'acquisition litigieuse a toujours lieu *a non domino*[1].

551. On s'aperçoit donc que les fonctions traditionnelles de l'article 2276 C.civ. ne sont mises en œuvre que dans deux cas précis. Dans le premier cas, lorsque que le propriétaire bénéficiant de l'inaliénabilité prétend obtenir la nullité de l'aliénation qu'il a lui-même consentie, la fonction probatoire de l'article 2276 C.civ. pourrait être invoquée[2] mais une tel moyen défense n'aurait quasiment aucune utilité pour le possesseur[3].

Dans le second cas, lorsque le propriétaire subissant l'inaliénabilité prétend revendiquer la chose objet de son droit auprès d'un possesseur de bonne foi qui l'a obtenue frauduleusement d'une personne autre que le propriétaire qui n'était pas en mesure de la lui transférer, c'est alors la fonction acquisitive de l'article 2276 C.civ. qui est en jeu.

On remarque cependant que dans le premier cas, l'article 2276 C.civ. ne perturbe pas le mécanisme de l'inaliénabilité. Dans le second en revanche, la fonction acquisitive de l'article 2276 C.civ. tient en échec l'inaliénabilité parce qu'elle tient en échec toute revendication que tenterait d'opérer le *verus dominus*. Reste que ces deux hypothèses ne sont pas les seules envisageables.

---

d'un simple droit personnel, un contrat de louage, ou encore d'une remise matérielle au titre de la constitution d'un droit réel principal ou accessoire puisque cette possibilité demeure offerte au propriétaire subissant l'inaliénabilité. Il peut enfin s'agir d'une remise matérielle contraire à la restriction si le propriétaire subissant l'inaliénabilité a prétendu vendre la chose, objet du droit inaliénable, lorsque cette chose a été livrée à la personne indélicate.

[1] Sur l'indifférence de la restriction au droit de disposer en matière de prescription acquisitive, voir *supra* n° 366 & suiv.

[2] Voir *supra* n° 543 & suiv.

[3] Voir *supra* n° 547. L'utilisation de la fonction probatoire de l'article 2276 C.civ. conduirait ainsi le possesseur à se prévaloir d'un titre auquel l'inaliénabilité fait obstacle s'il est translatif du droit en cause.

552. En effet, il reste une hypothèse dans laquelle un concours entre l'article 2276 C.civ. et une restriction au droit de disposer peut se produire. Il s'agit du cas dans lequel le propriétaire victime de l'inaliénabilité a aliéné le bien alors qu'il n'est point le titulaire de l'action en nullité de l'aliénation litigieuse. Le titulaire de l'action en nullité est soit le disposant initial, celui qui a transféré le bien inaliénable au propriétaire, soit un tiers[1].

Cette hypothèse de concours entre une inaliénabilité et l'article 2276 C.civ. est particulièrement originale. En effet, elle se rapproche de l'hypothèse d'une acquisition *a domino* dans le mesure où l'inaliénabilité a peut-être été méconnue par celui qui était le véritable propriétaire[2]. De ce point de vue la fonction probatoire de l'article 2276 C.civ. pourrait être mise œuvre puisque le bien a été " transmis " au possesseur par le *verus dominus*.

Inversement, cette situation partage avec le cas d'une acquisition *a non domino* le fait que le possesseur prétend avoir obtenu un droit d'une personne qui n'était point en mesure de le lui transmettre puisque justement le bien prétendument transmis était inaliénable. En outre, on remarque que le conflit oppose trois intervenants, le titulaire de l'action en nullité, le propriétaire qui subit l'inaliénabilité et le possesseur de la chose objet du droit inaliénable. Il paraît donc naturel de se demander laquelle des deux fonctions de l'article 2276 C.civ. doit prévaloir.

Au-delà de toute considération liée au respect des conditions exigées pour que l'article 2276 C.civ. produise effet, on peut constater que l'invocation de cette disposition ne pose problème que dans des cas extrêmement restreints, lorsque l'inaliénabilité protège l'intérêt d'un particulier qui n'est point le propriétaire subissant l'inaliénabilité. Cela ne préjuge en rien de l'efficience de cette disposition tant ces situations se distinguent des cas lesquels il est fait application des fonctions traditionnelles de l'article 2276 C.civ[3].

b) Solution du problème, l'applicabilité restreinte et originale de la fonction acquisitive de l'article 2276 C.civ.

553. Dans l'hypothèse exceptionnelle que nous envisageons, l'acquéreur d'un bien mobilier frappé d'une restriction au droit de disposer se prévaudra de l'article 2276 C.civ. pour

[1] Encore une fois, les développements qui vont suivre, s'ils demeurent intellectuellement fort stimulants sont peu efficients en pratique en raison de la rareté des clauses d'inaliénabilité en matière mobilière. Cette rareté s'accentue au-delà du raisonnable lorsque l'on prend l'exemple d'une clause d'inaliénabilité, mobilière et protégeant l'intérêt d'un tiers.

[2] Sur ce point, voir *supra* n° 542.

[3] Sur la mise en œuvre des fonctions traditionnelles de l'article 2276 C.civ., en ce qui concerne sa fonction probatoire et sa fonction acquisitive, voir *supra* respectivement, n° 544 et n° 550.

conserver le bien litigieux malgré la demande de nullité de l'aliénation formulée par un tiers, qui n'est point le propriétaire subissant l'inaliénabilité[1].

Il semblerait que ce conflit entre l'inaliénabilité et l'article 2276 C.civ. puisse être réglé en utilisant la fonction acquisitive de cette disposition, ce qui impose pourtant de revenir plus précisément sur cette dernière.

554. Traditionnellement, l'article 2276 C.civ. peut être invoqué par celui qui possède une chose pour faire obstacle à sa revendication par le véritable propriétaire, lequel est forcément un tiers par rapport au possesseur. Dans cette situation, on affirme souvent que l'article 2276 C.civ. sécurise les acquisitions *a non domino* dans lesquelles " l'auteur " du possesseur n'était pas le titulaire du droit transmis à ce dernier.

Par exemple, lorsqu'un créancier gagiste a vendu la chose remise en gage à un tiers, l'applicabilité de l'article 2276 C.civ. ne fait aucun doute, il s'agit bien d'une acquisition *a non domino*, une acquisition de la propriété du non-propriétaire[2].

555. Si l'on revient à notre exemple, le possesseur a obtenu le bien litigieux par acte translatif de celui qui subissait la restriction. S'agissant d'une restriction au droit de disposer, il faut rappeler que le titulaire ne dispose plus, tant que dure la restriction, du pouvoir de céder un bien qui pourtant demeure sien.

S'il prétend céder ce bien au possesseur, l'acquisition prétendument réalisée au profit du possesseur demeure donc irrémédiablement faite *a domino*. L'application de la fonction acquisitive de l'article 2276 C.civ. n'est pourtant pas exclue pour peu que l'on s'accorde sur la finalité de cette disposition[3].

556. S'agit-il seulement de valider les transactions faites par un non-propriétaire ou plus largement s'agit-il de garantir les transmissions de droit faites par celui qui n'était pas en

---

[1] Les anciens auteurs ne semblaient pas douter de l'applicabilité de l'article 2276 C.civ. pour faire obstacle à une clause d'inaliénabilité. Voir en ce sens, SAIGNAT, *De la clause portant défense d'aliéner*, Thèse, Bordeaux, 1896, p. 180. A l'époque l'analyse de cette disposition n'avait pas peut-être pas encore atteint, à l'égard de tous, le grand degré d'abstraction qui la caractérise aujourd'hui.

[2] Pour être exact, il faudra définir cette situation comme celle de l'acquisition d'un droit par un tiers, possesseur, de celui qui n'en était pas le titulaire. Ce droit peut être un droit de propriété, le langage courant retiendra alors que le possesseur a prétendu acquérir un droit de propriété sur une chose, possédée, de celui qui n'en était pas le propriétaire. Mais dans la mesure où l'article 2276 C.civ. a vu son champ d'application étendu aux droits réels mobiliers, cette dernière expression n'est pas complètement exacte dans le cas d'un droit réel autre que la propriété. En effet, un créancier gagiste, s'il n'est pas un propriétaire, peut toujours céder son droit de gage accessoirement à la créance garantie. L'article 2276 C.civ. n'a pas ici vocation à s'appliquer. En revanche ce gagiste ne peut prétendre céder à un tiers un droit dont il n'est pas lui-même titulaire, sauf le jeu de l'article 2276 C.civ.

[3] Voir, favorable à l'application de l'article 2276 C.civ., Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 349 & suiv.

mesure de le faire ? Le problème n'est pas spécifique aux restrictions au droit de disposer. Il s'est déjà posé à l'occasion de l'application de l'article 215 al. 3 du Code civil[1]. Il dispose que " les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni ". Seule la fin de cette disposition importe ici.

Si l'un des époux viole l'article 215 al. 3 C.civ en disposant seul des meubles meublants, on doit se demander si l'acquéreur est en mesure de se prévaloir de l'article 2276 C.civ. L'application de cette disposition a pu paraître douteuse, " s'agissant (...) de sanctionner non un défaut de propriété mais un *défaut de pouvoir*[2], il ne semble pas qu'un tiers acquéreur de bonne foi puisse être protégé par l'article 2276 C.civ "[3]. La question du fondement de l'article 2276 C.civ. ne pourrait se poser avec davantage d'acuité.

557. Traditionnellement, on élucide la question du fondement de l'article 2276 C.civ. en le traitant comme un ensemble cohérent. Si l'alinéa 1 dispose qu'en fait de meuble possession vaut titre, l'aliéna 2 précise immédiatement que l'action en revendication du véritable propriétaire demeure possible lorsque le meuble a été perdu ou volé. Celle-ci n'est donc pas possible lorsque le meuble a été remis en détention à un tiers indélicat qui l'a revendu au possesseur.

Le peu de considération pour la situation du propriétaire qui a confié sa chose à un tiers indélicat se justifie par le fait qu'en confiant cette chose au tiers, " le propriétaire assume par là même le risque que la chose ne lui soit pas restituée ou qu'elle fasse l'objet d'un acte translatif ou constitutif de droit réel par le détenteur, qui, pourtant n'en a pas le droit ni le pouvoir "[4].

---

[1] Sur cette question voir D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 686 & suiv., plus récemment, J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, P.U.F., 2ème éd., 2001, n° 128, note 6 et les références citées.

[2] S'agissant de la disposition du logement familial, on peut ici profiter de l'occasion pour distinguer nettement le mécanisme de sa protection tel que l'article 215 al. 3 l'établit de l'inaliénabilité. Devant être autorisée par les deux époux, l'aliénation des droits par lesquels le logement familial est assuré n'est évidemment pas interdite. Voir sur ce point, parfaitement clair, J. CASEY, note sous Cass. Civ. 1ère, 3 juin 1998, *J.C.P.*, (G), 1998, II, 10167, spéc. n° 7. Il est donc parfaitement logique que ces droits assurant le logement familial demeurent complètement saisissables par les créanciers des deux époux. Sur l'aliénabilité et la saisissabilité des biens qui sont l'objet d'une appropriation collective, ici fictivement établie par la loi, voir *supra* n° XV.

[3] J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, P.U.F., 2ème éd., 2001, n° 128, note 6.

[4] Ch. LARROUMET, *Les biens - Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 938.

Ici, rejeter l'application de l'article 2276 al. 1 C.civ. reviendrait à faire subir au possesseur de bonne foi[1] la négligence non pas de son cocontractant, mais bien celle du cocontractant de son cocontractant ! L'article 2276 C.civ protège le possesseur des conséquences de la négligence d'un tiers, le propriétaire revendiquant.
La fonction acquisitive de l'article 2276 C.civ. s'apparente donc à un mécanisme de sanction du propriétaire négligent[2], il n'est point un mécanisme général de protection du possesseur.

558. Il en résulte que l'article 2276 C.civ. ne pourrait s'appliquer à la situation étudiée où un propriétaire dépourvu du pouvoir de céder son droit le fait néanmoins. L'application de l'article 2276 C.civ. protègerait le possesseur des conséquences de la négligence de son propre cocontractant alors qu'en principe le tiers possesseur n'est protégé que des conséquences de la négligence d'un tiers, en principe le *verus dominus*, et non pas de celle de son propre cocontractant.
Cette présentation de l'article 2276 C.civ., est peu contestée[3], pourtant, elle mérite d'être nuancée. Ainsi isolé, le fondement de l'article 2276 C.civ. repose sur une interprétation restrictive de cette disposition.

559. La contemplation de l'alinéa 2 de l'article 2276 C.civ. permet de préciser la fonction de la règle édictée par le premier alinéa. L'aliéna 2 de l'article 2276 C.civ. maintient la possibilité de revendiquer la propriété du meuble possédé par un tiers de bonne foi lorsque le revendiquant en avait été privé par perte ou vol, lorsqu'il n'avait point été négligent.
Pourtant, cette revendication s'oppose directement à la règle prévue à l'alinéa 1 ainsi que l'emploi du terme " néanmoins " le suggère. Il en résulte que si la possession de bonne foi du tiers lui confère la propriété de la chose possédée, cette dernière s'efface devant celle du propriétaire de la chose pourvu qu'elle lui ait été volée ou qu'il l'ait perdue et sous réserve de la satisfaction d'un certain nombre de conditions[4].
Si l'alinéa 1 établit la propriété du possesseur de bonne foi, l'alinéa 2 la tempère par la revendication possible faite par le propriétaire initial. Ces deux dispositions ont donc en

---

[1] Il est unanimement reconnu que la condition de bonne foi est sous-entendue à l'article 2276 al. 1 C.civ, voir par exemple, M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel*, Thèse Paris II, Préface P. RAYNAUD, Economica, 1989, n° 261, p. 220.
[2] Voir sur ce point, rappelant cette lecture de l'article 2276 C.civ., W. DROSS, Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil, *R.T.D.civ.*, 2006, p. 27 & suiv., spéc. n° 20.
[3] M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel*, Thèse Paris II, Préface P. RAYNAUD, Economica, 1989, n° 262, p. 220, relève " qu'une certaine unanimité doctrinale s'est également faite pour expliquer la différence de traitement entre la victime d'un abus de confiance (article 2276 al.1) et du propriétaire d'un bien perdu ou volé (article 2276 al. 2) ".
[4] Article 2277 C.civ.

commun de n'envisager que la propriété du tiers possesseur qui sonne ainsi comme un présupposé. La cohérence entre ces deux dispositions résulte d'une même considération pour un présupposé : la possession de bonne foi d'un meuble en confère la propriété, sauf exceptions.

560. Ce présupposé n'est plus d'actualité depuis au moins[1] un siècle. Par un célèbre arrêt, la Cour de cassation a décidé que " la maxime de l'article 2279 C.civ. [il s'agit désormais de l'article 2276], " *en fait de meubles, possession vaut titre* ", peut être invoquée par le créancier gagiste qui, de bonne foi, a reçu en gage d'un détenteur précaire un objet mobilier "[2]. Cette décision permet d'affiner notre compréhension de la " maxime " de l'article 2276 C.civ. Etendu à tous les droits réels, l'article 2276 C.civ. est un remarquable instrument garantissant l'effectivité de tous ces droits réels mobiliers.
Il ne peut demeurer une simple règle de garantie des acquisitions *a non domino.* En réalité, l'application de l'article 2276 C.civ. à tous les droits réels mobiliers évite de s'interroger sur la qualité de celui qui constitue ou transfère, à tort, un droit réel sur la chose possédée au possesseur. Qu'il soit titulaire d'un droit réel ou sans aucun droit importe peu, l'effectivité du droit réel consenti est garantie[3].

561. Ainsi lorsque qu'un possesseur de bonne foi prétend être propriétaire alors que son auteur ne l'était pas, l'article 2276 C.civ. sécurise effectivement cette acquisition *a non domino*. Mais ce n'est que l'application particulière d'un principe plus général qui veut que l'article 2276 C.civ. garantisse au titulaire d'un réel mobilier que son droit est valable bien que son auteur n'ait pu le lui transmettre[4]. Ce principe s'applique au cas où le prétendu auteur du possesseur était dépourvu du pouvoir de céder le bien soit parce que ce bien ne lui

---

[1] L'extension de l'article 2276 C.civ. au gagiste ne semble pas être une grande nouveauté à la fin du XIX^{ème} siècle. Voir *S*, 1888, 1, p. 264 et *D.P.*, 1888, 1, p. 404, les commentateurs, anonymes, de la décision de 1888 relèvent tous deux que la solution n'est pas nouvelle.
[2] Cass. Req., 12 mars 1888, *in* : Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12ème édition, Dalloz, 2007, n° 85, p. 511 & suiv.
[3] En ce sens : Ch. LARROUMET, *Les biens - Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, 5ème édition, Economica, 2006, n° 925, p. 574 : " Dès lors qu'il y a acquisition de la propriété d'un meuble ou constitution d'un droit réel, l'article 2276 C.civ. peut être invoqué. " Voir par ailleurs, W. DROSS, Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil, *R.T.D.civ.*, 2006, p. 27 & suiv., spéc. n° 18. S'interrogeant sur la fondement de la lecture doctrinale de la disposition qui prévaut l'auteur rappelle qu'elle protège bien plus la sécurité du commerce que la bonne foi de l'acquéreur.
[4] Voir sur ce point: Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 925, p. 574, qui résume parfaitement cette affirmation, l'article 2276 C.civ. " (…) ne protège pas seulement les acquéreurs *a non domino* et les conditions qu'elle suppose pour que la revendication soit prohibée peuvent être remplies par un acquéreur *a domino* ". L'hypothèse d'acquisition *a domino* envisagée n'est pas celle que nous envisageons, mais elle repose sur une analyse de l'article 2276 C.civ. à laquelle nous ne pouvons que souscrire.

appartenait pas[1], soit parce que son droit de d'en disposer était restreint[2]. Mais dans l'un et l'autre cas, l'article 2276 C.civ. demeure une règle de garantie des droits des tiers.

Par l'effet de la loi, comme cela est souvent relevé[3], le possesseur d'un droit réel en devient le véritable titulaire[4] même si son " auteur " n'a pas pu lui transmettre ce droit[5]. Cet article produit des effets radicaux pour le possesseur, seule sa situation doit être considérée pour caractériser les effets de cette disposition dès lors que n'est pas en question la relation existant entre le possesseur et son auteur[6].

562. Ainsi l'acquéreur du bien inaliénable ne doit pas subir, à la demande d'un tiers, la nullité de l'aliénation litigieuse[7]. En matière de restrictions au droit de disposer comme dans tous les cas où la nullité d'un acte entraîne des restitutions[8], grâce à l'article 2276 al. 1 C.civ., le droit réel mobilier du tiers possesseur de bonne foi demeure inattaquable.

563. Encore faut-il que les conditions de l'article 2276 C.civ. soient respectées, ce qui pose la question de l'application de cette disposition en matière de restrictions au droit de disposer.

2) L'application de l'article 2276 C.civ. en matière de restrictions au droit de disposer

564. Si l'on résume, la fonction acquisitive de l'article 2276 C.civ ne rendra inefficace une restriction au droit de disposer que dans deux cas. Il s'agira tout d'abord de l'hypothèse dans

---

[1] Il s'agira d'une acquisition *a non domino*.

[2] Cela se produira en présence d'une restriction au droit de disposer. *Contra* D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 686 & suiv., spéc. p. 687 *in fine*. Estimant que l'article 2276 C.civ. ne protège pas le possesseur du défaut de pouvoir de celui qui lui a conféré la possession, l'auteur réserve toutefois la possibilité de la solution contraire.

[3] Voir sur ce point, Ch. LARROUMET, *Les biens - Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 917 *in fine* qui relève que " la possession vaut titre, en ce sens qu'elle fait acquérir le droit possédé d'une façon instantanée. Elle est un véritable mode d'acquisition ".

[4] Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 926, p. 575: " l'acquéreur-possesseur d'un meuble étant assimilé au titulaire d'un droit réel sur le meuble (...) ".

[5] Voir sur ce point : P. ORTSCHEIDT, *Jurisclasseur civil*, Prescription, Fascicule L, articles 2279 et 2280, 1984, n° 222, qui implicitement fait de l'acquisition *a non domino* l'expression particulière d'un principe général : " Les mécanismes de l'acquisition "*a non domino* " opposent un propriétaire revendiquant à un tiers acquéreur, ce dernier détenant le bien de celui qui précisément n'avait pas le pouvoir d'en disposer ".

[6] Dans ce dernier cas, seule la fonction dite probatoire de l'article 2276 C.civ. est en jeu. C'est d'ailleurs précisément le cas lorsque l'inaliénabilité protège l'intérêt du propriétaire. Si ce dernier méconnaît l'inaliénabilité, le possesseur sera en droit de se prévaloir à son égard, en vain le plus souvent, de la fonction probatoire de l'article 2276 C.civ. Sur le peu d'intérêt de la fonction probatoire de l'article 2276 C.civ., voir *supra* n° 544.

[7] En ce sens, à propos d'une clause d'inaliénabilité, voir Ch. LARROUMET, *Les biens, Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 347. Une distinction doit cependant être faite selon que la nullité de l'aliénation litigieuse est demandée par le propriétaire qui bénéficie de l'inaliénabilité ou par un tiers qui la lui fait subir, voir *supra* n° 551 & suiv.

[8] Voir par exemple pour la mention de ce tempérament classique, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, n° 432, p. 434.

laquelle le propriétaire a méconnu l'inaliénabilité qu'un tiers lui faisait subir[1]. Le possesseur sera alors le premier acquéreur.

Il s'agira ensuite de l'hypothèse dans laquelle le possesseur a " acquis " le bien d'un acquéreur qui lui même le tenait à tort d'un propriétaire qui en avait auparavant méconnu le caractère inaliénable[2].

565. Pour que la fonction acquisitive de l'article 2276 C.civ. se produise il est nécessaire de satisfaire un certain nombre de conditions. Premièrement, il est évident que celui qui se prévaut de l'article 2276 C.civ. doit exercer une véritable possession, distincte d'une détention précaire et surtout exempte de vices.

Ces derniers points n'appellent aucune précision particulière bien que l'on envisage le cas précis où cette possession fait obstacle à l'efficacité d'une restriction au droit de disposer.

566. En revanche la fonction acquisitive de l'article 2276 C.civ. ne peut se produire que si le possesseur est de bonne foi. Cette condition, implicite à l'article 2276 C.civ., est établie à l'article 1141 C.civ. que l'on considère comme une application particulière de l'article 2276 C.civ[3].

Traditionnellement, on définit la bonne foi comme l'ignorance au moment de la mise en possession[4] par le possesseur de la qualité de non propriétaire de son cocontractant[5]. En vérité cette règle résulte ici encore de la considération d'une situation spécifique dans laquelle le bien est vendu par un non-propriétaire.

Mais les acquisitions *a non domino* ne sont que l'application du principe selon lequel les droits réels des tiers sur un meuble sont valables quoique celui qui les leur ait transmis n'en ait jamais eu le pouvoir[6].

567. La condition de bonne foi doit donc être reformulée à la lumière de ce principe. Elle est l'ignorance par le possesseur, au moment de la mise en possession, de l'absence du pouvoir de céder le bien de celui qui se présente comme son auteur. Si ce dernier est dépourvu du pouvoir de céder le bien parce que le bien n'est pas le sien, le possesseur devra l'ignorer sous peine d'être de mauvaise foi.

---

[1] Voir *supra* n° 561 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 550.
[3] Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 433 & suiv., p. 345.
[4] En ce sens, Ch. LARROUMET, *Les biens, Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, 5ème édition, Economica, 2006, n° 933 *in fine*.
[5] Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 436, p. 346.
[6] Voir *supra* n° 561 & suiv.

S'il est dépourvu du pouvoir de céder le bien car son droit de disposer est restreint, le possesseur devra donc ignorer l'existence de la restriction au droit de disposer.

568. Puisque la bonne foi est présumée[1], il appartiendra au tiers[2] qui se prévaut de la nullité de prouver que le possesseur n'ignorait pas l'existence de la restriction. Cette preuve, comme toute preuve d'un élément psychologique, risque d'être ardue.

La difficulté variera selon la restriction en cause. Si on est en présence d'une restriction au droit de disposer volontaire, comme une clause d'inaliénabilité, il n'existe pas de mécanisme général de publicité des clauses d'inaliénabilité portant sur les meubles. La connaissance de la restriction par le possesseur sera sans doute impossible à prouver sauf à ce que l'existence de la restriction lui ait été notifiée.

Dans le cas des clauses statutaires d'incessibilité des actions, à supposer qu'un conflit résultant de l'application de l'article 2276 C.civ. puisse naître[3], la solution risque d'être différente. Dans toutes les sociétés commerciales, lors de la demande d'immatriculation au greffe au registre du commerce, les statuts doivent être déposés en deux expéditions s'ils sont notariés ou deux originaux s'il s'agit d'actes sous seing privé, au greffe du Tribunal dans le ressort duquel est situé le siège social[4].

Ce dépôt réalise une publicité des statuts qui les rend opposables aux tiers[5]. Par conséquent la publicité de la clause statutaire d'incessibilité des actions prive d'efficacité l'article 2276 C.civ. en rendant l'acquéreur de mauvaise foi. Si ce texte ne s'applique pas compte tenu de la nature incorporelle des biens en cause, l'issue du litige sera la même. Rien ne permettra plus de faire obstacle à l'efficacité de cette restriction au droit de disposer.

569. Un tel constat peut souvent être dressé à propos des restrictions involontaires frappant certains biens meubles[6]. La même problématique est présente à l'occasion d'une procédure

---

[1] Article 2268 C.civ.

[2] Rappelons que la fonction acquisitive de l'article 2276 C.civ. ne doit se produire que lorsque l'inaliénabilité est subie par le propriétaire en raison de ce qu'elle protège l'intérêt d'un tiers, sur ce point voir *supra* n° 551 & suiv. Evidemment, la condition de bonne foi présente les mêmes particularités lorsque c'est le propriétaire subissant l'inaliénabilité qui prétend obtenir restitution de la chose objet de son droit inaliénable alors que cette dernière est possédée par un sous-acquéreur, sur ce point, voir *supra* n° 547 à 550.

[3] En principe l'article 2276 C.civ. ne s'applique qu'aux meubles corporels mais le maintien du principe en droit positif peut être nuancé, voir sur ce point : Fr. TERRE, Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006, n° 431.

[4] Article 48 du Décret n° 84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés.

[5] Article L. 123-9 al. 2 C.com. : " (...) la personne assujettie à un dépôt d'actes ou de pièces en annexe au registre ne peut les opposer aux tiers et aux administrations, que si la formalité correspondante a été effectuée (...)".

[6] Voir sur ce point, envisageant plus généralement les indisponibilités, Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 354 & suiv.

collective pour les biens compris dans un plan de cession qui ont été judiciairement déclarés inaliénables par le Tribunal[1]. L'article 263 du Décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 dispose que cette " mesure d'inaliénabilité (...) est mentionnée sur les registres publics sur lesquels les biens inaliénables et les droits qui les grèvent sont inscrits ou, à défaut, aux registres mentionnés à l'article 63 ".

En l'absence de registre public où sont mentionnés les droits mobiliers, se pose donc la question de la mention de la mesure au registre du commerce. L'article 36-1-1-15° du Décret n° 84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés prévoit que " sont mentionnées d'office au registre les décisions (...) arrêtant le plan de cession de l'entreprise au cours d'une procédure (…) ".

On peut se demander si la mesure d'inaliénabilité contenue dans la décision acquiert la publicité nécessaire à l'information des tiers. En effet, la connaissance de la mesure d'incessibilité intéresse en premier lieu celui qui s'apprête à acquérir un bien que lui cédera le cessionnaire, repreneur à l'occasion du plan de cession. Or, la mention de la décision se fait sur le registre au nom du cédant qui bénéficie de la procédure collective.

Par conséquent pour connaître la mesure d'inaliénabilité, l'acquéreur potentiel devra savoir que son cocontractant a repris des biens inclus dans un plan de cession. Il devra ensuite déterminer la personne du cédant, consulter le registre du commerce à propos du cédant et se procurer la décision arrêtant le plan pour déterminer si les biens en cause sont inaliénables ! En pratique cela ne se produira jamais.

On peut donc ici supposer que l'article 2276 C.civ. maintient son empire sauf à ce qu'il soit prouvé que l'acquéreur ne pouvait ignorer la mesure. La mesure d'inaliénabilité décidée à l'occasion d'un plan de cession risque de rester lettre morte en matière mobilière puisque l'acquéreur du bien inaliénable sera le plus souvent de bonne foi[2].

---

[1] Article L. 642-10 C.com.

[2] L'impossibilité matérielle de prendre connaissance d'une mesure d'ordre juridique faute pour celle-ci d'être publiée dans des circonstances convenables, notamment en ce qui concerne le délai de publication, est parfois prise en compte par les juges du fond. Voir ainsi C.A. PARIS, 20 janvier 2005, *R.T.D.civ.*, 2005, p. 457, obs. Ph. THERY. Les juges du fond ont ici validé une saisie-attribution bien que le créancier l'ait dénoncée au débiteur alors que ce dernier faisait l'objet d'un redressement judiciaire. La procédure collective avait été ouverte la veille ce qu'évidemment le créancier ne pouvait qu'ignorer, il lui était donc impossible de dénoncer la saisie auprès de l'administrateur nommé par le jugement d'ouverture. Une telle décision est évidemment équitable mais ainsi que le relève très justement l'auteur dans sa note, la généralisation de ce type de raisonnement est de nature à réduire à néant n'importe quel délai ou n'importe quelle mesure de publicité. Concernant les restrictions au droit de disposer établies à l'occasion d'une procédure collective, cette crainte se révèle tout à fait fondée : l'article 2276 C.civ. réduit considérablement l'intérêt de l'article L. 642-10 C.com.

570. Etrangement, en raison de l'organisation du registre du commerce, une mesure presque identique sera, elle, dotée d'une très large efficacité. L'article L. 626-14 C.com. dispose qu'à l'occasion de l'adoption d'un plan de sauvegarde, le Tribunal peut déclarer inaliénables les biens du débiteur indispensables à la poursuite de l'activité de l'entreprise. L'article 141 du Décret n° 2005-1677 dispose que la mention de cette mesure sera faite sur les registres publics concernés ou à défaut au registre du commerce. S'agissant de meubles, nul registre n'est globalement prévu. En revanche, une mention de la décision pourra être faite sur le registre du commerce ainsi que le prévoit l'article 36-1-1-6° du Décret n° 84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés.

Par conséquent, l'acquéreur potentiel d'un bien susceptible d'être concerné par une telle mesure pourra déterminer son statut en consultant le registre qui lui-même renverra à la décision concernée. Dans ce cas, l'information des tiers semble acquise, la mention de la décision sur le registre maintiendra cette restriction au droit de disposer hors de l'atteinte de l'article 2276 C.civ., l'acquéreur demeurera sans doute un possesseur de mauvaise foi[1].

Enfin, on peut noter que l'extension des règles des procédures collectives à " toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante "[2] rend possible l'adoption d'un plan de sauvegarde pour un débiteur qui n'est pas inscrit au registre du commerce. Si à cette occasion le Tribunal fait usage de la faculté offerte par l'article L. 626-14 C.com., mention sera faite de la décision en marge d'un registre *ad hoc* établi au greffe du Tribunal de grande instance[3]. Dans cette hypothèse, bien que la consultation de ce registre demeure hypothétique, on peut supposer que la mention de la décision réalise la publicité écartant l'application de l'article 2276 C.civ., sauf à ce que ce registre *ad hoc* ne puisse être consulté par les particuliers, acquéreurs potentiels.

---

[1] Quand à la question de savoir si la mention d'une mesure sur un registre suffit à rendre un possesseur de mauvaise foi, il faut toutefois relever que la jurisprudence estime parfois que l'article 2276 C.civ. conserve son empire malgré la publication sur un registre d'un droit réel mobilier. Ainsi en matière de " gage " portant sur l'outillage et le matériel, l'article L. 525-7 C.com. prévoit que la sûreté doit faire l'objet d'une publicité sur un registre tenu par le greffe du tribunal de commerce tout en précisant qu'une plaque doit être apposée sur le matériel grevé. La Cour de cassation a estimé (Cass. Com., 9 mai 1990, *Bull. civ.*, IV, n° 141) que l'article 2276 C.civ. demeurait invocable " à défaut d'apposition (…) de la plaque indiquant le lieu, la date et le numéro d'inscription du privilège ". On comprend donc que la mention de la sûreté sur un registre ne suffit pas à faire obstacle à l'article 2276 C.civ. Il semble pourtant difficile de généraliser cette affirmation au-delà du cas d'espèce dans la mesure où l'article L. 525-7 C.com. exige une double mesure de publicité, à la fois par la publication sur un registre et par l'apposition d'une plaque. On peut donc considérer que l'attachement de la Haute juridiction à l'apposition d'une plaque sur le matériel relève de sa fidélité au texte-même de l'article L. 525-7 C.com.

[2] Article L. 620-2 C.com.

[3] Article 63 al. 3 du Décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005.

571. Lorsque la restriction est établie non plus par le juge mais par la loi, il ne semble pas que l'article 2276 C.civ. puisse être opposé. L'opinion contraire priverait de toute efficacité une telle disposition. Ainsi, en matière de procédures collectives, les biens compris dans un plan de cession ne peuvent faire l'objet d'une aliénation[1] tant que le prix de cession n'a pas été payé, sauf autorisation[2].

Si un possesseur de bonne foi se prévaut d'un droit relatif à l'un des éléments du plan de cession, il est préférable d'exclure l'application de l'article 2276 C.civ. A défaut la disposition prévue serait privée d'efficacité tant en ce qu'elle établit la restriction que dans la procédure prévue pour y remédier[3]. L'exclusion de l'article 2276 C.civ. semble s'imposer en présence de toutes les restrictions prescrites directement par la loi. En pratique l'exigence se restreint au cas de l'article L. 642-9 al.1 C.com.

572. Finalement, l'article 2276 C.civ ne fait véritablement obstacle à l'efficacité des restrictions au droit de disposer que dans des cas très limités, en matière mobilière le principe reste donc celui de l'efficacité de la restriction au droit de disposer. Cela est d'autant plus vrai que l'application de l'article 2276 C.civ. est parfois directement exclue. Lorsqu'un meuble a été perdu ou volé, sa revendication demeure possible par le véritable propriétaire sous des conditions variables selon les modalités de l'acquisition par le possesseur[4]. Cette revendication est possible pendant trois ans.

Dans le cas où une chose corporelle a été perdue ou volée, le propriétaire originaire même s'il subissait une restriction au droit de disposer pourra faire établir son droit de propriété sur la chose.

Cette possibilité n'appelle pas de développements particuliers. On se contentera de relever que dans cette hypothèse ce n'est pas la restriction qui tient en échec la fonction acquisitive de l'article 2276 C.civ., celle-ci est exclue par la loi. En revanche, l'exclusion de la fonction acquisitive permettra au propriétaire d'obtenir restitution de son bien.

En l'absence de précision particulière, on suppose que la restriction produira ses effets ce qui démontre, finalement, que l'exercice de la revendication qui résulte de l'existence du droit de propriété demeure possible malgré la restriction. Celle-ci ne modifie décidément pas le contenu du droit constituant son objet.

---

[1] Article L. 642-9 al. 1 C.com.
[2] Article L. 642-9 al. 2 C.com. Sur cette question, voir *supra* n° 459.
[3] Pour une justification de l'efficacité de la mesure par l'adage " nul n'est censé ignorer la loi ", voir, *La réforme des procédures collectives*, F-X. LUCAS et H. LECUYER (Dir.), L.G.D.J., 2006, p. 333.
[4] Article 2276 al. 2 et 2277 C.civ.

Conclusion de la Section II

573. L'inaliénabilité, cette restriction au droit de disposer, si elle peut être remise en cause volontairement, n'a pour autant vocation à durer éternellement. Deux séries de facteurs peuvent ainsi la réduire à néant.

574. Il se peut tout d'abord que la restriction au droit de disposer cesse. La cessation de l'inaliénabilité peut elle-même résulter de deux causes bien distinctes. La première cause est commune à toutes les inaliénabilités, restrictions au droit de disposer, elles sont une atteinte à la substance de la relation d'appartenance unissant la personne à chacun de ses biens. Cela signifie que la disparition de cette relation d'appartenance entraîne mécaniquement la cessation de la restriction au droit de disposer.

Ainsi, le décès de celui qui subit la restriction au droit de disposer marque forcément la fin du caractère inaliénable et insaisissable des biens qu'il transmet à ses héritiers[1].

575. Au-delà de cette cause générique de cessation des restrictions au droit de disposer, il est des causes spécifiques de caducité tenant à la disparition de conditions de validité particulières parfois exigées à propos des inaliénabilités volontaires.

C'est ainsi que l'inaliénabilité conventionnelle qui résulte d'une clause d'inaliénabilité doit être tenue pour caduque dès la disparition de l'intérêt venant au soutien de la clause. Il en va ainsi en cas de disparition du droit dont la clause d'inaliénabilité est censée faciliter l'exercice[2].

De la même manière, l'écoulement du temps entraîne systématiquement la disparition des restrictions au droit de disposer, volontaires, dont le caractère temporaire était une condition initiale de validité. A l'issue de la période prévue, l'inaliénabilité cesse donc[3].

576. Une autre série de facteurs peut réduire à néant l'inaliénabilité. Ces facteurs consistent en des mécanismes organisant la protection des droits des tiers. C'est ainsi qu'en matière immobilière, il est apparu qu'une clause d'inaliénabilité contenue dans un acte distinct et non publiée pouvait être tenue en échec lorsqu'un tiers acquéreur a publié son acquisition avant que la clause ne soit publiée[4].

---

[1] Voir *supra* n° 500 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 495 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 499.
[4] Voir *supra* n° 516.

Cette inefficacité de la clause d'inaliénabilité demeure ici ponctuelle[1], puisque dans tous les autres cas, il y a lieu d'admettre que la restriction au droit de disposer est valable et opposable[2]. Ainsi, une clause d'inaliénabilité insérée dans un acte translatif lui-même non publié est opposable aux tiers, interdisant par la même que les tiers se prévalent d'une acquisition[3]. De la même manière, les clauses d'inaliénabilités insérées dans les actes de disposition à cause de mort sont forcément opposables[4] de même que toutes les inaliénabilités prescrites par la loi, dès lors qu'il n'est pas prévu de mécanisme particulier de publicité[5].

577. En matière mobilière, l'inefficacité de l'inaliénabilité peut résulter de la mise en œuvre de l'article 2276 C.civ. Il apparaît alors que la fonction de l'article 2276 C.civ. varie selon la restriction au droit de disposer en cause. S'agissant des restrictions au droit de disposer volontaires, au premier rang desquelles figurent les clauses d'inaliénabilité, il est nécessaire de distinguer selon la personne susceptible de se prévaloir de la nullité des actes contrevenant à l'inaliénabilité.

Si le titulaire de l'action en nullité est le propriétaire subissant l'inaliénabilité, le litige l'opposera à un possesseur qui se prétend son ayant cause, sera alors en jeu la fonction probatoire de l'article 2276 C.civ.[6] Dans tous les autres cas, si le titulaire de l'action en nullité est un tiers, par exemple le disposant initial, ou si le possesseur n'a pas traité directement avec le propriétaire subissant l'inaliénabilité[7], c'est la fonction acquisitive de l'article 2276 C.civ. qui est en jeu. Dans le premier cas, lorsque le possesseur de bonne foi est opposé au titulaire de l'action en nullité qui n'est point le propriétaire[8], la fonction acquisitive de l'article 2276 C.civ. laisse entrevoir toute sa spécificité.

Véritable mécanisme de protection des tiers, l'article 2276 C.civ. confère au possesseur de bonne foi la titularité du droit que ce dernier possède de bonne foi[9].

578. Cette fonction acquisitive de l'article 2276 C.civ. tient alors nettement en échec l'inaliénabilité dès lors que le possesseur est de bonne foi. Cette exigence de bonne foi conduit à distinguer entre ces différentes restrictions au droit de disposer selon qu'elles font

---

[1] Voir *supra* n° 521 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 518 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 531 et 532.
[4] Voir *supra* n° 533.
[5] Voir *supra* n° 536 & suiv.
[6] Voir *supra* n° 541 & suiv.
[7] Voir *supra* n° 547 & suiv.
[8] Voir *supra* n° 551 & suiv., spéc. n° 561.
[9] Voir *supra* n° 560.

l'objet d'une publicité ou non[1]. Seules les restrictions au droit de disposer véritablement occultes sont tenues en échec par l'article 2276 C.civ. Quant aux inaliénabilités légales, celles-ci, bien que rares, ne peuvent être tenues en échec par l'article 2276 C.civ[2].

[1] Voir *supra* n° 567 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 570.

Conclusion du Chapitre 2 : L'inefficacité de l'inaliénabilité

579. L'étude de l'inefficacité de l'inaliénabilité permet de constater que le mécanisme de cette restriction au droit de disposer n'est pas si néfaste que l'on pouvait le craindre. Ainsi, il a pu être constaté qu'il existait des procédures particulières permettant d'obtenir la remise en cause des clauses d'inaliénabilités insérées dans les libéralités. Ces mécanismes volontaires d'inefficacité, mis en œuvre par ceux qui subissent les clauses d'inaliénabilités, permettent d'éviter le maintien d'inaliénabilités qui leur seraient trop préjudiciables.
Cependant, remettant en cause l'intervention d'une norme ayant redéfini la relation d'appartenance, ces mécanismes sont forcément d'interprétation stricte, ce qui signifie qu'ils ne peuvent être mis en œuvre pour d'autres inaliénabilités que celles pour lesquelles ils ont été prévus. Faut-il alors craindre que les inaliénabilités pour lesquelles il n'existe point de mécanismes équivalents ressuscitent les biens de mainmorte ?

580. Ce serait se méprendre que de souscrire à une telle opinion. En effet, contrairement aux apparences les restrictions au droit de disposer ne sont pas perpétuelles en ce sens qu'elles cessent inéluctablement à la mort de celui qui les subit. Elles ne nuisent donc jamais aux héritiers. Par ailleurs, avant même la mort de celui qui les subit, elles peuvent être caduques lorsque, volontaires, le droit au soutien desquelles elles ont été stipulées disparaît.

581. Par ailleurs, même si elles peuvent nuire à celui dont le droit de disposer est restreint pendant une période longue, elles sont parfois tenues en échec au nom du respect des droits des tiers. C'est ainsi que les clauses d'inaliénabilités contenues dans des actes distincts et non publiées sont tenues en échec si et seulement si un tiers a publié préalablement un droit y contrevenant. Bien que cette inefficacité soit limitée, on s'aperçoit qu'elle rend inoffensive les restrictions au droit de disposer les plus susceptibles de perturber les droits des tiers. Il en va de même en matière mobilière où l'article 2276 C.civ. peut réduire à néant les restrictions au droit de disposer protégeant l'intérêt d'un tiers qui par hypothèse demeure inconnu du possesseur de bonne foi.

CONCLUSION DU TITRE II : LE REGIME JURIDIQUE SPECIFIQUE DE L'INALIENABILITE

582. Mécanisme original, l'inaliénabilité est servie par un régime juridique très particulier, innervé en tout point par la nature spécifique de l'inaliénabilité. Restriction du droit de disposer, l'inaliénabilité manifeste l'amputation de la relation d'appartenance par laquelle la personne est unie à chacun de ses biens.

583. De sa nature spécifique, il résulte que l'inaliénabilité n'est un obstacle qu'aux actes mettant en cause le droit de disposer. C'est ainsi que l'inaliénabilité n'est un obstacle qu'aux opérations qui réalisent un véritable transfert volontaire du bien inaliénable. Les opérations juridiques non translatives demeurent donc permises malgré l'existence d'une restriction au droit de disposer. Ainsi le bien inaliénable peut-il être abandonné ou prescrit. Ainsi est-il possible d'établir n'importe quel droit réel sur la chose qui est l'objet d'un droit de propriété inaliénable.

On aurait pourtant tort de nier leur efficacité. Bien que celle-ci soit ciblée, elle est particulièrement remarquable puisque les opérations prohibées sont frappées de nullités, absolues ou relatives selon que l'inaliénabilité est prescrite ou permise.

584. Tombant dans l'excès inverse, il ne faudrait pas non plus décrier l'aspect anti-économique de cette restriction au droit de disposer : celle-ci peut voir ses effets les plus inopportuns paralysés. Ainsi existe-t-il des procédures d'inefficacité de certaines inaliénabilités. Bien qu'il n'existe pas de procédure générique d'inefficacité valable pour toutes les restrictions au droit de disposer, il faut rappeler que celles-ci ne passent pas de génération en génération. La restriction au droit de disposer, manifestation d'une atteinte à la relation d'appartenance ne concerne que la personne subissant la restriction, elle n'a aucune incidence sur ses héritiers.

Par ailleurs, avant même la mort de celui qui la subit, l'inaliénabilité peut être rendue caduque par la disparition d'une de ses conditions de validité. Au-delà, lorsque la restriction au droit de disposer auraient des conséquences trop inopportunes, lorsqu'elle ruinerait les droits des tiers, les mécanismes de la publicité foncière et l'article 2276 C.civ. permettent de la rendre inefficace.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

585. Mécanisme profondément original, l'inaliénabilité mérite d'être étudiée pour ce qu'elle est réellement. Une observation attentive de son mode opératoire démontre qu'elle se situe au-delà des mécanismes les plus ordinaires.

L'impossibilité d'en opérer une qualification classique a rendu nécessaire l'élaboration d'une nouvelle qualification de l'inaliénabilité. Celle-ci repose sur l'idée que les biens de la personne sont ses droits patrimoniaux qu'elle exerce sur des choses. Parce que ces droits sont appropriés, la personne, ses créanciers, peuvent réaliser sur eux un certain nombre d'actions à caractère juridique. Ces opérations juridiques portant sur les biens, les droits, peuvent être fédérées sous le concept unique d'appartenance. L'appartenance elle-même comprend plusieurs prérogatives distinctes. L'une d'elle, le droit de disposer symbolise en premier lieu la possibilité pour la personne d'aliéner ses biens. L'inaliénabilité va alors s'analyser comme l'immixtion d'une norme qui selon les termes de l'article 537 C.civ. va modifier la libre disposition, privant la personne de son droit de disposer.

586. Cette privation du droit de disposer repose ainsi nécessairement sur une norme car la relation d'appartenance doit rester au-delà de l'empire des volontés individuelles. Ce n'est pas à dire que celles-ci n'aient aucun rôle. Au contraire, lorsque la loi le permet, les particuliers peuvent établir des restrictions au droit de disposer. Parfois les restrictions au droit de disposer sont prescrites, les volontés individuelles n'ont alors absolument aucune incidence. Mais en tout état de cause, l'inaliénabilité, restriction au droit de disposer, repose toujours sur une norme.

587. Malgré son fondement exclusivement normatif, l'inaliénabilité, cette restriction au droit de disposer, n'est pas un mécanisme arbitraire. En effet, parce qu'elle interdit à la personne d'aliéner ses biens et aux créanciers de les saisir, l'inaliénabilité est une restriction complète au droit de disposer. Cette restriction au droit de disposer, parce qu'elle est complète ne peut être établie qu'au moment de la création de la relation d'appartenance qui va être amputée du droit de disposer. C'est la raison pour laquelle la restriction complète au droit de disposer ne va être établie que lors de l'irruption du bien dans le patrimoine de la personne. Le bien ne devient donc pas inaliénable, il naît inaliénable dans le patrimoine de la personne. Cette spécificité de la restriction au droit de disposer s'exprime par le principe nécessaire et intangible de respect du droit de poursuite des créanciers. Parce que la restriction du droit de disposer naît lors de l'appropriation d'un bien, elle ne remet nullement en cause le droit de

poursuite des créanciers puisque ce dernier ne naît qu'à compter de l'entrée du bien dans le patrimoine.

588. Cette nature originale de l'inaliénabilité commande son régime juridique, lui aussi emprunt d'originalités. Restriction au droit de disposer, l'inaliénabilité n'a absolument aucune incidence sur les actions de mise en œuvre du droit inaliénable, celui-ci demeure complet. C'est ainsi que la chose objet d'un droit de propriété inaliénable peut être grevée de droits réels ou de droits personnels. Indifférente à l'exercice du droit inaliénable, la restriction au droit de disposer se distingue totalement de l'imprescriptibilité.

Parallèlement, et cela marque la richesse du concept d'appartenance, la restriction au droit de disposer ne concerne que le droit de disposer, elle n'interdit pas l'abandon du droit inaliénable.

La détermination restrictive des actions interdites par la restriction complète au droit de disposer a pour pendant que celles-ci sont sévèrement sanctionnées puisque la méconnaissance d'une restriction au droit de disposer est sanctionnée par la nullité. Cette nullité manifeste que l'acte translatif litigieux a été établi par une personne dénuée de son droit de disposer, comme si le bien ne lui appartenait plus. Cette nullité elle-même ne présente guère de spécificités si ce n'est que son régime juridique dépend de la norme sur laquelle la restriction est fondée.

589. Malgré la nullité qui la sanctionne, l'inaliénabilité peut être remise en cause. Restriction au droit de disposer, elle est dans la dépendance d'une relation d'appartenance qui peut disparaître par la mort de celui qui la subit. La mort est donc une cause d'inefficacité générique, il y en a de spécifiques, de la restriction au droit de disposer.

Au-delà de la personne subissant la restriction, l'inaliénabilité intéresse aussi les tiers. C'est la raison pour laquelle, ses conséquences peuvent être paralysées par la publicité foncière ou le jeu de l'article 2276 C.civ. Cette paralysie de l'inaliénabilité n'a lieu que dans les hypothèses où sa mise en œuvre se révélerait trop défavorable aux tiers.

590. Dans la dépendance de la qualification retenue, le régime juridique de l'inaliénabilité peut être vu comme une preuve en faveur de la véracité de la nouvelle analyse qui en est proposée. Concept d'un genre nouveau, la restriction au droit de disposer est relative aux droits, à la façon dont ils sont appropriés et plus spécialement à la façon dont une norme perturbe les conséquences de cette appropriation. L'émergence de ce concept suscite cependant une question, l'inaliénabilité est-elle la seule espèce du genre ?

PARTIE II : L'INSAISISSABILITE, RESTRICTION PARTIELLE AU DROIT DE DISPOSER

591. A l'occasion de la première Partie, ont été étudiées les hypothèses dans lesquelles la relation d'appartenance unissant une personne à certains de ses biens était substantiellement limitée par le biais d'une norme. En raison de la privation du droit de disposer que cela entraîne, il en résulte que la possibilité pour cette personne de céder le bien en cause disparaît. Il était nécessaire de déterminer les raisons pour lesquelles une personne est privée d'exercer sur certains éléments figurant à l'actif de son patrimoine les pouvoirs qui semblent découler naturellement de son droit de disposer.

Affirmer que l'appartenance fédère tous les éléments de l'actif du patrimoine d'une personne permet ainsi de justifier que ces éléments sont susceptibles d'être cédés, sauf le cas de la restriction au droit de disposer complète que constitue l'inaliénabilité. Mais la référence à l'appartenance n'a pas pour seule utilité d'expliquer pourquoi ce que l'on nomme *l'abusus* juridique, le droit de disposer, est présent pour tous les droits patrimoniaux.

592. En effet, le patrimoine d'une personne comprend et des biens, à l'actif, qui sont ses droits patrimoniaux, et des dettes qui en constituent le passif. La théorie[1] du patrimoine justifie les relations que la personne entretient avec ses biens, l'existence du passif démontre que cette personne n'est pas envisagée dans l'isolement conceptuel le plus absolu. Lorsque l'on affirme que l'actif répond du passif, on signifie tout simplement que l'actif patrimonial intéresse aussi, en premier lieu, les créanciers personnels. Le passif regroupe l'ensemble des obligations personnelles dont la personne est tenue envers ses créanciers.

---

[1] S'agissant d'une théorie constituée pour rendre compte d'un certain nombre de phénomènes pratiques, il faut admettre que le patrimoine en soit n'existe pas. Toute contestation, sur ce dernier point, de la théorie s'apparenterait à la dénonciation du caractère fictif d'une fiction, ce qui n'a guère d'intérêt. Il ne s'agit que d'une simple grille de lecture, qui d'ailleurs s'articule fort bien avec celle que nous proposons à propos des droits patrimoniaux. Nous ne saurions donc tirer du caractère abstrait de la théorie du patrimoine un argument contre sa validité, bien plus, s'agissant d'une simple grille de lecture, les exceptions qui lui existent ne sont qu'autant d'éléments marquant son imperfection à rendre compte de la réalité. Faut-il pour autant abandonner la théorie du patrimoine ? Rien n'est moins sûr. S'agissant des exceptions que l'on connaît à cette théorie en la matière des droits des créanciers, il faut bien convenir que tout le monde s'accorde sur leur caractère dérogatoire. Rien n'interdit donc d'y voir une dérogation à la théorie du patrimoine au lieu de se contenter d'y voir des dérogations à un principe inexistant. Comp. D. HIEZ, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, Thèse, Paris XII, Préf. Ph. JESTAZ, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 399, L.G.D.J., 2003, n ° 378 & suiv.

Par conséquent, si l'appartenance est un concept utile pour comprendre les relations unissant une personne à ses biens, elle doit aussi être indispensable pour délimiter le gage commun des créanciers. L'article 2285 C.civ. dispose en effet que " les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers "[1]. En principe, l'appartenance permet la cession de tous les biens que sont les droits qu'elle a pour objet. De la même manière, si l'on admet que les biens de la personne sont les droits patrimoniaux de la personne, il faut convenir que le gage commun des créanciers est composé des droits patrimoniaux qui appartiennent à la personne.

On peut donc affirmer que les biens sont le gage commun des créanciers parce qu'ils appartiennent à la personne. L'appartenance d'un bien justifie donc que ce dernier soit un élément du gage commun des créanciers[2]. Cela est tout à fait conforme à l'idée selon laquelle, dans la théorie du patrimoine, l'actif et le passif sont en corrélation[3].

593. Par conséquent, si l'on a admis que l'appartenance pouvait être totalement restreinte en ce qu'elle contient le droit de disposer du bien qu'elle a pour objet, il faut se demander si elle ne peut pas aussi être autrement et partiellement restreinte, empêchant seulement qu'un bien soit le gage commun des créanciers. Du point de vue du débiteur, les biens en cause

---

[1] " Le gage commun des créanciers est composé des biens du débiteur et ne saurait, en principe, inclure les biens d'un autre " *in* M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Thèse, Toulouse, Préface M.-H. MONTSERIE-BON, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Tome n° 59, Litec, 2002, p. 31, n° 14. Si l'appartenance permet de justifier que chacun ne puisse disposer juridiquement que de *ses* biens, elle trouve naturellement vocation à justifier pourquoi le gage commun des créanciers est limité en principe aux seuls biens du débiteur.

[2] Voir en ce sens, Ph. THERY, Saisissabilité et limites, *Le 10ème anniversaire de la Loi du 9 juillet 1991*, Colloque du 9 juillet 2001, La Passerelle, 2002, p. 61 & suiv., spéc. p. 65, à propos de la saisie des biens du débiteur par ses créanciers, l'auteur relève que " la plupart des droits dont le débiteur est titulaire sont saisissables (...) ".

[3] Comp. D. HIEZ, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, Thèse, Paris XII, Préf. Ph. JESTAZ, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 399, L.G.D.J., 2003, n° 383 et 401. Hostile à la théorie du patrimoine telle qu'AUBRY et RAU l'ont construite, l'auteur estime que la corrélation de l'actif et du passif, ce fait que les créanciers puissent se payer sur les biens du débiteur, résulte avant tout des nécessités du crédit et sûrement pas d'une théorie prescriptive comme la théorie du patrimoine. En elle-même, cette affirmation n'est guère contestable puisque la théorie du patrimoine, pure œuvre de dogmatique juridique n'a pas la positivité des articles du Code civil qui sont censés l'exprimer. A nos yeux, cela ne la discrédite pas pour autant. Fonder l'article 2285 C.civ. sur des considérations d'opportunité ne discrédite nullement la théorie du patrimoine. Cela ne fait que déplacer le problème. D'une part, si l'existence de considérations d'opportunité était un substitutif adéquat aux théories, il faudrait renoncer à l'élaboration de toute théorie, ce à quoi l'on ne peut se résoudre. L'auteur en convient d'ailleurs lui-même puisqu'il propose de substituer à la notion de patrimoine une série de notions taillées sur mesure pour chacune des questions que la théorie du patrimoine unifie. La théorie du patrimoine a au moins ce mérite d'être un canevas certes imparfait mais qui permet néanmoins l'étude conjointe de plusieurs dispositions fondamentales du Code civil. D'autre part, se contenter de considérations d'opportunité pour justifier ces dispositions fondamentales ne suffit point puisque l'on peut toujours se demander ce qui justifie que ces considérations d'opportunité distinctes aient été jugées dignes d'être consacrées dans des normes. La théorie du patrimoine présente alors le mérite de masquer les contingences d'opportunité qui président à l'adoption d'une norme.

demeureront hors d'atteinte de ses créanciers. Ils ne pourront donc plus se désintéresser au moyen de ces biens appartenant[1] malgré tout à leur débiteur.

Traditionnellement les biens qui demeurent hors d'atteinte des créanciers sont dits insaisissables. On peut conjecturer que l'insaisissabilité est aussi une limitation substantielle de l'appartenance. Simplement, là où l'inaliénabilité était une restriction complète du droit de disposer, l'insaisissabilité n'est qu'une restriction partielle du droit de disposer : elle ne frappe que les créanciers. La nature voisine de l'inaliénabilité et de l'insaisissabilité, qui manifestent toutes deux une atteinte à la relation d'appartenance unissant une personne à l'un de ses biens, n'est pour le moment qu'un simple postulat.

594. Il est donc nécessaire de démontrer que l'insaisissabilité participe réellement de la nature d'une atteinte substantielle à l'appartenance, et constitue une véritable restriction au droit de disposer. Cette démonstration impose de vérifier qu'un certain nombre de constats réalisés lors de l'étude des restrictions complètes au droit de disposer peuvent être conjointement formulés pour l'insaisissabilité.

Cette vérification requiert de scruter, de nouveau d'un œil neuf[2], le mécanisme-même de l'insaisissabilité, en prenant le soin de vérifier que la qualification que l'on en propose est la seule qui en restitue toute la richesse. Il est nécessaire, encore une fois, d'étudier l'insaisissabilité pour ce qu'elle est et non pour ce qu'elle doit être.

595. La spécificité des restrictions complètes au droit de disposer est notamment apparue lors de l'étude de leurs conditions d'établissement. Résultant directement d'une norme, conformément aux prescriptions de l'article 537 C.civ., ces restrictions ont en outre pour particularité de ne pouvoir être établies que sur un bien en cours d'appropriation, afin de ne pas remettre en cause le droit de poursuite des créanciers.

Pour assimiler l'insaisissabilité à une restriction au droit de disposer, il n'est rien de plus nécessaire que de vérifier que, tant du point de vue de sa source que du moment auquel elle s'établit, l'insaisissabilité est soumise aux mêmes impératifs que l'inaliénabilité, cette restriction complète au droit de disposer. Au prix d'une convergence indéniable entre l'une et

---

[1] S'il suffit qu'un bien appartienne au débiteur pour qu'il soit inclus dans le gage commun de ses créanciers, encore faut-il constater que l'appartenance du bien au débiteur doit dès l'origine être exclusive. Ainsi, lorsque le bien fait l'objet d'une appropriation collective, il n'est dans le gage commun des créanciers que si ces derniers sont créanciers de chacun des membres de la collectivité, pour une application pratique, voir l'article 815-17 C.civ.

[2] Voir *supra* Introduction n° X & suiv.

l'autre, la seconde pourra être classée dans la catégorie des restrictions au droit de disposer, même si, au sein de cette catégorie, elle conserve une nature spécifique (Titre I).

596. Cette qualification originale de l'insaisissabilité va permettre d'appréhender sous un angle nouveau la richesse des effets juridiques qu'elle produit. Parce que l'insaisissabilité d'un bien signifie que la relation d'appartenance qui l'unit à son titulaire n'est point complète, ses effets juridiques obéissent également à un régime juridique spécifique (Titre II).

TITRE I. LA NATURE SPECIFIQUE DE L'INSAISISSABILITE

597. L'insaisissabilité constituerait donc une restriction au droit de disposer. Avant d'envisager les implications d'une telle affirmation il est nécessaire de bien spécifier les hypothèses à partir desquelles la démonstration doit être bâtie. La qualification de restriction partielle au droit de disposer sied à l'insaisissabilité dans la mesure où celle-ci est manifestement établie. Il faut donc être certain qu'un bien est véritablement soustrait au gage commun des créanciers[1] puisque la limitation de l'appartenance supposerait une telle soustraction. L'insaisissabilité, analysée comme une restriction partielle au droit de disposer, devra donc se manifester par la soustraction du bien insaisissable au gage commun des créanciers.

Cette soustraction au gage commun des créanciers devra présenter plusieurs caractéristiques pour pouvoir être qualifiée d'insaisissabilité. Comme pour les restrictions complètes au droit de disposer[2], l'existence d'une limitation substantielle de l'appartenance suppose que le bien concerné soit ponctuellement insaisissable alors que l'on pouvait s'attendre à la solution contraire. Il faut donc que l'insaisissabilité intervienne dans des hypothèses où la saisissabilité des biens du débiteur par le créancier n'était pas douteuse. Il est nécessaire ici d'employer le plus rigoureusement possible le vocable " insaisissabilité ".

Là où la saisissabilité était de toute façon exclue, il n'y a pas lieu de parler d'insaisissabilité. Ainsi nul n'a jamais prétendu que des créanciers puissent saisir les biens qui n'appartiennent pas ou plus à leur débiteur[3]. Par conséquent, les biens qui n'appartiennent pas ou plus au

---

[1] Voir sur ce point, G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 8ème édition, 2007, *V°* Insaisissabilité, " Protection spéciale découlant de la loi (ou sous les protections de la loi d'une convention ou d'un testament) qui met en tout ou en partie certains biens d'une personne hors d'atteinte de ses créanciers, en interdisant que ces biens soient l'objet d'une saisie, dans les limites et sous les exceptions déterminées par la loi ".

[2] Voir *supra* Introduction n° XV & suiv.

[3] Voir sur ce point, S. CIMAMONTI, *Jurisclasseur civil*, Biens insaisissables, Fascicule 2170, 1993, spéc. n° 5, à propos de l'article 13 al. 1 de la Loi du 9 juillet 1991, " L'aliéna 1er du texte fait toutefois mieux ressortir que ne le faisait le texte antérieur la condition de l'appartenance au débiteur pour que le bien puisse faire l'objet d'une saisie. Il en résulte que les biens n'appartenant pas ou plus au débiteur, bien que ne faisant pas l'objet d'une insaisissabilité entendue comme exception au principe de saisissabilité, ne peuvent être saisis par ses créanciers." Comp. pour une mise en garde équivalente en matière d'indisponibilité entendue ici au sens d'inaliénabilité : D. BERRA, *Le principe de libre disposition en droit civil – Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969, p. 782, " on ne saurait parler d'indisponibilité pour marquer l'obstacle qui s'oppose à ce qu'un non-titulaire dispose d'un droit qui ne lui appartient pas. On dilaterait en pure perte le concept d'indisponibilité si on l'utilisait pour désigner la relation qui existe entre une personne et les biens ou les droits qui appartiennent à une autre. Il est évident que si je ne peux disposer des biens appartenant à mon voisin, c'est que je ne possède sur eux aucun droit. Il ne faut surtout pas confondre le défaut de droit et le défaut de pouvoir (de disposer). La disponibilité ou l'indisponibilité ne s'apprécient que par rapport à la personne qui en est titulaire. La titularité c'est-à-dire l'appartenance du droit à celui qui dispose constitue un présupposé de la notion d'indisponibilité ". On ne saurait mieux dire, on regrettera toutefois

débiteur ne sont pas insaisissables au sens où ce mot va être entendu. L'insaisissabilité n'est pas l'état provenant de causes indifférenciées par lequel un bien ne peut plus être saisi. L'insaisissabilité est l'état d'un bien qui, alors que l'on supposait qu'il soit saisissable, ne le sera point.

598. Sur la base de cette précision terminologique, il est possible d'exclure du champ présent de notre étude toutes les hypothèses dans lesquelles la limitation des droits du créancier ne présente pas ce caractère accidentel, soit que le créancier demeure totalement dépourvu de droits, soit que ceux-ci soient réduits de façon " chronique ". Dès à présent, deux séries distinctes de cas méritent donc d'être exclues.

599. D'une part, il n'y a pas d'insaisissabilité lorsque le créancier n'avait de toute façon aucune vocation à saisir le bien dont il est question. Ainsi, lorsqu'un bien n'appartient pas au débiteur, en principe son créancier ne peut s'en saisir. Il serait pour le moins surprenant que le créancier d'une personne puisse saisir les biens du voisin de cette personne pour se désintéresser. En pratique, la situation n'est pas toujours aussi évidente. Par exemple, l'article L. 132-14 C. ass. dispose que " le capital ou la rente garantis au profit d'un bénéficiaire déterminé ne peuvent être réclamés par les créanciers du contractant ".
On aurait pourtant tort de voir dans cette disposition une insaisissabilité dont souffrent les créanciers du contractant. A proprement parler, ce capital ne fait nullement partie de l'actif patrimonial du souscripteur, il est aussi naturel que ses créanciers ne puissent le saisir qu'il est naturel qu'ils ne puissent se désintéresser en saisissant les biens du voisin du souscripteur[1]. Seules les primes versées par le souscripteur participent de la composition de son patrimoine, mais elles n'augmentent que son passif ! Si ce capital était inclus dans un gage commun, ce serait semble-t-il, plutôt celui du bénéficiaire encore que cette dernière affirmation demeure elle-même sujette à caution[2].

---

que l'auteur se soit lui-même condamné à " dilater " l'indisponibilité en définissant celle-ci par opposition au " principe de libre disposition ".

[1] Voir en ce sens, M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Thèse, Toulouse, Préface M.-H. MONTSERIE-BON, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Tome n° 59, Litec, 2002, p. 313, n° 303 *in fine* et la référence citée : " (...) il ne s'agit pas d'une prohibition légale de saisir mais une impossibilité matérielle de toute saisie faute d'objet à saisir ".

[2] Sur cette question, voir H. LECUYER, Assurance-vie, libéralité et droit des successions, *Dr. famille*, mai 1998, Chr. n° 7, p. 4 & suiv., ces contrats particuliers souffrent autant de la qualification de contrat d'assurance que de celle de donation. Un parallèle très habile est donc établi par l'auteur entre leur mécanisme et celui des clauses de tontine. Aussi séduisant soit-il ce parallèle ne permet pas d'affirmer que l'on est en présence d'une véritable insaisissabilité du capital avant le dénouement de l'opération. L'insaisissabilité est un mécanisme qui ne se satisfait pas d'une variété d'appropriation collective comme celle que met en œuvre la tontine. L'appropriation collective est un obstacle chronique et non plus simplement ponctuel à la mise en œuvre du droit de poursuite des créanciers.

Retenons simplement qu'il n'y pas d'insaisissabilité lorsque les créanciers n'ont évidemment aucun droit de poursuite sur les biens en cause.

600. Il n'en va pas différemment lorsque le droit de poursuite des créanciers est perturbé, de façon chronique, notamment en raison de ce que les biens concernés font l'objet d'une appropriation collective. Ainsi lorsque qu'un bien est détenu en indivision par un débiteur, il est certain que le créancier d'un des indivisaires ne saurait prétendre se désintéresser sur ce bien du chef d'un seul des indivisaires.

En principe seuls les créanciers de l'indivision, qui sont alors créanciers de chacun des indivisaires, peuvent se désintéresser sur les biens indivis[1]. On comprend alors que le bien indivis n'est pas insaisissable puisqu'il peut être saisi par les créanciers de l'indivision. Dans ce cas de l'indivision, la qualification d'insaisissabilité doit donc être exclue. Par ailleurs, on peut relever qu'à proprement parler le bien indivis n'appartient pas privativement à son débiteur. On peut en conclure que l'existence d'une appropriation collective comme l'indivision fait naturellement obstacle à ce que le créancier d'un indivisaire saisisse le bien indivis.

Il est donc parfaitement logique que la " saisissabilité " du bien[2] indivis soit soumise à des conditions spécifiques. Or l'existence d'une restriction partielle au droit de disposer suppose la caractérisation d'une insaisissabilité, accidentelle, alors que tout laissait penser que le bien en cause resterait dans le gage commun des créanciers.

601. Cette première délimitation ne doit pas occulter l'extrême variété des hypothèses d'insaisissabilité[3] tandis qu'il ne fait aucun doute qu'elles ne frappent que des biens qui, malgré tout, appartiennent[4] en propre au débiteur. Cela révèle le caractère " exceptionnel " de l'insaisissabilité.

Avant le dénouement des différentes conditions envisagées, le " capital " des contrats en cause n'est donc pas insaisissable sans que cela signifie qu'il puisse être saisi par n'importe quel créancier ! En poursuivant l'analogie avec le mécanisme de la tontine, il serait peut-être possible de considérer que ce capital appartient collectivement au souscripteur et au bénéficiaire du moins tant que l'évènement prévu par le contrat d'assurance ne s'est pas produit.

[1] Article 815-17 C.civ.

[2] Nos développements ne concernent le droit indivis à l'exclusion de la " part dans l'indivision ".

[3] Voir sur ce point, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 222, n° 213 : " Les cas particuliers d'insaisissabilité, disséminés dans des textes nombreux et parfois confus, défient tout recensement exhaustif. Il faut souvent compter sur le hasard pour les découvrir et se résigner à ne citer que les cas les plus importants (...). "

[4] Voir en ce sens, article 13 de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution et disposant que " les saisies peuvent porter sur tous les biens *appartenant* (nous soulignons) au débiteur (...) ". De même, l'article 38 du Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 précise que " Tous les biens mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels *appartenant* (nous soulignons) au débiteur peuvent faire l'objet d'une mesure d'exécution

Ce caractère exceptionnel trouverait une justification aisée dans la qualification de restriction partielle au droit de disposer. Cette qualification emporte en effet des conséquences importantes quant aux modes de constitution du mécanisme, lesquels s'apparent nettement aux modes de constitution de l'inaliénabilité, cette restriction complète au droit de disposer. Du point de vue de sa source, il peut être démontré que l'insaisissabilité s'apparente à une restriction au droit de disposer (Chapitre 1).

Mais le placement dans la catégorie des restrictions au droit de disposer ne sera jamais aussi évident que lorsque l'on aura clairement établi le moment auquel l'insaisissabilité peut être constituée (Chapitre 2).

---

forcée ou d'une mesure conservatoire, si ce n'est dans les cas où la loi *prescrit* ou *permet* leur insaisissabilité. " Une telle redondance ne pouvait échapper à la sagacité de certains auteurs, voir Ph. THERY, Saisissabilité et limites, *Le 10ème anniversaire de la Loi du 9 juillet 1991*, Colloque du 9 juillet 2001, La Passerelle, 2002, p. 61 & suiv., spéc. p. 65, à propos de la saisie des biens du débiteur par ses créanciers qui relève que " la plupart des droits dont le débiteur est titulaire sont saisissables (...). Est-on propriétaire de ses droits ? Le droit de l'exécution relance dans une certaine mesure la querelle de Ginossar et Dabin. "

CHAPITRE 1: La source de l'insaisissabilité

602. En tant que restriction au droit de disposer, l'insaisissabilité d'un bien résulterait de la modification de la substance de l'appartenance du débiteur. L'étude de l'inaliénabilité a été l'occasion de constater que les restrictions au droit de disposer se présentaient en réalité comme des hypothèses dans lesquelles une norme manifestait son emprise sur cette relation d'appartenance. L'atteinte à l'appartenance était donc invariablement fondée sur une norme alors que la volonté voyait son rôle éventuel cantonné à celui de " déclencheur " des effets de la norme[1].

A nature commune, conditions communes, l'insaisissabilité ne peut se présenter autrement que comme un effet de la loi (Section I).

603. Cette considération permet de trancher un débat qui s'est fait jour en doctrine à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 15 février 1972[2]. La Haute Juridiction semble avoir admis la possibilité d'une limitation conventionnelle du gage commun des créanciers. En réalité, la Cour de cassation n'a jamais entendu consacrer l'insaisissabilité conventionnelle entendue comme une insaisissabilité dont le caractère contraignant résulterait de la volonté.

Dans cet arrêt comme dans toutes les autres hypothèses d'insaisissabilité prétendument conventionnelle, il faut convenir du contraire, l'insaisissabilité n'est jamais un effet des volontés. L'insaisissabilité véritablement conventionnelle n'existe pas (Section II).

Section I. L'effet de la loi, essence de l'insaisissabilité

604. A vrai dire, la démonstration que l'insaisissabilité résulte d'un effet de la loi sur la relation d'appartenance unissant la personne au bien insaisissable est d'une difficulté variable selon l'hypothèse d'insaisissabilité étudiée. Comme il est toujours préférable de raisonner à partir de ce que l'on connait déjà avant de s'interroger sur ce qui est nouveau, il est tout naturel de commencer par aborder la seule variété d'insaisissabilité que nous ayons déjà rencontrée. Il s'agit de l'insaisissabilité qui vient au soutien de l'inaliénabilité d'un bien.

Cette insaisissabilité, accessoire dans la restriction complète au droit de disposer, reposera alors mécaniquement sur une norme (§1).

---

[1] Voir *supra* n° 224 & suiv.
[2] Cass. Civ. 1ère, 15 février 1972, *Bull. civ.*, I, n° 50.

Ce constat est précieux puisqu'il pourra être repris pour comprendre le mode opératoire de l'insaisissabilité établie de façon autonome (§2). Dans un cas comme dans le l'autre, le constat sera donc le même, l'insaisissabilité manifeste l'emprise d'une norme sur un aspect particulier du droit de disposer, opérant une restriction de celui-ci.

§1: L'insaisissabilité accessoire

605. Il a déjà été relevé que l'insaisissabilité était la conséquence logique d'une inaliénabilité[1]. Ce lien logique existant indubitablement entre l'une et l'autre n'est cependant pas suffisant pour comprendre le mode opératoire de l'insaisissabilité. En effet, ce n'est pas parce que l'insaisissabilité résulte de l'inaliénabilité que l'on sait précisément quelle est sa véritable nature.

Pourtant, en la matière, si l'on veut éviter de procéder uniquement par voie d'affirmations, s'appuyer sur les rapports entretenus entre l'une et l'autre de ces institutions confère un solide point de départ à l'argumentation. Par ailleurs, l'insaisissabilité consécutive à l'inaliénabilité a souvent constitué le principal argument en faveur de la qualification réelle de l'inaliénabilité[2]. Bien que nous rejetions cette qualification[3], il faut concéder qu'elle est particulièrement utile à la compréhension de la nature véritable de l'insaisissabilité. Celle-ci n'étant que la répercussion sur la situation des créanciers des effets que l'inaliénabilité produit sur le débiteur, ceux-ci ne sauraient bénéficier de plus de droits que leur débiteur[4].

606. Or contrairement à ce que la qualification réelle de l'inaliénabilité laissait supposer cette répercussion tient moins à l'objet du droit des créanciers, le bien à saisir, qu'à leurs droits eux-mêmes, leurs droits de saisir. Il apparaît alors que l'inaliénabilité s'analyse comme une limitation des pouvoirs dont disposent les créanciers (A).

Pour peu que l'on concède quelque pertinence à l'analyse renouvelée de l'inaliénabilité, il devient possible d'affiner ce premier constat. La limitation des pouvoirs des créanciers démontre que l'insaisissabilité d'un bien inaliénable est un mécanisme spécifique qui se distingue de la simple inaliénabilité. L'insaisissabilité est du point de vue des créanciers

---

[1] Voir *supra* Titre I, Chapitre 2, n° 251 & suiv.

[2] L'étude des liens unissant inaliénabilité et insaisissabilité n'a véritablement d'intérêt que dans le cadre de l'analyse réelle de l'inaliénabilité dans la mesure où pour les partisans de la qualification personnelle de l'inaliénabilité, l'insaisissabilité est si inexplicable qu'elle est réduite à n'être qu'une manifestation exceptionnelle de l'inaliénabilité. Voir en ce sens, B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont-Ferrand, Préf. Y. CHAPUT, Presses Universitaires de la faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2004, p. 221 & suiv., n° 256 & suiv.

[3] Voir *supra* n° 102 & suiv.

[4] Voir en ce sens, P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Thèse Paris II, Préf. M. GOBERT, L.G.D.J., 1995, n° 213, p. 172, note 1 *in fine* les " créanciers (...) n'appréhendent (...) le bien que grevé de la restriction au droit de disposer ".

l'exact et le nécessaire pendant de la limitation de pouvoirs que subit celui auquel appartient un bien inaliénable.

L'insaisissabilité accessoire à une inaliénabilité est en réalité une véritable insaisissabilité, nécessairement juxtaposée à l'inaliénabilité. Toute restriction complète au droit de disposer comprend alors forcément une restriction partielle au droit de disposer (B).

A) L'insaisissabilité, limitation du pouvoir des créanciers

607. La plupart des auteurs s'accordent sur le lien unissant inaliénabilité et insaisissabilité[1], considérant que la seconde est une conséquence de la première. Des opinions dissidentes ont pourtant été émises[2] bien que la jurisprudence semble maintenant[3] fixée[4] en ce sens. L'évolution jurisprudentielle ne s'est pas pourtant pas faite sans heurt et la Cour de cassation a affiné progressivement sa jurisprudence sur ce point.

608. Dans un arrêt en date du 27 juillet 1863[5], sans doute l'un des premiers consacrés aux rapports existants entre inaliénabilité et insaisissabilité, la Cour de cassation releva qu'une clause d'inaliénabilité établie en faveur du donateur comprenait *dans l'intention de ce dernier* l'interdiction de faire indirectement par la voie de l'expropriation ce qu'elle défend de faire par la voie de l'aliénation.

Du point de vue des liens qu'entretiennent l'inaliénabilité et l'insaisissabilité, il fallait donc en déduire que l'insaisissabilité résultait avant tout de la volonté du donateur. La stipulation d'une clause d'inaliénabilité sans insaisissabilité était donc envisageable pourvu que cela

---

[1] Voir en ce sens, MAZEAUD, Fr. CHABAS, *Introduction à l'étude du droit*, Leçons de droit civil, Tome I, 1er volume, Montchrestien, 11ème édition, 1996, n° 217, p. 324, P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Thèse Paris II, Préf. M. GOBERT, L.G.D.J., 1995, n° 213, p. 172 et les références citées.

[2] B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de Clermont Ferrand, 2004, n° 262 & suiv, A. LEBORGNE, note sous Cass. Civ. 1ère, 15 juin 1994, *D.*, 1995, J., p. 342 & suiv., spéc. p. 345. Cet auteur estime que la reconnaissance de l'insaisissabilité accorde une importance exorbitante à la volonté du donateur à l'origine de l'inaliénabilité. L'argument est puissant, mais il nous semble qu'il frappe dans le vide si l'on admet de que l'inaliénabilité tire sa force d'une norme et non d'une manifestation de volonté. Dès lors que l'insaisissabilité est reconnue par la jurisprudence, une importante source normative, il semble moins évident de la rejeter. Pour notre part, nous pensons que cette argumentation trouverait parfaitement à s'appliquer en présence d'une simple obligation contractuelle de ne pas aliéner. La distinction ici faite entre l'inaliénabilité et l'obligation de ne pas aliéner suggère d'ailleurs une fois de plus que la qualification de mécanisme " obligationnel " ne sied décidément pas à la première.

[3] Sur l'évolution jurisprudentielle à propos du lien entre inaliénabilité et insaisissabilité, voir : M. GRIMALDI, *Libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, p. 170, note de bas de page n° 437.

[4] Voir par exemple, Cass. Civ. 1ère, 15 juin 1994, *D.*, 1995, S.C., p. 50, obs. M. GRIMALDI. Plus récemment, voir Cass. Civ. 1ère, 8 février 2000, *Bull. civ.*, I, n° 43.

[5] Cass. Req., 27 juillet 1863, *D.P.*, 1864, 1, p. 494 & 495.

corresponde à une volonté clairement manifestée. D'autre part, la solution semblait limitée au cas où la clause servait les intérêts du donateur[1].

Pourtant, dans la même décision, la Cour de cassation ne manqua pas de relever que la clause d'inaliénabilité restreignait les droits des créanciers puisque le donateur était " libre (...) de retenir une partie de la propriété, d'où il suit que les créanciers ne pouvant puiser que, dans la personne du débiteur, le droit de poursuivre la vente de ses immeubles, et ce droit lui manquant, leur manque également (...) "[2].

Ainsi dans la même décision, la Cour de cassation fait de l'insaisissabilité une circonstance contingente de l'inaliénabilité tout en estimant ensuite qu'elle résulte du principe selon lequel les créanciers ne peuvent exercer des droits que leur débiteur ne pourrait exercer. Ces deux arguments sont pourtant contradictoires. Ou bien l'insaisissabilité dépend de la volonté du donateur ou elle n'est que la conséquence de l'inaliénabilité mais dans ce cas, la volonté est impuissante à la justifier.

609. Les décisions ultérieures ont clairement abandonné la justification de l'insaisissabilité par la volonté du donateur. Si la Cour de cassation a justifié pendant un temps que l'insaisissabilité complète l'inaliénabilité[3], dans ses décisions les plus récentes, l'insaisissabilité, avérée en présence d'une clause d'inaliénabilité, est simplement affirmée[4]. L'argumentaire fondé sur l'interprétation de la volonté n'a pas été repris, ce à quoi on ne peut qu'applaudir, cependant la justification jurisprudentielle de la corrélation entre insaisissabilité et inaliénabilité demeure mystérieuse.

Sur le fondement de la première décision relevée[5], contradictoire, il a été défendu que l'insaisissabilité manifestait clairement la nature, réelle, de l'inaliénabilité[1]. Le raisonnement

---

[1] La Cour de cassation affirma ainsi que la stipulation d'inaliénabilité " ainsi faite dans l'intérêt du donateur comprend nécessairement l'interdiction de faire indirectement par la voie de l'expropriation ce qu'elle défend de faire directement par la voie de l'aliénation volontaire (...) ", *D.P.*, 1864, 1, p. 495. Sur cet aspect de la décision, voir les observations de M. GRIMALDI, *Libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, p. 170, note de bas de page n° 437.

[2] La Haute Juridiction reprend ici les termes de la décision des juges du fond. Ces derniers avaient par ailleurs relevé que " l'insaisissabilité des biens donnés est une conséquence naturelle, logique et légale de leur inaliénabilité ", ce qui démontre qu'initialement l'inaliénabilité alors même que sa validité était encore contestée était déjà perçue comme entraînant forcément l'insaisissabilité des biens inaliénables. Sur la décision des juges du fond, voir *D.P.*, 1864, 1, p. 495.

[3] Voir sur ce point, Cass. Civ., 20 février 1939, *D.H.*, 1939, p. 196, affirmant à propos d'une clause d'inaliénabilité, " qu'il en résulte nécessairement, à peine d'enlever à la clause son effet protecteur, qu'elle forme obstacle à ce que les valeurs qui en ont été frappées puissent devenir le gage d'un créancier dont le titre a pris naissance pendant la période d'inaliénabilité, leur insaisissabilité étant la conséquence inévitable de leur aliénabilité ".

[4] Voir en dernier lieu, Cass. Civ. 1ère, 8 février 2000, *Bull. civ.*, I, n° 43, à propos d'une clause d'inaliénabilité publiée en matière immobilière, " elle ne permet pas la saisie tant qu'elle est en vigueur ".

[5] Cass. Req., 27 juillet 1863, *D.P.*, 1864, 1, p. 494.

tenu était le suivant : les créanciers ne sauraient saisir que ce qui appartient véritablement au débiteur. Si on leur interdit la saisie, cela résulte du fait que leur saisie ne portera en définitive que sur un bien qui reste inaliénable[2]. L'insaisissabilité résulte ainsi des particularités de l'objet de la saisie : un bien inaliénable.

Si l'inaliénabilité conventionnelle résulte d'un droit réel, ce que nous contestons[3], le raisonnement est imparable. Rien ne distingue le créancier qui saisit un bien inaliénable de celui qui saisit un bien grevé d'usufruit. La mesure de saisie ne concerne que le " surplus " de propriété qui demeure aux mains du débiteur en raison du droit réel s'exerçant sur sa chose. Pourtant, appliqué à l'inaliénabilité, ce raisonnement fondé sur l'adage *Nemo plus iuris ad alium transfere postest quam ipse habet* ne semble qu'imparfaitement expliquer l'insaisissabilité.

610. En pratique, il faut d'abord relever que l'insaisissabilité fait directement obstacle à la mesure judiciaire de saisie. Ainsi un commandement de saisie portant sur un bien inaliénable est nul[4]. Comment un droit réel sur la chose d'autrui pourrait-il prohiber à peine de nullité la saisie de cette chose ?

L'application rigoureuse de la qualification de droit réel ne devrait pourtant pas interdire la saisie en elle-même mais simplement la mutation patrimoniale par laquelle elle peut se solder. En effet, pour les partisans de la nature réelle de l'inaliénabilité, la propriété inaliénable est une propriété sans *abusus* juridique. Rien n'interdirait donc d'admettre la saisie d'une propriété inaliénable, seul le transfert de propriété devrait être impossible.

Affirmer que l'inaliénabilité prohibe la saisie en admettant la qualification réelle de cette dernière procèderait alors d'une sorte de raccourci intellectuel. La saisie se solde par un transfert du bien, une saisie d'un bien que l'on ne peut transférer est inutile[5], il faut en

---

[1] Voir en ce sens, P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Thèse Paris II, Préf. M. GOBERT, L.G.D.J., 1995, n° 213, p. 172, " L'affirmation de l'insaisissabilité du bien suppose, par conséquent, la reconnaissance du caractère réel de l'indisponibilité ".

[2] Voir sur ce point, P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Thèse Paris II, Préf. M. GOBERT, L.G.D.J., 1995, n° 213, p. 172, note 1 *in fine* les " créanciers (...) n'appréhendent ainsi le bien que grevé de la restriction au droit de disposer ".

[3] Voir *supra* n° 68 & suiv.

[4] Voir en ce sens, Cass. Civ. 2ème, 30 juin 1993, *Bull. civ.*, II, n° 241, à propos d'un commandement de saisie portant sur un bien inaliénable, annulé par les juges du fond : " (...) c'est à juste titre que la cour d'appel a retenu que la validité de la saisie doit s'apprécier compte tenu des termes de la donation au moment où elle est pratiquée, à savoir, la publication du commandement et qu'il convenait de prononcer la nullité de celui-ci, comme portant sur un bien insaisissable ".

[5] Ce constat pourrait d'ailleurs être contredit. La menace d'une saisie et sa mise en œuvre décide bien souvent le débiteur à s'exécuter, ce que le législateur a bien compris en laissant la possibilité à ce dernier de s'acquitter de sa dette alors même que la procédure civile d'exécution est déjà mise en œuvre, voir par exemple l'article 52 de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991. Voir sur ce point, envisageant l'effet incitatif d'un commandement de payer, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 576, p. 530. Sur la promotion

conséquence interdire *ab initio* la saisie des biens qu'on ne peut plus transférer en raison de leur inaliénabilité.

611. Il peut paraître étrange d'exclure ainsi par anticipation de son résultat probable une mesure de saisie. C'est pourtant ce qui résulte de l'affirmation selon laquelle le caractère réel de l'inaliénabilité justifie l'insaisissabilité qui l'accompagne invariablement. Pour conférer davantage de rigueur à une qualification réelle de l'inaliénabilité qui ne l'est guère, on ne manquera pas de justifier ce raccourci intellectuel par la nature particulière du droit réel d'inaliénabilité.

Ainsi affirmera-t-on qu'il ne saurait être question pour les créanciers d'exercer un *jus abutendi* que leur débiteur ne possède pas[1]. Plus précisément il va s'agir ici de justifier l'interdiction de la mesure de saisie en elle-même et non plus seulement la paralysie de l'effet translatif par lequel elle pourrait se clore. Cette interdiction de la saisie *ab initio* pourrait être justifiée dès lors que l'on affirme que l'acte de saisie en lui-même manifeste la mise en œuvre de l'*abusus* juridique. De la propriété, privée de ce *jus abutendi*, sera interdite non plus seulement le transfert qui peut clore la saisie mais bien la mesure de saisie en elle-même. Le bien inaliénable ne peut donc être saisi.

En résumé, pour justifier ce dernier état de fait, en restant fidèle à la qualification réelle de l'inaliénabilité, il a fallu admettre que l'acte de saisie en lui-même était la mise en œuvre de l'*abusus* juridique ou du *jus abutendi*. Ce dernier constat, même s'il résulte d'un présupposé que nous ne partageons pas, la qualification réelle de l'inaliénabilité, nous semble d'une importance capitale pour deux raisons.

612. Premièrement il signifie clairement que les créanciers en saisissant, exercent en réalité le *jus abutendi*. Saisir un droit de propriété sans *jus abutendi* est bien impossible. On remarque ainsi que l'insaisissabilité dérive inéluctablement de la question de l'objet de la saisie[2], le bien inaliénable, vers celle du défaut de pouvoir des créanciers. L'insaisissabilité correspond avant tout à la limitation du pouvoir des créanciers.

---

de l'exécution amiable au sein des procédures civiles d'exécution, voir Ph. THERY, La place des procédures civiles d'exécution, *R.T.D.civ.*, *La réforme des procédures civiles d'exécution*, n° spécial, Sirey, 1993, p. 1 & suiv., spéc. n° 17 & suiv.

[1] H. CORVEST, L'inaliénabilité conventionnelle, *Defrénois*, 1979, n° 32126, p. 1377 & suiv., spéc. n° 23, note 130 : " Contrairement à la théorie de l'obligation de ne pas aliéner, celle de l'indisponibilité réelle permet d'expliquer que l'insaisissabilité soit le corollaire de l'inaliénabilité. En effet, la propriété ne comportant pas le *jus abutendi*, les créanciers ne peuvent donc exercer ce droit à leur profit. "

[2] Il s'agit ici des conséquences de la qualification réelle de l'inaliénabilité, voir *supra* n° 609.

On comprend qu'ici ce pouvoir des créanciers fasse défaut ; la propriété inaliénable est une propriété sans ce fameux *jus abutendi*. Les créanciers ne peuvent pas plus exercer le *jus abutendi* que leur débiteur ne le pouvait lui-même. Il semblerait donc que les créanciers tirent leur pouvoir de saisir de la personne de leur débiteur. Si celui-ci est dépourvu du *jus abutendi*, ils le sont aussi !

613. Deuxièmement, ce constat semble conforme aux justifications qu'en son temps[1] la Cour de cassation fournit à l'insaisissabilité des biens inaliénables. Très prudemment, elle relevait dans son arrêt 27 juillet 1863 que la clause d'inaliénabilité en jeu dans l'affaire comprenait " nécessairement l'interdiction de faire indirectement par la voie de l'expropriation ce qu'elle défend de faire par la voie de l'aliénation ".
D'une certaine façon, la Cour de cassation prohibait donc l'exercice par les créanciers d'un pouvoir lié au débiteur mais dont il était ici privé. Initialement, la Cour de cassation eut donc le mérite de poser, au moins partiellement, la question de l'insaisissabilité en termes de pouvoir des créanciers et non uniquement, comme la qualification réelle de l'inaliénabilité[2] eut pu le faire supposer, en termes d'objet particulier de la saisie.

614. Au-delà de cette considération, il faut comprendre que l'insaisissabilité découle avant tout intellectuellement de l'inaliénabilité[3]. C'est pourquoi dans la formulation retenue par la Cour de cassation, on retrouve sous-jacente, l'idée selon laquelle l'inaliénabilité serait réduite à une peau de chagrin s'il était possible de la contourner en saisissant le bien inaliénable[4]. Cette considération est omniprésente dans l'arrêt précité comme en témoigne la référence à la volonté du donateur[5]. Elle a parfois été réitérée sans toutefois que la référence à la volonté du donateur se maintienne[6]. Les arrêts récents ne la mentionnent plus sans doute en raison de son caractère évident.

---

[1] Cass. Req., 27 juillet 1863, *D.P.*, 1864, 1, p. 494, sur cette décision voir *supra* n° 608.
[2] Cette ancienne décision, Cass. Req., 27 juillet 1863, *D.P.*, 1864, 1, p. 494, opte pourtant clairement en faveur de cette qualification : " le donateur, libre de ne pas donner, était libre d'attacher une pareille restriction à sa libre (*sic*) libéralité et de retenir une partie de la propriété (...) ".
[3] Voir en ce sens, A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine*, Thèse, Toulouse, préf. D. THOMASSIN, Doctorat et Notariat, Tome 25, Defrénois, 2008, n° 429.
[4] Voir sur ce point les énonciations des juges du fond à l'occasion de l'affaire ayant donné lieu à la décision du 27 juillet 1863, ceux-ci relevèrent que " l'insaisissabilité des biens donnés est une conséquence naturelle, logique et légale de leur inaliénabilité ", *D. P.*, 1864, 1, p. 495.
[5] Voir *supra* n° 608.
[6] Cass. Civ., 20 février 1939, *D.H.*, 1939, p. 196.

615. Cette justification intellectuelle de l'insaisissabilité des biens inaliénables est probablement la plus solide. Il est toujours possible d'argumenter contre une justification technique, ce dont nous ne nous privons pas, en revanche, ce qui résulte de la nature des choses s'impose forcément.

Cela permet de restituer toute son ampleur à la question de l'insaisissabilité des biens inaliénables. Parce qu'une inaliénabilité sans insaisissabilité serait inutile, l'insaisissabilité est le corollaire naturel de l'inaliénabilité. La justification par la qualification réelle de l'inaliénabilité intervient donc *a posteriori*. S'agissant d'une justification *a posteriori*, rien n'interdit de la contester pour en proposer une autre présentant au moins les mêmes vertus explicatives.

616. Cette nouvelle proposition devra forcément être formulée à partir des conclusions partielles que l'étude de la qualification réelle de l'inaliénabilité comme justification de l'insaisissabilité a fournies[1]. L'insaisissabilité des biens inaliénables, justifiée intellectuellement, renvoie inéluctablement à la question des pouvoirs qu'exercent les créanciers, le *jus abutendi*.

Si l'on opte pour une qualification réelle de l'inaliénabilité, on en déduit que les créanciers du propriétaire ne peuvent exercer eux-mêmes par l'acte de saisie le *jus abutendi* qui fait défaut à ce propriétaire. Les prémices d'une analyse renouvelée de l'insaisissabilité accessoire ne sauraient être mieux posées !

B) L'insaisissabilité accessoire, véritable restriction au droit de disposer accessoire

617. Le créancier s'attelant à la saisie d'un bien tente d'exercer pour son propre compte le *jus abutendi*[2]. Il faut replacer ce constat dans le contexte d'organisation des droits patrimoniaux qui est le sien. Ce *jus abutendi* n'est rien de moins que la possibilité de disposer juridiquement de cette propriété. Dans l'organisation classique des droits patrimoniaux[3], cette possibilité de disposer juridiquement des droits résulte de ces droits eux-mêmes.

Ainsi affirme-t-on souvent à propos du droit de propriété qu'il contient trois ensembles de prérogatives, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Cet *abusus* se dissocie en l'*abusus* matériel et l'*abusus* juridique. Ce dernier manifeste la possibilité de disposer juridiquement si ce n'est

---

[1] Voir *supra* n° 612.

[2] Voir sur ce point la formule retenue par Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, p. 1053, n° 1098: " Le droit de gage général ne prive le débiteur, *tant qu'il n'y a eu de saisie* (nous soulignons), ni de la possession de ses biens, *ni du droit d'en disposer* (*idem*) ".

[3] Voir *supra* n° 153 & suiv.

du droit de propriété lui-même, de la chose qui en est l'objet. Lorsque l'on affirme que le créancier saisissant exerce le *jus abutendi*, on considère donc que l'acte de saisie met en œuvre l'*abusus* juridique.

Or nous défendons l'idée que la disposition juridique qui concerne tous les biens, les droits patrimoniaux, résulte de l'appartenance, le lien qui unit chaque personne aux biens composant l'actif de son patrimoine[1].

618. La proposition précédente selon laquelle le créancier saisissant exerce le *jus abutendi* ou l'*abusus* juridique peut alors être reformulée sous l'égide du concept d'appartenance. Ainsi le créancier s'attelant à la saisie d'un bien de son débiteur tente de disposer juridiquement du bien de son débiteur[2].

C'est donc bien le droit de disposer qu'exerce en définitive le créancier qui met en œuvre son droit de poursuite. En effet, cette opération de disposition juridique mise en œuvre par le créancier profite indubitablement au titulaire du bien car cela lui permet de payer, à son corps défendant, sa propre dette. Le fameux *jus abutendi*, traduisible par le droit de disposer juridiquement de son objet se dédouble donc.

Il peut être exercé en premier lieu par le titulaire d'un droit, parce que ce droit lui appartient[3], il permettra alors l'aliénation du bien. Mais ses créanciers engageant une procédure de saisie tentent aussi d'exercer le droit de disposer du débiteur, mettant alors en œuvre une autre forme de disposition juridique du bien[4] qui permettra à un tiers d'obtenir ce bien à l'issue

---

[1] Voir *supra* n° 115 & suiv.

[2] C. WITZ, Privilèges, Droit de gage général, *Jurisclasseur civil*, Article 2092 à 2094, Fasc. 80, 1997, n° 26, à propos de la nature juridique du droit de gage général : " Il a également été relevé que le pouvoir du créancier de réaliser les biens du débiteur se distingue fondamentalement de l'*abusus* du droit de propriété. "

[3] Voir *supra* n° 118.

[4] On relèvera avec profit qu'initialement les articles 2092 et 2093 du Code Civil figuraient dans le Livre III de ce Code, intitulé " Des différentes manières dont on *acquiert* (nous soulignons) la propriété ". Il n'a pas paru incongru aux rédacteurs du Code en 1804, de faire figurer ces dispositions dans un Titre distinct de celui consacré aux " obligations conventionnelles ". Ces deux articles figuraient donc dans le Titre XVIII consacré aux privilèges et hypothèques. Ils étaient l'objet d'un Chapitre premier intitulé " Dispositions générales ". Cette situation initiale des dispositions dans le Code civil supportait facilement l'analyse du pouvoir des créanciers que nous soutenons. Si l'on se place du point de vue de celui qui *acquiert* la propriété, il peut tirer ses droits de sa qualité d'héritier (Titre I), de sa qualité d'acquéreur dans une vente (Titre VI), dans un échange (Titre VII) ou de sa qualité d'adjudicataire dans la vente forcée consécutive à la mise en œuvre par les créanciers de leur droit de gage général assorti ou non de privilèges et hypothèques (Titre XVIII). Depuis la réforme du droit des sûretés réalisée par l'Ordonnance 2006-346 du 23 mars 2006, ces deux articles désormais respectivement renumérotés 2284 et 2285, figurent dans un Livre IV consacré aux sûretés. Voir sur ce point, Th. REVET, obs. sous Cass. Com., 3 mai 2006, *R.T.D.civ.*, 2006, p. 585, qui relève que ces deux articles trouvaient leur place dans le Titre III, " dès lors qu'être obligé c'est disposer potentiellement de ses actifs ". Cet auteur relève pourtant que les dispositions en cause auraient pu figurer dans le Titre I du Livre I " puisque le droit de gage général participe de la capacité de l'engagement, elle-même constitutive de la personnalité juridique ". Nous ne partageons pas cette opinion, la capacité de s'engager nous semble opérer bien en amont de l'appartenance. Il faut être capable pour disposer juridiquement de ses biens en exerçant les prérogatives de disposition de l'appartenance.

d'une procédure d'adjudication[1] tandis que le produit de cette mutation patrimoniale servira à l'extinction de la dette du débiteur à l'égard du créancier saisissant.

Le débiteur profite donc de la mise en œuvre indirecte, parce qu'il n'en avait pas l'initiative, de la disposition juridique de son propre bien. Le droit de disposer du débiteur qui résulte de l'appartenance présente donc deux aspects distincts selon qu'il est mis en œuvre par le débiteur ou ses créanciers.

619. Dans la théorie classique des droits patrimoniaux[2], l'impossibilité pour les créanciers d'exercer le *jus abutendi* en présence d'une inaliénabilité justifie que le bien concerné soit insaisissable[3]. De notre point de vue, l'insaisissabilité d'un bien inaliénable s'explique alors par le fait que la mise en œuvre indirecte de la disposition juridique du bien n'est plus possible.

Intellectuellement l'insaisissabilité demeure comme précédemment le corollaire indispensable de l'inaliénabilité à peine d'inefficacité de cette dernière[4] : si le débiteur ne peut pas disposer juridiquement d'un de ses biens, il ne faut pas qu'il puisse laisser le soin à ses créanciers de le faire pour lui[5]. Ceux-ci ne peuvent donc saisir un bien inaliénable. Mais la justification technique de cette insaisissabilité, elle, évolue.

620. L'inaliénabilité, obstacle à la disposition juridique du bien par son titulaire, entraîne l'insaisissabilité, obstacle à la disposition juridique d'un bien par les créanciers de son titulaire. Ces deux aspects de la disposition juridique ne peuvent plus s'exercer en présence d'une inaliénabilité. Le droit de disposer est entièrement restreint, dans chacun de ses aspects. Si l'insaisissabilité est bien une restriction partielle au droit de disposer, on

---

[1] Voir *supra* note précédente.

[2] Sur laquelle, voir *supra* Titre I, Chapitre 1, n° 149 & suiv.

[3] Il faut ici reconnaître le confort intellectuel de l'organisation classique des droits patrimoniaux (sur laquelle voir *supra* n° 153) en ce que la possibilité de disposer juridiquement de ces droits est contenue dans ceux-ci, combinée avec l'analyse réelle de l'inaliénabilité. De ce point de vue, la propriété inaliénable est dépourvue du *jus abutendi*. Ce qui subsiste, cette propriété inaliénable est insusceptible de faire l'objet d'un acte de disposition juridique. Si cette propriété dont on ne peut disposer fait l'objet d'une saisie, on peut facilement écarter cette menace, au moins en apparence (voir *supra* n° 611), en relevant que ce caractère du droit de propriété s'impose en tant que charge réelle au créancier. Voir sur ce point, justifiant l'insaisissabilité des biens inaliénables par l'adage *Nemo plus iuris*, MERLAUT, *La clause d'insaisissabilité - Ses rapports avec la clause d'inaliénabilité*, Thèse, Bordeaux, 1907, p. 106. Si l'on conteste ces deux prémisses, il faut forcément expliquer la corrélation entre inaliénabilité et insaisissabilité autrement que par l'adage *Nemo plus iuris ad alium transfere postest quam ipse habet*.

[4] Voir *supra* n° 615.

[5] A propos de cette justification de l'insaisissabilité, voir : M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Thèse, Toulouse, Préface M.-H. MONTSERIE-BON, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Tome n° 59, Litec, 2002, p. 385, n° 366 et les références, nombreuses, citées.

comprend alors que l'inaliénabilité, restriction complète au droit de droit de disposer, suppose nécessairement l'existence d'une restriction partielle au droit de disposer.
A défaut, la disposition juridique indirecte qui résulterait de l'action des seuls créanciers ruinerait l'inaliénabilité. Définitivement, l'inaliénabilité d'un bien prive donc les créanciers de son titulaire de la possibilité d'en disposer juridiquement[1]. Cette conclusion suggère deux remarques.

621. D'une part, le concept de disposition juridique s'étoffe dans la mesure où l'on distingue la disposition juridique d'un bien qu'en fait son titulaire de celle que mettent en œuvre ses créanciers au titre de leur droit de poursuite. Le droit de disposer, l'*abusus* juridique comprend donc deux aspects complémentaires. Dans son aspect le plus évident, il permet l'aliénation du bien par le titulaire. Dans un second aspect, le droit de disposer est mis en œuvre par les créanciers, au nom du débiteur afin d'éteindre ses dettes.
C'est ce droit de disposer duplice qui dérive de la relation d'appartenance tant il est certain que c'est le fait qu'un bien appartienne au débiteur qui justifie que ce dernier puisse l'aliéner ou se le faire saisir. Ce dédoublement du droit de disposer est riche de conséquences.
Ainsi ces deux aspects du droit de disposer peuvent-ils être restreints. Une restriction partielle du droit de disposer résulte nécessairement d'une inaliénabilité sans quoi cette dernière serait inefficace[2]. Complète ou partielle, les deux restrictions partagent l'idée d'une atteinte à la substance du droit de disposer en ce qu'il est exercé soit par le titulaire du bien, soit par ses créanciers au nom de ce titulaire.

622. Dans cette dernière hypothèse, il faut d'autre part insister sur le fait que l'insaisissabilité, la restriction partielle au droit de disposer, concerne l'appartenance du seul débiteur[3]. Est en cause une faculté de disposition juridique qu'exerceraient ses créanciers du

---

[1] On relèvera ici avec profit la formulation retenue par G. CORNU, *Introduction, les biens, les personnes*, Domat Droit privé, Montchrestien, 11ème éd., 2003, n° 853 et 854. Faisant de la cessibilité et de la saisissabilité des caractéristiques communes et parfaites de la patrimonialité, cet auteur relève en définitive : " une patrimonialité imparfaite (et comme dénaturée) peut exceptionnellement, exister sans ces caractères ".
[2] Voir *supra* n° 615.
[3] On ne peut ici s'empêcher de relever que certains auteurs, analysant la notion de droit de gage général insistent sur la généralité de l'assiette de ce droit de gage général tout en posant comme condition à l'exercice du droit de gage général " l'appartenance des biens au débiteur ". Il ne s'agit cependant, évidemment, que d'une simple coïncidence terminologique, le propos de ces auteurs n'étant nullement de définir les rapports juridiques établis entre les personnes et leurs biens, voir en ce sens, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 133, p. 148, C. WITZ, Privilèges, Droit de gage général, *Jurisclasseur*, Article 2092 à 2094, Fasc. 80, 1997, n° 24.

chef du débiteur. La personnalité de ceux qui exercent cette prérogative ne change rien au fait que c'est toujours d'un bien appartenant au débiteur que l'on dispose[1].

L'insaisissabilité résulte donc de la remise en cause du droit de disposer du seul débiteur. Du point de vue de ce dernier, *l'insaisissabilité s'analyse comme la perte de la possibilité de laisser saisir le bien*. Faute de cette possibilité, le droit de poursuite des créanciers ne peut s'exercer. En raison de l'insaisissabilité, le débiteur n'a plus la possibilité de disposer juridiquement du bien lui *appartenant* en le laissant saisir par les créanciers. Parallèlement l'inaliénabilité prive le débiteur de la possibilité de disposer juridiquement du bien lui *appartenant* en le transférant volontairement à un tiers[2].

623. Enfin, si la disposition juridique, manifestation du droit de disposer, regroupe en son sein des variétés distinctes de disposition selon que celui qui s'en prévaut est le titulaire du bien ou son créancier, l'atteinte à la première emporte systématiquement atteinte à la seconde, nous le savons.

Pourtant l'existence de cette distinction entre ces variétés de disposition juridique et les limites qui peuvent leur être assignées impose d'approfondir leur étude. Si une atteinte au droit de disposer du débiteur ne se conçoit pas sans limitation de la faculté de disposition juridique mise en œuvre par ses créanciers, on peut en définitive se demander si la seconde ne pourrait pas se suffire à elle-même.

---

[1] Comp. Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 839 & suiv. L'auteur considère que le créancier saisissant met en œuvre un pouvoir propre, celui de vendre le bien de son débiteur. A la réflexion, ce droit de disposer du créancier nous semble pourtant bien difficile à caractériser. S'il existe véritablement, on doit admettre qu'il s'adjoint au droit de créance contre le débiteur. Il serait en effet inexplicable qu'un tel droit de disposer se substitue au droit de créance dont on conviendra sans peine qu'il n'a pas pour objet principal de conférer le droit de disposer des biens du débiteur. L'auteur évite cependant l'objection en recourant à la commode distinction du *debitum* et de l'*obligatio*. Pourtant, l'affirmation d'un droit de disposer autonome du créancier se concilie difficilement avec la démonstration de l'auteur quant à l'existence des " indisponibilités subjectives ", lesquelles concernent avant tout le propriétaire entendu au sens donné à ce terme par GINOSSAR. En effet, dès lors qu'elle est subjective, l'indisponibilité ne concerne que le propriétaire, il semble donc étrange qu'elle puisse générer une insaisissabilité laquelle manifesterait l'atteinte à ce droit de disposer du créancier. Or, la plupart des hypothèses d'indisponibilités subjectives envisagées par l'auteur sont complétées par des insaisissabilités. Enfin, on constatera surtout que pour autonome qu'il soit, ce droit de disposer du créancier reste dans la dépendance étroite de l'appartenance du débiteur. Ce droit de disposer n'a point d'objet si le bien en cause n'appartient pas au débiteur. Il faut donc supposer qu'il est une menace sur l'actif patrimonial du débiteur. Dans ce cas, il faut admettre que cette menace suppose l'appropriation du bien pour devenir effective, il semble donc logique d'affirmer que ce droit de disposer des créanciers n'a aucune autonomie par rapport au droit de disposer du débiteur : ils sont tous deux des aspects distincts de la relation d'appartenance unissant la personne à chacun de ses biens.

[2] Sur ce point, voir l'article 13 al.1 de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991: " Les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur (...)."

En effet, il faut rappeler que la restriction au droit de disposer résulte d'une modulation directe de la relation d'appartenance par la loi, que la restriction soit volontaire ou non[1]. Dès lors que les restrictions complètes au droit de disposer sont fondées sur une norme, mécaniquement, la restriction partielle au droit de disposer qu'elles établissent est elle aussi fondée sur une norme. L'insaisissabilité accessoire repose donc mécaniquement sur une norme.

Dans le cas des restrictions complètes du droit de disposer, la norme restreint les deux aspects du droit de disposer, il faut néanmoins envisager l'hypothèse dans laquelle seul le second aspect du droit de disposer est restreint. La norme ne perturberait alors que la disposition juridique mise en œuvre par les seuls créanciers. Se pose désormais la question de l'existence autonome de restrictions partielles au droit de disposer.

§2: L'insaisissabilité autonome, restriction partielle au droit de disposer

624. Dans le cas des restrictions complètes au droit de disposer, la limitation de l'appartenance résulte d'une norme qui module directement l'appartenance[2]. Cette modulation concerne aussi bien le droit de disposer qu'exercerait le débiteur que celui que tenteraient d'exercer ses créanciers. Affirmer que la loi ne limite que le second aspect de cette disposition juridique, le droit de disposer des biens du débiteur que mettent en œuvre les créanciers au nom du débiteur, suppose que la preuve de l'utilité de ce mécanisme soit rapportée.

625. L'insaisissabilité établie de façon autonome présente l'avantage de laisser la possibilité au débiteur de disposer lui-même librement de ses biens tandis que ceux-ci demeurent soustraits au pouvoir de disposition mis en œuvre par les créanciers. Elle repose donc sur un intérêt particulier qui s'oppose spécifiquement à ce que les créanciers disposent des biens du débiteur quand bien même cela ne servirait qu'à payer ses dettes.

Le maintien du pouvoir de disposition que mettrait en œuvre le débiteur lui-même démontre que l'insaisissabilité entend réserver la disposition du bien à ce débiteur puisque seuls les

---

[1] Voir *supra* Titre I, Chapitre 2, n° 184 & suiv. Pour une justification de l'insaisissabilité par l'opposabilité aux créanciers de l'affectation particulière que sert l'inaliénabilité entendue comme une indisponibilité réelle, voir Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 323 & suiv. Sur le fond, il peut paraître étrange d'user du concept d'opposabilité à propos d'une affectation. L'opposabilité est un concept technique fort utile pour comprendre les relations entre le titulaire d'un droit et les tiers, on doute cependant que l'affectation, si emprunte de son caractère factuelle, puisse être analysée grâce à la théorie de l'opposabilité.

[2] Voir *supra* n° 224 & suiv.

créanciers souffriront l'insaisissabilité. Dans cette mesure, l'insaisissabilité protège le débiteur en lui garantissant une certaine exclusivité dans la mise en œuvre de son droit de disposer.

626. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que l'appartenance telle que nous la proposons est un lien unissant une personne à chacun de ses biens. Si l'on souhaite se représenter matériellement cette affirmation, il faut y voir autant de liens d'appartenance entre la personne et ses biens qu'il y a de biens figurant à l'actif de son patrimoine. Par conséquent, une limitation substantielle de l'appartenance frappera une relation d'appartenance spécifiée. Autrement dit, tout comme les restrictions complètes au droit de disposer sont spécifiques à un bien, par exemple celui qui est désigné par une clause d'inaliénabilité, l'insaisissabilité s'établira en considération d'un bien particulier.

L'insaisissabilité d'un bien ou d'un ensemble de biens garantit que ce dernier seul sera soustrait à l'appétit des créanciers. Il va sans dire que les créanciers subissant l'insaisissabilité pourront toujours exercer leur pouvoir de disposition sur les autres biens du débiteur, ceux qui demeureront saisissables.

De cette première considération, on peut déduire que l'insaisissabilité n'a absolument rien à voir avec l'immunité d'exécution dont profitent certains débiteurs[1]. Celle-ci soustrait globalement tous les biens du débiteur à l'appétit des créanciers. En conséquence, l'insaisissabilité sera mue par un intérêt lié aux particularités du bien insaisissable tandis que l'immunité d'exécution sera établie en considération de la personne désignée, le plus souvent une personne publique ou un agent diplomatique[2].

627. Etablie en considération d'un bien particulier, l'insaisissabilité garantira au titulaire de ce bien l'exclusivité du pouvoir de disposition puisque ses propres créanciers en seront exclus. Limitation substantielle de l'appartenance, l'insaisissabilité nécessiterait une norme conformément aux principes dégagés à propos des restrictions complètes au droit de disposer[3].

---

[1] En ce sens, opposant les deux, voir S. CIMAMONTI, Biens insaisissables, *Jurisclasseur Procédure civile*, Fascicule 2170, 1993, p. 3, n° 1.

[2] Voir sur ce point, R. PERROT, Ph. THERY, *Les procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 202, n° 194, " L'immunité d'exécution est un privilège personnel accordé à certains débiteurs (Etats, collectivités publiques, établissements publics, Etats étrangers, etc.) qui les soustrait à toute mesure d'exécution forcée - et aussi à toute mesure conservatoire -, *sur les biens qui leur appartiennent* (mis en italique par nos soins) ."

[3] Voir *supra* Titre I, Chapitre 1, n° 172 & suiv.

Rappelons que l'article 537 C.civ. dispose dans son alinéa 1 que " les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent sous les modifications établies par les lois ". Le caractère légal de ces modifications substantielles de la relation d'appartenance est une condition invariablement satisfaite en présence d'une véritable insaisissabilité.

628. A vrai dire, l'intervention nécessaire de la loi pourra prendre deux formes bien distinctes selon que la loi prescrit ou permet simplement l'insaisissabilité[1]. La nécessité d'une norme établissant l'insaisissabilité est évidemment satisfaite dans le premier cas lorsque l'insaisissabilité est directement prescrite. Rien ne s'oppose alors à l'identification de l'insaisissabilité en une restriction partielle au droit de disposer (A).

Une telle identification n'est nullement contrariée par la possibilité parfois offerte aux particuliers d'aménager volontairement la saisissabilité de certains biens. En toute hypothèse, cette faculté offerte aux particuliers ne saurait exister sans une norme l'autorisant expressément[2], l'insaisissabilité est alors simplement permise (B).

A) Les insaisissabilités involontaires, prescrites par la loi

629. Les insaisissabilités légales sont - c'est un euphémisme - extrêmement variées[3]. Il nous faut ici renoncer à l'exposé fastidieux de toutes les hypothèses d'insaisissabilités involontaires. Il semble préférable de s'en tenir aux principales insaisissabilités dont les multiples déclinaisons textuelles ne changent guère la nature.

L'inventaire des différentes insaisissabilités n'est que l'inventaire des différents biens composant l'actif du patrimoine d'une personne qui, ponctuellement, sont déclarés insaisissables par la loi.

630. Ces insaisissabilités involontaires peuvent donc évidemment avoir des créances pour objet. Si les créances que tire le débiteur de son activité sont presque systématiquement

---

[1] Voir sur ce point, article 38 du Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992: " Tous les biens mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels appartenant au débiteur peuvent faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou d'une mesure conservatoire, si ce n'est dans les cas où la loi *prescrit* ou *permet* leur insaisissabilité. "

[2] R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 205, p. 213: " (...) toute insaisissabilité prend sa source dans la loi (...) le pouvoir réglementaire, ou éventuellement la volonté des parties, ne peuvent rendre un bien insaisissable que sur le fondement d'une disposition légale qui l'autorise ".

[3] Pour un inventaire sans doute exhaustif, voir, M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective: Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Thèse, Toulouse, Préface M.-H. MONTSERIE-BON, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Tome n° 59, Litec, 2002, p.376, n° 356 & suiv.

insaisissables[1], il faut relever que cette insaisissabilité se double la plupart du temps d'une incessibilité. Il ne s'agit donc pas d'une insaisissabilité autonome.

En revanche dans certains cas, le législateur a prévu l'insaisissabilité de certaines créances sans qu'elles soient incessibles. Ainsi l'article L. 553-4 du Code de la sécurité sociale prévoit-il que les prestations sociales que constituent les allocations familiales sont insaisissables sans affirmer qu'elles sont aussi incessibles. Il en va de même, au profit de l'auteur, de son conjoint ou de ses enfants mineurs, des produits de l'exploitation ou de la cession d'une œuvre de l'esprit[2], à hauteur de quatre cinquièmes dès lorsqu'ils n'excèdent pas la somme de dix-neuf mille euros[3].

631. De façon plus générale, l'article 14-2° de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution prévoit que les provisions, sommes et pensions à caractère alimentaires sont insaisissables, sauf pour le paiement des aliments déjà fournis par le saisissant au saisi[4]. Avant leur échéance, les créances en cause sont donc insaisissables. Sitôt échues, les sommes perçues par le créancier demeurent insaisissables.

Avant même que l'insaisissabilité des créances produisant ces sommes ne soit déclarée par la loi, la jurisprudence a décidé que ces sommes à caractère alimentaire étaient insaisissables[5].

---

[1] Voir en ce sens, pour une fraction du salaire du débiteur, l'article L. 145-3 C. trav. *in fine*, pour le traitement des fonctionnaires, le renvoi aux règles du Code du travail en matière de saisie a été opéré par la Loi du 24 août 1930, pour le Revenu Minimum d'Insertion (R.M.I.), il s'agit de l'article L. 262-44 C. act. soc. fam. et pour les allocations d'insertions spécifiques, de l'article 127 de la Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998, visiblement repris à l'article L. 351-10 bis. C. trav. lui même abrogé par l'ordonnance 2007-329 du 12 mars 2007, entrée vigueur en même temps que ses décrets d'application le 25 mars 2007.

[2] Article L. 333-2 C. prop. int. On remarquera que le législateur a entendu traiter de la même manière les produits pécuniaires résultant de l'exploitation d'une œuvre de l'esprit et le prix de cession de cette œuvre tant il est vrai que la cession de ses œuvres est bien souvent la seule source de revenus de l'auteur. Il faut tout de même relever que l'insaisissabilité même partielle du prix de cession prendra effet dès la cession alors que le bien cédé, le droit de propriété intellectuelle était lui-même indubitablement saisissable. *A priori*, les créanciers de l'auteur semblent floués puisque, économiquement, le montant de l'actif saisissable diminue. Cependant, ce n'est là qu'apparence, puisqu'il n'est aucun droit de saisir le bien en cause dont ils soient privés alors qu'ils pouvaient préalablement l'exercer. Avant la cession, ils peuvent saisir l'œuvre ou du moins le droit de propriété s'exerçant sur cette chose incorporelle. A compter de cette dernière, ils ne devraient pouvoir saisir que le prix de cession cependant, la redéfinition de la relation d'appartenance de la créance de prix de cession qu'opère la disposition étudiée intervient avant qu'eux-mêmes n'aient obtenu le droit de saisir. Cette restriction au droit de disposer est donc en tout point assimilable à celles que nous connaissons déjà. Sur cet aspect des restrictions au droit de disposer, voir *supra* n° 246 & suiv. L'originalité de la disposition tient sans doute à ce que l'auteur qui n'exploite pas ou n'a pas cédé ses droits sur son œuvre peut être privé de cette dernière sans bénéficier d'une quelconque insaisissabilité. Peut-être le législateur a-t-il estimé qu'un tel auteur dispose forcément de revenus distincts qui privent de caractère alimentaire tous les revenus qu'il pourrait tirer de son œuvre ?

[3] L'article L. 333-3 C. prop. int. renvoie " au palier de ressources le plus élevé prévu " par les textes du Code du travail applicables à la saisie des rémunérations, spécialement l'article R. 145-2 C. trav. Voir sur point, P-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 6ème édition, 2007, p. 921, n° 829.

[4] Il faut donc relever que même les insaisissabilités les plus topiques souffrent des dérogations, elles-mêmes bien souvent établies par la norme prescrivant l'insaisissabilité.

[5] Cass. Civ., 10 mars 1860, *D.P.*, 1860, 1, p. 160.

Cette jurisprudence inspirée par un souci d'humanité a fait l'objet d'une consécration législative en 1972[1], la disposition alors introduite à l'article 2092-2° a été depuis reprise à l'article 14-2° précité de la Loi du 9 juillet 1991. Il va sans dire que les sommes en cause, prises en tant qu'éléments matériels sur lesquels s'exerce un droit de propriété figurant à l'actif du patrimoine, sont transmissibles à autrui.

C'est tout l'intérêt de cette disposition que de permettre à l'intéressé d'utiliser ces sommes dans le but de pourvoir à ses besoins les plus urgents. Pour être exact, il faudrait préciser ici que le droit de propriété s'exerçant sur ces sommes matériellement comprises est insaisissable tout en demeurant cessible.

632. En pratique cette précision est dépourvue de toute utilité. Bien souvent l'intéressé prétexte du caractère alimentaire des sommes en cause pour les soustraire à l'appétit de ses créanciers mais celles-ci sont rarement détenues matériellement par leur créancier. En pratique elles figurent au solde d'un compte bancaire de ce dernier et la plupart du temps, ce compte bancaire est lui-même un compte de dépôt ou éventuellement un compte-courant. Si le solde, créditeur, de ce compte-courant s'analyse comme une créance contre celui qui le tient, il y a lieu de s'interroger sur la saisissabilité de cette créance de sommes d'argent.

S'agit-il d'une nouvelle créance, saisissable en l'absence de textes en établissant clairement l'insaisissabilité ? La question est réglée aux articles 15 de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et 44 & suiv. du Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution[2]. Le principe est établi par l'article 44, reprenant les termes de l'article 15 de la Loi du 9 juillet 1991, il dispose que l'insaisissabilité d'une créance se reporte à due concurrence sur le solde du compte. Ce report sur le solde du compte s'applique très largement puisque la disposition vise toutes les créances insaisissables. En raison de ce report, le solde du compte, s'il est créditeur, ne peut donc être saisi. Il échappe donc à toutes les procédures d'exécution que souhaiteraient diligenter les créanciers de celui qui profite de cette insaisissabilité.

633. Dans l'hypothèse où le compte serait un compte-courant, il faut rappeler que dans un important arrêt du 13 novembre 1973[3], la Cour de cassation a décidé que le solde provisoire d'un compte-courant s'analysait comme un élément de l'actif disponible du titulaire du

---

[1] Article 2 de la Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 introduisant l'article 2092-2° du Code civil.
[2] Sur les solutions qui prévalaient avant que la réforme de 1991 ne tranche définitivement le problème, voir : R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 444, n° 434.
[3] Cass. Com., 13 novembre 1973, *D.*, 1974, Chr., p. 101 & suiv., note J-L. RIVES-LANGE.

compte. En conséquence, au visa de l'article 2092 C.civ., désormais devenu l'article 2284 C.civ., la Haute Juridiction a censuré la décision des juges du fond déniant la possibilité d'une saisie de ce solde provisoire en ce qu'ils n'ont pas recherché quelles étaient les disponibilités du compte au moment de la saisie.

A compter de cette décision, la Cour de cassation a refusé que l'on tire prétexte de l'indivisibilité du compte-courant pour faire obstacle à une mesure d'exécution forcée portant sur le solde provisoire de ce dernier. En permettant la saisie du solde provisoire, pourvu qu'il soit créditeur[1], la Cour de cassation le traite évidemment comme un élément de l'actif disponible du titulaire du compte[2]. Or l'actif du patrimoine se compose des droits patrimoniaux de la personne[3]. Ceux-ci sont, soit des droits de créance, soit des droits réels, soit des droits de propriété. A quelle catégorie appartient le solde créditeur du compte-courant ?

L'inclination la plus naturelle de l'esprit est d'y voir une créance, le compte est créditeur, du titulaire du compte contre le teneur de ce compte. Il s'agit plus précisément d'une créance de somme d'argent. Cette qualification était subodorée en doctrine avant même que la Cour de cassation ne décide de la saisissabilité de ce solde[4].

634. Qu'il s'agisse alors d'un compte de dépôt ou d'un compte-courant, on peut admettre que le report de l'insaisissabilité à due concurrence[5], s'analyse comme l'insaisissabilité de la nouvelle créance du saisi sur le teneur du compte. Cette insaisissabilité involontaire, le " report d'insaisissabilité " est automatique, résulte de l'article 44 du Décret. La nouvelle créance constituée par le solde provisoire du compte naît ici insaisissable.

L'écueil d'une insaisissabilité réglementaire est évité dans la mesure où l'article 15 de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 dispose que " les créances insaisissables dont le montant est versé sur un compte demeurent insaisissables dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat "[6]. Encore une fois, l'insaisissabilité trouve son fondement dans une

---

[1] C'est en ce sens qu'il faut comprendre la nécessité imposée aux juges du fond de " rechercher les disponibilités ".

[2] Voir en ce sens, J.-L. RIVES-LANGE, La saisissabilité du compte-courant, *D.*, 1974, Chr., p. 101 & suiv., p. 101 *in fine*.

[3] Voir *supra* n° 115 & suiv.

[4] Voir en ce sens, J.-L. RIVES-LANGE, La saisissabilité du compte-courant, *D.*, 1974, Chr., p. 101 & suiv., p. 101 *in fine*., " Dès lors que le solde provisoire était analysé en une créance et, selon la pratique bancaire, en une créance exigible, il n'y avait plus d'obstacle à le déclarer saisissable. La doctrine prônait une telle solution (...). "

[5] Article 44 du Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution.

[6] On remarquera que cette caution légale nécessite une interprétation extensive pour justifier de l'insaisissabilité du solde du compte dans la mesure où la disposition précitée vise les créances insaisissables qui le *demeurent* malgré

disposition législative conformément à l'interprétation proposée de l'article 537 du Code civil[1].

635. Le constat n'est pas différent lorsque l'insaisissabilité frappe non plus des droits de créances mais les droits de propriété s'exerçant sur certaines choses corporelles. Dans un souci d'humanité, il a été prévu à l'article 14-4° de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 que sont insaisissables[2] " les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail[3] du saisi ". Ces biens font l'objet d'une détermination plus précise à l'article 39 du Décret du 31 juillet 1992. Il serait fastidieux de les énumérer tous.

Retenons simplement que la disposition garantit[4] le maintien d'un cadre de vie décent pour le débiteur aux abois[5]. Ceci s'entend aussi bien des vêtements du débiteur, que de denrées alimentaires, de livres nécessaires à la poursuite des études ou à la formation professionnelle[6]. Les animaux de compagnie bénéficient du même privilège. Cet inventaire à la Prévert suggère pour finir deux remarques.

636. Sociologiquement, il est intéressant de constater que cette protection de la sphère individuelle du débiteur semble constituer un point d'équilibre entre l'antique Droit romain

---

la remise en compte tandis que l'article 44 du Décret dispose que c'est le solde créditeur, une nouvelle créance née des remises et débits successifs, qui *devient* insaisissable.

[1] Voir *supra* n° 192 & suiv.

[2] Il n'est pas nécessaire pour le moment de s'attarder sur les exceptions que le législateur a établies à son propre système.

[3] L'insaisissabilité des instruments nécessaires au travail du saisi n'est pas une innovation du Code civil, de multiples manifestations en existaient dans les coutumes médiévales. Voir sur ce point, J.-Ph. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis, Dalloz, 1ère édition, 2002, n° 693, p. 990. Ces auteurs relèvent que ces mesures de protection avaient moins pour but la protection du débiteur que celle de l'intérêt public dans la mesure où la saisie des instruments de travail du débiteur, à cette époque essentiellement agricoles, aurait abouti à diminuer la production agricole, essentielle à la survie du plus grand nombre. Très réaliste, cette analyse procurerait d'intéressants développements à la pensée de ceux qui s'affligent de toute mesure de protection de celui qui ne paie plus ses dettes.

[4] A vrai dire, il n'est pas certain qu'un cadre de vie décent soit véritablement garanti au débiteur dans la mesure où ces biens insaisissables peuvent parfois être saisis. Cette " saisissabilité partielle ", établie par la Loi du 5 juillet 1972 à l'article 2092-2 C.civ. a été vertement dénoncée, seule une insaisissabilité " absolue " permettrait de protéger le débiteur en tout état de cause. Voir sur ce point, D. MAYER, A propos d'un rajeunissement néfaste : celui des textes sur l'insaisissabilité, *D.*, 1977, Chr., p. 271 & 272.

[5] Ces mesures humanitaires résultent d'une longue tradition juridique dont les origines remontent au moins jusqu'à l'Ancien Droit. Voir sur ce point, J-Ph. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis, Dalloz, 1ère édition, 2002, n° 693, spéc. p. 991.

[6] On remarque que le législateur n'a pas entendu garantir au titre de cette décence minimale que le débiteur conserve des livres destinés à un autre usage que sa formation professionnelle. Le débiteur aux abois doit travailler et non se cultiver oisivement...

pour lequel l'exécution forcée avait lieu de façon très coercitive sur la personne du débiteur[1] et son succédané : l'exécution sur les biens du débiteur[2].

Techniquement, la liste des choses dites insaisissables doit être comprise comme l'établissement de l'insaisissabilité du droit de propriété s'exerçant sur ces choses corporelles. Etablie par la loi, cette insaisissabilité s'analyse comme l'interdiction pour les créanciers du débiteur de mettre en œuvre le droit de disposer du débiteur au nom de ce dernier. En raison de cette insaisissabilité qui rappelons-le, ne frappe que l'appartenance du débiteur, celui-ci ne peut plus laisser ces créanciers saisir les biens[3] concernés qu'ils soient des droits personnels ou des droits de propriété. L'insaisissabilité, c'est l'impossibilité de laisser saisir. Cela ne concerne que le débiteur, même si ses créanciers, qui n'exercent qu'un pouvoir *indirect* en souffrent.

637. On remarquera enfin que ces insaisissabilités légales ont toutes pour point commun de frapper des biens du débiteur dès le moment où ils échoient dans son patrimoine : lorsqu'il devient propriétaire si l'insaisissabilité frappe un droit de propriété[4] ou lors de la naissance de la créance si cette dernière est insaisissable[5]. Ces biens ne deviennent pas légalement insaisissables, ils naissent légalement insaisissables.

Pareil constat peut parfois être dressé lorsque l'insaisissabilité, permise par la loi[6], présente un caractère volontaire.

B) Les insaisissabilités volontaires, permises par la loi

638. Les insaisissabilités à caractère volontaire présentent toutes la caractéristique de reposer expressément sur des textes légaux. L'affirmation est d'autant plus facile à vérifier que les

---

[1] Il était ainsi possible de réduire en esclavage le débiteur impécunieux. Voir sur ce point, J-Ph. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis, Dalloz, 1ère édition, 2002, n° 673, p. 968 & 969, qui détaillent la procédure de réduction du débiteur en esclavage. Il semblerait même que certains textes de l'ancien Droit Romain aient permis la *partes secato* du débiteur. Cette formule inquiétante a été traduite pendant un temps comme érigeant la possibilité pour les créanciers, multiples, de dépecer le débiteur !

[2] Sur cet aspect de la théorie du patrimoine qui substitue celui-ci à la personne, voir A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine*, Thèse, Toulouse, préf. D. THOMASSIN, Doctorat et Notariat, Tome 25, Defrénois, 2008, n° 154 & suiv. L'auteur exprime judicieusement cette substitution par le concept mathématique de transitivité : si le patrimoine est une émanation de la personne, alors l'obligation qui lie la personne concerne aussi son patrimoine.

[3] Voir *supra* n° 626.

[4] Voir *supra* n° 635.

[5] Voir *supra* n° 631 & suiv.

[6] Article 38 du Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992: " Tous les biens mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels appartenant au débiteur peuvent faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou d'une mesure conservatoire, si ce n'est dans les cas où la loi *prescrit* ou *permet* leur insaisissabilité. " Voir sur ce point, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 205, p. 213: " (...) toute insaisissabilité prend sa source dans la loi (...) le pouvoir réglementaire, ou éventuellement la volonté des parties, ne peuvent rendre un bien insaisissable que sur le fondement d'une disposition légale qui l'autorise ".

véritables hypothèses d'insaisissabilité volontaire sont peu nombreuses. Cela se vérifie lorsque l'insaisissabilité volontaire est établie à l'occasion de l'irruption du bien dans le patrimoine (1) mais aussi lorsqu'elle frappe un bien déjà approprié (2).

1) L'insaisissabilité volontaire d'un bien en cours d'appropriation

639. L'hypothèse concerne ici essentiellement les clauses d'insaisissabilité établies par le disposant à l'occasion d'une libéralité. La validité de ces insaisissabilités ne fait plus de doute. Cette insaisissabilité est établie à l'occasion du transfert d'un bien ainsi que l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991 le laisse supposer traitant " des biens disponibles que le testateur ou le donateur a déclarés insaisissables ". Cette disposition n'est pas nouvelle, elle figurait avant la réforme de 1991 à l'article 2092-2° du Code civil en vertu de la Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 qui elle-même reprenait les dispositions des anciens articles 581 et 582 du Code de procédure civile[1].

En outre, l'article 1981 C.civ. relatif à la constitution des rentes viagères reprend une idée équivalente, disposant que seules les rentes constituées à titre gratuit peuvent être stipulées insaisissables. Cette permission légale de l'insaisissabilité établie lors de la constitution ou du transfert d'un bien suggère deux remarques.

640. Premièrement, cette disposition concerne les biens " disponibles " déclarés insaisissables. En cela, cette insaisissabilité semble se distinguer de celle qui frappe les biens objets d'une clause d'inaliénabilité puisque ceux-ci ne sont plus " disponibles ". Cette distinction n'a évidemment aucune incidence sur la teneur de l'insaisissabilité qui techniquement s'analyse aussi selon nous en une restriction au droit de disposer. En revanche cette précision n'est pas dénuée d'intérêt si l'on s'attache au régime juridique de cette insaisissabilité et notamment aux palliatifs qui lui sont prévus[2]. Au-delà, il apparaît que cette

---

[1] B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de l'Université de Clermont-Ferrand, 2004, p. 228, note 1. Voir en outre pour le rappel de la genèse antérieure au Code civil de ces dispositions, J-Ph. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis, Dalloz, 1ère édition, 2002, n° 693 & suiv., p. 991. Ces anciennes dispositions semblaient exclure que des biens immeubles soient déclarés insaisissables. La doctrine du début du XXème s'est donc interrogée sur l'éventuelle extension de cette disposition aux immeubles, voir sur ce point, d'ailleurs hostile à l'extension, MERLAUT, *La clause d'insaisissabilité - Ses rapports avec la clause d'inaliénabilité*, Thèse, Bordeaux 1907, p. 113 & suiv. La rédaction large de l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991 ne suscite plus ce genre de difficultés.

[2] La référence aux biens disponibles, justifie sans doute que l'insaisissabilité établie par l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991 se distingue de l'insaisissabilité accessoire à une clause d'inaliénabilité quant aux modes de remise en cause de cette insaisissabilité. Dès lors que de ce point de vue, l'insaisissabilité autonome est spécifique, on ne s'étonnera pas que la Cour de cassation ait pu récemment décider que l'insaisissabilité accessoire à une clause d'inaliénabilité n'était point justiciable de la demande d'autorisation judiciaire de saisir prévues par l'article 14-3° al. 2 de la Loi du 9 juillet 1991. Cette disposition est donc réservée à l'insaisissabilité autonome, l'insaisissabilité

insaisissabilité ne peut être établie sur les biens constituant la réserve héréditaire, la solution, ancienne[1], n'est pas contestée.

Deuxièmement, la licéité de cette insaisissabilité établie lors de l'appropriation d'un bien consécutive à une libéralité ne fait pas de doute dans la mesure où il serait déplacé de supposer du législateur qu'il ait pu définir la procédure de remise en cause de cette insaisissabilité et notamment les cas où l'on peut y mettre fin sans avoir au préalable permis ce mécanisme. Si l'on peut déroger à l'insaisissabilité d'un bien établie par le disposant, c'est que, nécessairement, il est permis au donateur ou au testateur de déclarer que le bien sera insaisissable par les créanciers du bénéficiaire de la libéralité.

641. Cette dernière assertion selon laquelle cette insaisissabilité volontaire ne semble prévue que pour les cas où le bien en cours d'appropriation est obtenu en vertu d'une libéralité soulève elle-même deux questions.

D'une part, on peut se demander si cette insaisissabilité volontaire peut être établie à l'occasion de l'acte translatif d'un bien qui n'est pas une libéralité. Une interrogation voisine était apparue lors de l'étude des conditions de survenance des clauses d'inaliénabilité[2]. Il semblait pourtant que ces clauses pouvaient être contenues dans des actes à titre onéreux. Nous contredirions-nous ? Sûrement pas ! Il n'y aurait ici aucune atteinte au droit de poursuite des créanciers dont ces derniers ne souffraient déjà[3].

Examinant la question de la possibilité des clauses d'inaliénabilité établies dans des actes translatifs à titre onéreux, il avait en outre été relevé que ces dernières avaient fait l'objet de décisions jurisprudentielles favorables à leur validité. Ces restrictions étaient donc fondées sur des normes, jurisprudentielles, ce qui d'ailleurs n'était que le premier indice de leur véritable qualification de restrictions au droit de disposer[4].

---

accessoire à une clause d'inaliénabilité ne pouvant être contournée que par la voie d'une demande de mainlevée de l'inaliénabilité fondée celle-ci, sur l'article 900-1 al. 1 *in fine* C.civ. Voir sur ce point, Cass. Civ. 2ème, 20 octobre 2005, inédit, pourvoi n° 03-19579. La Cour de cassation a donc rejeté le pourvoi formé par un arrêt d'appel ayant exclu la saisie d'un bien grevé d'une clause d'inaliénabilité. La publicité de cette mesure rendait impossible la saisie, " nonobstant l'ordonnance d'autorisation de saisie rendue par le juge de l'exécution sur le fondement de l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991 ". Sur cette analyse du texte de l'article 14-3°, voir Fr. PLANCKEEL, *Le créancier face à une clause d'inaliénabilité*, mémoire de D.EA., Lille II, 1999, p. 102 & suiv.

[1] Voir en ce sens, BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse, Paris, 1902, p. 309 & les anciennes décisions citées, MAGUET, note sous Cass. Req., 20 février 1939, *D.C.*, 1941, 1, p. 22.

[2] Voir *supra* n° 272 & suiv.

[3] Comp. RONGIER, *Clauses d'insaisissabilité et d'inaliénabilité*, Thèse, Lyon, 1902, p. 55, l'auteur relève que permettre une telle stipulation conduirait à des résultats injustes. L'argument est fort, on peut cependant relever qu'en toute hypothèse, le créancier chirographaire est dans une situation " injuste " !

[4] Voir *supra* n° 231 & suiv.

Or, les clauses d'insaisissabilité établies lors du transfert à titre onéreux d'un bien n'ont à notre connaissance jamais fait l'objet de la moindre décision jurisprudentielle explicite et cette question a rarement été envisagée en doctrine[1]. En l'absence de norme, nulle restriction au droit de disposer, fut-elle partielle, n'est envisageable[2]. Ainsi, faute de dispositions normatives le permettant[3], les clauses d'insaisissabilité ne semblent pas pouvoir être prévues dans les actes à titre onéreux translatifs[4].

642. La seconde question que pose la rédaction limitative de l'article 14- 3° de la Loi du 9 juillet 1991 est celle de l'éventuelle stipulation d'une clause d'insaisissabilité indépendamment de tout acte translatif. Le même raisonnement peut être suivi, faute de norme générale en ce sens, on peut douter qu'une clause d'insaisissabilité puisse être établie indépendamment de tout acte translatif.

Autrement dit, une personne ne peut de son propre chef déclarer que l'un quelconque de ses biens est insaisissable. Aucune norme jurisprudentielle ne consacre cette possibilité. De ce

---

[1] Voir pourtant, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 219, p. 229 *in fine* et les références citées.

[2] Rappr. E. GLASSON, R. MOREL, A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Tome IV, Sirey, 3ème édition, 1932, n° 1056, p. 135. Les anciens auteurs étaient d'ailleurs hostiles à une telle insaisissabilité. Ils estimaient donc que les textes autorisant les clauses d'insaisissabilité devaient être interprétés restrictivement. Au soutien de leur position, ils citaient souvent l'article 1981 C.civ. qui dispose que seules les rentes viagères constituées à titre gratuit peuvent être stipulées insaisissables. En outre, ces auteurs considéraient qu'une insaisissabilité constituée à l'occasion d'un acte translatif à titre onéreux porterait atteinte au droit de gage général des créanciers. Il ne semble pas que ce dernier argument soit décisif. En matière de restrictions complètes, on a pu voir qu'une telle atteinte au droit de gage général était loin d'être constituée lorsque la clause est insérée dans un acte translatif à titre onéreux. La situation n'est guère différente en présence d'une clause d'insaisissabilité. Si celle-ci ne peut être stipulée dans un acte translatif à titre onéreux, c'est parce la norme autorisant une telle stipulation fait défaut. A propos des clauses d'inaliénabilité incluses dans un acte translatif à titre onéreux, voir *supra* n° 272 & suiv.

[3] Voir cependant, en faveur de la solution contraire, E. GARSONNET, Ch. CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Tome 4, Volume I, Sirey, 3ème édition, Paris, 1913, p. 179, n° 70. Les auteurs fondent leur affirmation sur le caractère permissif de la jurisprudence, laquelle a étendu le domaine des articles 581 et 582 de l'ancien Code de procédure civile bien au-delà de ce que suggérait l'interprétation littérale de ces dispositions. Cette argumentation peut être contestée. Le dépassement de la lettre d'un texte répond souvent à une justification bien précise, il ne se fait pas au hasard. Il est donc étrange de prendre ce dépassement comme justification de lui-même. Poussé à l'extrême, ce raisonnement conduit à s'affranchir purement et simplement de tout texte normatif, la moindre interprétation devenant prétexte à surenchère.

[4] Voir, hostile à l'insertion d'une clause d'insaisissabilité dans un acte à titre onéreux, RONGIER, *Clauses d'insaisissabilité et d'inaliénabilité*, Thèse, Lyon, 1902, p. 55. L'auteur justifie sa position par l'atteinte portée aux droits des créanciers. En effet, " ils pouvaient exercer leur droit de poursuite sur les biens aliénés, ils ne le peuvent plus sur les biens qui les ont remplacés, ils sont lésés ; et injustement ". Cet argument ne semble pas décisif puisque s'il était vérifié, il prouverait trop, discréditant toutes les hypothèses d'établissement unilatéral d'une insaisissabilité lors d'une acquisition. Or, de telles insaisissabilités existent si l'on songe par exemple à une déclaration notariée d'insaisissabilité établie à l'occasion de l'achat d'une résidence principale. Où l'on voit donc que l'important n'est pas le respect des espérances des créanciers mais bien plutôt l'existence d'une norme permettant l'insaisissabilité puisque les articles L. 526-1 & suiv. C.com. permettent que les droits des créanciers soient " lésés ". A la vérité, il n'en est rien dans la mesure où les créanciers ne subissent pas ici pire dommage que lorsque leur débiteur réalise une mauvaise affaire ou consent une libéralité. Pour un raisonnement similaire en matière de clauses d'inaliénabilité établies dans les actes translatifs à titre onéreux, voir *supra* n° 272 & suiv.

point de vue, le caractère limitatif de l'article 14-3° est d'autant plus certain que le législateur a parfois consacré la possibilité d'établir volontairement l'insaisissabilité d'un bien déjà approprié. Mais cette consécration a toujours été très restrictive quant à son champ d'application. L'article 14-3° ne permet pas de déclarer l'insaisissabilité dans d'autres hypothèses que celles qui ont été expressément prévues, la solution n'est pas moins certaine lorsqu'il s'agit de biens déjà appropriés.

2) L'insaisissabilité volontaire d'un bien approprié

643. On ne relève que deux cas dans lesquels il a été permis de rendre insaisissable un bien déjà approprié. Il s'agit d'une part de l'ancienne institution du bien de famille et d'autre part de la récente déclaration notariée d'insaisissabilité.

644. Le bien de famille, instauré par la loi du 12 juillet 1909, ne se rencontre guère en pratique. La doctrine considère que l'institution est tombée en désuétude ainsi que l'absence d'actualisation du montant maximum du bien en cause le suggère[1]. L'étude de cette ancienne institution n'est pourtant pas dénuée d'intérêt[2].

Ainsi, on relèvera pour commencer que l'article 2 de la Loi du 12 juillet 1909 dans sa rédaction postérieure à la Loi du 7 juillet 1948 prévoyait que le bien de famille, déclaré insaisissable pouvait être, un immeuble à usage d'habitation[3], accompagné le cas échéant des terrains attenants qu'ils soient ou non exploités, soit un immeuble à usage d'habitation et professionnel auquel cas l'insaisissabilité concernait aussi le matériel et l'outillage de l'artisan. On remarque immédiatement que les biens susceptibles d'être déclarés insaisissables étaient bien délimités par la loi.

En outre, leur montant total ne pouvait excéder 50 000 F., ce qui d'emblée, réduisait fortement l'intérêt pratique de cette institution. Ce mécanisme reposait donc sur une norme, la Loi du 12 juillet 1909, qui délimitait rigoureusement le champ d'application du mécanisme. Le même constat peut être dressé lorsque l'on étudie la déclaration notariée d'insaisissabilité.

---

[1] C. WITZ, Privilèges, Droit de gage général, *Jurisclasseur*, Article 2092 à 2094, Fasc. 80, 1997, n° 70, p. 26.

[2] On remarque d'ailleurs que l'article du Répertoire civil Dalloz consacré à cette institution a été mis à jour récemment : M. BOUDOT, *Rep. civ.*, Dalloz, *V°* Bien de famille, 2002.

[3] Les dispositions en cause semblent pouvoir être étendues au lot de copropriété, voir sur ce point l'article 2 al. 1 de la Loi du 12 juillet 1909 disposant que le bien de famille " pourra comprendre une maison ou une portion divise de maison ". En ce sens, M. BOUDOT, *Rep. civ.*, Dalloz, *V°* Bien de famille, 2002, n° 17.

645. Récemment, la Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 a introduit dans le Titre II du Livre V du Code de commerce, consacré aux garanties, un Chapitre VI relatif à la protection de l'entrepreneur individuel et de son conjoint. Les articles L. 526-1 & suiv. C.com. permettent désormais à un entrepreneur, personne physique immatriculée à un régime de publicité légale[1], de déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale ainsi que tout bien bâti ou non bâti qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel[2].

Opposables aux seuls créanciers professionnels, ces dispositions ont été froidement accueillies par la doctrine en raison des nombreuses incertitudes du régime de cette insaisissabilité volontaire[3].

646. On peut d'ores et déjà relever que le mécanisme proposé est résolument défini par le législateur comme une dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil[4]. Si la dérogation à l'article 2284 semble évidente[5], on s'étonnera tout de même de ce que le législateur ait entendu l'établir expressément alors que l'on estime parfois que l'article 2284 C.civ. est supplétif. L'affirmation d'une dérogation à l'article 2285 C.civ. est moins évidente à analyser[6]. Cet article rappelle que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers tout en affirmant que sauf causes légitimes de préférence, le prix de ses biens se

---

[1] Article L. 526-1 C.com.

[2] Cette extension de la déclaration notariée d'insaisissabilité à tous les biens fonciers du déclarant pourvu qu'ils ne soient pas affectés à un usage professionnel résulte de la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008.

[3] Voir entre autres, L. GROSCLAUDE, Voyage au centre de la Terre, à propos de l'insaisissabilité des droits sur la résidence principale, *Dr. Fam.*, 2004, Chr., n° 1, p.4, Fr. VAUVILLE, La déclaration notariée d'insaisissabilité, *Defrénois*, 2003, n° 37813.

[4] Voir l'article L. 526-1 C.com débutant en ces termes " Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil (...) ". Le heurt avec ces dispositions est un argument récurrent dans la plupart des cas d'insaisissabilité volontaire et certains auteurs n'ont pas manqué de relever qu'une telle dérogation porterait un coup fatal au principe bien connu selon lequel " Qui s'oblige, oblige le sien ", provoquant alors une ruine du crédit. Voir en ce sens à propos des articles L. 526-1 & suiv. C.com, S. PIEDELIEVRE, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *J.C.P.*, G, 2003, I, n° 165, p. 1717 & suiv., spéc. p. 1718 *in fine*. Un tel pessimisme est loin d'être nouveau puisque le même argument fut opposé dès 1909 lors des débats parlementaires préalables à la Loi du 12 juillet 1909 instituant le bien de famille, voir sur ce point, *D.P.*, 1909, 4, p. 1 & suiv., spéc. p. 2.

[5] L'opposition à l'article 2284 est si évidente qu'elle fut l'occasion, lors de la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 qui a repris, on le sait depuis, l'article 2092 à l'article 2284 C.civ., de questions parlementaires d'une rare intensité. M. Le Sénateur LAGAUCHE a cru bon signaler au Garde des sceaux que cette réforme du droit des sûretés suscitait " les plus vives inquiétudes, dans le secteur de l'artisanat notamment. D'après les propositions ainsi faites, il ressort que le livre quatrième du code civil, dédié aux sûretés, stipulerait (*sic*) dans un principe général que « quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». Or, l'introduction d'une telle disposition dans le Code civil viendrait méconnaître intégralement l'article L. 526-1 du code du commerce, qui permet d'effectuer une déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale et qui est une mesure très favorable à la protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel dans l'artisanat. ", Question écrite n° 18904, *J.O. Sénat*, 28 juillet 2005, p. 2015.

[6] *A priori*, le rappel d'une dérogation au simple article 2284 aurait pu suffire, voir en ce sens, Fr. VAUVILLE, La déclaration notariée d'insaisissabilité, *Defrénois*, 2003, n° 37813, p. 1197 & suiv., spéc. p. 1200.

distribue par contribution entre les créanciers. S'agit-il ici simplement d'une dérogation au principe selon lequel les biens du débiteur constituent le gage commun de ses créanciers ? A vrai dire, la simple référence à l'article 2284 C.civ. aurait suffi ! A moins que l'on considère que l'insaisissabilité s'apparente elle aussi à une forme de cause légitime de préférence[1] ?
Un lien mystérieux existe sans doute aux yeux du législateur entre ces deux institutions, ce qui justifie que l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel soit consacrée dans un Chapitre du Code de commerce relatif aux garanties. Quoiqu'il en soit, l'origine légale du mécanisme est incontestable.

647. Quant à l'objet de cette déclaration notariée d'insaisissabilité, on relèvera avec profit qu'elle concerne selon l'article L. 526-1 C.com., de l'entrepreneur, " ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale " ainsi que ses droits " sur tout bien bâti ou non bâti " qui n'est pas affecté à un usage professionnel.
Il est certain que le législateur a entendu en premier lieu régler le cas fréquent en pratique dans lequel cet entrepreneur est propriétaire de l'immeuble où est fixée sa résidence[2]. Cela signifie que dans cette hypothèse, l'insaisissabilité concerne le droit de propriété dont l'entrepreneur est le titulaire. Mais si cet entrepreneur individuel réside dans l'immeuble en vertu de sa qualité de titulaire d'un droit réel autre que la propriété, le texte doit pouvoir trouver à s'appliquer. Encore faut-il établir un certain nombre de distinctions.
Puisqu'il s'agit de la résidence de l'entrepreneur, il faut que ce dernier bénéficie d'un droit réel de jouissance sur l'immeuble. Le droit réel en cause est donc soit un droit réel d'usufruit soit un droit d'usage et d'habitation. Dans ce dernier cas, le mécanisme d'insaisissabilité établit par la loi n'a absolument aucun intérêt dans la mesure où le droit d'usage et d'habitation est par l'effet de la loi directement incessible et insaisissable[3]. Cette insaisissabilité volontaire n'a d'intérêt que pour autant que le droit réel en cause demeure cessible, ce qui n'est le cas que de l'usufruit. Un usufruit pourrait donc être rendu

[1] Un auteur étudiant le mécanisme de l'insaisissabilité relève judicieusement qu'elle est " le symétrique inversé des privilèges. Il ne serait pas faux de dire de l'insaisissabilité qu'elle constitue le privilège du débiteur ", Ph. THERY, Saisissabilité et limites, *Le 10ème anniversaire de la Loi du 9 juillet 1991*, Colloque du 9 juillet 2001, La Passerelle, 2002, p. 61 & suiv., spéc. p. 64.
[2] En ce sens, L. GROSCLAUDE, Voyage au centre de la Terre, à propos de l'insaisissabilité des droits sur la résidence principale, *Dr. Fam.*, 2004, Chr., n° 1, p. 5. On remarquera que la formule employée par le législateur démontre qu'il a entendu l'immeuble au sens d'une chose immobilière, objet d'un droit de propriété. Sans doute convient-il d'y voir simplement le fruit du hasard plus que celui d'une réflexion mûrie sur l'organisation des droits patrimoniaux au nombre desquels on trouverait le droit de propriété prévu à l'article 544 C.civ. Cette analyse sémantique est d'ailleurs confirmée par la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 qui modifiant l'article L. 526-1 C.com. précise que peuvent aussi être rendus insaisissables les droits portant " sur les *biens* (nous soulignons) bâtis ou non bâtis (…) ".
[3] Voir *supra* n° 217.

insaisissable par une déclaration notariée d'insaisissabilité[1]. En revanche l'hypothèse d'une nue-propriété déclarée insaisissable était inconcevable dans la mesure où il semble

[1] Voir sur ce point, L. GROSCLAUDE, Voyage au centre de la Terre, à propos de l'insaisissabilité des droits sur la résidence principale, *Dr. Fam.*, 2004, Chr., n° 1, p. 5, relevant que cette hypothèse de l'insaisissabilité d'un usufruit reste marginale dans la mesure où la vente même forcée d'un immeuble grevé d'un usufruit n'a quasiment aucune chance d'aboutir. Cette hypothétique insaisissabilité de l'usufruit suscite pourtant d'ardues questions doctrinales au cas où l'usufruitier viendrait à obtenir la nue-propriété du bien. Voir sur cette question les lumineux développements de S. PIEDELIEVRE, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *J.C.P.*, (G), 2003, I, n° 165, p. 1717 & suiv., spéc. p. 1720 *in limine*. S'interrogeant sur l'éventuelle extension de l'insaisissabilité au droit de propriété de nouveau complet, l'auteur estime qu'il serait dans ce cas préférable que le nouveau propriétaire procède à une déclaration d'insaisissabilité pour le tout, ce qui aboutit à la mise en œuvre d'un régime très complexe dans la mesure où il faudra distinguer entre les créanciers totalement antérieurs, ceux qui ne souffrent que de l'insaisissabilité de l'usufruit et ceux qui souffrent de l'insaisissabilité de tout le '' nouveau " droit de propriété. Les conclusions de l'auteur paraissent difficilement contestables bien qu'elles laissent coexister dans un même patrimoine deux droits réels ayant le même objet : la résidence principale, alors que la vocation de ces droits était de " fusionner " pour reconstituer le droit de propriété. A vrai dire, il n'est pas sûr que l'objection tirée de la subsistance de deux démembrements de la propriété d'une même chose dans un même patrimoine soit imparable. Dès lors que l'appartenance de l'usufruit est substantiellement réduite, l'obtention de la nue-propriété ne constitue qu'une nouvelle relation d'appartenance, cette fois-ci complète, entre l'usufruitier et la nue-propriété. On ne voit pas en quoi l'obtention de la nue-propriété serait parée d'un pouvoir suffisant pour reconstituer la relation d'appartenance entre l'usufruitier et son usufruit. La confusion entre l'usufruit et la nue-propriété ne pourrait ainsi se produire que dans l'hypothèse où l'un et l'autre sont l'objet d'une relation d'appartenance délivrée de toute restriction au droit de disposer. Ainsi dans l'hypothèse où l'usufruitier ayant déclaré l'insaisissabilité de son usufruit recevrait la nue-propriété de l'immeuble grevé, il faudrait simplement considérer que l'usufruitier a deux biens distincts dans son patrimoine, l'usufruit et la nue-propriété. Comme la nue-propriété ne confère pas la jouissance d'une chose, il est douteux que l'usufruitier la frappe d'insaisissabilité. La réunion de l'usufruit et de la nue-propriété sera donc reportée à la cessation de l'insaisissabilité de l'usufruit, lorsque les biens en cause seront enfin l'objet d'une relation d'appartenance complète. A ce stade, rien n'interdira alors au propriétaire de faire déclarer l'insaisissabilité de sa nouvelle propriété mais celle-ci ne pourra priver les créanciers antérieurs de leur droit de poursuite. L'idée selon laquelle l'atteinte à l'appartenance d'un droit réel démembré interdit la reconstitution immédiate du droit de propriété au profit du titulaire s'il reçoit en sus la nue-propriété de la chose concernée peut être rapprochée de l'étrange figure de l'indivision avec soi-même. En effet, dans un arrêt du 31 octobre 2007 (sur lequel voir *supra* n° 235 & suiv.), la Cour de cassation a admis qu'un bien acquis partiellement au moyen de sommes inaliénables soit lui-même " partiellement " inaliénable et insaisissable, ce qui signifie que seule la quote-part provenant des sommes inaliénables demeure à l'abri des poursuites des créanciers. Il en résulte que du point de vue du titulaire du bien, on peut distinguer deux parts, l'une est pleinement cessible et saisissable tandis que l'autre est l'objet d'une restriction au droit de disposer, il serait alors en indivision avec lui-même (Voir sur ce point, s'interrogeant sur le caractère " partiel " de l'inaliénabilité, Th. REVET, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2008, *R.T.D. civ.*, 2008, p. 126 & suiv., spéc. p. 127.). Dans cette espèce, en outre, seule la nue-propriété des sommes utilisées en remploi était inaliénable. Les circonstances de l'espèce sont particulièrement stimulantes pour l'esprit dans la mesure où, indépendamment de l'usufruit portant sur les sommes, l'existence d'une indivision avec soi-même peut trouver une justification dans le mécanisme de l'appartenance. On peut ainsi supposer qu'en raison du remploi, le bien nouvellement acquis supporte deux types de relations d'appartenance distinctes générant deux parts indivises. L'une est complète et correspond à la part des sommes pleinement aliénables, l'autre est atteinte dans sa substance en raison de la restriction au droit de disposer résultant du remploi. La coexistence de ces deux relations d'appartenance de nature différente fait obstacle à la disparition de l'indivision. En revanche si les sommes nécessaires à l'acquisition avaient été pleinement aliénables, le bien nouvellement acquis aurait appartenu de façon pleinement privative à l'acquéreur. L'existence d'une relation d'appartenance restreinte concernant les sommes remployées comme d'ailleurs l'atteinte à l'appartenance d'un droit réel démembré justifient respectivement une indivision avec soi-même et le maintien du droit réel démembré dont on est titulaire sur la chose dont on est propriétaire. De ce point de vue, l'existence de ces relations d'appartenance restreintes donc différentes a les mêmes effets que l'existence de relations différentes en raison de ce qu'elles profitent à un tiers soit respectivement une indivision unissant deux indivisaires et un droit réel sur la chose d'autrui. Comp., à propos de l'indivision avec soi-même, justifiant la solution retenue le 31 octobre 2007 par l'inaliénabilité de la valeur du bien acquis à proportion de la nue-propriété des sommes inaliénables, Th. REVET, *loc. cit.*, spéc. p. 129.

impossible qu'un nu-propriétaire conserve pour résidence principale un immeuble dont par hypothèse il n'a plus la jouissance[1].

648. Par ailleurs, puisque le texte de l'article L. 526-1 C.com. vise " les droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale ", on peut sans témérité en déduire que le législateur a entendu exclure du champ d'application de la mesure les droits personnels par lesquels l'entrepreneur se ménagerait une résidence principale dans un immeuble.
Ainsi que chacun le sait, les droits personnels s'exercent contre le débiteur et nullement, en théorie, sur un immeuble. L'interprétation restrictive du champ d'application de la mesure semble d'ailleurs être de mise puisqu'une réponse ministérielle[2] précise que les dispositions en cause ne sauraient bénéficier à l'entrepreneur qui tient la possibilité d'occuper l'immeuble de sa qualité d'associé dans la Société Civile Immobilière (SCI) propriétaire de l'immeuble. Cela réduit d'autant l'intérêt pratique de cette déclaration notariée d'insaisissabilité lorsque l'on sait la fréquence de ce type de montage immobilier.

649. Si la loi permet parfois à une personne d'établir l'insaisissabilité d'un de ses biens, il faut relever que cette permission est encadrée dans la mesure où le champ d'application de cette mesure permissive est restrictivement défini, qu'il s'agisse de l'ancienne institution du bien de famille ou de son avatar récent qu'est la déclaration notariée d'insaisissabilité.
La délimitation du champ d'application de la mesure volontaire d'insaisissabilité n'est toutefois pas commune à toutes les insaisissabilités permises. Mais lorsque le champ d'application de la mesure n'est pas restreint, le législateur en limite l'exercice en précisant les circonstances dans lesquelles l'insaisissabilité peut être établie. Ainsi les clauses d'insaisissabilité de l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991 ne peuvent-elles être établies qu'à l'occasion d'une libéralité.

---

[1] L. GROSCLAUDE, Voyage au centre de la Terre, à propos de l'insaisissabilité des droits sur la résidence principale, *loc. cit.*, p. 5. Il faut cependant relever que la Loi n° 2008-776 dite de modernisation de l'économie promulguée le 4 août 2008 prévoit désormais que la déclaration notariée d'insaisissabilité est étendue à tous les biens fonciers bâtis ou non. Voir sur ce point, X. DELPECH, Modernisation de l'économie : adoption du texte par les députés, *D.*, 2008, p. 1604 & suiv., spéc. p. 1604. Une telle extension du domaine d'application de la mesure permet évidemment de déclarer insaisissable une nue-propriété. L'absence de référence à la résidence de l'entrepreneur suggère que le législateur a en vue l'élaboration d'un véritable patrimoine personnel insaisissable. En soit une telle mesure pourrait être utile si l'adoption par le même texte du mécanisme de la renonciation au profit d'un seul créancier ne venait pas ruiner tout le système : chaque créancier s'empressera d'obtenir du débiteur une renonciation au bénéfice de l'insaisissabilité. On comprend immédiatement qu'une telle renonciation ne pourra être obtenue que par les créanciers en mesure de faire pression sur le débiteur, ce qui semble *de facto* exclure le Fisc dont on voit mal comment il pourrait obtenir cette étrange renonciation à l'insaisissabilité. Il est donc très probable que cette renonciation faite à personne dénommée soit prochainement encadrée ou supprimée.
[2] Rép. min. n° 52819, *J.O.A.N.*, Q. 5 avril 2005, p. 3540.

650. Ces différentes limitations s'accordent parfaitement avec la qualification de restrictions au droit de disposer. Lorsqu'un bien appartient à un débiteur, il est normal qu'il soit tenu de le laisser saisir par ses créanciers. La limitation de cette possibilité de saisie perturbe les principes classiques en matière de libre disposition des biens[1], il faut donc qu'elle soit établie par une norme qui atténue ses effets perturbateurs en conditionnant précisément le recours à l'insaisissabilité.

Evidemment, cet argument n'a d'intérêt que pour autant que l'insaisissabilité risque d'être perturbatrice. Elle l'est lorsqu'elle présente un caractère ponctuel. C'est la raison pour laquelle on peut constater que les conditions de survenance de l'insaisissabilité ne sont limitatives qu'en présence d'insaisissabilités volontaires. Suspendues à la manifestation de volontés particulières, ces insaisissabilités peuvent surprendre celui qui se les verra opposer.

En revanche, lorsque l'insaisissabilité est prescrite par la loi, cet argument n'a plus lieu d'être. Il serait inconvenant de se prévaloir de sa propre ignorance de la loi pour prétendre saisir un bien dont l'insaisissabilité est légalement prescrite. Les insaisissabilités légales sont donc nombreuses et d'une incommensurable variété[2].

[1] Sur ce point, voir *supra* n° 117 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 629.

Conclusion de la Section I

651. L'étude de la source de l'insaisissabilité démontre que celle-ci repose systématiquement sur une norme tout comme les autres restrictions au droit de disposer déjà étudiées.

Ainsi a-t-il pu être constaté que l'insaisissabilité accessoire à une inaliénabilité repose elle aussi mécaniquement sur une norme puisque l'inaliénabilité est elle-même fondée sur une norme. L'étude de cette insaisissabilité accessoire s'est par ailleurs révélée fructueuse puisqu'il a été possible de constater que l'insaisissabilité accessoire pouvait s'apparenter elle aussi à une véritable restriction au droit de disposer.

652. Une telle affirmation repose sur le constat livré par ceux qui voient dans l'insaisissabilité une manifestation de la nature réelle de l'inaliénabilité. Dans cette optique, il n'est pas d'autre alternative que d'admettre que l'insaisissabilité résulte de ce que les créanciers, qui se voient interdire la saisie, sont en réalité privés de la possibilité de mettre en œuvre l'*abusus* juridique qui manquerait au bien inaliénable[1].

653. Ce constat précieux peut être reformulé sous l'égide du concept d'appartenance[2]. Dès lors que l'appartenance unit la personne à chacun de ses biens et qu'elle comprend le droit de disposer, cet *abusus* juridique qui s'exerce sur tous les droits, il est possible d'admettre que les créanciers en saisissant tentent de mettre en œuvre le droit de disposer, au nom de leur débiteur.

Cependant, en raison de l'atteinte d'une norme à la relation d'appartenance unissant les biens à la personne, ce droit de disposer ne peut être mis en œuvre. De ce point de vue, l'inaliénabilité apparaît donc comme une restriction au droit de disposer complète, interdisant tant l'aliénation du bien que sa saisie par les créanciers. Le droit de disposer est donc paralysé dans chacun de ses aspects. Interdiction d'aliéner, l'inaliénabilité est complétée par une insaisissabilité, elle comprend donc une véritable restriction partielle au droit de disposer, accessoire. L'existence de cette restriction partielle au droit de disposer suggère que celle-ci soit établie de façon autonome.

654. Il est alors apparu que toutes les insaisissabilités autonomes connues reposaient elles aussi sur une norme. Comme en matière d'inaliénabilités, il est possible de distinguer entre les normes prescrivant l'insaisissabilité et celles qui ne font que la permettre. Au titre des

---

[1] Voir *supra* n° 612.
[2] Voir *supra* n° 617 & suiv.

premières[1], on relèvera que comme toute restriction au droit de disposer, l'insaisissabilité peut avoir n'importe quel bien pour objet pour peu qu'une norme la prescrive.

655. Au titre des secondes, on relèvera que la norme permettant l'insaisissabilité permet que celle-ci soit établie sur un bien en cours d'appropriation[2]. Il s'agit ici des clauses d'insaisissabilité contenues dans les libéralités.

Mais au-delà, l'insaisissabilité semble pouvoir frapper un bien déjà approprié[3]. Deux mécanismes d'insaisissabilité permise frappant un bien déjà approprié coexistent, il s'agit d'une part de l'antique bien de famille et d'autre part de la récente déclaration notariée d'insaisissabilité. Entourées de conditions constitutives restrictives, ces insaisissabilités ne semblent pas pouvoir être étendues au-delà du champ d'application défini par le législateur. L'insaisissabilité demeure donc, même quand elle est permise, un strict effet de la loi.

656. L'opposition entre ces deux types d'insaisissabilité selon que le bien est approprié ou non ne doit pas occulter leur profonde identité de nature. En toute hypothèse, l'appartenance du débiteur semble atteinte. Seule une norme est à même réduire ainsi l'appartenance, ce qui impose à présent de revenir sur la question récurrente de l'insaisissabilité conventionnelle.

[1] Voir *supra* n° 629 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 639 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 643 & suiv.

Section II. L'inexistence de l'insaisissabilité purement conventionnelle

657. L'inexistence de l'insaisissabilité purement conventionnelle est avant tout une question terminologique. Il va s'agir de démontrer que les hypothèses dans lesquelles cette expression a été employée n'avaient absolument rien à voir avec les restrictions au droit de disposer.
Ainsi, dans un arrêt remarqué en date du 15 février 1972[1], la Cour de cassation aurait admis un cas d'insaisissabilité purement conventionnelle. Dans cet arrêt, un créancier bénéficiant d'un cautionnement s'était engagé à ne saisir " que les biens de la caution sis en Algérie " en contrepartie de l'engagement de la caution " de ne pas disposer de tout ou partie de son patrimoine algérien ". La caution n'ayant pas exécuté ses engagements, le créancier l'a poursuivie sur l'ensemble de son patrimoine en contradiction avec son propre engagement.
Les juges du fond ont donc pu décider, interprétant souverainement l'acte litigieux, que la limitation à son droit de gage général consentie par le créancier, " devenue sans cause, devait cesser d'avoir effet ".

658. Il semble douteux qu'à cette occasion la Cour de cassation ait consacré une insaisissabilité, une restriction partielle au droit de disposer, qui soit conventionnelle. La convention n'est pas un fondement adéquat de l'insaisissabilité (§1), ce qui signifie que l'engagement du créancier, dans l'hypothèse étudiée n'atteint pas la substance du droit de disposer (§2).

§1: La convention, fondement inadéquat de l'insaisissabilité

659. Dans l'espèce étudiée[2], les engagements réciproques du créancier et de son débiteur s'inscrivaient dans le cadre d'un contrat de cautionnement. Il semble difficile de contester que ces engagements résultaient d'un accord réciproque de volontés entre le créancier et la caution.
Une convention étant un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque[3], ici, le créancier et son débiteur, la caution, avaient convenu que le premier ne saisisse que les biens algériens de la caution, biens dont elle ne devait pas disposer. Il s'agissait donc bien d'une convention dans le sens où les effets juridiques voulus résultaient d'un accord de volontés.

---

[1] Cass. Civ. 1ère, 15 février 1972, *Bull. civ.*, I, n° 50, *Rev. Crit. Dr. International Privé*, 1973, p. 77 & suiv., note. H. BATIFFOL.
[2] Cass. Civ. 1ère, 15 février 1972, voir *supra* note de bas de page précédente.
[3] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 8ème édition, 2007, *V°* Convention.

660. Si cette situation s'analysait comme une restriction partielle au droit de disposer, si le vocable d'insaisissabilité conventionnelle était vraisemblable, il faudrait alors constater l'extraordinaire audace de la Cour de cassation. Elle consacrerait ici l'unique cas existant d'insaisissabilité conventionnelle. En effet, nous connaissons maintenant le mode opératoire des restrictions au droit de disposer, celles-ci sont tantôt prescrites, tantôt permises par la loi[1]. Mais elles ne tirent jamais leurs forces d'une convention, l'affirmation contraire serait donc parfaitement inédite (A).

Et l'on ne peut que s'en réjouir, car cette affirmation, si elle s'avérait exacte, ferait douter de l'opportunité de la solution retenue par la Cour de cassation[2] tant elle bouleverserait les solutions du droit positif. Indépendamment même de tout raisonnement en termes de restriction au droit de disposer, une insaisissabilité conventionnelle est impossible (B). L'impossibilité d'une insaisissabilité purement conventionnelle est donc un argument de plus en faveur de l'analyse de l'insaisissabilité comme une restriction partielle au droit de disposer.

A) La convention, fondement inédit de l'insaisissabilité

661. Dans le but de démontrer que l'insaisissabilité est en réalité une véritable restriction au droit de disposer, il est nécessaire d'écarter l'idée même d'une insaisissabilité conventionnelle. En effet, sachant qu'il est impossible qu'une restriction même partielle au droit de disposer présente un tel fondement, on pourrait y voir une justification facile au fait qu'aucune insaisissabilité de droit positif ne repose exclusivement sur une convention.

Encore faut-il à titre préalable établir précisément le caractère inédit de l'insaisissabilité conventionnelle (1). Celui-ci établi, il sera alors possible d'en fournir une justification reposant sur la spécificité du mécanisme des restrictions au droit de disposer (2).

1) Etablissement du caractère inédit de l'insaisissabilité conventionnelle

662. L'étude de la source de l'insaisissabilité a permis de distinguer entre les insaisissabilités prescrites et celles qui ne sont que permises[3]. Dans le premier cas, lorsque l'insaisissabilité

---

[1] Voir *supra* n° 595.

[2] Cass. Civ. 1ère, 15 février 1972, précité page précédente.

[3] Pour la mise en œuvre de cette distinction, voir *supra* n° 627 & suiv. Pour son origine, voir l'article 38 du Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992: " Tous les biens mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels appartenant au débiteur peuvent faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou d'une mesure conservatoire, si ce n'est dans les cas où la loi *prescrit* ou *permet* leur insaisissabilité. "

est établie directement par une norme[1], il serait déplacé de prétendre découvrir une convention. Il ne fait aucun doute qu'aucune convention ne se dissimule sous la prescription de la norme.

D'ailleurs, le même constat avait pu être établi lors de l'étude des restrictions au droit de disposer complètes et légales[2]. Concernant les insaisissabilités volontaires qui seraient des restrictions partielles au droit de disposer simplement permises, contrairement aux apparences, l'exclusion du vocable d'insaisissabilité conventionnelle s'impose aussi. En effet, à proprement parler, aucune insaisissabilité volontaire ne tire sa force d'une convention.

663. Ainsi, que l'on se tourne du coté de l'ancienne institution du bien de famille[3] ou de son avatar récent qu'est la déclaration notariée d'insaisissabilité[4], on remarque que la mesure d'insaisissabilité est établie par celui auquel le bien appartient[5].

La mesure s'apparenterait alors davantage à un acte juridique unilatéral. En l'absence d'un véritable échange de consentements, il faut donc reconnaître que ces insaisissabilités n'ont rien de " conventionnel ". Leur caractère unilatéral n'est d'ailleurs pas étonnant car on peinerait à obtenir le consentement de celui ou de ceux des créanciers concernés en premier lieu par l'insaisissabilité.

664. En effet, concernant les créanciers existant à la date de la mesure, requérir leur accord nécessiterait de tous les connaître ce qui, en pratique, n'est guère envisageable s'ils sont nombreux. Par ailleurs même si le recensement des créanciers était envisageable, il n'est pas toujours possible de les identifier puisque ils peuvent être créanciers du débiteur sans même le connaître. Il n'en va pas différemment lorsque le débiteur a causé un dommage, qu'il est obligé de réparer en vertu des dispositions de la responsabilité civile extracontractuelle au moment même où il le cause.

Si à la date de l'insaisissabilité la victime n'a pas identifié le débiteur, elle est néanmoins créancière bien que le débiteur ne la connaisse pas encore. L'établissement conventionnel de l'insaisissabilité d'un bien déjà approprié bute donc sur de nombreuses difficultés pratiques.

---

[1] Voir *supra* n° 629 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 214 & suiv.
[3] Loi du 12 juillet 1909, voir *supra* n° 644.
[4] Articles L. 526-1 & suiv. C.com., voir *supra* n° 645 & suiv.
[5] Le bien de famille pouvait être constitué par donation ou testament en vertu de l'article 6 de la Loi du 12 juillet 1909. En ce sens, M. BOUDOT, *Rep. civ.*, Dalloz, 2002, *V°* Bien de famille, n° 21 & suiv. Dans ces deux derniers cas, la constitution d'un bien de famille s'apparente à celle d'une insaisissabilité volontaire établie dans une libéralité.

665. Par ailleurs, il se peut que l'insaisissabilité volontaire résulte de la volonté du disposant dans une libéralité[1]. La caractérisation d'une convention, fondement de l'insaisissabilité, n'est pas plus aisée. Si la clause d'insaisissabilité concerne un bien légué, elle est établie par un testament qui demeure un acte juridique unilatéral. Il serait là aussi hasardeux de découvrir une convention implicite résultant de l'accord du légataire à recevoir un bien dont l'appartenance serait substantiellement réduite.

Les consentements respectifs n'ont jamais pu coexister. Avant la mort du disposant, ce dernier ignorait tout de l'acceptation du legs par le légataire ! Il n'a pu connaître l'avenir et d'ailleurs le legs n'existait pas encore puisqu'un testament reste irrémédiablement résoluble avant la mort du testateur. Après sa mort, à ce stade seulement, le legs est devenu certain, mais le disposant n'est plus là pour le vouloir effectivement. Nulle convention ne peut donc être raisonnablement supposée.

666. Cependant, il est possible que la clause d'insaisissabilité soit établie dans une donation. Dans ce cas précis, il serait possible d'estimer que l'on est en présence d'une insaisissabilité conventionnelle. Mais il faudrait ici se référer à ce qui a déjà été dit à propos des restrictions complètes au droit de disposer. En présence d'une clause d'inaliénabilité contenue dans une donation, nous avions admis le vocable " inaliénabilité conventionnelle ". Pourquoi en irait-il différemment lorsque l'insaisissabilité est établie par une donation ?

Dans ce cas précis, le vocable d'insaisissabilité conventionnelle pourrait donc être admis, mais sous les mêmes conditions ! Or, il avait été proposé de ne retenir ce vocable que par simple commodité de langage. Cette précaution avait une raison très simple, le mot " conventionnelle " dans " inaliénabilité conventionnelle " n'a pas la même signification que dans " obligations conventionnelles ". S'agissant alors d'une commodité de langage destinée à éviter la répétition de l'expression " effets des clauses d'inaliénabilité ", ce vocable n'était pas conforme à la réalité technique des effets des clauses d'inaliénabilité. Il n'en va pas différemment de l'insaisissabilité conventionnelle invoquée ici.

667. Par conséquent, reconnaître dans le sillage de l'arrêt du 15 février 1972, une véritable insaisissabilité conventionnelle serait totalement inédit puisque qu'aucun autre mécanisme du droit positif ne s'apparente à une telle insaisissabilité dont le fondement est

[1] Article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991, voir *supra* n° 639 & suiv.

conventionnel[1]. Une justification facile peut en être trouvée pour peu que l'on admette que l'insaisissabilité est en réalité une restriction partielle au droit de disposer.

2) Fondement du caractère inédit de l'insaisissabilité conventionnelle

668. Conventionnelle, une restriction partielle au droit de disposer tirerait sa force du seul échange de volontés. A la mesure de ce qui se produit pour la création d'obligations, il ne faudrait pas rechercher ailleurs que dans la volonté le fondement de la force obligatoire de ces restrictions. Un parallèle pourrait alors être établi avec les obligations conventionnelles qui naissent lors de l'échange de volontés et tirent leur force obligatoire de cette volonté[2].

669. Pourtant les restrictions au droit de disposer obéissent à un schéma différent. L'étude des restrictions complètes au droit de disposer en a fourni l'illustration[3]. Il avait alors été relevé que les restrictions volontaires étaient conditionnées par une manifestation de volontés. Cette manifestation de volontés permettait d'ailleurs de qualifier ces restrictions de volontaires. Mais cette manifestation de volontés ne faisait que conditionner la naissance d'une restriction au droit de disposer dont la force obligatoire résultait elle, d'une norme[4].
En effet, seule une norme peut remodeler l'appartenance, la modifiant substantiellement[5]. Il faut donc ici recourir à la précieuse distinction entre le simple fait déclencheur d'un

---

[1] Comp. B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, Thèse, Paris II, 1998, n° 385, p. 333 & suiv., spéc. p. 335. Constatant que les clauses limitatives de responsabilité sont valables, l'auteur en déduit qu'*a fortiori* rien n'interdit la stipulation de clauses limitant l'assiette du droit de gage général des créanciers. Cette argumentation nous semble contestable pour plusieurs raisons. D'un point de vue strictement logique d'abord, l'argument *a fortiori* ne nous semble pouvoir être mis en œuvre que pour valider un mécanisme d'une efficacité moindre. Ainsi l'existence de clauses exclusives de toute responsabilité pourrait être mise en avant pour valider des clauses simplement limitatives de responsabilité mais ce n'est nullement le propos ici. Par ailleurs, l'existence d'obligations sans droit de gage général pourrait servir d'argument en faveur de l'existence d'obligations comportant un droit de gage général simplement limité. Les seules " obligations " totalement dépourvues de droit de gage général sont en droit positif les obligations naturelles or celles-ci s'apparentent davantage à un devoir moral qu'à une véritable obligation civile. Cette différence de nature entre obligations civiles et obligations naturelles interdit donc de prétexter de l'existence des secondes pour justifier de la possibilité de limiter conventionnellement le droit de gage général. Ensuite, d'un point de vue technique, il nous semble que tout oppose une obligation assortie d'une clause limitative de responsabilité et une obligation dont le droit de gage général serait restreint. En effet, dans le premier cas, seul le quantum de l'obligation est atteint, celle-ci laisse donc la possibilité au créancier d'obtenir paiement forcé sur l'intégralité de l'actif patrimonial du débiteur. Dans le second cas en revanche, ce serait la structure même de l'obligation qui serait atteinte puisque le créancier ne disposerait plus de la possibilité de saisir n'importe lequel des biens de son débiteur.
[2] Voir sur ce point, Fr. CHENEDE, *Les commutations en droit privé - Contributions à la théorie générale des obligations*, Thèse Paris II, préf. A. GHOZI, Economica, 2008, n° 431 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 194 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 229.
[5] Sur cette question, voir *supra* n° 167 & suiv.

phénomène obligatoire et le fondement de sa force obligatoire[1]. Si une manifestation de volontés peut être le fait déclencheur d'une restriction au droit de disposer, le fondement de la force obligatoire de cette dernière ne peut être cherché ailleurs que dans une norme.

670. Cette distinction trouve à s'appliquer de façon parfaitement opératoire en matière d'insaisissabilité. Toutes les insaisissabilités volontaires étudiées sont déclenchées par une manifestation de volonté(s). Mais le fondement de leur force obligatoire est invariablement une norme[2]. Les modifications substantielles de l'appartenance sont toujours des commandements directs de norme. Cela suggère deux remarques.

671. D'une part, il nous faut relever que la question de la source des restrictions au droit de disposer se solutionne exactement de la même façon que la restriction soit complète ou partielle. Dans les deux cas, il est possible de distinguer précisément le fait générateur de la restriction du fondement de sa force obligatoire. Ainsi dans l'une ou l'autre hypothèse, le fait générateur de la restriction peut être volontaire. Mais cette circonstance est purement contingente.
C'est la raison pour laquelle les restrictions peuvent être simplement permises ou directement prescrites. En revanche, le fondement de la force obligatoire de la restriction reste le même : il s'agit bien du commandement direct d'une norme.

672. D'autre part, il faut rappeler que l'affirmation selon laquelle les restrictions au droit de disposer sont les commandements directs de norme est la conséquence de l'interprétation de l'article 537 C.civ. que nous proposons. Si les particuliers ont la libre disposition des droits qui leur appartiennent, ce n'est que sous réserve des modifications établies par les lois. Il n'est pas possible de restreindre la libre aliénabilité des biens par la simple manifestation de volontés individuelles. Si les mots ont un sens, une insaisissabilité purement conventionnelle constituerait un démenti flagrant à nos affirmations. De ce point de vue, on peut donc comprendre pourquoi une insaisissabilité purement conventionnelle serait complètement inédite.

---

[1] Sur l'élaboration de cette distinction et la démonstration de sa pertinence en matière de sources des obligations, voir : Fr. CHENEDE, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations,* Thèse Paris II, préf. A. GHOZI, Economica, 2008, n° 425 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 624 & suiv.

673. Pourtant, discréditer cette analyse de la solution rendue par la Cour de cassation le 15 février 1972[1] en raison de sa contrariété à nos affirmations ne suffit pas. Indépendamment de tout raisonnement en termes d'appartenance, l'existence d'une véritable insaisissabilité est douteuse en raison de sa contrariété à plusieurs principes qui sont incontestablement de droit positif.

La démonstration du caractère objectivement impossible de ce concept d'insaisissabilité purement conventionnelle va permettre de justifier rétrospectivement l'analyse de l'insaisissabilité en termes de restriction partielle au droit de disposer.

B) La convention, fondement impossible de l'insaisissabilité

674. Au-delà de l'article 537 du Code civil, l'insaisissabilité conventionnelle soulève deux séries de problèmes que l'état actuel du droit positif devrait permettre de résoudre. D'une part, si l'insaisissabilité conventionnelle existe, cela signifie que la saisissabilité des biens demeure sous l'emprise des volontés individuelles (1).

D'autre part, si c'est réellement le cas, l'insaisissabilité d'un bien devrait s'assimiler aux effets classiques des volontés individuelles que sont le droit réel et le droit personnel (2). L'une et l'autre de ces affirmations relèvent d'une méprise.

1) La saisissabilité d'un bien échappe aux volontés individuelles

675. L'interprétation de la solution rendue par la Cour de cassation le 15 février 1972[2] a rapidement été portée sur le terrain du caractère supplétif ou impératif de l'article 2284 C.civ[3]. Ce rapprochement est tout à fait justifié. Lorsque l'on admet que le fondement d'une véritable insaisissabilité est conventionnel, cela suppose qu'un accord de volontés individuelles soit doté d'une force suffisante pour limiter le droit de disposer du débiteur qu'exercent ses créanciers[4]. Les volontés individuelles pourraient donc atteindre substantiellement l'appartenance du débiteur en remettant en cause ce droit de disposer. Or, ce droit de disposer des biens du débiteur exercé par les créanciers, repose sur l'article 2284 C.civ., complété par l'article 2285 C.civ.

---

[1] Cass. Civ. 1ère, 15 février 1972, *Bull. civ.*, I, n° 50, *Rev. Crit. Dr. International Privé*, 1973, p. 77 & suiv., note. H. BATIFFOL.
[2] Cass. Civ. 1ère, 15 février 1972, *Bull. civ.*, I, n° 50, *Rev. Crit. Dr. International Privé*, 1973, p. 77 & suiv., note. H. BATIFFOL.
[3] En ce sens, BATIFFOL, note sous Cass. Civ. 1ère, 15 février 1972, *Rev. Crit. Dr. International Privé*, 1973, p. 77 & suiv., Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens*, Droit fondamental, PUF, 3ème édition, 2008, p. 35.
[4] Voir *supra* n° 651 & suiv.

Si l'article 2284 C.civ. est véritablement supplétif, on ne pourra y voir un obstacle à la reconnaissance d'une véritable insaisissabilité conventionnelle. Inversement si cette disposition présente un caractère impératif, elle s'opposera à la reconnaissance de cette insaisissabilité conventionnelle. On s'aperçoit donc que la nature supplétive ou impérative de l'article 2284 C.civ. détermine la question de la validité de l'insaisissabilité conventionnelle. Trancher la question de la validité de l'insaisissabilité conventionnelle suppose donc préalablement de s'accorder sur la nature supplétive ou impérative de l'article 2284 C.civ.

676. Si c'est une question préalable, il est pour le moins surprenant qu'elle soit résolue par anticipation par ceux qui prétendent que le 15 février 1972 la Cour de cassation admettant l'insaisissabilité conventionnelle a conféré une nature supplétive à l'article 2284 C.civ. Dans ce cas, cette décision est d'une extraordinaire importance puisqu'elle consacre une nouvelle institution : l'insaisissabilité conventionnelle, et tranche la question de la nature supplétive ou impérative de l'article 2284 C.civ. N'est-ce pas conférer une trop grande importance à cette décision ?

D'autres interprétations de la solution sont possibles, on ne peut les exclure par anticipation. La Cour de cassation n'a nullement entendu consacrer le caractère supplétif de l'article 2284 C.civ. dans son arrêt du 15 février 1972[1] (a). Ceci n'est pas surprenant puisque cette disposition est de nature impérative (b).

a) L'arrêt du 15 février 1972 ne confère pas de nature supplétive à l'article 2284 C.civ.

677. L'interprétation de la décision de 1972 n'est pas univoque et certains auteurs[2] ont défendu l'idée que la Cour de cassation n'avait nullement tranché la question du caractère supplétif de l'article 2284 C.civ. Rappelons que dans cette affaire, une banque s'était engagée à ne poursuivre le paiement de la dette des cautions que sur leurs biens situés en Algérie. En contrepartie, les cautions s'étaient engagées à ne point disposer des biens en cause et à ne pas constituer de droits réels. La clause par laquelle la banque s'engageait à ne poursuivre que les biens algériens de la caution était précède de la mention suivante " par dérogation expresse aux prescriptions de l'article 2092 C.civ." Les cautions ont vendu certains des immeubles litigieux sans l'accord de la banque. Se tournant vers les cautions pour obtenir

[1] Cass. Civ. 1ère, 15 février 1972, *Bull. civ.*, I, n° 50, *Rev. Crit. Dr. International Privé*, 1973, p. 77 & suiv., note. H. BATIFFOL.

[2] Voir en ce sens, Cl. WITZ, Privilèges, Droit de gage général, *Jurisclasseur civil*, Article 2092 à 2094, Fasc. 80, 1997, n° 28, " L'arrêt doit toutefois être interprété avec prudence, La Cour de cassation n'ayant pas été saisie de la question de la validité de la clause au regard de l'article 2092 du Code civil ".

paiement, la banque a demandé " que soit déclarée caduque la clause du contrat de cautionnement limitant le droit de poursuite de la banque " aux seuls biens algériens. Les juges du fond ont fait droit à la demande de la banque.
Les cautions ont donc formé un pourvoi en cassation reprochant à l'arrêt d'appel d'avoir prononcé l'annulation de la clause alors que cela n'était pas demandé. Les auteurs du pourvoi reprochent en outre aux juges du fond d'avoir invalidé la clause en se fondant sur une fausse application de la notion de cause au contrat unilatéral qu'est le contrat de cautionnement.

678. Le pourvoi reprochait donc surtout aux juges du fond d'avoir invalidé la clause litigieuse par laquelle le banquier limitait son droit de poursuite aux biens algériens de la caution. La Cour de cassation le rejette dans des termes très nets. Elle relève que les juges du fond ont souverainement estimé que l'engagement de la banque avait pour contrepartie l'engagement des cautions de conserver les biens situés en Algérie. Ainsi, les juges du fond " étaient fondés à retenir que les deux engagements corrélatifs se servaient mutuellement de cause ".
Ayant relevé que les cautions avaient vendu les immeubles sans requérir l'avis de la banque et " sans qu'il y ait lieu de s'attacher à une impropriété de terminologie laquelle replacée dans son contexte est sans portée, la Cour d'appel, a, sans dénaturation de la cause ni de l'objet du litige et sans encourir aucun des griefs du moyen, apprécié souverainement la mesure de la violation par les consorts Atard (les cautions) de leur engagement et partant légalement justifié sa décision sur ce point ".

679. On remarque immédiatement à la lecture de cette décision que la question de la validité de la clause litigieuse n'était pas posée à la Cour de cassation. En effet la banque avait obtenu en appel la caducité de cette clause, il ne lui était nul besoin de déplacer le débat devant la Cour de cassation sur le terrain de la validité de la clause.
Par ailleurs, le pourvoi émanait des cautions, celles-ci n'avaient donc aucun intérêt à remettre en cause la validité de la clause puisqu'elles prétendaient en bénéficier. Que pouvons-nous en déduire concernant la nature supplétive ou impérative de l'article 2284 C.civ. ? La réponse sera rapide : rien du tout.

680. La question n'était pas posée explicitement à la Cour de cassation puisqu'elle n'est absolument pas invoquée dans le pourvoi rejeté. Elle n'y a donc pas explicitement répondu. Se pourrait-il que la Cour de cassation ait implicitement répondu à une question elle-même implicite sur la nature de l'article 2284 C.civ. ?

681. Là encore, cela paraît très hasardeux. L'abstraction absolue que constitue l'idée d'une réponse implicite à une question elle-même implicite ne nous est ici d'aucun secours. La réponse implicite serait ici " l'article 2284 C.civ. est supplétif ". La question implicite serait donc " Quelle est la nature de l'article 2284 C.civ. ou l'article 2284 C.civ. est-il impératif ? ". Or cette question ne peut pas être posée dans le pourvoi puisque son auteur voulait bénéficier de la clause litigieuse[1]. Sauf à faire preuve d'un masochisme judiciaire pathologique, l'auteur du pourvoi n'avait aucun intérêt à poser, même implicitement, la question de la validité d'une clause dont il voulait bénéficier.

682. On peut en déduire que ni implicitement, ni explicitement la Cour de cassation n'a entendu conférer de nature supplétive à l'article 2284 C.civ. Mais dans ce cas, d'où vient l'idée que cet arrêt a tranché cette question et qu'il est le précédent incontournable sur ce point ? La réponse est facile à trouver, les faits de l'espèce rappelés dans la décision nous apprennent que la clause par laquelle le créancier acceptait de limiter son droit de poursuite était précédée de la mention " par dérogation expresse aux prescriptions de l'article 2284 C.civ. " Le seul fondement à l'affirmation du caractère supplétif de l'article 2284 C.civ. réside donc dans l'acte de cautionnement du 25 juin 1962... L'arrêt de 1972 ne détermine donc sûrement pas la nature de l'article 2284 C.civ. On ne saurait s'en étonner puisque cette disposition est en réalité une disposition impérative.

b) L'article 2284 C.civ. est une disposition impérative

683. Il se trouve que la nature supplétive ou impérative de l'article 2284 C.civ. est loin d'être une question résolue par le seul arrêt du 15 février 1972. Puisque nous pensons que cette décision n'a sûrement pas octroyé une nature supplétive à cette disposition, il nous faut trancher cette question autrement. Et ici, point n'est besoin de subtils arguments, dès lors que l'insaisissabilité est une dérogation à la loi de la l'égalité (i), il est impossible qu'une telle dérogation ait un fondement conventionnel, la dérogation à l'article 2284 C. civ. est donc forcément légale (ii).

[1] Voir *supra* n° 679.

(i) L'insaisissabilité, dérogation à la loi de l'égalité

684. Il ne fait point de doute que les biens qui composent l'actif du patrimoine du débiteur sont saisissables par chacun de ses créanciers. La saisissabilité demeure le principe[1] même si l'on admet qu'une insaisissabilité peut avoir un fondement conventionnel[2]. Ainsi, l'article 2284 C.civ. dispose que quiconque s'engage personnellement est tenu sur tous ses biens, présents et à venir. Si l'on prend l'hypothèse du créancier d'un droit personnel, il peut, nonobstant quelques tempéraments qu'il n'est pas nécessaire de détailler ici[3], saisir n'importe lequel des biens de son débiteur[4]. Cela ne semble pas susciter de difficultés lorsque l'on considère le cas d'un unique créancier.

685. Quelques précisions ne sont pourtant pas superflues. L'article 2284 C.civ. dispose indirectement que chacun des créanciers peut saisir les " biens présents et à venir " de son débiteur. Quel est le sens exact de cette formule ? Que le créancier ne puisse saisir que les biens présents du débiteur n'étonne pas. Rappelons qu'il est nécessaire qu'un bien appartienne au débiteur pour que le créancier puisse le saisir[5]. On en déduit qu'à proprement parler, le créancier ne peut saisir que des biens présents dans le patrimoine du débiteur au jour de la saisie. Il ne saurait saisir les biens qui sont sortis du patrimoine de ce débiteur ou ceux qui n'y sont point encore.

Ce n'est donc pas à la date de la saisie qu'il faut se placer pour appréhender les " biens à venir " du débiteur. Mais dans ce cas, pourquoi l'article 2284 C.civ. précise-t-il que le débiteur est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens présents *et à venir* ? A quel moment faut-il se placer pour que la saisie des biens du débiteur puisse " porter " sur des biens *à venir* ? Si ce n'est pas au moment de la saisie, nous venons de le voir, cela ne peut être qu'au moment de la naissance de la créance contre le débiteur. A cet instant, le débiteur

---

[1] S. CIMAMONTI, Biens insaisissables, *Jurisclasseur Procédure civile*, Fascicule 2170, 1993, p. 3, n° 3 : " Le principe est celui de la saisissabilité des biens du débiteur, l'insaisissabilité n'étant que l'exception ".

[2] Voir sur ce point, B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, Thèse, Paris II, n° 390, p. 339.

[3] Certaines dispositions, nous insistons sur leur nature légale, précisent que les droits des créanciers s'exercent en priorité sur certains biens. Ainsi l'article 2206 du Code civil dispose-t-il que le créancier ne peut poursuivre le paiement de sa créance sur les immeubles appartenant au débiteur mineur ou majeur protégé " avant la discussion du mobilier ". De même l'article 22-1 de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 qui résulte de la Loi n° 94-126 du 11 février 1994 prévoit que l'entrepreneur individuel peut " demander " que ses dettes professionnelles soient honorées en priorité sur ses biens professionnels.

[4] Sur ce point, voir l'article 13 al.1 de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 : " Les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur (...) " ainsi que l'article 22 de la loi précitée disposant que " Le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance (...) ".

[5] Voir *supra* n° 597.

est prévenu, les biens qui échoiront ultérieurement dans son patrimoine pourront être saisis par le créancier dont la créance était née antérieurement[1]. Les biens susceptibles de saisie ne sont pas définitivement déterminés lors de la naissance de la créance mais seulement lors de la mise en œuvre de la mesure de saisie.

686. Cela ne porte guère à conséquence lorsque l'on ne s'intéresse qu'à un créancier isolé. En revanche s'ils sont plusieurs, nonobstant le fait que leurs créances soient nées à des dates différentes, ils pourront tous tenter de saisir en même temps les mêmes biens du débiteur[2]. On retrouve ici la principale faiblesse du droit de gage général des créanciers chirographaires. Contrairement à ce que l'on se plait parfois à répéter, ce n'est pas que les prérogatives qu'il confère soient intrinsèquement restreintes[3], simplement tous les créanciers disposent de ces prérogatives. Si les biens du débiteur suffisent à tous les désintéresser, cela ne pose guère de problèmes. Ceux-ci naissent lorsque l'actif du patrimoine ne suffit pas à combler le passif.

Dans ce cas, le créancier le plus rapide à mettre en œuvre la saisie bénéficiera de la valeur du bien[4]. C'est la fameuse loi de la course. Si les créanciers sont aussi diligents les uns que les autres, il faudra alors répartir la valeur du bien conjointement saisi en proportion de la valeur respective de leurs créances. Ainsi s'exprime la loi de l'égalité entre les créanciers chirographaires. Le principe de l'égalité[5] est réaffirmé à l'article 2285 C.civ., puisque les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, le prix de ces biens s'en distribue entre eux par contribution.

---

[1] Il a donc été très pertinemment relevé que l'article 2284 C.civ. faisait apparaître la distinction entre le droit de gage général et le droit de l'exécution dont l'assiette est potentiellement définie par le droit de gage général. " Le droit de gage général se conjugue au présent et au futur. Le droit de l'exécution seulement au présent ", Ph. THERY, Saisissabilité et limites, *Le 10ème anniversaire de la Loi du 9 juillet 1991*, Colloque du 9 juillet 2001, La Passerelle, 2002, p. 61 & suiv., spéc. p. 67.

[2] Sur ce point, voir par exemple, Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Droit civil, 3ème édition, 2007, n° 1140, p. 642.

[3] Voir sur ce point, l'inventaire des différents moyens d'actions du créancier, avant la réforme des procédures civiles par la loi du 9 juillet 1991 : S. CIMAMONTI, *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*, Thèse, Aix-Marseille III, 1990, p. 515 & suiv.

[4] Bien évidemment, lorsque la procédure civile d'exécution comprend une " dimension collective ", le premier saisissant n'est pas spécialement avantagé. Voir sur ce point, L. CAMENSULI-FEUILLARD, *La dimension collective des procédures civiles d'exécution – Contribution à la définition de la notion de procédure collective*, Thèse Nantes, 2006, Préf. Y. DESDEVISES, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Tome 73, Dalloz, 2008, n° 572 & suiv.

[5] Sur les doutes suscités par les dérogations de plus en nombreuses apportées à ce principe, voir M. CABRILLAC, Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers, *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 31 & suiv., spéc. p. 33.

687. Parfois défini comme une conséquence de l'égalité des citoyens devant la loi[1], ce principe est avant tout consubstantiellement lié à l'idée du droit de gage général, lequel constitue le lot commun de tous les créanciers chirographaires[2]. Si l'assiette de ce dernier ne s'enrichissait pas en principe des biens à venir au moment de la naissance de la créance, la loi de l'égalité ne pourrait pas exister, il suffirait de " classer " les créanciers selon la date de naissance de leur créance[3]. L'extension de la possibilité de saisir les biens du débiteur qui ne sont qu'*à venir* au jour de la naissance d'une créance n'est donc que l'expression de la loi de l'égalité[4].

Si l'article 2284 C.civ constitue le fondement du droit de gage général, l'étude de cette disposition est gravement incomplète sans référence aux lois dites de la course et de l'égalité entre les créanciers chirographaires. On peut en déduire que les atteintes à la loi de l'égalité sont autant de remises en cause directes des principes contenus à l'article 2284 C.civ.[5]

---

[1] Voir sur ce point, B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, Thèse, Paris II, 1998, n° 419, p. 368 & suiv. L'auteur estime ainsi que l'égalité entre les créanciers partage avec l'égalité devant la loi de n'être qu'un principe d'égalité " relatif " en ce sens qu'il ne concerne que les personnes placées dans des situations rigoureusement identiques. De ce point de vue, il est donc parfaitement logique que les créanciers placés dans des situations particulières, en raison par exemple de la qualité de leur créance, bénéficient de privilèges leur permettant d'échapper à un concours au marc le franc.

[2] Comp. B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, Thèse Paris II, 1998, n° 417, p. 368, spéc. note de bas de page n° 10. L'auteur estime que l'article 2284 C.civ. consacre la vocation de chacun des créanciers à saisir n'importe lequel des biens du débiteur tandis que seul l'article 2285 C.civ. établirait le principe de l'égalité entre les créanciers. Cela nous semble contestable dans la mesure où l'article 2284 C.civ., de par sa formulation, suppose qu'aucune distinction entre les créanciers ne peut résulter de la date de naissance de leurs créances. Une telle affirmation implique nécessairement un concours égalitaire entre les créanciers chirographaires quelle que soit la date de naissance de leur créance.

[3] Voir en ce sens, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, p. 1053, n° 1097, à propos des créanciers chirographaires: " Il peut être utile de préciser qu'aucune distinction n'est faite selon la date de la naissance des créances : l'antériorité ne confère aucune préférence entre les créances dépourvues de privilège ". Voir de même, envisageant ce mode de classement des créanciers au titre d'une alternative à la loi de l'égalité, M. CABRILLAC, Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers, *loc. cit.*, p. 35, n° 12 *in fine*.

[4] Les liens existant entre la loi de l'égalité et le droit de gage général ont pourtant été contestés, ainsi il a été démontré que ce dernier " confère à chacun d'eux une vocation commune à se faire payer sur tous les biens présents et à venir, vocation commune mais pas forcément égalitaire du fait de la reconnaissance des sûretés réelles et, plus particulièrement, des privilèges généraux. (...) le droit de gage général et l'idée d'égalité sont des notions distinctes qui ont des enfants communs ", M. CABRILLAC, Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers, *loc. cit.*, p. 38, n° 18. Il nous semble pourtant que la référence faite aux " biens à venir ", par l'article 2284 C.civ. impose inéluctablement un traitement égalitaire, par proportion, des créanciers chirographaires. Si les sûretés réelles et les privilèges généraux ruinent cette égalité, on ne manquera pas de souligner que ces mécanismes ont initialement pour objet et souvent pour effet de soustraire leurs bénéficiaires aux faiblesses du droit de gage général.

[5] Il nous semble donc contradictoire de prendre acte de l'interdiction d'une dérogation conventionnelle à la loi de l'égalité tout en affirmant que l'article 2284 C.civ. n'est pas d'ordre public. Le principe de l'égalité entre les créanciers et l'article 2284 C.civ. doivent faire l'objet d'un traitement unitaire. Comp. L. CAMENSULI-FEUILLARD, *La dimension collective des procédures civiles d'exécution – Contribution à la définition de la notion de procédure collective*, Thèse Nantes, 2006, Préf. Y. DESDEVISES, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Tome 73, Dalloz, 2008, n° 634 et 636.

688. Ainsi les causes légitimes de préférence dont dispose l'article 2285 C.civ. sont-elles des dérogations à la loi de l'égalité. Mais ces causes légitimes de préférence sont aussi des exceptions à l'article 2284 C.civ. sur lequel repose cette loi de l'égalité. Et effectivement, en vertu de l'article 2284 C.civ. qui permet la saisie de biens *à venir* au moment de la naissance d'une créance, on pouvait s'attendre à ce que *tous* les créanciers viennent en concours, en proportion du montant de leur créance, quelle que soit la date de naissance de leur créance.
Que fait une cause légitime de préférence ? Elle ruine cette prévision puisqu'elle favorise un créancier au détriment des autres. Une cause légitime de préférence contredit donc l'article 2284 C.civ. parce qu'elle établit une inégalité entre les créanciers alors que la formulation de cette disposition garantissait l'égalité entre les créanciers. Si on est maintenant certain qu'une atteinte à la loi de l'égalité est une exception à l'article 2284, peut-on affirmer qu'une exception à l'article 2284 C.civ. constitue une atteinte à la loi de l'égalité ?

689. L'intérêt de la question n'est pas inexistant. On sait en effet que l'insaisissabilité constitue une exception à l'article 2284 C.civ. Cette affirmation ne prête guère à discussion et une facile illustration peut en être trouvée à l'article L. 526-1 C.com. Etablissant le mécanisme de l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, cet article débute en ces termes : " Par dérogation aux articles 2284 et 2285 (...) ".
Etablir que l'insaisissabilité est une atteinte à la loi de l'égalité permettrait ainsi de traiter de façon identique du point de vue de leur source, les atteintes à la loi de l'égalité et les insaisissabilités.

690. Selon la loi de l'égalité, en principe, le créancier peut saisir les biens de son débiteur qui n'étaient qu'*à venir* au jour de la naissance de la créance. Lorsqu'un débiteur reçoit un bien insaisissable, ses créanciers ne peuvent pas le saisir, cela va de soit. Ils sont donc privés d'un bien qui était *à venir* au jour de la naissance de leur créance. Or l'extension de la possibilité de saisir aux biens *à venir* au jour de la naissance de la créance n'était que l'expression de la loi de l'égalité[1]. L'insaisissabilité d'un bien contredit donc la loi de l'égalité.
A propos de l'insaisissabilité, le Professeur Philippe THERY a d'ailleurs très judicieusement relevé que : " Quelle qu'en soit la raison d'être (protection du créancier, protection de l'intérêt

[1] Voir *supra* n° 649.

général), l'insaisissabilité est le symétrique inversé des privilèges. Il ne serait pas faux de dire de l'insaisissabilité qu'elle constitue le privilège du débiteur "[1].

On peut en conclure que si l'insaisissabilité est une atteinte à la loi de l'égalité, l'insaisissabilité conventionnelle est une atteinte conventionnelle à la loi de l'égalité. Si cette figure juridique est positive, cela signifie que les articles 2284 et 2285 C. civ. qui expriment le principe de l'égalité sont supplétifs puisqu'une convention y déroge. Mais il ne s'agit là -heureusement- que de vaines suppositions.

(ii) L'impossible dérogation conventionnelle à la loi de l'égalité

691. A maintes reprises, la Cour de cassation a affirmé l'impossibilité de déroger conventionnellement à la loi de l'égalité. Bien souvent, il s'est agi pour la Haute Juridiction de se prononcer sur la validité de dires du cahier des charges, qui, lors d'une saisie immobilière, prétendaient mettre à la charge de l'adjudicataire des frais divers non honorés par le précédent propriétaire[2].

Que ces frais soient des cotisations dues au syndicat de copropriété[3], ou des frais consécutifs à des travaux[4] n'importe guère ici. En effet, la Cour de cassation affirme systématiquement que la clause litigieuse " avantageait spécialement un créancier au détriment des autres ", ce dont il résultait que la décision des juges du fond l'ayant validée violait les articles 2285 et 2323, naguère respectivement 2093 et 2094 du Code civil. Il n'est donc pas possible que le cahier des charges établi lors d'une saisie immobilière déroge à la loi de l'égalité entre les créanciers chirographaires.

692. On peut alors aisément affirmer que, du seul point de vue de l'atteinte à la loi de l'égalité, il n'y a pas lieu d'admettre qu'une simple convention entre particuliers, moins bien contrôlée que ne l'est le cahier des charges[5], puisse faire plus que ce dernier. Autrement dit,

---

[1] Ph. THERY, Saisissabilité et limites, *Le 10ème anniversaire de la Loi du 9 juillet 1991*, Colloque du 9 juillet 2001, La Passerelle, 2002, p. 61 & suiv., spéc. p. 64.

[2] Sur cette question, voir L. CAMENSULI-FEUILLARD, *La dimension collective des procédures civiles d'exécution – Contribution à la définition de la notion de procédure collective*, Thèse Nantes, 2006, Préf. Y. DESDEVISES, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Tome 73, Dalloz, 2008, n° 632 & suiv.

[3] Cass. Civ. 3ème, 17 juin 1992, *Bull. civ.*, III, n° 209.

[4] Cass. Civ. 2ème, 13 mars 1996, *Bull. civ.*, II, n° 61.

[5] Voir en ce sens, L. CAMENSULI-FEUILLARD, *La dimension collective des procédures civiles d'exécution – Contribution à la définition de la notion de procédure collective*, Thèse Nantes, 2006, Préf. Y. DESDEVISES, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Tome 73, Dalloz, 2008, n° 635 : " (…) le cahier des charges n'est effectivement pas une convention comme une autre ". L'auteur en déduit d'ailleurs que la jurisprudence sanctionnant les clauses du cahier des charges qui avantagent certains créanciers mériterait d'être fondée sur le caractère d'ordre public des dispositions régissant la saisie immobilière.

cette convention entre particuliers ne pourrait suffire à constituer une atteinte à la loi de l'égalité.

L'insaisissabilité contrecarre l'égalité entre les créanciers puisque certains biens demeurent hors de l'assiette de leur droit de gage général. Cette atteinte à la loi de l'égalité est même définitive puisque les créanciers sont privés " une fois pour toutes " de la possibilité de disposer des biens insaisissables[1]. L'insaisissabilité conventionnelle serait alors une atteinte conventionnelle au principe d'égalité entre les créanciers. Cela ne se peut. L'insaisissabilité conventionnelle ne peut exister.

693. Quant à l'article 2285 C.civ., les décisions précitées tirent toutes conséquences utiles de sa nature impérative. Mais nous avions relevé précédemment que l'article 2285 du Code civil ne faisait que reprendre un principe déjà établi par l'article 2284 du même Code[2]. Il faut donc admettre une fois de plus la nature impérative de l'article 2284 C. civ. L'insaisissabilité conventionnelle ne peut décidément pas exister.

694. Bien plus, l'insaisissabilité ne peut elle-même résulter de n'importe quelle norme[3]. Au contraire, il a même été décidé que son établissement échappait à la compétence du pouvoir réglementaire. La saga de l'ex-article 173 du Décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 l'illustre parfaitement.

---

[1] Sur cette analyse de l'insaisissabilité, voir *supra* n° 617 & suiv. On comprend ici que l'atteinte à la loi de l'égalité est bien plus forte en présence d'une insaisissabilité qu'en présence d'une simple convention de subordination de créances. Dans ces conventions, le créancier qui accepte d'être payé après le ou les autres créanciers ne renonce nullement à son droit de gage général ni d'ailleurs ne consent la moindre remise de dette. Le créancier conserve son droit de gage général, à la différence de ce qui se produit en présence d'une insaisissabilité. C'est sans doute pour cette raison que les conventions de subordination de créances, à la différence des insaisissabilités, sont censées être valables même sans texte. Par ailleurs, on relèvera que l'article 2284 C.civ. ne semble pas constituer un obstacle suffisant à l'encontre de ces conventions dans la mesure où elles n'établissent véritablement " aucune préférence ", sur ces deux derniers points, voir Z. SEKFALI, *Droit des financements structurés*, Préf. J.-M. MATTOUT, Revue Banque Edition, 2004, n° 188 & suiv., spéc. n° 190, p. 148. S'agissant de la distinction entre une " préférence " et la situation résultant des conventions de subordination de créances, voir enfin B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, Thèse, Paris II, 1998, n° 430, p. 379 & suiv., spéc. p. 381. Après avoir exclu les mécanismes légaux, tel celui des prêts participatifs, du débat car ils révèlent simplement la mainmise du législateur sur l'ordre des distributions, l'auteur précise que les conventions de subordination de créances établissent une discrimination au détriment du créancier qui y est partie. Il n'est donc pas avantagé tandis que les autres créanciers qui profitent du mécanisme bénéficient, en définitive, de la mise en œuvre ordinaire des procédures de distribution. On retiendra donc qu'ils sont dans la situation qui aurait été la leur si le créancier qui a subordonné sa créance avait omis de participer aux distributions. Bien plus, si ce créancier avait opéré une remise de dette à son débiteur, cela aurait avantagé les autres créanciers mais on ne sache pas que dans ce cas il soit possible d'invoquer une atteinte à la loi de l'égalité.

[2] Voir *supra* n° 687.

[3] Voir sur ce point, R. PERROT, Ph. THERY, *Les voies d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 205, p. 213, commentant l'article 14-1° de la Loi du 9 juillet 1991 qui disposent que sont insaisissables les biens que la loi déclare insaisissable, ces auteurs précisent que " toute insaisissabilité prend sa source dans la loi (...) le pouvoir réglementaire, ou éventuellement la volonté des parties, ne peuvent rendre un bien insaisissable que sur le fondement d'une disposition légale ".

Cette disposition réglementaire prévoyait qu'aucune opposition ou procédure d'exécution n'était recevable sur les sommes versées à la Caisse des dépôts et consignations. Cela signifiait que les créanciers de la procédure collective du débiteur, qui en principe conservaient leur droit de poursuite, ne pouvaient se saisir des sommes détenues par la Caisse. Par ailleurs, le liquidateur était tenu de déposer ces sommes à la Caisse des dépôts dès leur perception. L'article 173 du Décret privait donc les créanciers dits de la procédure d'un élément essentiel de l'actif de leur débiteur.

La difficulté fut soulevée dès 1994[1] lorsque le Décret de 1985 vit son article 173, auparavant limité à la question de la recevabilité des oppositions[2] sur les sommes déposées à la Caisse des dépôts, étendu à toute procédure d'exécution " de quelque nature qu'elle soit "[3]. Les sommes détenues par la Caisse étaient insusceptibles d'être l'objet d'une mesure d'exécution forcée bien qu'elles restassent dans le patrimoine du débiteur. L'impossibilité d'une quelconque mesure d'exécution les soustrayait aux droits de poursuite des créanciers : il s'agissait bien d'une insaisissabilité... réglementaire.

Là résidait le nœud gordien que le Conseil d'Etat devait trancher dans le sens que l'on sait le 9 février 2000[4] puisque l'article 14 de la Loi du 9 juillet 1991 dispose que " Ne peuvent être saisis les biens que la loi déclare insaisissables ".

695. La solution rendue par la Haute Juridiction administrative fut nette : " cette disposition (...) entraîne l'insaisissabilité des sommes versées à la Caisse (...), en instituant un régime d'insaisissabilité des sommes reçues par le liquidateur dans l'exercice de ses fonctions au nom de l'entreprise et déposées à la Caisse (...), l'autorité réglementaire est intervenue dans une matière réservée au législateur ; (...), par suite, des dispositions sont entachées d'illégalité (...) "[5].

Le Conseil d'Etat fonde expressément la compétence du législateur sur l'article 34 de la Constitution qui dispose que la loi détermine les principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales. La question de la

---

[1] F. DERRIDA, note sous Cass. Com., 8 février 1994, *D.*, 1994, J., p. 609 & suiv., spéc. n° 4.

[2] En réalité la Cour de cassation avait auparavant admis que l'article 173 dans sa rédaction de 1985 prohibait toute saisie-attribution ou avis à tiers détenteur sur les créances détenues par la Caisse. Cass. Com., 22 avril 1997, *D.*, 1997, J., p. 371 & suiv., note F. DERRIDA.

[3] Décret n° 94-910 du 21 octobre 1994.

[4] C.E., 9 février 2000, *D.*, 2000, A.J., p.136 & suiv., obs. A. LIENHARD.

[5] Nécessaire au bon déroulé des procédures collectives, la disposition illégale prévue à l'article 173 du Décret fut, avec une célérité dont le législateur s'honore rarement reprise à l'article L. 627-1 C.com lors de la recodification dite à droit constant du Code de commerce par l'ordonnance du 18 septembre 2000. Depuis la réforme des procédures collectives intervenue grâce à la Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, la disposition figure à l'article L. 662-1 C.com.

saisissabilité des droits patrimoniaux relèvent donc des principes fondamentaux qu'il appartient au seul législateur de fixer[1]. Il serait pour le moins surprenant que de tels principes fondamentaux soient abandonnés à l'arbitraire des volontés individuelles.

Au nombre de ces principes fondamentaux figure évidemment le principe de la saisissabilité des droits patrimoniaux du débiteur. Etabli par l'article 2284 C.civ., ce principe ne connait que des dérogations légales ainsi que l'article 14 de la Loi du 9 juillet 1991 le rappelle[2]. Pas plus que le pouvoir réglementaire, les volontés individuelles ne peuvent s'arroger le pouvoir d'établir des insaisissabilités de façon autonome sans qu'il s'agisse d'une délégation opérée par la loi elle-même[3].

696. On peut en conclure que l'article 2284 C. civ. échappe à l'empire des volontés individuelles : aucune convention ne saurait déroger de sa seule force à cette disposition impérative[4]. Il n'est donc pas surprenant que l'insaisissabilité telle que nous la définissons n'ait absolument rien à voir avec les effets traditionnels d'une convention, union de volontés individuelles.

---

[1] Sur l'article 34 de la Constitution, voir *supra* n° 167 & suiv.

[2] On relèvera en outre ici pour mémoire que le caractère forcément légal d'une insaisissabilité a été implicitement réaffirmé à l'occasion de la réforme de la saisie immobilière opérée par la voie de l'ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006. L'article 2193 C.civ. qui rappelle la possibilité de saisir les biens immobiliers d'un débiteur débute ainsi en ces termes " Sauf dispositions *législatives* (nous soulignons) particulières, la saisie immobilière peut porter sur tous les droits réels afférents aux immeubles (...)."

[3] Comp. Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Thèse Paris II, Préf. M. GRIMALDI, Editions Panthéon-Assas, 2005, n° 795 & suiv., p. 607 & suiv., spéc., p. 609, étudiant le " cautionnement réel ", l'auteur en propose une analyse renouvelée, il s'agirait d'un cautionnement dans lequel le constituant et le créancier se sont accordés pour limiter le droit de gage général du premier à un bien particulier, objet par ailleurs d'un droit de préférence. S'interrogeant sur la possibilité de limiter conventionnellement le droit de gage général, l'auteur affirme que " les articles 2092 et 2093 ne sont (...) d'ordre public qu'en tant qu'ils s'opposent à la création conventionnelle de patrimoine d'affectation par des débiteurs limitant, sans le consentement de leurs créanciers, leur responsabilité à certains biens ; par la stipulation envisagée, le créancier consent avec son débiteur en parfaite connaissance de cause à limiter son droit de gage général. Il n'y a là aucune création d'un patrimoine d'affectation contraire à l'ordre public ni remise en cause de l'unité du patrimoine à l'égard de ses créanciers ". Il semblerait pourtant que le caractère d'ordre public de ces dispositions soit un obstacle et à la limitation unilatérale par le débiteur de l'étendue du droit de gage général de son créancier et à la limitation conventionnelle de ce droit de gage général, par accord du créancier et de son débiteur. Le caractère impératif de la disposition prohibe toute remise en cause volontaire de ses prescriptions, qu'elle soit unilatérale ou conventionnelle.

[4] Voir en ce sens, A. WEIL, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 1971, n° 821, l'auteur relève que " le droit de gage général a un caractère d'ordre public. Ce caractère d'ordre public ressort du libellé même de l'article 2092 C.civ. (...) ". Comp. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, rééd., Editions La mémoire du droit, 2001, p. 396, FR. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 288 & suiv. L'auteur estime que la disposition ne fait obstacle qu'à une limitation unilatérale, de la part du débiteur, de l'assiette du droit de gage général.

2) L'insaisissabilité d'un bien n'est pas un effet des volontés individuelles

697. Traditionnellement les volontés individuelles s'expriment en créant ou en transférant des droits patrimoniaux, des biens. Ces droits patrimoniaux sont en principe soit des droits réels, soit des droits personnels. Mais l'insaisissabilité ne résulte pas plus d'un droit personnel (a) que d'un droit réel (b).

a) L'insaisissabilité ne résulte pas d'un droit personnel

698. Rappelons pour débuter que l'insaisissabilité correspond à l'impossibilité pour les créanciers de celui qui en profite de saisir le bien concerné. La recherche d'un droit personnel pour justifier les droits restreints des créanciers est ardue.

Dans la mesure où ce sont les créanciers du débiteur qui souffrent l'insaisissabilité, il serait logique d'imaginer que l'établissement de l'insaisissabilité les constitue tous débiteurs d'une obligation de ne pas saisir le bien en question. Notre débiteur, de son coté serait le créancier de ces créances aussi multiples qu'il y a de créanciers existant lors de l'établissement de l'insaisissabilité[1]. Cette analyse doit rester au stade de la vaine spéculation car elle suscite d'insurmontables difficultés.

699. Premièrement, il serait pour le moins étrange que le simple établissement de l'insaisissabilité, qui peut être unilatéral[2], constitue soudainement tous les créanciers débiteurs d'une obligation de ne pas saisir. A la réflexion pourtant, de multiples obligations légales pourraient être parées de cette vertu.

---

[1] Comp. Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, Thèse, Paris II, 2007, n° 29. Admettant l'existence d'une véritable insaisissabilité conventionnelle notamment dans l'hypothèse qui était celle de l'arrêt du 15 février 1972, l'auteur exclut qu'il s'agisse d'un simple engagement de ne pas saisir lequel profiterait alors aux autres créanciers. En effet, s'agissant d'une obligation d'un créancier envers d'autres, il serait nécessaire de voir dans ces derniers les bénéficiaires d'une véritable stipulation pour autrui alors que l'insaisissabilité conventionnelle ne supporterait évidemment pas une telle qualification. Il faudrait donc en déduire que l'insaisissabilité conventionnelle ne s'analyse point en une simple obligation de ne pas saisir. Le raisonnement semble imparable et nous ne pouvons que suivre l'auteur lorsqu'il rejette le mécanisme de la stipulation pour autrui. On se gardera pourtant d'y voir un argument à l'encontre de l'analyse obligationnelle des engagements litigieux. En effet, il nous semble que l'engagement litigieux, s'il profite indéniablement à d'autres créanciers que celui qui s'engage à ne point saisir certains biens du débiteur, intéresse néanmoins en premier chef le débiteur. En effet, dans l'arrêt du 15 février 1972, c'est ce débiteur qui fournit une contrepartie. Par ailleurs, l'engagement de ne pas saisir n'est jamais requis par un autre créancier, il figure un accord entre le débiteur et son créancier, le plus souvent demandé par le premier afin d'éviter que l'ensemble de ses biens demeure soumis au droit de poursuite du créancier. Par conséquent il nous semble que seul ce débiteur est le créancier de l'obligation de ne pas saisir souscrite. Les autres créanciers certes en profitent mais n'étant point les destinataires de l'engagement litigieux, les effets de ce dernier à leur égard relèvent de la simple opposabilité de cet engagement, en vertu de l'article 1165 C.civ. L'inadaptation de la stipulation pour autrui ne peut donc constituer un argument à l'encontre de l'analyse de l'insaisissabilité dite conventionnelle que nous proposons : elle peut n'être qu'un simple engagement de ne pas saisir, souscrit par un créancier au profit de son débiteur.

[2] Voir *supra* n° 645.

Ce qui est ennuyeux, c'est qu'à la date de l'insaisissabilité, tous les créanciers du débiteur ne sont pas forcément connus. Bien souvent eux-mêmes s'ignorent comme tels, songeons aux cas des obligations nées de délits ou de quasi-délits. Ils n'en deviendraient pas moins immédiatement débiteurs d'une obligation de ne pas saisir. Cela est surprenant ! Si le Code civil connaît des hypothèses dans lesquelles des obligations légales se créent, ainsi de l'article 1135 du Code civil qui permet de compléter le contenu du contrat[1], il faut admettre que ces obligations légales ne lient que des personnes déterminées préalablement. Ces personnes n'ignorent point qu'elles sont déjà liées par une convention, elles ne s'ignorent point mutuellement. Or, l'analyse " obligationnelle " de l'insaisissabilité aboutit à une solution rigoureusement contraire !

700. Mais il y a plus, en principe, l'insaisissabilité, tant qu'elle est en vigueur, nuit à tous les créanciers du débiteur qui en bénéficie. Il se peut donc qu'elle " oblige " un créancier dont la créance est née postérieurement à l'établissement de l'insaisissabilité. Par quelle magie pourrait-on justifier la naissance d'obligations successives de ne pas saisir un bien déterminé du débiteur au fur et à mesure de la naissance successive de créances distinctes contre ce dernier[2] ? Cela ne semble pas sérieux[3].

Les conditions de la constitution de l'insaisissabilité ne peuvent s'expliquer correctement si l'on opte pour l'analyse " obligationnelle " du mécanisme. Ce constat n'est pas démenti par la comparaison du régime juridique de l'insaisissabilité et de l'obligation.

---

[1] Sur lesquelles, voir Fr. CHENEDE, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, Thèse, Paris II, préf. A. GHOZI, Economica, 2008, n° 463 & suiv.

[2] L'insaisissabilité limitant les droits des créanciers, c'est tout naturellement que l'on vérifie que ceux-ci ne peuvent être de simples débiteurs. On remarquera ici que cette analyse " obligationnelle " de l'insaisissabilité, quoique très contestable, a au moins le mérite de montrer en quoi l'insaisissabilité se distingue d'une convention de subordination de créance. D'une part, dans une convention de subordination de créance que celle-ci soit spéciale ou générale, le créancier s'est engagé à n'être payé qu'après désintéressement complet des créanciers bénéficiaires. De ce point de vue, les créanciers bénéficiaires sont donc créanciers de celui qui a subordonné sa créance. D'autre part, le mécanisme de la subordination de créance n'intéresse pas directement le débiteur de la créance, il devra forcément payer ses dettes à l'aide de son actif disponible alors que dans l'analyse obligationnelle de l'insaisissabilité, le débiteur était censé être le créancier d'une obligation de ne pas saisir.

[3] L'idée d'une obligation souscrite par tous les créanciers du débiteur bénéficiant de l'insaisissabilité rappelle curieusement celle de l'obligation passive universelle souscrite par toutes les personnes du monde entier, engagées à respecter les prérogatives du propriétaire. Cette fiction si elle a pu faire avancer la réflexion juridique à une certaine époque est aujourd'hui désuète. On se souviendra d'ailleurs que l'obligation passive universelle a disparu lorsque l'on a découvert le concept d'opposabilité. Il serait alors parfaitement possible d'objecter à un hypothétique défenseur de la qualification personnelle de l'insaisissabilité que là où il croit voir une obligation personnelle, il n'y a en réalité qu'une insaisissabilité, simplement opposable aux créanciers parce qu'ils sont privés de la possibilité de disposer du bien insaisissable.

701. A la différence de l'inaliénabilité[1], l'insaisissabilité peut être constituée sans que son caractère temporaire ne soit requis. Si l'on s'attache par exemple à la déclaration notariée d'insaisissabilité par laquelle un entrepreneur individuel peut souhaiter protéger son domicile familial[2], il n'est pas nécessaire que la protection instaurée soit limitée dans le temps. Elle ne prend fin que par la renonciation de l'entrepreneur ou à défaut par son décès[3]. L'obligation de ne pas saisir le bien dont souffrirait le créancier n'est donc pas limitée dans le temps. Sauf à lui reconnaître un caractère viager, ce qui n'est jamais expressément le cas, cette obligation n'aurait donc pas de limite temporelle prédéterminée. Or, il se trouve que le Code civil réprouve les engagements perpétuels[4]. Cette réprobation s'exprime par la possibilité offerte au débiteur de résilier unilatéralement les engagements conclus sans limitation de durée.

Si l'insaisissabilité constitue une obligation à la charge du créancier, il faut donc admettre que le créancier reste irrémédiablement en mesure de résilier cet engagement sans limitation de durée au nom du principe de la prohibition des engagements perpétuels. Pourtant, l'article L. 526-3 al. 4 C.com. dispose que seul le déclarant peut renoncer à l'insaisissabilité. Ses créanciers ne le peuvent. On ne saurait s'en affliger. L'insaisissabilité a pour intérêt de limiter les droits des créanciers. Quelle en serait l'utilité si elle était subordonnée à leur bon vouloir ? Là encore, il faut conclure par l'absence totale de correspondance entre le mécanisme de l'insaisissabilité et celui de l'obligation.

702. L'insaisissabilité mécanisme original mérite une qualification originale. Elle est une restriction au droit de disposer, cette qualification originale explique qu'une analyse du mécanisme en recourant aux obligations, effets naturels d'une convention, soit vouée à l'échec. Comme l'on s'en doute déjà, la difficulté ne pourra être surmontée en recourant à cet autre effet traditionnel des conventions que constitue le droit réel...

b) L'insaisissabilité ne résulte pas d'un droit réel

703. Là encore, il nous faut bien circonscrire l'hypothèse. L'insaisissabilité interdit aux créanciers de disposer d'un bien du débiteur en son nom[5]. Au delà de cette proposition, il s'agit de justifier les raisons pour lesquelles les créanciers sont privés du droit de saisir

---

[1] Voir *supra* n° 41 & suiv.
[2] Articles L. 526-1 & suiv. C.com.
[3] L. GROSCLAUDE, Voyage au centre le terre - A propos de l'insaisissabilité des droits sur la résidence principale, *Dr. fam.*, 2004, n°1, Chr. n° 1, p. 4 & suiv., spéc. p. 6.
[4] Ce principe repose traditionnellement sur l'article 1780 al. 1 du Code civil : " On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée ". Sur ce principe, voir *supra* n° 41 & suiv.
[5] Voir *supra* n° 587 & suiv.

certains biens, insaisissables, de leur débiteur. Un droit réel est en principe un droit patrimonial qui s'exerce sur une chose[1]. Si l'on souhaite écarter l'opinion selon laquelle l'insaisissabilité est un droit réel, il faut démontrer qu'un droit réel interdisant la saisie d'une chose est inconcevable.

704. A titre liminaire, on peut relever la confusion qu'entraînerait ici le recours au droit réel. On serait alors invariablement conduit à rechercher un droit réel qui, exercé sur une *chose* la rend insaisissable alors que l'insaisissabilité telle que nous la définissons prohibe simplement la saisie d'un *bien*, donc d'un droit[2].

Les biens sont totalement distincts des choses. Les choses sont des éléments du monde réel ainsi d'une automobile, d'une maison ou de l'activité d'un débiteur[3]. Il suffit pour les observer d'ouvrir sur le monde réel les yeux d'un individu certes attentif mais quelconque. Les biens sont des droits patrimoniaux. Ils relèvent d'un niveau d'abstraction différent puisqu'ils ne s'observent que lorsque l'on accepte de regarder le monde réel avec les lunettes du juriste[4]. Prétendre que l'insaisissabilité est un droit réel présente le vice majeur selon nous de reposer encore une fois la redoutable question de l'existence de droits réels s'exerçant sur d'autres droits, tels les droits de créance. Il faudra bien en effet que celui qui prétend que l'insaisissabilité résulte d'un droit réel justifie que ce droit réel s'exerce sur une créance qui peut indubitablement être insaisissable ! Rejeter la qualification réelle de l'insaisissabilité présente donc au moins le mérite pratique d'évacuer une redoutable question théorique.

705. Au-delà, l'explication de l'insaisissabilité par un droit réel présente plusieurs vices majeurs qui doivent être dénoncés. Comme lors de l'étude des restrictions complètes au droit de disposer[5], il faut relever qu'aucune définition du droit réel ne le parerait de la moindre vertu explicative du mécanisme de l'insaisissabilité, restriction partielle au droit de disposer.

Si le droit réel consiste dans la réunion d'un droit de suite et d'un droit de préférence[6], il n'est point difficile de relever que ni l'un, ni l'autre ne sont présents lorsqu'un bien est insaisissable. D'une part l'insaisissabilité n'a rien d'un véritable droit de préférence puisque

---

[1] Voir *supra* n° 78 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 115 & suiv.
[3] Voir sur ce point les développements parfaitement clairs de L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Thèse Paris II, Préf. H. SYNVET, Economica, 2007, n° 51, p. 73 & suiv.
[4] Voir en ce sens, la lumineuse formule de L. D'AVOUT, *op. cit.*, n° 52, p. 76, " *Réalité tangible prise en compte par le droit, la chose est juridiquement relevante, mais n'est pas pour autant juridiquement existante* (en italique dans le texte) ".
[5] Voir *supra* n° 102 & suiv.
[6] Pour le rappel de cette analyse, voir *supra* n° 73 & suiv.

qu'elle nuit aux créanciers alors qu'en principe le droit de préférence leur profite. Il a d'ailleurs été relevé avec justesse que l'insaisissabilité était le symétrique inversé d'un privilège en ce qu'elle profite avant tout au débiteur[1].

En outre l'insaisissabilité n'a absolument rien à voir avec le droit de suite qui permet d'opposer le droit réel au propriétaire en quelques mains que ce trouve la chose. L'insaisissabilité n'interdit nullement la cession volontaire du bien concerné qui marque la fin de l'insaisissabilité[2]. Si l'insaisissabilité disparaît lorsque le bien en cause quitte le patrimoine du débiteur, la question du droit de suite ne nécessite même pas d'être posée. Jamais le moindre concours entre le prétendu droit réel d'insaisissabilité et les droits de l'acquéreur du bien insaisissable ne pourra se produire.

706. Si l'on songe à définir le droit réel en un pouvoir direct et immédiat sur une chose[3], les difficultés ne sont pas moindres. Qui profite de l'insaisissabilité ? Le débiteur ! Il est donc naturel d'admettre qu'il serait le titulaire du pouvoir direct et immédiat sur une chose que confère le droit réel. Mais dans ce cas on s'aperçoit que son pouvoir s'exerce sur une chose qui est sienne. Pour que cette définition du droit réel soit efficiente, il faudrait que le débiteur exerce un pouvoir direct et immédiat sur une chose appartenant à ses créanciers. Or en matière d'insaisissabilité, rien n'appartient aux créanciers qui ne soit déjà au débiteur. Cette définition du droit réel ne convient donc pas plus que la précédente !

707. Nul salut non plus du coté de la définition renouvelée du droit réel[4]. Selon cette conception, le droit réel participerait de la nature d'un droit de créance contre une personne, cette dernière étant forcément le propriétaire de la chose grevée. De ce point de vue, il semble évident que le créancier du droit réel serait le débiteur qui profite de l'insaisissabilité, le débiteur de ce droit réel serait donc le créancier qui la souffre. A première vue cette analyse semble satisfaisante. Il faut pourtant l'écarter.

---

[1] Ph. THERY, Saisissabilité et limites, *Le 10ème anniversaire de la Loi du 9 juillet 1991*, Colloque du 9 juillet 2001, La Passerelle, 2002, p. 61 & suiv., spéc. p. 64.

[2] Cela est si vrai que le législateur instaurant le mécanisme de l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel a tenté de remédier à la disparition de l'insaisissabilité lors de la vente de la résidence en organisant un mécanisme de remploi des sommes issues de cette vente. Voir en ce sens, l'article L. 526-3 al. 3 C.com. Ce mécanisme de remploi demeure particulièrement mystérieux, soulevant de nombreuses questions pratiques. Voir sur ce point, L. GROSCLAUDE, Voyage au centre de la Terre- à propos de l'insaisissabilité des droits sur la résidence principale, *Dr. Fam.*, 2004, Chr., n°1, p. 4 & suiv., spéc. p.7.

[3] Voir *supra* n° 78 & suiv.

[4] Voir *supra* n° 81 & suiv.

Si l'on accepte le renouvellement de la définition du droit réel, il faut admettre que le débiteur de ce droit réel est forcément le propriétaire de la chose grevée[1]. Or dans notre cas, le débiteur du droit réel d'insaisissabilité n'est sûrement pas le propriétaire de la chose grevée. Le débiteur de ce prétendu droit réel est le créancier qui souffre l'insaisissabilité tandis que le propriétaire de la chose " insaisissable " est le débiteur de ce créancier. Cette définition renouvelée du droit réel, comme celles qui ont déjà été envisagées, est inapplicable au mécanisme de l'insaisissabilité. Il faut la rejeter.

708. Au-delà du rejet de chacune des définitions du droit réel pour comprendre le mécanisme de l'insaisissabilité, il faut bien comprendre qu'il s'agit ici d'une manifestation de plus du caractère très spécifique de l'insaisissabilité.
Restriction au droit de disposer, elle ne trouve pas sa source dans une convention. On ne saurait donc s'affliger de ce que les effets traditionnels des conventions que sont le droit réel et le droit personnel demeurent inutiles à sa compréhension.

709. L'insaisissabilité, restriction au droit de disposer ne tire sa force que de la loi, et ses effets ne sont pas ceux d'une convention. L'expression d'insaisissabilité conventionnelle ne doit donc plus être employée comme justifiant de la possibilité de créer une insaisissabilité sur le seul fondement de la volonté[2]. Cette expression avait pourtant été forgée dans le but de rendre compte de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 15 février 1972[3]. Il faut déduire de ce qui précède que cet arrêt ne saurait s'analyser comme la consécration d'une restriction au droit de disposer conventionnelle. Il ne s'agit pas d'une insaisissabilité conventionnelle puisque cette dernière n'existe pas. En revanche, nous ne savons toujours pas quelle est la juste qualification du mécanisme initié par les parties, mécanisme dont la Cour de cassation a eu à connaître dans cette décision.
S'il est évident que ce mécanisme repose sur un accord de volontés, une convention, entre le créancier et la caution par lequel le premier renonce à saisir certains biens de la caution, la nature exacte de cet engagement reste mystérieuse. Elle est pourtant commandée par l'origine conventionnelle du mécanisme.

---

[1] Voir ce sens, les développements de l'inventeur de cette définition renouvelée du droit réel : GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, L.G.D.J., Paris, 1960, p. 183 *in fine*. Ce mode de détermination du débiteur est le critère essentiel du droit réel. Voir de même sur cette question, *supra* n° 82 & 83.
[2] Voir *supra* n° 666.
[3] Cass. Civ. 1ère, 15 février 1972, *Bull. civ.*, I, n° 50, *Rev. Crit. Dr. International Privé*, 1973, p. 77 & suiv., note. H. BATIFFOL.

§2: La convention, fondement adéquat d'un simple engagement de ne pas saisir dans l'arrêt du 15 février 1972

710. Dans cette décision, ainsi que nous l'avons déjà vu[1], les juges du fond avaient à connaître d'un acte juridique par lequel le créancier d'une caution, prétendument par dérogation aux articles 2284 et 2285 C.civ., ne pouvait " rechercher la caution que sur ses biens sis en Algérie et obligeait ladite caution à ne pas disposer de tout ou partie de son patrimoine algérien sans l'accord du créancier ".

S'il ne peut s'agir d'une insaisissabilité conventionnelle, les termes employés par la Cour de cassation et les juges du fond permettent de restituer sa véritable qualification à l'acte litigieux, celui-ci n'établit en rien une renonciation du créancier à son droit de poursuite[2].

711. Premièrement, il faut relever que la clause dont on discutait l'interprétation était contenue dans un acte de cautionnement qui constitue un contrat, variété de convention. A première vue, la clause litigieuse se présente donc comme une convention particulière incluse dans une convention de cautionnement. La Cour de cassation précise par la suite que cet écrit était soumis à l'interprétation souveraine des juges du fond[3].

Or, on sait que la question de l'interprétation des conventions, sauf la dénaturation[4], est soustraite au contrôle de la Cour de cassation. C'est une matière où s'exerce l'appréciation souveraine des juges du fond[5]. Il semblerait donc que la clause litigieuse soit une convention particulière.

712. L'étude de ses effets conforte cette opinion. Reprenant la décision des juges du fond, la Cour de cassation rappelle que par cette clause " les cautions s'étaient engagées à ne pas

---

[1] Voir *supra* n° 677 & suiv.

[2] Comp. Cass. Req., 21 février 1884, *S.*, 1883, 1, p. 362 & suiv., obs. J.-E. LABBE. Dans cette ancienne décision, la Cour de cassation a admis qu'il soit ponctuellement dérogé à l'ancien article 1863 C.civ., aujourd'hui repris en substance à l'article 1857 C.civ. Cette décision admet que le créancier d'une société renonce au bénéfice de cette disposition. L'auteur de la note estime en outre qu'une telle renonciation pourrait aussi avoir lieu au stade de la constitution des statuts de la société. Sur le fond, on remarquera que cette décision, quelle que soit sa portée, ne concerne que l'ancien article 1863 C.civ. Une telle disposition par elle-même étend le droit de gage des créanciers sociaux à l'actif patrimonial des associés. Il est donc sans doute acceptable que les créanciers renoncent à la faveur qui leur est offerte par la loi. On se gardera bien toutefois d'étendre cette possibilité au-delà de ce cas précis tant il apparaît nettement que l'*extension* artificielle du droit de poursuite des créanciers ressortit d'une logique différente de celle du *maintien* de leur droit de poursuite naturel.

[3] Cass. Civ. 1ère, 15 février 1972, *Bull. civ.*, I, n° 50, " La Cour d'appel (...) déclare par une interprétation souveraine de cet écrit (...). "

[4] Cass. Civ., 15 avril 1872, *in* Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 11ème édition, 2000, n°160, p. 111 & suiv.

[5] Cass. Sect. Réunies, 2 février 1808, Lubert, *in*, Fr. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 11ème édition, 2000, n° 159, p. 108 & suiv.

disposer de tout ou partie de leur patrimoine algérien sans l'accord de la banque ". Par la suite la Cour de cassation considère expressément que les cautions étaient tenues d'un engagement qu'elles n'ont pas respecté[1]. L'abstract de l'arrêt rapporté au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation[2] précise d'ailleurs que " l'acte de cautionnement (...) obligeait ladite caution à ne pas disposer de tout ou partie de son patrimoine[3] algérien". Il semble donc qu'une simple obligation de ne pas disposer liait ici la caution[4].

713. Parallèlement, la Cour de cassation permet la qualification de la situation du créancier auquel la clause ne " permettait de rechercher la caution que sur ses biens sis en Algérie ". La Cour de cassation considère qu'ils s'agissaient " deux engagements corrélatifs " dont les juges du fond étaient fondés à retenir qu'ils " se servaient mutuellement de cause ". Cette assertion répond en tout point à celle des auteurs du pourvoi, cautions, qui prétendaient conserver le bénéfice de la clause litigieuse en défendant l'idée que les juges du fond l'avaient écarté à tort, appliquant faussement la notion de cause dans un contrat de cautionnement pourtant unilatéral.
Sans faire preuve de témérité dans l'analyse de cette décision, on peut donc affirmer que la Cour de cassation a retenu qu'à coté des obligations nées naturellement du contrat de cautionnement subsistaient en vertu de la clause litigieuse deux obligations se servant de cause. La première obligeait la caution à informer le créancier avant toute aliénation de certains biens. Par la seconde, le créancier s'obligeait à ne saisir que ces biens dans le cas où il appellerait l'engagement de caution.

714. Un simple engagement du créancier limite donc l'exercice de son droit de poursuite à certains biens du débiteur désignés dans l'acte initiant cette obligation. Cette obligation qui ne concerne que l'exercice du droit de poursuite se distingue en tout point d'une insaisissabilité par laquelle le créancier est complètement privé de son droit de poursuite sur le bien insaisissable[5]. Cette obligation du créancier peut sans difficulté être analysée comme

---

[1] Cass. Civ. 1ère, 15 février 1972, *Bull. civ.*, I, n° 50, " La Cour d'appel, a, (...), apprécié souverainement la mesure de la violation par les consorts Atard (les cautions) de leur *engagement* (nous soulignons) ".
[2] *Bulletin*, I, 1972, n° 50, p. 44.
[3] L'expression de " patrimoine algérien " figure ici une simple commodité de langage dans la mesure où le principe de l'unité du patrimoine fait obstacle à ce que l'on distingue au sens juridique un patrimoine algérien et un patrimoine en métropole.
[4] Sur la distinction de cet engagement et de l'inaliénabilité, voir, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 153, p. 161. Voir aussi *supra* n° 297 & suiv.
[5] Une simple obligation de ne point saisir ne peut donc s'analyser en une renonciation au droit de poursuite. Si les deux mécanismes semblent *a priori* interchangeables, il ne s'agit pourtant que d'une simple apparence. Un exemple permet de mieux le comprendre. En effet, si rien n'interdit au titulaire d'un droit réel d'usage de renoncer à son droit

une obligation de ne pas faire, à savoir ne pas saisir les biens autres que ceux qui sont désignés dans l'acte initial. De son coté, la caution s'est rendue débitrice elle aussi d'une obligation de ne pas faire : ne pas disposer des biens en cause. Si la caution méconnaît son propre engagement de ne point disposer[1], la Cour de cassation admet, assez étrangement, que l'obligation du créancier, " devenue sans cause, devait cesser d'avoir effet ". Par conséquent, en l'espèce le créancier pouvait à bon droit saisir des biens qu'il s'était pourtant auparavant engagé à ne pas saisir.

Ce dernier élément démontre que l'obligation souscrite par le créancier n'a aucunement atteint la substance du droit de disposer des biens du débiteur qu'il exercerait au nom de celui-ci[2]. Dans le cas contraire, il aurait été étrange que la simple inexécution d'une obligation corrélative par le débiteur restitue au créancier toute l'étendue de l'assiette de son droit de gage général. Dans les véritables cas d'insaisissabilité, la levée de l'insaisissabilité

---

au profit du propriétaire, on ne contestera pas qu'il puisse aussi s'engager à ne pas se réserver l'*usus* de la chose en louant celle-ci au propriétaire. Si en pratique une renonciation produit un résultat voisin de celui d'une obligation de ne pas faire, en théorie les situations sont bien distinctes. La logique le confirme d'ailleurs, pour s'engager à ne pas faire, encore faut-il être en mesure de faire. L'obligation de ne pas mettre en œuvre un droit qui n'existe plus car on y a renoncé semble dénuée de contenu. Un engagement à ne pas saisir n'équivaut donc pas exactement à une renonciation au droit de poursuite. Là où la seconde contredirait les termes de l'article 2284 C.civ., le premier n'y porte aucune atteinte puisqu'en tout état de cause, le créancier, débiteur d'une obligation de ne pas saisir certains biens, conserve la possibilité de les saisir si son obligation est privée d'effet. C'est précisément ce qui se produit dans la décision de 1972 puisqu'en définitive, le créancier poursuit la caution sur ses biens situés hors d'Algérie car cette dernière a méconnu son propre engagement, libérant ainsi le créancier du sien. Comp. Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, Thèse, Paris II, 2007, n° 28 & suiv. L'auteur estime que le créancier qui conclut une convention par laquelle il s'engage à ne point saisir certains biens du débiteur manifeste une véritable volonté abdicative de son droit de gage général, il ne se rend donc pas débiteur d'un simple engagement de ne pas saisir. L'auteur appuie cette analyse sur le fait que les insaisissabilités d'origine légale ne sauraient être qualifiées en termes d'obligation, ce qui interdit donc de retenir cette qualification pour les engagements litigieux. Sur le premier point, nous ne saurions mieux dire, l'insaisissabilité n'a rien d'un mécanisme " obligationnel ". Sur le second en revanche, on relèvera que la conclusion proposée repose sur le présupposé que l'insaisissabilité et l'engagement litigieux du créancier participent de la même nature. Cette reconnaissance d'une véritable insaisissabilité conventionnelle nous semble pourtant contestable. L'insaisissabilité et l'engagement litigieux du créancier relèvent selon nous de qualifications distinctes. On peut s'en convaincre si l'on songe que la renonciation à un droit suppose l'existence d'un droit. Or s'il ne fait pas de doute que l'on peut renoncer à un droit réel en exerçant la faculté d'abandon, il nous semble difficile d'admettre que l'on puisse unilatéralement renoncer à un droit personnel. Une telle renonciation supposerait l'accord du créancier et du débiteur. On ne manquera pas alors de relever qu'un tel accord existait dans l'arrêt étudié. Pourtant, admettre qu'il s'agissait d'une renonciation au droit de gage général ne nous semble en définitive pas possible pour deux raisons. On constatera d'abord que dans l'arrêt étudié, il n'est nullement question de remise de dette, le droit personnel subsiste donc. On admettra donc ensuite que la renonciation au droit de gage général suppose que celui-ci soit conçu comme une prérogative autonome et distincte du droit de créance afin que l'on puisse renoncer à l'un sans renoncer à l'autre. Il faudrait donc admettre que le droit de gage général soit " détachable " de la créance personnelle. Cela ne nous semble pas possible. Certes l'expression " droit " de gage général ou " droit " de poursuite est commode mais elle ne doit être prise au sens littéral. Il n'existe pas de " droit " auquel il soit possible de renoncer dans le " droit de gage général ", il n'y a que le droit personnel que le créancier n'est pas libre de démembrer à sa guise. En revanche rien n'interdit au créancier de s'engager à ne pas saisir certains biens. Dans ce cas, son " droit " de poursuite subsiste mais s'il s'en prévaut, sa responsabilité contractuelle pourra être engagée.

[1] Sur l'obligation de ne pas disposer, voir *supra* n° 296.

[2] Voir *supra* n° 651 & suiv. Rappr. *supra* n° 296.

résulte d'une décision judiciaire par laquelle le juge apprécie les intérêts en présence, sans se contenter de relever l'inexécution d'un engagement corrélatif.

715. Le seul intérêt de la décision du 15 février 1972 est donc de reconnaître l'existence d'une convention génératrice d'obligations particulières, un contrat innomé par lequel un créancier s'oblige à ne saisir que certains biens que son débiteur s'oblige en conséquence à conserver[1]. La Cour de cassation, se fondant sur le caractère corrélatif de deux engagements, admet que l'inexécution de l'un d'eux entraîne la caducité de l'autre. Cet arrêt doit être analysé au titre de la théorie générale des obligations[2] et renvoie à deux séries de questions fort épineuses en matière de cause de l'obligation. Il s'agit d'une part de la question de l'éventuel établissement conventionnel du caractère synallagmatique de deux obligations[3] et

---

[1] Comp. Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Thèse Paris II, Préf. M. GRIMALDI, Editions Panthéon-Assas, 2005, n° 795 & suiv., p. 607 & suiv., spéc., p. 609, étudiant le " cautionnement réel ", l'auteur en propose une analyse renouvelée, il s'agirait d'un cautionnement dans lequel le constituant et le créancier se seraient accordés pour limiter le droit de gage général du premier à un bien particulier, objet par ailleurs d'un droit de préférence. Le mécanisme utilisé dans l'espèce étudiée serait donc un véritable cautionnement réel. Cette qualification nous semble contestable. Dès lors que l'on admet que le créancier s'est simplement engagé à ne pas saisir certains biens, il faut constater que ce " cautionnement réel " est avant tout un véritable cautionnement personnel dont une obligation perturbe les effets puisque le créancier s'est engagé à ne saisir que certains biens. Le seul lien que l'on puisse ici établir avec un véritable cautionnement réel concerne donc les effets de l'acte juridique en cause dans l'espèce étudiée. Voir sur ce point, opérant un simple rapprochement entre les deux mécanismes, Ph. THERY, obs. sous Cass. Com., 29 avril 2002, 2 arrêts, *Defrénois*, 2002, n° 37591, p. 1087 & suiv., spéc. p. 1089 *in fine*. En outre la spécificité de l'opération de cautionnement réel réside dans une obligation de règlement qui présente toutes les caractéristiques d'une obligation réelle. Voir sur ce point, la très stimulante analyse du cautionnement réel établie par J.-J. ANSAULT, *Le cautionnement réel*, Thèse Paris II, 2006, *passim*, spéc. n° 313, p. 336. L'auteur distingue ainsi l'obligation de garantir de l'obligation de règlement, laquelle serait une obligation réelle. Cette dernière obligation de règlement ne créée donc sûrement pas de droit de gage général puisque le droit de gage général ne naît que des obligations personnelles ainsi que l'article 2284 C.civ. en dispose. Par conséquent, il faut donc nettement distinguer le droit de gage général dont le créancier s'est engagé à réduire l'assiette, l'hypothèse de l'arrêt du 15 février 1972, de l'assiette précisément déterminée de l'obligation réelle de règlement. Dans le premier cas, l'existence d'une obligation personnelle justifie que la loi de l'égalité s'applique de façon classique tandis que dans le second, il peut sembler douteux qu'un concours puisse se produire entre le titulaire du droit réel et les créanciers personnels de la caution.

[2] Voir sur ce point, reconnaissant le seul véritable intérêt de cette décision, H. BATIFFOL, note sous Cass. Civ. 1ère, 15 février 1972, *Rev. Crit. Dr. International Privé*, 1973, p. 77 & suiv., spéc. p. 81., " Cette espèce montre aussi qu'à défaut d'obligations proprement réciproques comme dans les contrats dits synallagmatiques, un lien peut être établi entre des obligations, qui fait au moins des unes la condition des autres ; l'approfondissement de la question amènerait à reprendre la distinction entre contrats unilatéraux et synallagmatiques et la notion de cause..."

[3] Voir sur ce point, Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Thèse Paris II, Préf. M. GRIMALDI, Editions Panthéon-Assas, 2005, n° 802, p. 612, considérant que la décision a consacré la limitation conventionnelle du droit de gage général, l'auteur précise néanmoins qu'un certain nombre de précautions rédactionnelles sont nécessaires à la validité d'un telle limitation, ainsi " il faudrait (...) donner à l'*engagement* (nous soulignons) de limitation du droit de gage général une certaine " contrepartie " en " causant " la renonciation à saisir les autres biens (...) " du débiteur. Il est étrange que la nécessité de cette " contrepartie " n'ait pas abouti à analyser la prétendue " limitation conventionnelle du droit de gage général " comme une simple obligation de ne pas saisir alors d'ailleurs que l'emploi du mot " engagement " le laissait supposer. Il semblerait même que les deux qualifications retenues pour désigner le montage prévu par les parties, " l'engagement de limitation du droit de gage général " et " la renonciation à saisir les autres biens ", s'excluent mutuellement. Le créancier qui renonce à saisir un bien ne reste qu'un simple créancier tandis que s'il s'engage à ne pas saisir ce bien, il devient lui aussi un débiteur. Voir sur

d'autre part de la question du rôle de la cause lors de l'exécution des obligations puisqu'il s'agit ici de caducité.

716. L'obligation du créancier reste marquée de toutes les faiblesses d'une obligation puisqu'elle peut être privée d'effets en cas d'inexécution de son engagement par le débiteur. Dans ce dernier cas, le créancier peut alors exercer librement son droit de poursuite. Seul l'exercice de ce dernier était limité par son obligation sans que cette dernière ait eu la moindre incidence sur le droit de disposer des biens du débiteur.
Une restriction à ce droit de disposer exercé par le créancier est envisageable, il s'agit alors d'un cas d'insaisissabilité du bien concerné. Cette restriction partielle au droit de disposer ne peut résulter que de la loi.

---

ce point, distinguant parfaitement les deux mécanismes, Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, Thèse, Paris II, 2007, n° 29.

Conclusion de la Section II

717. Si comme les restrictions au droit de disposer déjà étudiées l'insaisissabilité repose toujours sur la loi, asseoir cette qualification justifiait en outre d'exclure que l'insaisissabilité puisse avoir un fondement conventionnel. Or un tel fondement semblait avoir été consacré par la jurisprudence dans un arrêt du 15 février 1972[1]. En réalité, il n'en est rien.

718. Il est en effet apparu que la convention n'était pas un fondement convenable de l'insaisissabilité. Au-delà de son caractère inédit, puisque toutes les insaisissabilités jusque-là envisagées ont un fondement légal[2], une telle affirmation serait inadéquate tant elle bouleverserait un grand nombre de solutions communément admises. Ainsi, une insaisissabilité conventionnelle conduirait à admettre que l'article 2284 C.civ. est une disposition supplétive. Au vu de la décision précitée, cela semble douteux dans la mesure où cette décision n'avait absolument pas vocation à trancher la question de la nature impérative ou supplétive de cette disposition[3].

719. Par ailleurs, l'article 2284 C.civ. qui établit la loi de l'égalité entre les créanciers n'est susceptible que de dérogations légales[4]. Or, l'insaisissabilité se présente comme une dérogation à la loi de l'égalité[5]. Par conséquent, l'insaisissabilité ne peut reposer sur un fondement conventionnel : comme toutes les exceptions à l'article 2284 C.civ. et à la loi de l'égalité qu'il établit, l'insaisissabilité a forcément un fondement légal[6].
Sur le fondement de l'article 34 de la Constitution, il a ainsi pu être établi que l'établissement de l'insaisissabilité ressortissait exclusivement de la compétence du législateur.

720. N'ayant pas de fondement conventionnel, il est donc parfaitement logique que l'insaisissabilité, comme l'inaliénabilité dont elle partage la nature spécifique, échappe aux qualifications classiques[7]. L'insaisissabilité ne crée ni un droit personnel ni un droit réel.

721. De ce point de vue, dès lors que l'insaisissabilité ne peut résulter que de la loi, il importait de qualifier le mécanisme mis en œuvre dans l'arrêt du 15 février 1972. Il ne

---

[1] Cass. Civ. 1ère, 15 février 1972, *Bull. civ.*, n° 50.
[2] Voir *supra* n° 662 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 677 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 691 & suiv.
[5] Voir *supra* n° 684 & suiv.
[6] Voir *supra* n° 694.
[7] Voir *supra* n° 697.

s'agissait ici que d'un simple engagement de ne point saisir certains biens souscrit par un créancier en contrepartie de l'engagement corrélatif du débiteur de les conserver[1].

Parfaitement licite, un tel engagement reste cependant marqué par la faiblesse inhérente à toute obligation. Ainsi peut-il selon la Cour de cassation être tenu pour caduc lorsque son débiteur méconnait son propre engagement corrélatif.

[1] Voir *supra* n° 710 & suiv.

Conclusion du Chapitre 1 : La source de l'insaisissabilité

722. L'étude de l'insaisissabilité nécessitait de s'interroger sur la nature exacte du mécanisme de l'insaisissabilité accessoire. Cette insaisissabilité, accessoire à une inaliénabilité est apparue comme un mécanisme original par lequel les créanciers du débiteur semblent privés de la possibilité d'exercer l'*abusus* juridique. Reformulé sous l'égide du concept d'appartenance, cette affirmation permet de définir l'insaisissabilité comme une restriction partielle au droit de disposer. Comme telle, elle doit évidemment satisfaire les critères de qualification de la restriction au droit de disposer et notamment l'exigence d'un fondement normatif.

Définir l'insaisissabilité comme une restriction au droit de disposer nécessitait donc de vérifier que celle-ci repose bien sur une norme. Cette condition est facilement remplie lorsque l'insaisissabilité est accessoire à une inaliénabilité. Résultant nécessairement de l'inaliénabilité, elle bénéficie du fondement normatif de cette dernière.

Parallèlement, alors que l'étude du fondement de l'insaisissabilité accessoire révélait qu'elle était une véritable restriction au droit de disposer, se posait la question de l'existence de restrictions au droit de disposer partielles et autonomes. Or il a été constaté que les insaisissabilités, même autonomes, reposaient sur une norme. Cette norme pouvait ainsi prescrire directement l'insaisissabilité ou simplement la permettre.

723. Vérifier que l'insaisissabilité méritait la qualification de restriction partielle au droit de disposer nécessitait en outre d'exclure que cette dernière puisse avoir un fondement conventionnel. Cette vérification semblait ardue en raison d'un arrêt du 15 février 1972 qui semble avoir admis l'insaisissabilité conventionnelle ce dont on a déduit que l'article 2284 C.civ. était une disposition supplétive. En réalité, il n'en est rien. Dérogation à la loi de l'égalité entre les créanciers, l'insaisissabilité participe de la nature légale de toutes les exceptions à l'article 2284 C.civ. L'insaisissabilité conventionnelle n'existe point.

D'ailleurs, l'insaisissabilité ne peut s'analyser au moyen de qualifications classiques que sont le droit personnel et le droit réel, ce qui témoigne qu'elle n'est sûrement pas un effet des volontés individuelles.

Restait alors à revenir sur la décision du 15 février 1972 pour qualifier précisément le mécanisme en jeu dans celle-ci. Il est alors apparu que cette décision avait simplement admis l'existence d'un engagement de ne pas saisir, ressortissant du droit commun des obligations.

724. Le fondement légal de l'insaisissabilité explique l'arbitraire qui préside en la matière, celui-ci s'exprime au travers des hypothèses infiniment variées d'insaisissabilité. Mais cette part d'arbitraire qui préside à l'établissement par le législateur d'un nouveau cas d'insaisissabilité n'empêche aucunement d'établir que tous les cas d'insaisissabilité, en raison de la qualification de restriction au droit de disposer qui est la leur, partagent certaines caractéristiques communes.

CHAPITRE 2: Le moment de constitution de l'insaisissabilité

725. Prescrite ou permise par une norme législative, l'insaisissabilité va naître au moment où la loi l'impose ou lorsque ceux qui bénéficient de la permission de cette loi auront jugé bon d'exercer cette possibilité. De ce point de vue, l'omniprésence de la norme peut être mise au crédit de l'analyse de l'insaisissabilité en termes de restriction partielle au droit de disposer. Pourtant la toute-puissance de la norme dans ce domaine ne signifie pas qu'elle intervienne de façon arbitraire.

Un premier indice en ce sens peut être tiré de l'étude à laquelle nous nous sommes déjà livrés en matière de restrictions complètes au droit de disposer. L'étude du moment de constitution de ces restrictions complètes au droit de disposer avait révélé qu'en définitive, ces dernières ne pouvaient avoir lieu que lors de l'appropriation d'un bien pour la raison essentielle que cela demeurait le seul moyen de garantir le respect du droit de poursuite des créanciers[1].

726. Dès lors, il importe de se demander si ce principe conserve la même acuité en matière d'insaisissabilité. Une telle interrogation doit être replacée dans le cadre de notre démonstration laquelle vise dorénavant à se demander si l'insaisissabilité n'est pas elle aussi une restriction au droit de disposer. *A priori*, lorsque l'insaisissabilité est établie au moment de l'appropriation d'un bien, la proximité avec la situation précédente est telle qu'il serait déraisonnable de rejeter cette insaisissabilité de la catégorie des restrictions au droit de disposer. Aucune contrariété de solutions n'est ici envisageable.

En revanche, on peut se demander si ce principe ne viendrait pas à être méconnu en présence d'insaisissabilités établies sur un bien déjà approprié[2]. N'est-il pas évident qu'une atteinte au droit de disposer postérieure à l'appropriation d'un bien diminue l'assiette du droit de poursuite des créanciers ? A première vue les insaisissabilités frappant des biens déjà appropriés semblent systématiquement nuire aux intérêts des créanciers. Si cette nuisance se révélait être une véritable atteinte au droit de poursuite des créanciers, il faudrait alors exclure ces insaisissabilités de la catégorie des restrictions au droit de disposer ou admettre que certaines restrictions au droit de disposer réalisent une atteinte au droit de poursuite.

Heureusement cette alternative n'est pas inéluctable. Bien que cela puisse sembler de prime abord paradoxal, il faut d'ores et déjà annoncer le contraire : aucune véritable atteinte au

[1] Voir *supra* n° 250 & suiv.
[2] Sur la distinction, voir *supra* n° 611 & suiv.

droit de poursuite n'est décelable lorsqu'une insaisissabilité est établie sur un bien déjà approprié.

727. Le maintien du droit de poursuite est un principe fondamental en matière de restrictions au droit de disposer. Vérifié en présence de restrictions complètes au droit de disposer, il est possible de démontrer qu'il n'est pas méconnu en matière de restrictions partielles au droit de disposer.

L'absence pressentie d'une atteinte au droit de poursuite en présence d'une insaisissabilité établie sur un bien en cours d'appropriation permettra ainsi d'asseoir définitivement la qualification de restriction au droit de disposer de ce mécanisme (Section I).

Il ne saurait en aller différemment lorsque l'insaisissabilité est établie sur un bien déjà approprié en raison des mécanismes garantissant invariablement le droit de poursuite des créanciers antérieurs, évitant ainsi que celui-ci soit atteint par la mesure (Section II).

Section I. L'insaisissabilité établie lors de l'appropriation d'un bien

728. Les insaisissabilités établies lors de l'appropriation d'un bien ont pour particularité d'emporter une modification de la relation d'appartenance au moment même où cette relation d'appartenance se constitue, lorsque ce bien est sur le point d'être approprié.

En cela, elles se rapprochent des restrictions complètes au droit de disposer qui, elles, sont toujours établies à l'occasion de l'appropriation d'un bien[1]. L'étude de celles-ci avait révélé qu'elles ne diminuaient nullement l'assiette du droit de poursuite des créanciers[2]. La proximité de situation existant avec les insaisissabilités établies lors de l'appropriation d'un bien impose un constat similaire.

729. Bien que l'insaisissabilité semble *a priori* défavorable aux créanciers, l'assiette de leur droit de poursuite n'est aucunement remise en cause. Bien entendu ce constat résulte du fait que les insaisissabilités étudiées concernent toutes des biens en cours d'appropriation.

Par conséquent, comme en matière de restrictions complètes au droit de disposer, il sera possible de constater que l'insaisissabilité ne porte ni atteinte au droit de poursuite des créanciers antérieurs à l'appropriation ni atteinte au droit de poursuite des créanciers postérieurs à cette appropriation (§2). Ce constat est d'autant plus surprenant que bien

[1] Sur ce point, voir *supra* n° 246 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 251 & suiv.

souvent l'insaisissabilité d'un bien est perçue comme une atteinte au droit de poursuite du créancier. Une telle conception de l'insaisissabilité peut être nuancée.

730. Cela ne surprendra guère concernant les insaisissabilités involontaires dont on s'accommode en général assez facilement. Il n'en va pas différemment pour les insaisissabilités volontaires. Les unes et les autres partagent le même mode opératoire. Les caractériser est un préalable nécessaire à la démonstration de leur innocuité pour le droit de poursuite des créanciers (§1).

§1: La variété des insaisissabilités établies au cours de l'appropriation d'un bien

731. Les insaisissabilités portant sur des biens en cours d'appropriation sont très variées pour au moins deux raisons. D'une part, les insaisissabilités légales sont elles-mêmes d'une grande variété[1]. Ces insaisissabilités légales, prescrites par la loi sont celles qui naturellement opèrent au moment de l'appropriation d'un bien.

Mais les biens ne sont pas forcément rendus involontairement insaisissables au moment de leur appropriation (A), parfois les particuliers peuvent, lorsque l'insaisissabilité est simplement permise, décider de rendre insaisissable un bien au cours de son appropriation (B).

A) Les insaisissabilités involontaires, restrictions frappant naturellement un bien en cours d'appropriation

732. Il semblerait que les insaisissabilités directement prescrites par la loi ressortissent systématiquement de la catégorie des restrictions partielles au droit de disposer frappant un bien au cours de son appropriation. L'explication est assez simple. S'il est apparu nécessaire au législateur de maintenir certains biens, en raison de leur vocation particulière, hors d'atteinte des créanciers, on conçoit aisément que cet intérêt n'est satisfait que lorsque le bien est dès l'origine hors d'atteinte de ceux-ci.

733. Ainsi lorsque la loi prescrit l'insaisissabilité des biens indispensables au débiteur[2], sous peine d'inefficacité, il est nécessaire que cette disposition s'applique dès l'appropriation du bien indispensable à la survie du débiteur. De même, s'agissant de l'insaisissabilité de

[1] Voir *supra* n° 724.
[2] Article 14-4° de la Loi du 9 juillet 1991, à propos duquel, voir *supra* n° 635 & suiv.

créances à caractère alimentaire[1], la disposition législative en cause serait ruinée si ne serait-ce qu'un seul instant il était loisible à tous les créanciers de saisir cette créance dans le patrimoine du créancier alimentaire. Involontaires car prescrites par la loi, ces restrictions partielles au droit de disposer naissent donc lors de l'appropriation d'un bien.

734. Il importe à ce stade de relever que le but de l'insaisissabilité n'entre pas en ligne de compte. Il n'est pas ici nécessaire de rechercher précisément quelle a été l'intention de l'auteur de la norme et quel était l'intérêt qu'il avait spécifiquement en vue de protéger par la prescription d'une insaisissabilité. De cette analyse en termes de restriction partielle au droit de disposer, il ressort que l'insaisissabilité d'un droit ne peut être vue comme la conséquence *directe* d'une affectation particulière de la chose de la chose objet de ce droit.

En revanche, une telle affectation de la chose a pu motiver l'intervention de l'auteur de la norme mais il ne s'agit ici que d'un simple motif pour celui-ci : le législateur a voulu protéger *ab initio* le bénéficiaire de l'insaisissabilité.

L'étude des affectations particulières servies par une insaisissabilité s'apparente donc de ce point de vue à une pure étude de politique législative[2]. Simple justification en termes d'opportunité de l'insaisissabilité d'un droit, l'affectation de la chose qu'il a pour objet est dépourvue de tout caractère prescriptif[3].

Ce qui justifie que ces insaisissabilités frappent des biens en cours d'appropriation ne résulte que de la forme de l'intervention de l'auteur de la norme. La prescription d'une insaisissabilité exclut en tout état de cause qu'elle intervienne après qu'un créancier a obtenu le droit de saisir le bien concerné. Elle intervient donc naturellement lors de l'appropriation du bien en cause.

---

[1] Article 14-2° de la Loi du 9 juillet 1991, sur cette disposition, voir *supra* n° 631 & suiv.

[2] Voir sur ce point, S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Thèse, Lyon III, Préf. R. NERSON, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 145, L.G.D.J., 1976, n° 422. L'auteur relève ainsi la diversité infinie des hypothèses d'affectation tant dans leurs sources, que dans leurs buts, leurs formes, leurs degrés, leurs sanctions et leurs techniques. Ainsi réduite ainsi à un procédé technique d'utilisation des biens, l'affectation peut difficilement être le fondement d'une technique juridique particulière. On ne saurait mieux dire. Du seul point de vue des restrictions au droit de disposer, on peut sans peine convenir que l'affectation n'est nullement la justification de l'inaliénabilité ou de l'insaisissabilité. Ces techniques ne sont visiblement que le moyen de satisfaire cette affectation. Et ici, c'est le législateur qui fournit le procédé technique à même de satisfaire les affectations que bon lui semble.

[3] Raisonner en termes d'affectation de la chose pour justifier de l'insaisissabilité d'un droit, dès lors que l'on analyse celle-ci comme une restriction partielle au droit de disposer, nous semble faire trop peu de cas d'un aspect technique essentiel de l'insaisissabilité : elle procède d'une norme. Sur ces affectations particulières de la chose qui ne justifient selon nous qu'indirectement une insaisissabilité, voir R. BOFFA, *La destination de la chose*, Thèse Montpellier I, Préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Doctorat et Notariat, Tome 32, Defrénois, 2008, n° 539.

735. Au-delà, il faut relever que l'appropriation du bien concerné ne correspond pas seulement à son acquisition par transmission au débiteur qui profitera de l'insaisissabilité. Naturellement, l'insaisissabilité d'un bien à l'occasion de son acquisition par transmission se rencontre souvent en pratique. Ainsi le législateur a-t-il décidé que les biens corporels indispensables à la vie du débiteur étaient insaisissables[1]. Une telle mesure d'insaisissabilité fait évidemment suite à l'acquisition de ces biens indispensables par le débiteur puisque l'on conçoit difficilement qu'il puisse obtenir une machine à laver autrement qu'en l'acquérant d'un tiers[2].

736. En revanche, il est tout à fait possible que l'insaisissabilité frappe des biens au cours de leur appropriation par le débiteur sans que celui-ci les aient obtenus par transmission. Si une telle appropriation semble *a priori* énigmatique, il faut admettre qu'elle est loin d'être exceptionnelle. En effet, dès lors qu'une créance naît d'un contrat, il faut bien admettre qu'elle se constitue directement dans le patrimoine du créancier sans que ce dernier l'ait obtenue par transmission.
Ainsi, l'insaisissabilité des créances alimentaires[3] bénéficie-t-elle à leur créancier dès que ces dernières naissent, dès le moment de leur appropriation par le créancier. Il semblerait même que la plupart des insaisissabilités concernant des créances soient en réalité des insaisissabilités établies sur des biens en cours d'appropriation sans que cette appropriation résulte d'une transmission, cela va de soi. L'idée d'une atteinte à l'appartenance d'un bien lors de la constitution de ce bien n'est d'ailleurs pas un phénomène propre aux restrictions partielles du droit de disposer. Ce phénomène avait déjà été caractérisé à propos de certaines inaliénabilités[4].

737. Quoiqu'il en soit, les insaisissabilités involontaires peuvent frapper des biens en cours d'appropriation, que cette dernière résulte de la création du bien ou de sa simple transmission. Les principes ne sont guère différents en ce qui concerne les insaisissabilités établies volontairement lors de l'appropriation d'un bien.

---

[1] Article 14-4° de la Loi du 9 juillet 1991, à propos duquel, voir *supra* n° 635 & suiv.
[2] Pour la liste des biens insaisissables en raison de leur caractère indispensable pour le débiteur, voir l'article 39 du Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992.
[3] Article 14-2° de la Loi du 9 juillet 1991, sur cette disposition, voir *supra* n° 639 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 219 & suiv. Il est toutefois remarquable que les restrictions au droit de disposer qui frappent les biens lors de leur constitution présentent systématiquement un caractère légal en ce sens qu'elles sont imposées directement par la norme sans qu'aucune manifestation de volonté de celui qui en profite ne soit nécessaire.

B) Les insaisissabilités volontaires, restrictions frappant artificiellement un bien en cours d'appropriation

738. Certaines insaisissabilités volontaires peuvent elles aussi concerner des biens en cours d'appropriation. Il peut s'agir des " clauses d'insaisissabilité " dont il est loisible au gratifiant d'assortir des biens donnés ou légués[1]. Prévues et permises par l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991, ces clauses d'insaisissabilité interviennent au cours de l'appropriation du bien par le gratifié. L'appropriation du bien doit ici forcément résulter d'une libéralité, une donation ou un legs, à l'exclusion d'un acte d'acquisition à titre onéreux[2].

On rapprochera cette hypothèse de celle prévue à l'article 1981 C.civ. qui dispose que seule la rente viagère constituée à titre gratuit peut être stipulée insaisissable. Dans ce dernier cas cependant, l'établissement volontaire de l'insaisissabilité concerne un bien au cours de sa création, lorsque la rente viagère est constituée.

739. En outre, il faut rappeler que l'institution du bien de famille prévue par la loi du 12 juillet 1909[3] permettait d'obtenir un résultat équivalent puisqu'il était prévu à l'article 6 que " la constitution du bien de famille résulte d'une déclaration reçue par un notaire, d'un testament ou d'une donation ". Cette disposition visant l'appropriation d'un bien par libéralité, faut-il en déduire qu'en dehors de cette hypothèse restreinte nul débiteur ne peut soustraire volontairement mais unilatéralement les biens qu'il acquiert à l'appétit de ses créanciers ? Une telle conclusion serait trop hâtive.

740. Il existe en réalité deux mécanismes permettant de rendre unilatéralement insaisissable un bien déjà approprié : il s'agit d'une part de l'institution du bien de famille et d'autre part de la déclaration notariée d'insaisissabilité de la résidence familiale d'un entrepreneur individuel[4]. Dans les deux cas, le législateur a entendu laisser le choix aux intéressés du moment opportun pour recourir au mécanisme en cause.

Il est donc possible qu'au moment de l'acquisition d'un bien susceptible d'être concerné par ses dispositions, son acquéreur décide de recourir soit à l'institution du bien de famille[5] soit à la déclaration notariée d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur

---

[1] Voir *supra* n° 641 & suiv.
[2] Sur cette question, voir *supra* n° 644.
[3] Loi 12-13 juillet 1909, *D.*, 1910, IV, p.1 & suiv.
[4] Article L. 526-1 & suiv. C.com, sur cette institution, voir *supra* n° 645 & suiv.
[5] En pratique, l'institution du bien de famille est tombée en désuétude ce qui signifie que ce cas de figure ne se rencontrera pas.

individuel[1]. Si celui qui prétend bénéficier de l'insaisissabilité prend le soin d'établir cette dernière dès le moment de son acquisition, par exemple en réalisant la déclaration exigée au même moment que l'acte d'acquisition du bien en cause, il lui sera possible de rendre volontairement insaisissable ce bien au cours de son appropriation.

741. Enfin, le recours à ces mécanismes d'établissement unilatéral de l'insaisissabilité peut être un moyen de contourner l'absence de dispositions normatives permettant l'insaisissabilité d'un bien à l'occasion de son appropriation par une acquisition à titre onéreux[2]. Au moment de l'acquisition d'un bien susceptible d'être un bien de famille[3] ou d'être la résidence principale d'un entrepreneur individuel[4], il est loisible à l'acquéreur de réaliser immédiatement les formalités nécessaires à l'insaisissabilité du bien acquis.

742. Dans ces différentes hypothèses, l'insaisissabilité en cause, volontaire, frappera un bien au cours de son appropriation à l'occasion d'une transmission. La stipulation de l'insaisissabilité dès l'appropriation du bien vise évidemment à éviter que les créanciers du déclarant n'opposent leur droit de saisir le bien. Cependant, de façon paradoxale, cela évite aussi comme dans les cas précédents que les créanciers obtiennent un quelconque droit de poursuite dont ils seraient par la suite spoliés : en tout état de cause, nulle atteinte à l'assiette du droit de poursuite des créanciers ne peut donc être caractérisée !

§2: Le respect unitaire du droit de poursuite dans les insaisissabilités établies au cours de l'appropriation d'un bien

743. Cette insaisissabilité qui frappe un bien en cours d'appropriation correspond à l'amputation de l'une des branches du droit de disposer, celle qu'exercent en principe les créanciers et qui naît au moment où se constitue la relation d'appartenance qui unit la personne à son bien. Cela signifie qu'en réalité, lorsqu'une insaisissabilité frappe un bien en cours d'appropriation, la relation d'appartenance qui s'établit entre le titulaire du bien et ce bien est elle-même incomplète par l'effet de la norme qui prescrit ou permet la mesure.

---

[1] Voir, envisageant implicitement cette hypothèse en s'interrogeant sur la possible absence de créanciers " antérieurs ", Fr. VAUVILLE, La déclaration notariée d'insaisissabilité, *Defrénois*, 2003, n° 37813, p. 1197 & suiv., spéc. n° 14.

[2] Sur cette question, voir *supra* n° 641.

[3] Sur les conditions exigées par l'article 2 de la Loi du 12 juillet 1909 voir *supra* n° 644.

[4] Sur les conditions de fond requises pour l'établissement d'une déclaration notariée d'insaisissabilité par les articles L. 526-1 & suiv. C.com., voir *supra* n° 645 & suiv.

744. Parce que la restriction au droit de disposer est établie lors de l'appropriation d'un bien, ce n'est qu'une relation d'appartenance amputée du droit de disposer du bien qui naît. Les créanciers n'ont donc pas la possibilité de disposer du bien appartenant nouvellement à leur débiteur.

Que leur créance soit antérieure (A) à l'acquisition du bien ou postérieure à celle-ci[1] (B), la situation est la même, aucune atteinte à l'assiette de leur droit de poursuite ne peut donc être caractérisée.

A) L'absence d'atteinte aux droits de poursuite des créanciers déjà existants

745. Les créanciers ne peuvent en principe saisir que les biens appartenant à leur débiteur. Ainsi avant l'acquisition du bien, les créanciers déjà existants n'avaient pas le droit de saisir les biens qui n'appartenaient pas encore au débiteur. Il se trouve qu'au moment où ils auraient dû obtenir le droit de saisir le bien, lors de son appropriation par le débiteur, la restriction partielle du droit de disposer déjoue leurs prévisions.

A l'instant où le bien entre dans le patrimoine du débiteur, la norme législative qui fonde la restriction partielle au droit de disposer redéfinit la relation d'appartenance unissant le débiteur à son nouveau bien. Cette restriction partielle au droit de disposer, effet de la loi, emporte un effet radical puisque le nouveau bien est insaisissable. Cela suggère deux remarques.

746. D'une part, s'il n'y a pas d'atteinte au droit de poursuite des créanciers, leurs espérances sont tout de même déçues[2]. Mais il faut bien comprendre que cette déception n'est que leur lot commun. Les créanciers chirographaires sont condamnés à suivre les fluctuations du patrimoine de leur débiteur puisqu'en principe, rien ne leur permet d'obliger le débiteur à augmenter l'étendue de son actif patrimonial[3].

---

[1] Pour l'emploi de cette distinction en matière de restrictions au droit de disposer complètes, voir *supra* n° 255 & suiv.

[2] Voir *supra* n° 273 & suiv., sur les conséquences de ce constat quant à la validité d'éventuelles restrictions complètes au droit de disposer établies unilatéralement à l'occasion de l'appropriation d'un bien.

[3] Lorsque l'insaisissabilité d'un bien est établie à l'occasion de son appropriation, les créanciers auxquels ce nouveau bien échappe sont exactement dans la situation de ceux du débiteur qui reçoit par libéralité un bien grevé d'une clause d'inaliénabilité, lui aussi insaisissable. Ces derniers pouvaient espérer voir l'assiette de leur droit de gage général s'étoffer, mais leurs espérances sont déçues de la même manière que celles des créanciers d'un débiteur recevant un bien simplement insaisissable. Il n'y a aucun mécanisme qui permette de garantir que les espérances déçues de ces créanciers soient *a posteriori* satisfaites, nous avions déjà abouti à cette conclusion à propos des restrictions au droit de disposer complètes, sur lesquelles, voir *supra* n° 267 & suiv.

747. D'autre part, si les créanciers n'ont aucun pouvoir de disposition sur le bien insaisissable dont l'appartenance est restreinte, à compter de l'acquisition du bien, ces créanciers antérieurs sont donc dans une situation équivalente à celle de créanciers dont la créance serait née alors que le bien était déjà insaisissable.

B) L'absence d'atteinte aux droits de poursuite des créanciers à venir

748. Les créanciers à venir devraient en principe obtenir le droit de saisir chacun des biens appartenant à leur débiteur[1] lors de la naissance de leur créance. Or, leur droit de saisir s'exerce par la mise en œuvre du droit de disposer du bien saisi et c'est justement cela qui est impossible pour les biens insaisissables.

749. Après l'appropriation par le débiteur du bien désormais insaisissable, aucun nouveau créancier ne peut exercer son droit de poursuite sur le bien en cause tant que la relation d'appartenance est redéfinie par l'effet d'une norme, tant qu'une restriction partielle au droit de disposer est en vigueur.
Dépourvus *ab initio* du seul pouvoir qui leur aurait permis de disposer du bien de leur débiteur, pour ces créanciers postérieurs, tout se passe comme si leur débiteur n'était pas le titulaire du bien qu'ils projetaient de saisir.

750. Dans les deux cas, leur droit de saisir le bien, mise en œuvre d'une forme de disposition juridique du bien, n'existe pas. Dans le premier cas, il n'y a pas de droit de disposer du bien par saisie, car il n'y a pas de relation d'appartenance entre le débiteur et ce bien puisque ce bien n'appartient pas au débiteur. Dans le second cas, il n'y a pas de droit de disposer du bien par saisie pour la simple et bonne raison que l'appartenance de ce bien est amputée de la branche du droit de disposer qui aurait dû le permettre.

751. Là encore, aucune atteinte à leur droit de poursuite ne peut donc être décelée. En effet, il n'y a point de droit de saisir antérieurement existant dont ils soient privés. Si l'insaisissabilité ne modifie pas leur droit de poursuite, pourtant elle est là encore déceptive. Les créanciers dont la créance est née alors que le débiteur souffrait déjà l'insaisissabilité d'un de ses biens ont pu voir leur crédulité abusée[2]. Leur créance est née à un moment où ils

---

[1] Article 13 de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991: " Les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur (...) ".
[2] Rappelons qu'étymologiquement créance provient du latin *credere* qui signifie croire, lequel a donné crédule, qui a cru. Voir par exemple en ce sens, L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés*, Droit civil, Defrénois, 3ème édition, 2008, n° 1, p. 1.

ont pu croire que le bien insaisissable appartenait pleinement à leur débiteur. Il est même possible que la perspective de pouvoir se payer sur ce bien en cas de défaillance de leur débiteur les a décidés à s'engager et à devenir créanciers. Mais ici aussi le créancier ne peut s'en plaindre, en principe rien ne garantit que la crédulité abusée d'un créancier soit restaurée[1].

[1] Sur l'absence de recours du créancier confronté à l'insaisissabilité, voir *supra* en matière de restrictions complètes au droit de disposer, n° 298 & suiv.

Conclusion de la Section I

752. Très semblables aux inaliénabilités, les insaisissabilités établies sur un bien en cours d'appropriation sont d'origines diverses. Elles sont tout d'abord directement prescrites par la loi. La protection instaurée par la loi contre les créanciers justifie alors que les biens soient insaisissables dès leur entrée dans le patrimoine du débiteur[1].

Les insaisissabilités établies sur un bien en cours d'appropriation peuvent ensuite avoir une origine volontaire. Il en va ainsi des clauses d'insaisissabilité établies dans les libéralités. Mais au-delà de celles-ci, l'insaisissabilité d'un bien en cours d'appropriation peut aussi être établie au moyen des mécanismes de déclaration unilatérale d'insaisissabilité que sont le bien de famille ou la déclaration notariée d'insaisissabilité[2].

753. Dès lors que l'insaisissabilité frappe un bien en cours d'appropriation, il faut constater que mécaniquement celle-ci respecte le droit de poursuite des créanciers. S'agissant des créanciers antérieurs à la mesure, ils obtiennent le droit de saisir le bien à un moment où l'appartenance de ce dernier est déjà restreinte par l'insaisissabilité, aucune atteinte à leur droit de poursuite ne peut donc être caractérisée[3].

Concernant les créanciers postérieurs, la situation n'est guère différente puisqu'ils obtiennent le droit de saisir lorsque l'insaisissabilité leur est déjà opposable. Il n'est donc aucun droit de poursuite déjà existant dont ils soient privés par l'insaisissabilité. L'insaisissabilité respecte là aussi le droit de poursuite[4].

Du point de vue des créanciers antérieurs ou des créanciers postérieurs, les seuls reproches qui puissent valablement être formulés à l'encontre de l'établissement d'une insaisissabilité établie lors de l'appropriation d'un bien sont donc fort restreints. Les créanciers antérieurs sont condamnés à regretter que leurs espérances soient déçues[5] tandis que les créanciers postérieurs ne pourront que s'affliger de ce que leur crédulité a été abusée[6].

754. La proximité manifeste entre ces insaisissabilités établies sur un bien en cours d'appropriation et les restrictions complètes au droit de disposer permettait de supposer que les premières étaient bien des restrictions au droit de disposer. L'absence d'atteinte au droit

---

[1] Voir *supra* n° 731 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 740 & suiv
[3] Voir *supra* n° 745 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 748 & suiv.
[5] Voir *supra* n° 746.
[6] Voir *supra* n° 751.

de poursuite permet de l'affirmer définitivement. Ces insaisissabilités sont de véritables restrictions au droit de disposer, qui partielles, interdisent que les créanciers disposent des biens insaisissables pour le compte de leur débiteur.

755. Ce critère de qualification des restrictions au droit de disposer peut-il être pris en défaut lorsque l'insaisissabilité frappe un bien déjà approprié ?

Section II. L'insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié

756. Les hypothèses dans lesquelles une insaisissabilité est établie sur un bien déjà approprié sont désormais connues[1], il s'agit de l'institution du bien de famille résultant de la loi du 12 juillet 1909 et de la déclaration notariée d'insaisissabilité de la résidence principale d'un entrepreneur individuel prévu aux articles L. 526-1 & suiv. C.com. La question qui importe désormais est de savoir en quoi le fait que ces insaisissabilités portent sur des biens déjà appropriés les distingue de celles qui ont déjà été rencontrées.

Peut-on de la même manière que pour les insaisissabilités établies sur un bien en cours d'appropriation prétendre que l'insaisissabilité ne porte aucune atteinte au droit de poursuite des créanciers ?

757. *A priori* une réponse négative s'impose. En effet, c'est justement parce qu'elles étaient établies lors de l'appropriation d'un bien que ni les inaliénabilités ni les insaisissabilités déjà étudiées ne portaient atteinte au droit de poursuite des créanciers. Si cet *a priori* se révélait fondé, il faudrait en conclure que les insaisissabilités établies sur des biens déjà appropriés ne sont pas de véritables restrictions au droit de disposer, ce qui obscurcirait la notion d'insaisissabilité ! Le décalage que l'on constaterait entre la catégorie des insaisissabilités et celle des restrictions partielles au droit de disposer entamerait alors définitivement le crédit de l'analyse renouvelée de l'insaisissabilité que nous proposons.

Heureusement, une telle conclusion peut être évitée si l'on prend soin de distinguer entre les créanciers en cause selon que leur créance est ou non postérieure à l'établissement de l'insaisissabilité. En vérité, ni les premiers ni les seconds ne souffrent la moindre diminution de l'assiette de leur droit de poursuite.

758. Cela ne semble pas faire de doute pour les créanciers postérieurs à l'insaisissabilité. Il semble en effet délicat de distinguer leur situation en présence d'une insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié de celle des créanciers postérieurs en présence d'une insaisissabilité établie sur un bien en cours d'appropriation. Encore cette intuition doit-elle être démontrée (§1).

En revanche, l'atteinte à l'assiette du droit de gage général semble manifeste pour les créanciers antérieurs lorsque l'insaisissabilité est établie sur un bien déjà approprié. Si cette apparence se révélait fondée, elle ferait vaciller l'analyse de l'insaisissabilité en termes de

[1] Voir *supra* n° 643 & suiv.

restrictions au droit de disposer. Le caractère inédit de cette atteinte ferait alors douter de la pertinence de la qualification que nous proposons alors qu'il ne semble pas faire de doute que les institutions en cause méritent d'être qualifiées d'insaisissabilité.

Heureusement il n'en est rien car dans tous les cas d'insaisissabilité avérée d'un bien déjà approprié il existe des mécanismes garantissant les droits des créanciers antérieurs. L'absence d'atteinte au droit de poursuite des créanciers antérieurs qui en résulte permettra donc d'asseoir définitivement la qualification de restriction partielle au droit de disposer (§2).

§1: L'absence d'atteinte au droit de poursuite des créanciers postérieurs

759. Il n'existe pour le moment que deux mécanismes permettant de rendre insaisissable un bien alors qu'il est déjà approprié. Il s'agit d'une part du bien de famille et d'autre part de la récente déclaration notariée d'insaisissabilité de la résidence principale d'un entrepreneur individuel. Concernant des biens déjà appropriés, ces mécanismes se distinguent irrémédiablement des autres insaisissabilités que nous connaissons.

Dans l'un et l'autre cas, il est donc nécessaire de vérifier que les institutions en cause établissent une véritable insaisissabilité à l'égard des créanciers postérieurs (A).

La démonstration de ce que cette véritable insaisissabilité ne porte pas atteinte au droit de poursuite des créanciers permettra alors d'établir définitivement sa qualification de restriction partielle au droit de disposer (B).

A) L'établissement de l'insaisissabilité

760. Que l'on scrute du coté du bien de famille ou de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, aucun doute ne peut subsister quant à l'existence d'une véritable insaisissabilité. Mais ces insaisissabilités avérées (1) ne concernent que les créanciers postérieurs à l'établissement de l'insaisissabilité, il est donc nécessaire de déterminer précisément leurs champs d'application (2).

1) Une insaisissabilité avérée

761. Il ne fait point de doute qu'une véritable insaisissabilité à l'égard des créanciers postérieurs fut instituée tant en ce qui concerne l'institution du bien de famille (a) qu'en ce qui concerne la déclaration notariée d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel (b).

a) L'insaisissabilité avérée du bien de famille

762. Le bien de famille résulte de la loi du 12 juillet 1909[1] complétée par un Décret du 26 mars 1910[2]. Les dispositions établissant le bien de famille ne laissent guère de doute quant à l'établissement d'une véritable insaisissabilité, la loi du 12 juillet 1909 a d'ailleurs pour titre " Loi sur la constitution d'un bien de famille insaisissable "[3]. Le mécanisme du bien de famille, inspiré du *Homestead* texan[4] a par ailleurs suscité un certain nombre d'oppositions lors de son introduction. Les plus pertinentes ne furent d'ailleurs pas vraiment surmontées[5].

Plaçant le débat sur le terrain de la technique juridique, certains estimèrent que l'insaisissabilité bouleversait " les notions admises depuis le droit romain jusqu'à nos jours. Cette idée qu'un homme abdique ainsi toute capacité de *disposer* (nous soulignons), qu'il se met au rang des faillis, des incapables, c'est ce qu'aucun jurisconsulte ne saurait admettre. C'est la négation du droit " d'user et d'abuser " qui est l'essence de la propriété "[6]. A cela il fut répondu que " l'insaisissabilité n'est pas une innovation dans notre régime juridique (...) "[7] et le parallèle fut établi avec de nombreuses insaisissabilités légales et les clauses d'insaisissabilité contenues dans les libéralités.

Il est donc certain que l'insaisissabilité établie alors à l'égard des créanciers postérieurs ne différait en aucun point de celles que nous connaissons aujourd'hui. La qualification d'insaisissabilité ne semble donc pas pouvoir être écartée.

---

[1] Sur laquelle, voir *D.P.*, 1910, 4, p. 1 & suiv., et *supra* n° 644.
[2] *D.P.*, 1910, 4, p. 47 & suiv.
[3] *D.P.*, 1910, 4, p. 1 & suiv., spéc. p. 1.
[4] Voir sur ce point les extraits de l'exposé des motifs de la Loi du 12 juillet 1910, *D.P.*, 1910, 4, p. 1 & suiv., spéc. n° 4 p. 2 *in fine*.
[5] On relèvera ainsi une mise en garde que le Doyen CARBONNIER n'eut sans doute pas renié, B. TERRAT, Du régime de la Propriété dans le Code civil, *Livre du centenaire*, Dalloz, réédition, 2004, p. 327 & suiv., spéc. 343 & 344, à propos du régime de la propriété mobilière, l'auteur relève justement que " (...) la même règle amène parfois des effets complètement différents, selon les époques et la situation économique d'un pays." Il relève en outre de façon prémonitoire quelques lignes plus loin, à propos des institutions étrangères voisines du *Homestead* : " Il y aurait témérité à escompter les résultats qu'elles produiraient en France par ceux que l'on entrevoit à peine dans les pays où elles fonctionnent. "
[6] *D.P.*, 1910, *loc. cit.*, n° 3, p. 2. On ne peut s'empêcher de relever qu'à l'époque le droit romain avait encore droit de cité devant la représentation nationale. Il est vrai cependant qu'il constitua en l'espèce un argument à caractère historique présenté contre un projet dont la vocation sociale est ostensiblement, et non sans un certain lyrisme, vantée par les défenseurs de la proposition de la loi. Sur le fond, l'objection présentée établit un parallèle assez déroutant entre la capacité de disposer et l'article 544 du Code civil. Cela reste éminemment contestable au regard du droit positif, la première opérant indubitablement en amont. En outre, historiquement, il est inexact de prêter aux jurisconsultes romains le souhait de garantir à tout homme sa pleine capacité juridique. Sauf rares exceptions, seul le *pater familias* était un *sui iuris*, ce que sacrifiant à l'anachronisme nous pourrions imparfaitement traduire par juridiquement pleinement capable, à l'exception des autres membres de la famille, *alieni iuris*, et à un stade encore moindre les esclaves. Encore fallait-il que les uns et les autres soient de " vrais " romains et non point des pérégrins ou des barbares ! Sur ces questions, voir J-Ph. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis, Dalloz, 1ère édition, 2002, n° 172 & suiv., p. 205.
[7] *D.P.*, 1910, *loc. cit.*, n° 3, p. 2.

763. C'est donc en ayant parfaitement conscience de ce qu'était une insaisissabilité que le législateur de 1909 a réglementé le bien de famille. Celui-ci se devait d'être institué par devant notaire[1]. A partir de cette date courait un délai de deux mois durant lequel le projet devait faire l'objet d'une publicité " au moyen de placards manuscrits apposés sans procès-verbal d'huissier à la justice de paix et à la mairie de la commune où les biens sont situés "[2] et d'un avis " inséré par deux fois, à quinze jours d'intervalle dans un journal du département recevant les annonces légales "[3]. Durant ce délai les créanciers disposant de privilèges ou d'hypothèques pouvaient inscrire leurs droits, ceux-ci rendant impossible la constitution du bien de famille[4].

Il était en outre possible aux créanciers chirographaires de former opposition à l'institution du bien de famille[5]. En principe, il n'était pas possible de surmonter cette opposition, ce qui les plaçait dans une situation analogue à celles des créanciers munis de sûretés réelles portant sur le bien en cause[6]. Ce n'est ni plus ni moins qu'une procédure de déclaration des créances qui était établie, toute créance, privilégiée ou non, faisant obstacle à l'institution du bien de famille. C'est à ce stade qu'apparaît le plus nettement la distinction entre les créanciers antérieurs soumis à cette procédure de déclaration et les créanciers postérieurs. Ceux qui durant ce délai de deux mois n'ont pu se manifester car ils n'étaient pas encore créanciers sont évidemment ceux qui souffriront l'insaisissabilité.

764. Ce délai écoulé, sur requête du notaire rédacteur, le juge de paix compétent devait homologuer l'acte instituant le bien de famille si toutes ces conditions de constitution étaient satisfaites[7]. A l'issue de cette procédure, l'acte faisait l'objet d'une transcription au registre des hypothèques[8] à peine de nullité[9].

---

[1] Articles 1 & suiv. du Décret du 26 mars 1910, *D.P.*, 1910, 4, p. 47 & suiv.
[2] Article 6 al. 3 de la Loi du 12 juillet 1909.
[3] Article 6 al. 4 de la Loi du 12 juillet 1909.
[4] Article 5 de la Loi du 12 juillet 1909.
[5] Article 7 *in fine* de la Loi du 12 juillet 1909.
[6] Voir en ce sens, le rappel de l'exposé des motifs, *D.P.*, 1910, 4, p. 1 suiv., spéc. p. 7.
[7] Sur lesquelles, voir l'article 8 de la Loi du 12 juillet 1909.
[8] Article 9 de la Loi du 12 juillet 1909 et 35 al.1-2° du Décret 55-22 du 4 janvier 1955.
[9] La sanction du défaut de transcription démontre l'importance que revêtait alors l'information des créanciers postérieurs pour le législateur. Ceux-ci souffraient une insaisissabilité dont la transcription les avait forcément avertis. Cette nécessité de l'information des créanciers et du respect de leurs droits est omniprésente dans l'exposé des motifs : l'institution du bien de famille fut établie " dans ces conditions telles qu'aucun droit acquis ne puisse être lésé. (...) le projet respecte les droits des créanciers chirographaires. Il prescrit une publicité suffisante pour que tous puissent s'y opposer. Quant aux créanciers postérieurs, ils ont le moyen de connaître la situation juridique de l'immeuble appartenant à celui avec lequel ils contractent " grâce au mécanisme de la transcription. A la réflexion il n'est pas certain que ce vœu pieux ait été totalement satisfait. D'une part, toute publicité légale repose sur une présomption de connaissance qui pallie, heureusement, son ineffectivité pratique chronique. Rares sont les

765. L'existence de ces formalités de publicité et la nécessité d'une homologation judiciaire révèlent que le caractère grave de l'insaisissabilité n'a pas échappé au législateur. Paradoxalement, les effets exacts de cette insaisissabilité ne sont nullement détaillés dans les dispositions en cause, comme si ces derniers étaient évidents. Il est simplement précisé qu'à partir de la transcription le bien de famille et ses fruits sont insaisissables, même en cas de faillite ou de liquidation judiciaire[1].

A l'égard des créanciers postérieurs le bien de famille est donc indubitablement[2] insaisissable. Le constat est à peine différent en ce qui concerne la déclaration notariée d'insaisissabilité des droits sur un immeuble notamment ceux par lesquels un entrepreneur individuel assure sa résidence principale.

b) L'insaisissabilité avérée de la résidence principale et des biens immobiliers de l'entrepreneur individuel

766. Introduite aux articles L. 526-1 & suiv. C.com. par la loi du 1er août 2003, la déclaration notariée d'insaisissabilité est malheureusement bien moins réglementée que l'institution du bien de famille ne le fut[3]. On relèvera pour commencer que l'insaisissabilité n'est pas mieux définie en 2003 qu'en 1909, le législateur s'étant contenté d'affirmer à l'article L. 526-1 C.com. que la déclaration notariée rend insaisissable les droits en cause et qu'elle n'a d'effet après publication qu'à l'égard des créanciers dont la créance est née postérieurement à la déclaration, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant. Il

---

créanciers réduisant leurs loisirs à la lecture des annonces légales, encore plus rares sont ceux qui délaissent la lecture de celles-ci pour consulter les panneaux d'affichage des mairies ou des tribunaux... D'autre part, pour que la fiction d'une information parfaite des créanciers puisse être valable, il aurait fallu que tous les créanciers antérieurs à la prise d'effet de l'insaisissabilité puissent s'opposer à l'institution du bien de famille. Or techniquement cela semble impossible pour une raison simple. Les créanciers ne sont autorisés à former opposition que dans un délai de deux mois à compter de la rédaction de l'acte par un notaire. Pourtant l'insaisissabilité ne prendra effet qu'à la date de sa transcription qui intervient après que l'homologation a eu lieu. Celle-ci est notifiée dans un délai de huit jours au notaire rédacteur (article 8 du Décret du 26 mars 1910), court alors un délai de trente jours pour demander la transcription (article 9 de la Loi du 12 juillet 1909). Durant ces trente-huit jours depuis la fin du délai de deux mois, aucune opposition ne peut plus être formée alors que des créances peuvent fort bien naître ou des inscriptions hypothécaires être requises. Le sort de ces créanciers intermédiaires semble mystérieux, ils n'ont pas pu faire valoir leurs droits en raison de la forclusion du délai de deux mois mais ils ne sont pourtant pas informés de l'insaisissabilité puisque la transcription n'a pas eu lieu ! Il eut sans doute été préférable que les effets de la transcription rétroagissent à la fin du délai du deux mois pour éviter toute incertitude concernant le sort de ces créanciers intermédiaires.

[1] Article 10 de la Loi du 12 juillet 1909.

[2] Le législateur de 1909 établit pourtant une exception concernant les fruits issus du bien de famille, saisissables seulement par certains créanciers.

[3] Fr. PEROCHON, Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence..., *Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 409 & suiv., spéc. p. 410, note 1.

semblerait que l'évidence des effets de l'insaisissabilité ne soit pas moins certaine en 2003 puisqu'aucune autre précision ne figure dans la loi.

767. Le législateur, comme en 1909, a néanmoins tenté de réglementer précisément la publicité de l'insaisissabilité. Ainsi cette déclaration doit-elle être rédigée en la forme authentique à peine de nullité[1]. Comme pour le bien de famille l'exigence d'un acte notarié, qui confère un caractère solennel à la déclaration d'insaisissabilité, démontre que le législateur n'a pas entendu traiter cette déclaration comme un acte banal[2]. La déclaration notariée doit contenir un certain nombre de mentions permettant de d'identifier précisément ces droits par lesquels l'entrepreneur assure sa résidence principale.

Il faut ainsi relever que les locaux d'habitation ou non dans lesquels l'entrepreneur exerce aussi sa profession doivent faire l'objet d'une identification précise grâce à un état descriptif de division[3]. La nature des droits rendus insaisissables doit évidemment être connue précisément afin que les créanciers postérieurs soient correctement informés de l'étendue exacte de l'actif patrimonial saisissable de leur débiteur. L'identification précise de l'objet de ces droits, l'immeuble en cause, rend possible la publication de la déclaration d'insaisissabilité au bureau des hypothèques.

La date de cette publication semble fondamentale puisque selon l'article L. 526-1 al. 1 C.com. la déclaration d'insaisissabilité n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent, postérieurement à la publication, à l'occasion de l'activité professionnelle du débiteur.

768. La publication au Bureau des hypothèques est donc requise par les articles L. 526-1 al.1 et L. 526-2 al. 1 C.com. Au regard des règles régissant la publicité foncière, elle a lieu sur le fondement de l'article 35-8° du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955[4]. Cette disposition prévoit

---

[1] Article L. 526-2 al. 1 *in limine* C.com.

[2] Voir *supra* n° 763. En revanche, c'est l'absence de transcription de l'institution du bien de famille qui était sanctionnée par la nullité tandis que le législateur en 2003 a établi cette sanction au stade de la constitution de la déclaration notariée. Il semble délicat de justifier ce formalisme autrement que par la gravité de l'insaisissabilité. Pour une élimination systématique de toutes les justifications parlementaires de cette nullité, voir Fr. VAUVILLE, La déclaration notariée d'insaisissabilité, *Defrénois*, 2003, n° 37813, p. 1197 & suiv., spéc. p. 1201.

[3] Article L. 526-1 al. 2 C.com. Cette hypothèse risque de soulever d'importantes difficultés d'application dans la mesure où en cas de saisie des locaux professionnels, l'état descriptif perdra son caractère descriptif. La cohabitation entre un éventuel acquéreur des locaux professionnels et le bénéficiaire de l'insaisissabilité des locaux d'habitation risque d'être houleuse. Voir sur ce point, Fr. VAUVILLE, La déclaration notariée d'insaisissabilité, *Defrénois*, 2003, n° 37813, p. 1197 & suiv., spéc. p. 1204.

[4] Une instruction du 11 mars 2004 relative à la publicité foncière précise que les règles de la publicité foncière s'appliquent à la déclaration notariée d'insaisissabilité par le truchement de l'article 35-8° du Décret du 4 janvier 1955, B.O.I., 10 D-1-04, *Defrénois*, 2004, n° 37971, p. 906.

que " sont publiés au bureau des hypothèques (...) et produisent, vis à vis des parties et des tiers, les effets prévus par les dispositions spéciales qui les régissent : (...) les actes (...) dont la publication est prescrite par des dispositions législatives particulières. " Les articles L. 526-1 & suiv. C.com. qui prescrivent la publicité des déclarations d'insaisissabilité doivent donc déterminer les effets de cette dernière. Ce renvoi aux textes instituant la déclaration d'insaisissabilité n'est pourtant pas dénué d'ambiguïté[1].

769. En effet la publicité foncière n'est pas la seule mesure de publicité de la déclaration notariée d'insaisissabilité. Ainsi l'article L. 526-2 al. 2 & suiv. C.com dispose que la déclaration d'insaisissabilité doit être l'objet d'une mention en marge du registre de publicité légale à caractère professionnel auquel l'auteur de la déclaration est immatriculé. A défaut de registre professionnel auquel l'auteur soit inscrit, un extrait de la déclaration d'insaisissabilité doit être publié dans un journal d'annonces légales du département dans lequel l'auteur de la déclaration exerce son activité professionnelle[2].

Si la publication au Bureau des hypothèques détermine la date à partir de laquelle les créanciers de l'auteur de la déclaration seront des créanciers " postérieurs ", la question de la coordination entre les différentes mesures de publicité est loin d'être résolue par les articles L. 526-1 & suiv. C.com.[3]. En effet, à propos de la publicité dans un journal d'annonces

---

[1] Voir sur ce point, M-H. MONSERIE-BON, L'insaisissabilité de la résidence principale : ordre et désordre dans le rôle de la publicité, *Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 387 & suiv.

[2] En précisant que la publicité doit avoir lieu dans le département où l'auteur de la déclaration exerce son activité professionnelle, le législateur a sans doute voulu éviter que l'entrepreneur non inscrit sur un registre professionnel qui exerce son activité dans un département distinct de celui dans lequel il réside se contente de satisfaire aux exigences de publicité en publiant un extrait de la déclaration dans un journal de son département de résidence. Ce dernier n'a aucune chance d'être lu par les créanciers de cet entrepreneur qui ne consultent que le journal d'annonces légales du département dans lequel l'entrepreneur exerce son activité, celui-là même dans lequel ces créanciers exercent leur propre activité. La mesure est louable même si elle contribue à obscurcir le rôle qu'a entendu conférer le législateur à la publicité dans un journal d'annonces légales. Il semble qu'ici le législateur a opté pour une information effective des créanciers professionnels. On peut douter de ce que celle-ci soit réalisée par le biais d'un journal d'annonces légales. Par ailleurs, pour que cette information soit efficiente, encore faudrait-il que le choix du journal d'annonces légales ne soit pas laissé à la libre appréciation de l'auteur de la déclaration. Dans cette hypothèse, il lui serait très facile de publier un extrait de sa déclaration dans un journal d'annonces légales quelconque. Pour cette raison, il est préférable, malgré le silence de la loi sur ce point, que les formalités de publicité dans le journal d'annonces légales soient confiées au notaire rédacteur dont la probité peut moins facilement être contestée. On ne peut donc que regretter que l'accomplissement de cette formalité ne compte pas au nombre des obligations du notaire rédacteur. Voir sur ce point, M-H. MONSERIE-BON, L'insaisissabilité de la résidence principale : ordre et désordre dans le rôle de la publicité, *op. cit.*, p. 387 & suiv., spéc. p. 391, comp. D. AUTEM, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *Defrénois*, 2004, n° 37890, p. 327 & suiv., spéc. n° 21, p. 337.

[3] M-H. MONSERIE-BON, L'insaisissabilité de la résidence principale : ordre et désordre dans le rôle de la publicité, *op. cit.*, 2004, p. 387 & suiv., spéc. p. 392 & suiv. Voir en outre, regrettant l'ineffectivité de la publicité quant à l'information des créanciers d'un débiteur non inscrit sur un registre professionnel, Fr. PEROCHON, La

légales, l'article L. 526-2 al. 3 C.com. dispose que l'accomplissement de cette mesure conditionne le bénéfice pour l'auteur de la déclaration de l'insaisissabilité. Cette dernière formalité présente donc un caractère constitutif qu'une interprétation rigoureuse de l'aliéna deux de l'article L. 526-2 C.com. interdirait de déceler à propos de la mention de l'insaisissabilité sur un registre de publicité légale à caractère professionnel. Il faut pourtant délaisser ici la lettre de la loi pour défendre une interprétation unitaire de ces mesures de publicité. Elles présentent un caractère constitutif : leur accomplissement conditionne l'effectivité de l'insaisissabilité[1].

770. Mais là encore, une fois déterminé le rôle de ces mesures de publicité, toutes les difficultés résultant de l'imprécision des articles L. 526-1 & suiv. C.com. ne sont pas résolues pour autant. L'importance de ces mesures de publicité nécessite certes que chacune d'entre elles soit satisfaite mais le législateur n'a pas daigné établir l'ordre dans lequel ces dernières devaient être réalisées.

En pratique, il est probable que toutes ces mesures soient effectuées dans un délai très bref de façon à garantir à l'auteur de la déclaration que l'insaisissabilité interviendra au plus vite. Pourtant, il pourrait advenir que les mesures de publicité foncière soient effectuées avant que la publication au registre professionnel ou la publication dans un journal d'annonces légales ne soient effectuées. Durant ce laps de temps, les créances dont l'auteur deviendra le débiteur auront la particularité de ne point permettre la saisie de la résidence principale conformément à l'article L. 526-1 al. 1 C.com. tandis que les créanciers n'auront pu recevoir aucune information effective quant à l'existence de l'insaisissabilité. Cela est d'autant plus vrai que les journaux d'annonces légales ne sont pas tous des quotidiens.

771. En dépit de cette incertitude, dès l'accomplissement cumulatif des deux mesures de publicité requises, les droits par lesquels l'entrepreneur individuel assure sa résidence principale sont insaisissables à l'égard des créanciers dont la créance naîtra postérieurement à l'accomplissement de ces formalités. Cela suggère en définitive deux remarques.

D'une part, l'existence de mesures de publicité, comme pour l'institution du bien de famille[2], démontre que le législateur n'a pas douté de la radicalité du mécanisme instauré d'où ses

---

renonciation à l'insaisissabilité de la résidence..., *Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 409 & suiv., spéc. p. 418, n° 19.

[1] Voir en ce sens, M-H. MONSERIE-BON, L'insaisissabilité de la résidence principale : ordre et désordre dans le rôle de la publicité, *op. cit.*, p. 394.

[2] Voir *supra* n° 764.

tentatives maladroites d'assurer une publicité effective de la déclaration notariée d'insaisissabilité.

D'autre part, on relèvera que les effets de l'insaisissabilité ne sont pas mieux définis que dans la loi du 12 juillet 1909 portant institution d'un bien de famille. Pourtant, le législateur a pris soin de préciser que l'insaisissabilité en cause frappait des droits immobiliers et notamment ceux par lesquels l'entrepreneur assure sa résidence principale[1]. La formulation retenue par le législateur est en tout point conforme à l'analyse proposée de l'insaisissabilité : celle-ci interdit seulement la saisie des biens du débiteur, qui sont les droits figurant à l'actif de son patrimoine. L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur se présente donc comme une véritable insaisissabilité : elle interdit la saisie d'un bien du débiteur, le droit par lequel il assure sa résidence principale.

772. Cette insaisissabilité ne concerne *a priori* que des créanciers postérieurs mais la détermination exacte de ceux-ci est beaucoup moins évidente que l'emploi du qualificatif " postérieur " ne le laissait entendre.

2) Une insaisissabilité limitée

773. L'insaisissabilité du bien de famille et celle des droits immobiliers ayant fait l'objet d'une déclaration notariée d'insaisissabilité ont pour particularité de pouvoir[2] intervenir sur un bien déjà approprié. Pour cette raison, il importe de distinguer dans les deux cas, les créanciers antérieurs à l'insaisissabilité et ceux dont la créance est née alors que l'insaisissabilité produisait déjà ses effets. Cette caractéristique commune aux deux institutions impose de déterminer précisément les créances nées postérieurement à l'insaisissabilité.

Mais cette définition n'est pas suffisante en ce qui concerne l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuelle puisque celle-ci a pour particularité de ne s'appliquer qu'aux créanciers postérieurs *et* professionnels de l'auteur de la déclaration.

Une fois cette notion de créance professionnelle précisée (a), il sera possible de définir précisément ces créances postérieures que l'on rencontre aussi bien en présence d'une déclaration notariée d'insaisissabilité que d'un bien de famille (b)

---

[1] Sur lesquels, voir *supra* n° 645.

[2] Il ne s'agit en effet que d'une possibilité puisque dans un cas comme dans l'autre, il est loisible aux intéressés d'établir cette insaisissabilité dès le moment de l'appropriation d'un bien. Voir sur ce point, *supra* n° 740 & suiv.

a) Les créances professionnelles

774. L'article L. 526-1 C.com. dispose que la déclaration notariée d'insaisissabilité n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent postérieurement à la publication de la déclaration, à l'occasion de l'activité professionnelle du débiteur. Il a été relevé que cette catégorie semblait " ouverte "[1]. Cela semble difficilement contestable et plusieurs auteurs ont relevé l'absence de précisions fournies par le législateur quant au sens de cette disposition[2]. Dans la plupart des cas, il ne sera guère possible de reprocher ses imprécisions au législateur dans la mesure où le caractère professionnel de la créance ne sera pas douteux.

Ainsi une créance de prix résultant de l'achat par un entrepreneur individuel de matériaux nécessaires à son activité présentera forcément un caractère professionnel. En revanche, la possibilité de recourir à l'insaisissabilité offerte par le législateur à toute personne physique exerçant une activité agricole ou indépendante fait craindre, en l'absence d'exigences comptables particulières, qu'un certain nombre de créances ressortissent indissociablement de l'une et de l'autre catégorie[3].

775. Si l'imprécision du législateur peut parfois être perçue comme regrettable[4], il ne faut point s'affliger de la grande liberté d'interprétation qu'elle laisse au juge. Celui-ci recourra sans doute à l'analogie de façon à déterminer ces fameuses créances professionnelles de la même manière qu'il le fait déjà dans d'autres domaines.

Ainsi a-t-il été proposé que le juge s'inspire de la distinction entre le professionnel et le consommateur dont la mise en œuvre détermine bien souvent l'applicabilité du droit de la consommation[5]. En l'absence de jurisprudence certaine en la matière et compte tenu du caractère récent des dispositions commentées, on peut se borner à formuler un souhait tout en émettant une crainte.

---

[1] L. GROSCLAUDE, Voyage au centre de la Terre - A propos de l'insaisissabilité des droits sur la résidence principale, *Dr. fam.*, 2004, Chr., n° 1, p. 4 & suiv., spéc. p. 4

[2] Voir par exemple, Fr. VAUVILLE, La déclaration notariée d'insaisissabilité, *Defrénois*, 2003, n° 37813, p. 1197 & suiv., spéc. p. 1204.

[3] Voir sur ce point, Fr. VAUVILLE, La déclaration notariée d'insaisissabilité, *Defrénois*, 2003, n° 37813, p. 1197 & suiv, spéc. p. 1204, n° 16.

[4] Voir sur ce point les observations critiques de L. WILLIATE-PELLITTERI, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel résultant de la loi du 1er août 2003 : la boîte de Pandore du monde des affaires ?, *P.A.*, 9 août 2004, p. 3 & suiv., spéc. n° 7 & suiv.

[5] D. AUTEM, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *Defrénois*, 2004, n° 37890, p. 327 & suiv., spéc. p. 345, n° 41.

776. Il faut d'abord souhaiter que le juge auquel il appartiendra de délimiter cette notion de créances professionnelles évite de lui reconnaître un champ d'application trop restreint. Il semble préférable que ce soit le bénéficiaire de la déclaration qui profite du doute quant au caractère professionnel de la créance[1]. Deux séries de justifications peuvent en être fournies.

D'une part, en considération de la très faible réception du bien de famille en raison de ce que le montant maximal de ce dernier était devenu ridicule compte tenu de l'inflation[2], il faut souhaiter que l'intérêt pratique de la déclaration notariée d'insaisissabilité soit largement garanti.

D'autre part, récompenser ceux qui auront recouru à la déclaration notariée d'insaisissabilité est d'autant plus nécessaire qu'une telle institution est censée présenter un certain nombre d'intérêts macro-économiques : elle favoriserait l'entreprise individuelle. Il ne semble donc pas nécessaire de succomber au chant des sirènes du crédit qui s'affligent de l'érosion des droits des créanciers. En effet, jusqu'à preuve du contraire, la déclaration notariée d'insaisissabilité est réservée à celui qui exerce une activité professionnelle, il n'y a donc pas à craindre qu'elle ruine le précieux crédit du consommateur.

En outre, il semble que le péril pour le crédit que constituerait la déclaration notariée d'insaisissabilité est bien surestimé s'il peut dégrader la situation des créanciers au point de leur faire oublier les multiples déconvenues qu'ils subissaient déjà avant.

777. On peut ensuite craindre que l'équilibre présidant à la détermination des créanciers professionnels soit délicat à trouver. Dans un premier temps, il est fort probable que cette catégorie sera complétée de façon casuistique et les défenseurs de la sécurité juridique ne manqueront pas de le regretter. Il semble que la casuistique qui présidera dans la matière ne mérite pas une accusation aussi mal fondée.

D'une part, la casuistique n'est qu'une étape dans la formation d'une catégorie, et tôt ou tard, si ce n'est déjà fait[3], des critères fiables de la " créance professionnelle " seront élaborés. Par ailleurs, il nous semble que le juge est bien plus en mesure de garantir la justice à l'occasion d'un procès, qu'un législateur, épris d'énumérations forcément lacunaires des créances professionnelles, ne le serait de la sécurité juridique.

---

[1] Voir, envisageant cette possibilité, Fr. PEROCHON, La renonciation à l'insaisissabilité de la résidence..., *Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 409 & suiv., spéc. p. 414, note n° 3.

[2] Ce montant, dont on rappelle qu'il est celui d'un bien immobilier est aujourd'hui de 7622, 45 euros, M. BOUDOT, *Rep. civ.*, Dalloz, 2002, *V°* Bien de famille, n° 4.

[3] Pour une proposition de détermination de cette catégorie professionnelle, voir : D. AUTEM, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *Defrénois*, 2004, n° 37890, p. 327 & suiv., spéc. p. 345, n° 41.

778. La détermination des créances professionnelles reste donc une question en devenir dont il semble difficile de pronostiquer l'évolution tant le juge la marquera de son empreinte. En revanche, il ne semble pas impossible de proposer une définition des créances postérieures.

b) Les créances postérieures

779. La plupart des commentateurs des articles L. 526-1 & suiv. C.com. ont relevé que la distinction entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs à l'insaisissabilité risquait de remettre sur l'ouvrage la délicate question de la date de naissance des créances[1]. La question ne se posait pas avec moins d'acuité en ce qui concerne l'insaisissabilité du bien de famille même si elle ne semble pas avoir été envisagée expressément[2].

780. Il n'est pas question ici de prétendre trancher cette redoutable question théorique. Il faut en revanche l'envisager très restrictivement du seul point de vue de l'insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié.

Il va donc simplement s'agir d'élaborer un critère permettant de qualifier certains créanciers de " postérieurs " en présence d'une insaisissabilité établie sur un bien en cours d'appropriation. Dans cette optique, il est préférable de débuter notre réflexion par l'étude des cas les plus simples, dans lesquels la date de " naissance " de la créance n'est pas douteuse afin d'en tirer les enseignements nécessaires à la résolution de cas plus complexes[3]. La question de la date de naissance de la créance ne sera donc pas abordée de front mais simplement de façon annexe lorsque la complexité des situations envisagées l'exigera. Plus que la date de la créance, c'est la qualification de créance antérieure en présence d'une insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié qu'il importe de préciser.

Il convient donc de déterminer un critère efficace des créances antérieures en s'appuyant sur des hypothèses dans lesquelles cette qualification est certaine (i), avant de mettre en œuvre celui-ci dans des hypothèses plus complexes (ii).

---

[1] Voir par exemple, Fr. VAUVILLE, La déclaration notariée d'insaisissabilité, *loc. cit.*, spéc. n° 13 & 14, p. 1203.

[2] Voir l'article 10 de la Loi du 12 juillet 1909 : " A partir de la transcription, le bien de famille ainsi que ses fruits sont insaisissables, même en cas de faillite ou de liquidation judiciaire; il n'est fait exception qu'en faveur des créanciers *antérieurs* (...). "

[3] Cette méthode dont nous nous réclamons peut sans doute voir la mise en œuvre forcément imparfaite que nous en proposons contestée. Nous doutons cependant que son principe même puisse être contesté tant l'objectivité à laquelle elle tend, demeure un objectif idéal et préalable à toute étude. Voir sur ce point : A. KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Collection Tel, Gallimard, 1981, réimpr. 2007, p. 10.

(i) La détermination d'un critère de qualification des créances postérieures

781. Pour déterminer ce qu'il faut entendre par naissance de la créance dans le cadre d'une insaisissabilité portant sur un bien déjà approprié, il est possible de procéder par voie de comparaison. Il va s'agir ici d'envisager différentes hypothèses dans lesquelles la qualification de créance postérieure pourrait être discutée. Il sera alors possible d'inférer solutions retenues les critères de la qualification de créance postérieure. En premier lieu, il convient de vérifier qu'une créance postérieure ne s'entend pas d'une créance devenue exigible après l'établissement de l'insaisissabilité. Il faut donc vérifier ici qu'une créance non encore exigible à la date de l'insaisissabilité n'est pas pour autant une créance postérieure.

Il est un cas évident dans lequel une créance existe sans qu'elle soit exigible : il s'agit de la créance assortie d'un terme suspensif[1]. Prenons alors le cas de deux créances résultant d'un même contrat mais dont l'une seulement est affectée d'un terme suspensif. Il serait pour le moins surprenant que la créance affectée du terme suspensif soit, en raison d'une simple modalité[2], traitée distinctement d'une créance née exactement à la même date[3].

C'est pour cette raison qu'il a été affirmé que les créanciers postérieurs n'étaient pas ceux dont la créance est devenue exigible après l'établissement de l'insaisissabilité[4], ils sont ceux dont la créance est " née " après l'établissement de l'insaisissabilité.

782. L'indifférence du caractère exigible de la créance ne doit pas surprendre. En effet, le terme suspensif, souvent conventionnel, suspend simplement à la survenance d'un évènement certain l'exécution de la créance[5]. Avant la survenance de cet évènement certain, aucune procédure civile d'exécution ne peut être diligentée par le créancier[6].

---

[1] Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, p. 1145, n° 1199 : " lorsque le terme est suspensif, l'obligation reste, précisément, en suspens et ne devient exigible qu'avec l'arrivée du terme. "

[2] Voir qualifiant le terme de modalité de l'obligation, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, p. 1143, n° 1198. Cette qualification est loin d'être anodine dans la mesure où une simple modalité de l'obligation, le terme suspensif, ne saurait avoir des effets si radicaux qu'il soit nécessaire d'opposer en toute hypothèse une créance assortie de cette modalité à une créance qui ne l'est pas.

[3] Nos développements restent évidemment limités à l'hypothèse d'une insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié.

[4] Voir en ce sens, D. AUTEM, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *Defrénois*, 2004, n° 37890, p. 327 & suiv., spéc. p. 345 *in fine* & 346.

[5] L'exécution spontanée de la part du débiteur demeure possible avant l'échéance du terme mais elle ne peut donner lieu à répétition ainsi que l'affirme l'article 1186 C.civ.

[6] Voir en ce sens, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 1153, n° 1209, " Seule l'exécution ne peut être exigée tant que le terme suspensif n'est pas échu. " L'article 1186 C.civ. n'en dispose pas autrement. Voir de même, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 297, n° 286: " Il ne peut être procédé à une mesure d'exécution forcée qu'à partir du moment où la créance, cause de

En revanche, la survenance du terme étant certaine, il ne peut subsister aucun doute quant à l'exécution future de la créance par le débiteur. La sécurité du créancier serait donc ruinée si une déclaration d'insaisissabilité venait le priver de son droit de saisir avant l'échéance du terme[1].

783. Il est une autre hypothèse dans laquelle on pourrait hésiter à retenir la qualification de créance postérieure, lorsque la créance en cause est affectée d'une condition suspensive. Elle se définit en principe comme " un évènement futur mais incertain (...) auquel est subordonné la formation d'une obligation. (...) c'est l'existence même de l'obligation qui dépend de la condition, alors même que le terme n'affecte que sa durée ou le moment de son exigibilité "[2]. Lorsque l'évènement futur et incertain constituant la condition suspensive se produit après l'établissement de l'insaisissabilité, la créance en résultant est-elle une créance postérieure ? Cette question ne semble pas avoir été envisagée en doctrine. Elle n'est pourtant pas dénuée d'intérêt pratique puisqu'elle pourra parfaitement se poser à l'occasion de l'établissement d'une déclaration notariée d'insaisissabilité[3]. Deux réponses sont envisageables.

784. Premièrement, on pourrait prétendre ici que notre créance est une créance antérieure à l'insaisissabilité dans la mesure où avant l'établissement de l'insaisissabilité, il existait " un germe de créance "[4] qui a éclos lors de l'avènement de la condition suspensive. Bien que reposant sur une métaphore, cette proposition est loin d'être farfelue puisqu'on la cultive pour justifier de la saisissabilité des créances conditionnelles[5], avant même que la

---

la saisie est exigible. Il en résulte qu'une créance à terme ne peut donner lieu à une saisie aussi longtemps que le terme n'est pas venu à expiration. "

[1] Par ailleurs, si l'on suspendait l'efficacité de l'insaisissabilité à l'exigibilité de la créance, l'intérêt de l'insaisissabilité serait réduit puisque qu'elle ferait double emploi avec le terme suspensif tant que ce dernier n'est pas échu. Il semble plus cohérent de dissocier la qualité de créancier postérieur de la date d'exigibilité de la créance.

[2] Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, p. 1159, n° 1218. L'article 1181 C.civ. dispose quant à lui qu'une obligation sous condition suspensive dépend " ou d'un évènement futur et incertain, ou d'un évènement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties ".

[3] Articles L. 526-1 & suiv. C.com.

[4] Voir en ce sens, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, p. 1171, n° 1230.

[5] Voir sur ce point, les très instructifs développements consacrés à l'obligation conditionnelle : E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, réimp., 2004, p. 427 : " (...) si la créance n'est pas née avant que la condition ne soit réalisée, le créancier n'est pas dépourvu de tout droit. Il a un droit en germe, *un droit à ce que la condition puisse utilement se réaliser plus tard* (nous soulignons) ". On remarquera que ce fameux " droit en germe " n'est pas à proprement parler une anticipation sur l'obligation à naître mais un droit distinct, un droit à ce que la condition se réalise ultérieurement. De ce point de vue, on comprend que ce " droit " soit saisissable mais on comprend aussi parfaitement pourquoi à propos de la question qui nous intéresse, en matière d'insaisissabilité établie *a posteriori*, il n'y a pas lieu de se placer à un autre moment que celui auquel la condition suspensive se réalise ou défaille !

survenance de la condition ne survienne[1]. Si l'on s'appuie sur ce concept de germe des créances pour déterminer les créances antérieures à l'établissement de l'insaisissabilité, il faudrait alors en déduire que les créances antérieures sont celles qui résultent d'un germe de créance découvert avant l'établissement de l'insaisissabilité. Cette opinion aurait pour principal inconvénient de généraliser à toutes les créances une métaphore, le germe de créance, élaborée pour rendre compte de la situation particulière de la créance assortie d'une condition suspensive.

Cette généralisation est contestable. La métaphore en cause trahit une difficulté rencontrée par la doctrine pour solutionner le problème spécifique de la saisissabilité des créances assorties d'une condition suspensive. Il n'y a donc pas lieu de découvrir un germe de créance ailleurs que dans l'acte établissant la créance assortie d'une condition suspensive que l'on souhaite saisir[2].

Il faut répondre à la question posée autrement : si une créance est établie antérieurement à l'insaisissabilité alors que la condition suspensive assortissant cette créance est échue après l'insaisissabilité, la créance considérée est une créance postérieure.

En matière d'insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié, la créance assortie d'une condition suspensive naît donc au jour de la condition. Si la condition se réalise alors que l'insaisissabilité est déjà avérée, la créance en cause sera une créance postérieure à l'insaisissabilité.

785. La qualification de créance postérieure peut alors être aisément justifiée si l'on compare cette solution à celle qui avait été retenue à propos des créances affectées d'un terme

---

[1] La saisissabilité des créances conditionnelles est expressément prévue par l'article 13 de la Loi du 9 juillet 1991. En principe, bien que la naissance des créances affectées d'une condition suspensive soit retardée à la réalisation de la condition, on justifie la saisissabilité de ces dernières *pendente conditione* par le caractère rétroactif de la condition. Voir en ce sens, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 368, n° 354. II. Dans ces conditions, la saisie se présente comme une anticipation des effets consécutifs à la rétroactivité de la condition. Cette anticipation est d'autant plus hasardeuse que la condition est un évènement incertain. Cela heurte l'esprit dans la mesure où fonder la saisie de ces créances sur l'éventualité d'une rétroactivité future revient à nier qu'une créance conditionnelle existe. Puisque la métaphore, faute de mieux paraît de mise, il nous semble que la saisie d'une créance conditionnelle, sous cette justification par la rétroactivité, est en réalité une saisie qui frappe dans le vide. Lorsque la condition échoit, cette part de vide devient rétroactivement quelque chose que l'on a bien fait de saisir ! On pourrait en déduire qu'isoler une part de vide est déjà s'approprier quelque chose, une créance conditionnelle n'est pas rien, elle constitue, faute de mieux, un " germe de créance ". Sur les ambiguïtés de la naissance des créances conditionnelles, voir S. TORCK, La date de naissance des créances en droit civil, *P.A.*, 9 novembre 2004, n° spéc., p. 25 & suiv., spéc. p. 27, n° 11.

[2] La solution contraire reviendrait à étendre artificiellement les difficultés que suscite l'obligation assortie d'une condition suspensive à toutes les créances. Si ces difficultés sont manifestes tant du coté des créances conditionnelles que des créances " simples ", plus rien ne distingue les créances conditionnelles, de ce point de vue, des créances " simples ". Cela revient donc à nier la spécificité des créances conditionnelles !

suspensif[1]. Il était alors apparu que la sécurité du créancier serait ruinée si, alors que l'exécution de sa créance était certaine, la stipulation de l'insaisissabilité venait contrecarrer toutes ses prévisions.

En présence d'une condition suspensive, un tel argument n'a plus lieu d'être. Tant que la condition n'est pas survenue, le créancier demeure dans l'incertitude car justement la condition est un évènement incertain. Par conséquent, *pendente conditione*, le créancier ne peut être certain de l'exécution future de la créance. Sa sécurité juridique n'est donc nullement atteinte si une déclaration d'insaisissabilité lui devient opposable dans la mesure où son droit de saisir demeure hypothétique.

La jurisprudence a d'ailleurs déjà eu l'occasion de préciser les conséquences résultant de l'incertitude quant à l'exécution d'une créance affectée d'une condition suspensive. Dans une décision du 18 décembre 1957[2], il a été affirmé que le titulaire d'une créance conditionnelle ne pouvait exercer l'action paulienne avant que la condition ne se réalise. On ne saurait s'en étonner dans la mesure où l'on traite l'action paulienne comme une garantie générale de l'exécution[3]. Avant que l'exécution ne soit certaine, il n'y a évidemment rien à garantir, ce que l'article 1181 al.2 C. civ. ne contredit pas puisqu'il y est disposé que l'obligation suspensive " ne peut être exécutée qu'après l'évènement ".

786. Du point de vue de l'insaisissabilité, une créance assortie d'un terme suspensif doit donc être considérée comme née avant l'échéance du terme tandis qu'une créance assortie d'une condition suspensive ne sera considérée comme née qu'au moment où la condition se réalise. Pour le créancier soumis à un terme suspensif, au jour de la conclusion de l'acte, absolument aucun doute n'existe quant à l'exécution future de la créance. Le terme étant un évènement certain, la créance sera forcément exécutée à une date plus ou moins proche. Au jour où la condition suspensive se réalise, la situation n'est pas différente, le créancier peut être certain

---

[1] Voir *supra* n° 782.

[2] Cass. Civ. 1ère, 18 décembre 1957, *Bull. civ.*, n° 499. A l'occasion de la cession du droit au bail d'un fonds de commerce, le cessionnaire, se prétendant créancier d'une obligation de délivrance ici affectée d'une condition suspensive, tentait d'exercer l'action paulienne contre le cédant qui n'avait pas obtenu le renouvellement du bail. La Cour de cassation relève alors que " l'action paulienne présentant le caractère d'un acte d'exécution et ne pouvant appartenir au créancier d'une obligation sous condition suspensive " et refuse sa demande. Cette solution peut se réclamer d'une interprétation stricte de l'article 1180 C.civ. qui dispose que " le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit ".

[3] Cette qualification mériterait peut-être d'être nuancée dans la mesure où une partie de la doctrine juge la solution rendue en 1957 trop restrictive. Voir en ce sens, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, p. 1116, n° 1170 et la note n° 2.

que la créance est exigible. En effet, à la date où la condition se réalise, l'incertitude quant à l'exécution de la créance qui régnait *pendente conditione* a disparu[1].

Du point de vue de l'insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié, il importe donc de réserver la qualification de créances postérieures aux créances ou aux " germes " de créance dont l'exécution n'est pas encore certaine lors de l'établissement de l'insaisissabilité.

787. Ce critère de la créance postérieure en matière d'insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié nécessite néanmoins une précision. Il est évident que les créanciers ne sont certains de l'exécution de leur créance que dans la mesure où de simples créanciers, chirographaires en l'absence de précision, peuvent l'être. Une créance demeure toujours une anticipation sur la modification future d'un état de fait[2]. Elle suppose donc toujours une certaine incertitude mais ce n'est pas cette incertitude-là qui sera le critère mis en œuvre pour déterminer les créances postérieures en présence d'une insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié.

(ii) La mise en œuvre d'un critère de qualification des créances postérieures

788. La date de naissance de la créance en présence d'une insaisissabilité *a posteriori* devait s'entendre comme la date à laquelle le créancier devient certain de l'exécution de la créance. La plupart du temps la naissance de la créance se déroule sans encombre, l'espace d'un seul instant, lorsque l'acte juridique dont elle résulte est conclu. Dans ces cas, la date à laquelle le créancier obtient la certitude de l'exécution demeure celle de la conclusion de l'acte juridique créateur de l'obligation du débiteur envers le créancier.

Cela est particulièrement évident en présence de contrats instantanés[3]. En présence de contrats instantanés, lorsqu'il s'agira de déterminer si le créancier est ou non un créancier postérieur à l'insaisissabilité, il suffira de comparer la date de conclusion du contrat et la date d'établissement de l'insaisissabilité. Le seul tempérament existant à ce principe résidera dans l'hypothèse particulière où ces contrats créeront, pour celui qui cherche à bénéficier de l'insaisissabilité d'un bien déjà approprié, une obligation assortie d'une condition suspensive.

---

[1] Rappelons qu'en principe, ce sont les évènements futurs et incertains qui sont érigés en condition. Voir en ce sens, Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, p. 1159, n° 1218.

[2] Sur la considération du futur, considération première des contractants, voir : H. LECUYER, Le contrat, acte de prévision, *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 643 & suiv., spéc. p. 643: " Que la volonté contractuelle soit tout entière tournée vers le futur n'est finalement qu'une illustration de la propension du droit à manier l'anticipation. "

[3] Sur lesquels, voir Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005, p. 81, n° 70.

789. En revanche, bien plus délicate sera la question de la date de la naissance de la créance, en présence d'une insaisissabilité portant sur un bien déjà approprié, lorsqu'il s'agira de " contrats qui supposent la durée "[1]. En présence de ces contrats, il faut donc déterminer la date à laquelle le créancier acquiert la certitude de l'exécution de sa créance[2]. Il semble alors qu'une distinction puisse être faite, *a priori*, au sein des " contrats qui supposent la durée ". Cette distinction n'est pas nouvelle, elle repose sur le caractère déterminé ou non de la durée du contrat[3].

La distinction entre les contrats à durée déterminée et les contrats à durée indéterminée est fondamentale puisque seuls les seconds laissent aux parties la possibilité de résilier unilatéralement le contrat[4].

790. Cette possibilité de résiliation unilatérale du contrat constitue un redoutable obstacle à l'acquisition par le créancier de la certitude quant à l'exécution de sa créance. En effet, cette faculté de résiliation unilatérale compromet sa qualité de créancier dès lors qu'elle peut intervenir à tout moment. Cette incertitude n'est point absolue dans la mesure où tant que le débiteur ne l'a pas exercée, le créancier demeure certain de l'exécution de sa créance. Tant que le débiteur exécute sa prestation, le créancier demeure créancier, c'est l'évidence même. Cela résulte de l'absence d'effet rétroactif de ce droit de résiliation unilatérale[5]. Par conséquent, le créancier demeure certain de l'exécution de sa créance tant que le débiteur ne se prévaut pas de son droit de résiliation unilatérale.

En général, lorsque l'exécution de cette obligation se poursuit sur une très longue durée, elle est divisée en fractions successives. Par exemple, les loyers payés par un locataire à l'occasion d'un bail à durée indéterminée sont en général payables par mois successifs d'occupation. Tant que le locataire n'a pas exercé son droit de résiliation unilatérale, le créancier reste donc créancier des loyers. L'absence d'exercice de cette faculté de résiliation unilatérale se manifeste pour le créancier, bailleur, par le fait que le locataire, débiteur des loyers, poursuit l'occupation du local. Or l'occupation du local correspond pour le bailleur à l'exécution d'une fraction de sa propre obligation de mise à disposition du local.

---

[1] Voir, employant cette expression, Ch. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat, Conditions de formation*, Droit civil, Tome III, 1ère Partie, Economica, 6ème édition, 2007, n° 204.

[2] Pour le rapprochement entre les créances à termes, les créances conditionnelles et les créances à exécutions successives, voir l'article 13 al.2 de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, qui affirme leur caractère saisissable.

[3] Ch. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat, Conditions de formation, op. cit.*, n° 207.

[4] Dans les contrats à durée indéterminée, cette faculté de résiliation unilatérale semble résulter de la prohibition des engagements perpétuels, voir en ce sens, Ch. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat, Conditions de formation, op. cit.*,, n° 208.

[5] Ch. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat, Conditions de formation, op. cit.*, n° 205 *in fine*.

Dès lors que l'exécution d'une de ces fractions d'obligations a débuté, le créancier peut être certain qu'il demeurera créancier de toute la fraction de loyers corrélative. Son incertitude ne renaîtra qu'à l'approche de l'échéance de cette fraction de l'obligation d'occupation, à la fin du mois pour un bailleur.

Par conséquent, en matière d'insaisissabilité, si la date de naissance de la créance peut s'entendre comme le moment auquel le créancier acquiert la certitude de l'exécution de la créance, on peut admettre qu'en raison de l'exécution des obligations par fractions successives, vis à vis de l'insaisissabilité[1], chaque fraction de l'obligation corrélative est traitée comme une créance distincte. En présence de contrats à durée indéterminée, l'opposabilité de l'insaisissabilité aux seuls créanciers postérieurs à celle-ci impose de sérier les fractions successives de l'obligation née du contrat duquel elles émanent, selon qu'elles se sont produites avant ou après l'établissement de l'insaisissabilité. Avant cette dernière, les fractions de créance sont traitées comme des créances antérieures, après l'établissement de l'insaisissabilité, il s'agit de créances postérieures qui ne permettent plus au créancier d'échapper à l'insaisissabilité.

791. Dans un contrat supposant la durée, mais une durée déterminée, la situation est forcément différente. Puisque la durée du contrat est limitée, aucun engagement perpétuel du débiteur n'est à craindre, il ne bénéficie donc pas du droit de résiliation unilatérale[2]. Mais puisque ce droit de résiliation unilatérale n'existe pas en principe dans les contrats à durée déterminée, au jour de la conclusion du contrat à durée déterminée, le créancier ne souffre aucune incertitude particulière. Il est d'ores et déjà certain que le débiteur exécutera ses obligations. A tout le moins, dans l'hypothèse classique où ce contrat à durée déterminée met à la charge du débiteur une simple obligation personnelle, son créancier, au jour de la conclusion de l'acte est aussi certain de l'exécution future de la créance qu'un simple créancier chirographaire peut l'être.

---

[1] Evidemment, cette analyse de la date de naissance de la créance ne vaut que pour autant que l'on envisage cette dernière sous l'angle de ses conséquences en matière d'insaisissabilité. Il n'est nullement question ici de prétendre que dans les contrats à exécution successive, chaque fraction de créance est dans l'absolu une créance autonome qui ne naît que lors de l'exécution de la contreprestation prévue. Voir pourtant, G. ENDREO, Fait générateur des créances et échanges économiques**,** *R.T.D.com.*, 1984, p. 224 & suiv., spéc. p. 231. Notre analyse n'est efficiente qu'en présence d'une insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié, l'étendre au delà de cette hypothèse conduit forcément à l'aporie. Si dans un bail d'habitation, la créance mensuelle de loyers naît de l'occupation mensuelle du local, comment peut donc bien naître la créance mensuelle d'occupation du local ? Voir en ce sens, Ch. LARROUMET, note sous Cass. Com., 7 décembre 2004, *D.*, 2005, J., p. 230 & suiv., spéc. n° 2.

[2] Voir en ce sens, Ch. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat, Conditions de formation*, Droit civil, Tome III, 1ère Partie, Economica, 6ème édition, 2007, n° 207.

A vrai dire, même si l'exécution de l'obligation du débiteur est divisée par commodité en fractions successives, cela n'a aucune incidence sur la certitude du créancier au jour de la conclusion de l'acte. La seule incertitude qui ne résulte pas déjà de la faiblesse de son droit de créance, le droit de résiliation unilatérale, est absente. Or, la certitude, relative, du créancier dans l'exécution de sa créance doit être tenue pour la définition qu'il faut retenir de l'expression " date de naissance de la créance " en présence d'une insaisissabilité frappant un bien déjà approprié. On peut donc en déduire qu'en présence d'un contrat à durée déterminée conclu avant l'établissement de cette insaisissabilité, les créances nées de ce contrat sont des créances antérieures.

792. A ce stade deux remarques s'imposent. Techniquement, l'opposition de traitement entre les créances nées des contrats à durée indéterminée et celles nées des contrats à durée déterminée repose sur la présence pour les premières, d'un droit de résiliation unilatérale. De ce droit de résiliation unilatérale naît l'incertitude du créancier quant l'exécution de sa créance, ce qui va conduire à considérer que cette créance est une créance postérieure à l'insaisissabilité.

Or l'étude du droit de résiliation unilatérale dépasse parfois la distinction entre les contrats selon que leur durée est déterminée ou non. Dans certains contrats à durée déterminée, les parties disposent d'un droit de résiliation unilatérale. C'est notamment le cas des contrats reposant sur une relation de confiance exacerbée lorsque la personne d'une partie est véritablement fondamentale pour l'autre. Il s'agit alors des contrats conclus *intuitu personae*[1].

Plus généralement, dans tous les contrats s'étalant dans la durée[2], lorsqu'existe un droit de résiliation unilatérale, il y a lieu d'étendre la conclusion que nous avons établie pour les contrats à durée indéterminée. L'incertitude, du point de vue du créancier, quant à l'exécution future de sa créance impose de traiter chaque fraction de la créance initiale comme une créance distincte pour déterminer celles de ces fractions de créances qui seront postérieures à l'établissement de l'insaisissabilité.

---

[1] Voir sur ce point, Ch. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat, Conditions de formation*, Droit civil, Tome III, 1ère Partie, Economica, 6ème édition, 2007, n° 207 : " (...) lorsque (...) le contrat est conclu *intuitu personae*, le rapport de confiance supposant qu'il puisse y être mis fin à tout moment, même si le contrat a été conclu pour une durée déterminée (...). "

[2] Il s'agit des contrats générant des créances à exécution successive si l'on accepte de reprendre ici une terminologie pourtant contestée. Sur la contestation de cette terminologie de " créance à exécution successive ", voir : M. BEHAR-TOUCHAIS, La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive, *P.A.*, 9 novembre 2004, p. 41 & suiv., spéc. p. 41, n° 3 et les références citées.

793. Par ailleurs, théoriquement, il faut souligner que la détermination des créances postérieures dans le cas d'une insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié ne nécessite pas de trancher définitivement le redoutable problème de la date de naissance des créances.

On pourrait alors nous reprocher d'avoir éludé cette délicate question en recourant à un artifice : définir de façon spécifique la date de naissance des créances en matière d'insaisissabilité comme le moment où, pour un observateur averti, il devient certain que le créancier obtiendra l'exécution de sa créance. Ces reproches ne sont pas mérités pour deux raisons.

D'une part, la question de la date des naissances des créances n'a pas été éludée puisqu'elle ne se posait pas ici dans les mêmes termes qu'ailleurs. Expliquons-nous.

Bien souvent la date de naissance de la créance est traitée comme une question théorique de première ampleur nécessaire à la résolution d'un problème pratique bien défini : quelles sont les conséquences de la cession de créances à exécution successive lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure collective[1] ? Les réponses théoriques que l'on apporte à ce problème sont pour une grande part déterminée par les enjeux pratiques de la question[2]. Entendons-nous bien, si l'on souhaite maintenir l'efficacité d'une cession de créances malgré une procédure collective, il faut évidemment considérer que la cession initiale concernait une seule créance dont l'exécution est fractionnée, ce contre quoi la procédure collective du cédant ne peut rien. La question que pose l'insaisissabilité des biens déjà appropriés est totalement distincte. Il s'agit simplement de savoir quelles sont les créances postérieures à l'insaisissabilité lorsque cette dernière est établie sur un bien déjà approprié. Cette question différente, bien délimitée, pouvait appeler une réponse circonstanciée indépendante[3] de la réponse à la question précédente.

---

[1] Voir, apaisant un certain nombre de tensions jurisprudentielles sur ce point, Cass. Ch. Mixte, 22 novembre 2002, *D.*, 2003, J., p. 445 & suiv., note Ch. LARROUMET. Sur le constat de l'instrumentalisation de cette question de la date de naissance des créances, voir : S. TORCK, La date de naissance des créances en droit civil, *P.A.*, 9 novembre 2004, n° spéc., p. 25 & suiv., spéc. n° 2 *in fine.*

[2] Voir sur ce point les très fines observations formulées en guise de propos conclusifs à un colloque consacré à la date de naissance des créances par L. AYNES, Rapport de synthèse, *P.A.*, 9 novembre 2004, p. 61 & suiv. L'auteur, convaincu de l'existence d'une véritable date de naissance de la créance, laquelle peut parfois être difficile à trouver, estime que les divergences entre les différentes branches du droit résultent sûrement de ce que les unes et les autres ne s'intéressent pas forcément à la date de la naissance de la créance dans son sens originel. La date de naissance de la créance n'aurait donc rien d'une notion fonctionnelle, seulement, selon les questions envisagées, différents aspects de la créance seraient envisagés sans que l'on s'interroge véritablement sur la date de naissance de la créance.

[3] L'insaisissabilité est une dérogation à une situation normale, elle ne saurait donc servir de fondement à l'élaboration d'une théorie générale de la date des naissances des créances. On prétendrait donc vainement que nous avons entendu définir la date de naissance de la créance dans les contrats à exécution successive comme celle de l'exécution de la contreprestation. La définition des *mots* " date de naissance de la créance " en présence d'une insaisissabilité laisse intacte la question de la date de naissance de la créance dans l'absolu, nous sommes même

D'autre part, cette réponse n'est nullement artificielle dans la mesure où elle correspond parfaitement aux effets de l'insaisissabilité. Celle-ci prohibe les mesures d'exécution forcée. Or une mesure d'exécution ne peut être forcée que lorsque l'exécution volontaire a échoué. Il est donc parfaitement logique que les effets de l'insaisissabilité dépendent fortement du moment à partir duquel il est certain que la créance sera exécutée de gré ou de force.

794. En présence d'une insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié, cette dépendance s'exprime de façon duale. Soit le créancier a obtenu la certitude que sa créance serait exécutée avant l'établissement de l'insaisissabilité, dans ce cas, la créance en cause est une créance antérieure et en principe l'insaisissabilité n'aura aucune incidence à l'égard de cette créance. Soit au contraire, cette certitude n'a été obtenue qu'après l'établissement de l'insaisissabilité, dans ce cas, la créance en cause est une créance postérieure contre laquelle l'insaisissabilité est efficiente.

795. En définitive, il faut donc relever que le propos n'était nullement de s'interroger sur l'existence d'un " germe de créance " cessible, il s'agissait simplement de déterminer en quoi l'exécution de la créance ou d'une fraction de celle-ci était certaine pour le créancier. Il n'y avait donc pas lieu de trancher la question de la date de naissance des créances au sens fondamental où on l'entend parfois[1].

La détermination des créances postérieures comme celles dont l'exécution est devenue certaine après la naissance de l'insaisissabilité permet donc de sérier les créanciers selon qu'ils sont antérieurs ou postérieurs à l'insaisissabilité. Cette opposition n'était que le préalable nécessaire à la mise à l'épreuve de la définition renouvelée de l'insaisissabilité. Justifier qu'il s'agit véritablement d'une restriction au droit de disposer frappant un bien déjà

---

convaincus que la définition de la *notion* de naissance de la créance demeure tout à fait indifférente à la question qui nous occupe en matière d'insaisissabilité. Tout comme d'ailleurs les règles dérogatoires des procédures collectives ne sauraient servir de fondement à l'élaboration d'une théorie générale applicable en dehors de toute procédure collective. Sur ce dernier point, comp. C. SAINT-ALARY, La date de naissance des créances en droit des procédures collectives, *P.A.*, 9 novembre 2004, p. 11 & suiv., p. 11, relevant que " la notion est fonctionnelle, utilitaire dans le droit des procédures collectives ". On relèvera malgré tout que distinguer la certitude de l'exécution d'une créance, sa date de naissance en présence d'une insaisissabilité, de la conclusion du contrat, date de naissance de la créance en présence d'une cession de créance, conduit à admettre que certaines créances sont cédées alors même que leur exécution n'est point certaine ce qui rend l'identification de l'objet de la cession très délicate. Cela justifie sans doute l'emploi des métaphores agricoles qui fleurissent en la matière.

[1] Dans le rapport introductif à un colloque consacré à la date de naissance des créances dans différentes branches du droit il fut ainsi affirmé : " Existe-t-il une divergence irréductible entre les différentes branches du droit, c'est la question que pose ce colloque. La divergence est indéniable. Si la quête qui est la nôtre est celle de l'unité, il faut reconnaître qu'elle est perdue. Mais des solutions divergentes peuvent coexister de façon cohérente. ", E. PUTMAN, Rapport introductif, *P.A.*, 9 novembre 2004, p. 3 & suiv., spéc. p. 7. Nous ne saurions mieux exprimer que la définition de la date de naissance des créances face à un mécanisme aussi exceptionnel que l'insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié peut fort bien différer de celle qui est retenue dans d'autres hypothèses.

approprié, impose désormais de vérifier que ceux à qui elle est opposable ne subissent aucune atteinte à leur droit de poursuite.

B) La qualification de l'insaisissabilité

796. La qualification de cette insaisissabilité établie sur un bien approprié en une restriction partielle au droit de disposer impose ici un double mouvement de l'esprit. Il faut tout d'abord vérifier que les créanciers postérieurs ne subissent aucune atteinte à leur droit de poursuite (1).

Une fois acquise, cette qualification de l'insaisissabilité devra être en outre confrontée à la spécificité de la déclaration notariée d'insaisissabilité. Celle-ci présente en effet la particularité de n'être opposable qu'à certains créanciers. Il faut donc vérifier que la limitation de l'insaisissabilité aux créanciers professionnels est compatible avec le mécanisme de la restriction partielle au droit de disposer[1] (2).

1) Restriction partielle au droit de disposer et créanciers postérieurs

797. L'insaisissabilité d'un bien déjà appropriée doit naturellement être analysée à la lumière des conclusions tirées de l'étude des autres cas d'insaisissabilité. L'insaisissabilité était alors apparue comme une atteinte au droit de disposer du débiteur. En raison de l'emprise d'une norme sur la relation d'appartenance unissant la personne à ses biens, le débiteur était privé de la possibilité de laisser saisir son bien ce qui interdisait alors à chacun de ses créanciers de le saisir[2].

798. S'il y a en principe autant de droits de disposer par saisie d'un bien du débiteur que de créanciers de ce dernier, en présence d'une insaisissabilité frappant un bien approprié, les créanciers postérieurs devraient donc en principe être pourvus du droit de disposer par saisie du bien du débiteur. Pourtant en raison de l'existence de l'insaisissabilité, la relation d'appartenance entre le bien et le débiteur était déjà modifiée au moment où ils auraient dû obtenir la possibilité de saisir le bien : lorsqu'un observateur attentif acquiert la conviction qu'ils peuvent obtenir exécution de leur créance[3].

799. On constate donc que ces créanciers ne peuvent se plaindre de la diminution de l'assiette de leur droit de poursuite. Celle-ci était déjà limitée avant qu'ils n'obtiennent avec

---

[1] Cela résulte expressément de l'article L. 526-1 al. 1 C.com.
[2] Voir *supra* n° 617 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 787 & suiv.

certitude le droit de saisir les biens du débiteur. Ils sont alors dans une situation tout à fait comparable à celle des créanciers postérieurs en présence d'une insaisissabilité établie sur un bien en cours d'appropriation[1]. Il n'est aucun bien auparavant saisissable qui soit devenu insaisissable, il n'y a qu'un bien qui était déjà insaisissable.

800. A l'égard des créanciers postérieurs, il ne fait donc pas de doute que l'insaisissabilité du bien de famille supporte parfaitement la qualification de restriction partielle au droit de disposer.

A ce stade, on se doute qu'il n'en irait que difficilement différemment en ce qui concerne la déclaration notariée d'insaisissabilité tant sa parenté avec l'institution du bien de famille est évidente[2]. La déclaration notariée d'insaisissabilité présente pourtant une particularité puisque l'insaisissabilité n'est opposable qu'aux créanciers postérieurs *et* professionnels.

2) Restriction partielle au droit de disposer et créanciers professionnels

801. L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel présente la particularité de n'être opposable qu'aux créanciers professionnels du débiteur. La question se pose donc de savoir si l'opposabilité limitée de l'insaisissabilité demeure compatible avec la qualification de l'insaisissabilité en une restriction partielle au droit de disposer.

La réponse à cette question peut être trouvée dans le fondement-même de la restriction au droit de disposer. En effet dès lors que seule une norme peut modifier l'appartenance d'un bien en l'amputant [3] du droit de disposer par saisie de ce bien[4], il nous semble que l'on peut admettre que cette norme module précisément l'étendue de la modification dont souffriront les créanciers. L'appartenance contenant autant de droits de disposer du bien par saisie que le débiteur a de créanciers[5], il est donc parfaitement possible que l'intervention de cette norme ne concerne que certains créanciers

[1] Voir *supra* n° 740 & suiv.
[2] Voir opérant le rapprochement, entre autres, S. PIEDELIEVRE, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *J.C.P.* (G), I, n° 165, p. 1717 & suiv., spéc. p. 1718.
[3] Voir *supra* n° 651 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 752 à suiv.
[5] Voir *supra* n° 797 & suiv.

802. La norme seule à même de modifier la relation d'appartenance peut donc fort bien limiter son intervention à certains des créanciers du débiteur[1] ou au contraire en laisser d'autres au-delà de son intervention[2].

Ainsi dans le cas de la déclaration notariée d'insaisissabilité, la norme[3] précise que seuls les créanciers " professionnels " souffriront de l'absence du droit de disposer par saisie de la résidence principale du débiteur. Naturellement, les créanciers personnels, non concernés par la restriction partielle au droit de disposer, conserveront la possibilité de disposer par la saisie, au nom du débiteur, des biens insaisissables.

Malgré la limitation de son champ d'application cette insaisissabilité supporte donc parfaitement la qualification de restriction au droit de disposer. Son mode opératoire est donc en tout point similaire à celui des insaisissabilités établies lors de l'appropriation d'un bien[4]. Pour les créanciers professionnels, la déclaration notariée d'insaisissabilité se présente exactement de la même façon qu'une insaisissabilité quelconque pour un créancier ordinaire.

803. Pourtant, on dénie parfois qu'une insaisissabilité opposable uniquement à certains créanciers soit une véritable insaisissabilité[5]. Ainsi, plusieurs auteurs opposent les insaisissabilités absolues, opposables à tous, et les insaisissabilités relatives, opposables seulement à certains créanciers[6]. L'opposition entre les unes et les autres résulterait même d'une indubitable différence de nature.

L'opposition entre ce que l'on nomme les insaisissabilités relatives et les insaisissabilités absolues doit cependant être traitée avec circonspection. Il paraît délicat de nier qu'une insaisissabilité relative constitue une véritable insaisissabilité. Ainsi, il nous semble qu'absolue ou relative, l'insaisissabilité supporte parfaitement la qualification de restriction partielle au droit de disposer.

---

[1] En présence d'une déclaration notariée d'insaisissabilité, il s'agira en vertu de l'article L. 526-1 al. 1 C.com. " (...) des créanciers dont les droits naissent, postérieurement à la déclaration, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant ".

[2] On aurait ainsi pu imaginer que les rédacteurs de l'article L. 526-1 al. 1 C.com. préfèrent soustraire à l'insaisissabilité " les créanciers dont les droits naissent, postérieurement à la déclaration, à l'occasion de l'activité personnelle du déclarant. "

[3] Articles L. 526-1 & suiv. C.com.

[4] Sur lesquelles, voir *supra* n° 728.

[5] Voir en ce sens, Fr. PEROCHON, Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence..., *Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 409 & suiv., p. 411, n° 4. Sur ce concept d'insaisissabilité relative, voir S. CIMAMONTI, *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*, Thèse, Aix-Marseille III, 1990, p. 551 & suiv. L'auteur envisage d'ailleurs cette appellation uniquement pour définir la faveur dont bénéficie l'ensemble des créanciers alimentaires sans y inclure les cas dans lesquels seul un créancier unique bénéficie de cette faveur.

[6] Voir par exemple, D. AUTEM, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *Defrénois*, 2004, n° 37890, p. 327 & suiv., spéc. p. 330, n° 7.

804. Indépendamment de tout raisonnement en termes de restriction au droit de disposer, qu'elle concerne tous les créanciers ou qu'elle n'en concerne que certains, il faut constater que l'insaisissabilité présente le même mode opératoire et produit des effets similaires[1]. Par ailleurs, au cas où seules les insaisissabilités absolues mériteraient la qualification d'insaisissabilité, on ne manquerait pas de constater l'extrême pauvreté de cette catégorie. De nombreuses insaisissabilités légales, et notamment les insaisissabilités concernant les biens indispensables à la vie du débiteur[2] ne concernent plus la totalité des créanciers[3]. Enfin, dénier la qualité d'insaisissabilité aux insaisissabilités relatives imposerait d'en formuler une nouvelle analyse. Or, curieusement, à notre connaissance il n'en a pas été proposé.

805. De ce point de vue, si l'on revient à l'analyse en termes d'appartenance, il faut lui reconnaître le mérite de rassembler sous une bannière commune toutes les insaisissabilités. Il en résulte que la distinction des insaisissabilités relatives et des insaisissabilités absolues ne peut pas être pas fondée sur une différence de nature entre les unes et les autres.
Si l'on veut maintenir cette distinction, on peut alors considérer qu'elle repose non pas sur une différence de nature mais sur une différence de degrés entre les unes et les autres. Les unes, absolues, ne souffrent point de dérogation, tandis que les secondes, relatives, n'empêchent point certains créanciers d'exercer leur droit de poursuite à l'encontre du débiteur.

806. Cette distinction admise, elle se doit d'être immédiatement délimitée. Ainsi, il semble hasardeux de supposer que tous les créanciers bénéficiant de la possibilité de saisir un bien insaisissable à l'égard d'autres créanciers[4] sont les heureux bénéficiaires d'une dérogation de même nature à l'insaisissabilité.
Tous ces créanciers ne tirent pas leur possibilité de saisir d'une seule et unique considération. Sauf à s'en tenir à une analyse purement factuelle et donc non juridique, il paraît difficile d'admettre qu'un créancier antérieur à une déclaration notariée d'insaisissabilité est

---

[1] Dans toutes les hypothèses, les créanciers à qui l'on oppose l'insaisissabilité sont privés de la possibilité de mettre en œuvre une procédure civile d'exécution sur le bien insaisissable.
[2] Voir *supra* 635 & suiv.
[3] L'article 14-4° de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 dispose que " Ne peuvent être saisis (...) les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille, si ce n'est pour paiement de leur prix (...) ". Cette dernière incise a d'ailleurs été critiquée lors de sa première formulation en 1972, voir sur ce point, D. MAYER, A propos d'un rajeunissement néfaste, *D.*, 1977, Chr., p. 271 & 272.
[4] En présence d'une insaisissabilité des droits par lesquels l'entrepreneur individuel assure sa résidence principale, il s'agira des créanciers personnels ou non-professionnels si l'on préfère.

exactement dans la même situation qu'un créancier personnel du déclarant. Cela signifie donc que la catégorie des insaisissabilités relatives n'est nullement homogène.

807. Si l'on admet l'analyse renouvelée de l'insaisissabilité en termes de restriction partielle au droit de disposer, il n'est plus nécessaire d'opposer les insaisissabilités relatives, catégorie hétérogène, aux insaisissabilités absolues, catégorie quasiment inexistante, on peut se contenter de constater qu'il existe *des* restrictions partielles au droit de disposer. Elles agissent selon le même mode opératoire mais dans des proportions différentes.

808. Au-delà, on peut constater que du point de vue de leurs effets, les insaisissabilités relatives présentent néanmoins une spécificité. En effet, dès lors que certains créanciers bénéficient par exception du droit de saisir un bien, ils bénéficient alors d'un avantage pécuniaire indéniable.

En cas de saisie, ces créanciers obtiendront forcément une somme bien plus élevée que s'ils avaient concouru sur le même bien avec tous les autres créanciers ne bénéficiant pas de dérogation. De ce point de vue, l'insaisissabilité se présente très clairement comme une dérogation à la loi de l'égalité entre les créanciers[1], ce qui n'a d'ailleurs pas échappé à certains commentateurs de la loi du 1er août 2003 à l'origine des articles L. 526-1 & suiv. C.com[2]. Si toute insaisissabilité déroge à la loi de l'égalité entre les créanciers[3], il faut constater que les insaisissabilités relatives y dérogent de façon encore plus nette.

809. En définitive, on peut donc retenir que l'opposabilité de l'insaisissabilité aux seuls créanciers du déclarant n'est pas un obstacle à la qualification de cette insaisissabilité relative en une restriction partielle au droit de disposer.

En effet, d'une manière générale, aucune atteinte au droit de poursuite des créanciers postérieurs, à plus forte raison lorsqu'ils bénéficient de la possibilité de saisir le bien insaisissable, n'a pu être caractérisée.

Il faut maintenant parachever la démonstration du caractère idoine de la qualification de restriction partielle du droit de disposer en vérifiant l'absence d'atteinte au droit de poursuite

---

[1] Cette affirmation dont la véracité est ici incontestable nous avaient permis d'exclure la possibilité d'une véritable insaisissabilité conventionnelle dans la mesure où une dérogation conventionnelle à la loi de l'égalité reste inconcevable, voir *supra* n° 689 & suiv.

[2] Voir sur ce point l'analyse de S. PIEDELIEVRE, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *J.C.P.* (G), I, n° 165, p. 1717 & suiv., spéc. p. 1719, n° 10, à propos des créanciers personnels de l'entrepreneur, " Ils bénéficieront alors d'une sorte de privilège, puisqu'ils seront souvent les seuls à pouvoir saisir ce bien ". Le même constat pourrait d'ailleurs être dressé pour les créanciers antérieurs qui n'auront point à souffrir l'adjonction de nouveaux droits de poursuite sur le bien postérieurement à la déclaration notariée d'insaisissabilité.

[3] Voir *supra* n° 787.

des créanciers antérieurs, ce que les mécanismes de garantie de leurs droits en présence d'une insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié laissent présager.

§2: Le maintien du droit de poursuite des créanciers antérieurs

810. Les insaisissabilités établies sur des biens appropriés présentent toutes la particularité de n'avoir aucune incidence sur l'exécution des créances nées avant leur établissement.

En effet, lorsque l'exécution d'une créance est devenue certaine[1] avant l'établissement du bien de famille insaisissable[2] ou celui de la déclaration notariée d'insaisissabilité[3], le droit de saisir du créancier existe déjà. Le droit de poursuite du créancier est alors maintenu selon des modalités différentes selon qu'il s'agit de l'une ou de l'autre de ces insaisissabilités (A).

La constatation de l'absence d'atteinte au droit de poursuite des créanciers antérieurs permettra alors de constater que l'insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié, quelle qu'elle soit, mérite la qualification de restriction partielle au droit de disposer. Parfaitement opératoire, cette qualification pourra alors être mise en œuvre dans le but de déterminer la nature exacte de certains mécanismes parfois qualifiés d'insaisissabilités (B).

A) Les mécanismes de garanties du droit de poursuite des créanciers antérieurs

811. Le maintien du droit de poursuite des créanciers antérieurs peut se manifester de diverses façons. Il est possible que le droit de poursuite des créanciers antérieurs soit explicitement maintenu comme dans le cas de l'insaisissabilité des droits immobiliers déclarés insaisissables par un entrepreneur (1).

Mais le maintien du droit de poursuite des créanciers antérieurs peut fort bien être implicite ainsi que l'étude de l'institution du bien de famille le révèle (2).

1) Le maintien explicite du droit de poursuite des créanciers antérieurs à la déclaration notariée d'insaisissabilité

812. Le maintien des droits des créanciers antérieurs résulte de l'interprétation *a contrario* de l'article L. 526-1 al. 1 C.com. Il est en effet prévu que la déclaration n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent, postérieurement à la publication, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant.

---

[1] Sur la définition des créances postérieures, voir *supra* n° 779 suiv.
[2] Voir, implicite, l'article 10 de la Loi du 9 juillet 1909 instituant un bien de famille.
[3] Article L. 526-1 al.1 C.com.

Puisque les effets de cette déclaration semblent se résumer à l'insaisissabilité établie à l'égard des créanciers postérieurs et professionnels, on en déduit que les créanciers antérieurs ne souffrent pas l'insaisissabilité. Ils continuent donc à pouvoir exercer leur droit de poursuite, organisant ainsi la disposition par saisie du bien insaisissable.

813. De leur point de vue, l'établissement de l'insaisissabilité est une opération presque totalement transparente. En effet, dès lors que leur droit de poursuite se maintient, ils ne souffrent nullement de la déclaration d'insaisissabilité qui ne les concerne pas. D'ailleurs il a été relevé que le maintien du droit de poursuite des créanciers antérieurs était apparenté au principe traditionnel selon lequel il n'est point possible de remettre en cause un " droit acquis "[1].

La nature exacte de ce " droit acquis " reste cependant assez mystérieuse. Puisque les droits immobiliers déclarés insaisissables par l'entrepreneur individuel sont déjà par hypothèse dans le patrimoine de ce dernier, on ne conçoit pas que ce " droit acquis " soit autre chose que le droit de saisir ces différents biens afin de se désintéresser. L'assiette de ce droit de poursuite avéré est donc maintenue malgré l'insaisissabilité à l'égard des créanciers postérieurs et professionnels du déclarant.

814. L'exercice de ce droit de poursuite n'est pourtant pas indifférent à l'établissement de l'insaisissabilité car les créanciers antérieurs profiteront forcément de l'insaisissabilité. En effet, en principe tous les créanciers existants, indépendamment de la date de naissance de leur créance[2], peuvent concourir sur un même bien.

Pourtant, par exception, en présence d'une déclaration notariée d'insaisissabilité, le créancier antérieur pourra saisir les droits immobiliers déclarés insaisissables sans craindre de concourir avec un créancier postérieur. Cette exclusion du concours avec certains créanciers postérieurs s'apparente à un privilège ainsi que cela a déjà été relevé à propos des créanciers personnels du déclarant[3].

La conclusion à en tirer n'est pas différente : la déclaration notariée d'insaisissabilité s'analyse irrémédiablement comme une dérogation à la loi de l'égalité entre les créanciers au profit des créanciers antérieurs.

---

[1] Voir en ce sens, D. AUTEM, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *Defrénois*, 2004, n° 37890, p. 327 & suiv., spéc. p. 344, n° 38.
[2] Voir *supra* n° 683 & suiv
[3] Voir *supra* n° 808 & suiv.

815. En définitive, les créanciers antérieurs ne sont donc en rien victimes de la déclaration notariée d'insaisissabilité. Elle leur profite en diminuant le nombre de créanciers susceptibles d'entrer en concours avec eux.

Le constat n'est pas moins favorable en ce qui concerne les créanciers antérieurs à l'institution d'un bien de famille alors même que le mécanisme aboutissant à la garantie de leur droit semble *a priori* beaucoup plus contraignant, voire spoliateur !

2) Le maintien implicite du droit de poursuite des créanciers antérieurs à l'établissement d'un bien de famille

816. Le législateur de 1909 en introduisant en droit français le mécanisme du bien de famille[1] a eu à cœur de maintenir les droits des créanciers antérieurs[2]. Le maintien du droit des créanciers antérieurs n'a néanmoins pas pris la forme de l'admission de leur droit de poursuite sur le bien insaisissable. Le législateur a mis en place un curieux système de déclaration des créances permettant dans un délai de deux mois à tout créancier du déclarant de faire valoir sa qualité[3]. De façon étonnante, cette déclaration des créances n'aboutissait pas à fixer définitivement les droits pouvant être exercés sur l'immeuble potentiellement insaisissable.

817. Durant ce délai, les créanciers pouvaient faire inscrire sur l'immeuble " tous privilèges et hypothèques garantissant des créances antérieures à la constitution du bien ", ces garanties constituant des obstacles irrémédiables à la constitution du bien de famille.

Par ailleurs, l'article 5 al. 1 de la Loi du 12 juillet 1909 précise que le bien de famille ne peut être un immeuble grevé d'un privilège ou d'une hypothèque conventionnelle ou judiciaire, ce qui règle le sort des garanties établies avant le délai de deux mois.

D'autre part, durant le délai de deux mois, les créanciers chirographaires étaient admis à former opposition à la constitution du bien de famille en l'étude du notaire rédacteur de l'acte[4].

---

[1] Sur cette question, voir *supra* n° 644.

[2] Il fut ainsi objecté au principe du bien de famille : " C'est en pleine prospérité du débiteur, alors qu'il possède un bien plus que suffisant pour s'acquitter, que, par une inexplicable immunité, on le libère de sa dette. On met ainsi à la disposition des classes laborieuses une combinaison aussi critiquable, mais infiniment plus simple et moins coûteuse que la séparation de biens ", *D.*, 1910, 4, p. 1 & suiv., spéc. p. 2. On relèvera pour mémoire la curieuse assimilation faite entre les débiteurs et la " classe laborieuse ".

[3] Article 7 de la Loi du 12 juillet 1909, *D.*, 1910, 4, p. 1 & suiv., spéc. p. 7.

[4] Article 7 *in fine* de la Loi du 12 juillet 1909, *D.*, 1910, 4, p. 1 & suiv., spéc. p. 7. Lorsque le bien de famille est établi indépendamment d'une acquisition par voie testamentaire, l'article 5 du Décret du 25 mars 1910 dispose que

818. A l'expiration du délai de deux mois, la situation était donc simple, soit l'immeuble était grevé d'un privilège ou d'une hypothèque et dans ce cas la constitution du bien de famille était impossible, le juge de paix chargé de l'homologation devant la refuser[1]. Soit les créanciers chirographaires n'ayant pu requérir une inscription dans le délai de deux mois avaient fait opposition à la constitution et la constitution du bien de famille était stoppée puisque " l'opposition est un obstacle insurmontable à la constitution du bien de famille "[2]! En principe, si le juge accorde son homologation, aucune créance privilégiée ou chirographaire ne subsiste à la date où il statue.

Le législateur de 1909 avait toutefois prévu une atténuation à son interdiction d'établir un immeuble hypothéqué comme bien de famille en permettant qu'un immeuble grevé d'une hypothèque légale devienne bien de famille[3]. Le créancier conservait d'ailleurs son droit de poursuite sur le bien malgré l'insaisissabilité si l'on en croit le texte en cause.

En outre, le législateur avait réservé aux bénéficiaires d'hypothèques légales qui prendraient naissance postérieurement à la constitution du bien de famille la possibilité de les inscrire tout en précisant cette fois-ci que " l'exercice du droit de poursuite qu'elles confèrent sera suspendu jusqu'à la désaffectation du bien "[4].

819. Dans l'esprit du législateur de 1909, il ne pouvait subsister de créanciers antérieurs lors de la constitution du bien de famille si l'on excepte le créancier antérieur bénéficiaire d'une hypothèque légale déjà inscrite puisque ce dernier conserve son droit de poursuite. Le système instauré semble théoriquement satisfaisant. Cependant, en pratique, il n'est pas certain qu'il en aille de même.

Ce système repose sur le présupposé, particulièrement douteux, selon lequel tous les créanciers antérieurs se seraient manifestés, empêchant ainsi la constitution du bien de famille. En effet, le législateur de 1909 ne semble pas avoir imaginé que les créanciers puissent dédaigner s'informer de l'éventuelle constitution d'un bien de famille par leur débiteur[5].

---

l'opposition doit être formulée par simple déclaration devant le notaire rédacteur qui en fait mention en marge de l'acte en cause.

[1] Article 8-2° de la Loi du 12 juillet 1909, *D.*, 1910, 4, p. 1 & suiv., spéc. p. 7.

[2] Voir sur ce point les propos du rapporteur, reproduits *in D.*, 1910, 4, p. 1 & suiv., spéc. p. 7.

[3] Article 5 al. 2 de la Loi du 12 juillet 1909, *D.*, 1910, 4, p. 1 & suiv., spéc. p. 6.

[4] Article 5 al. 3 de la Loi du 12 juillet 1909, *D.*, 1910, 4, p. 1 & suiv., spéc. p. 6.

[5] Il fut ainsi affirmé que " le projet respecte les droits des créanciers antérieurs à la constitution, même ceux des créanciers chirographaires. Il prescrit une publicité suffisante pour que tous ceux qui auraient à souffrir de cette mesure puissent s'y opposer ", *in D.*, 1910, 4, p. 1 & suiv., spéc. p. 2.

La seule faille du système qui pourrait avoir été envisagée concerne le cas où le juge aurait homologué la constitution du bien de famille malgré une inscription ou une opposition dûment formée. Dans cette hypothèse, il pourrait être fait application de l'article 10 al.1 de la Loi du 12 juillet 1909 selon lequel " à partir de la transcription le bien est insaisissable, (...) il n'est fait exception qu'en faveur des créanciers antérieurs qui se sont conformés aux dispositions qui précèdent pour conserver l'exercice de leur droit ". A vrai dire, il s'agit bien de la seule interprétation utile de cette disposition à laquelle il soit possible de se livrer puisque dans l'esprit du législateur, les créanciers qui se sont manifestés ont dû empêcher la constitution du bien de famille[1]. Les créanciers oubliés par le juge pourraient donc exercer leur droit de poursuite !

820. Concernant les créanciers qui n'ont pu faire valoir leur droit, rien n'a été prévu par la loi. Mais il ne semble pas qu'il faille les traiter différemment des créanciers victimes de l'incurie du juge, l'examen de l'exposé des motifs le démontre. Il fut ainsi affirmé qu'il se peut que " par inadvertance, le juge n'ait pas tenu compte d'une inscription ou d'une opposition. Le texte réserve alors les droits du créancier exempt de faute. La constitution homologuée *en son absence et au mépris de ses droits* (nous soulignons) est inopérante vis à vis de lui, alors qu'à l'égard de tous les autres elle conserve ses effets "[2].
Le créancier qui n'a pas pu former opposition pourrait donc se prévaloir d'une interprétation extensive de l'article 10 al.1 afin de conserver son droit de poursuite. Dans ce cas, il faut d'ailleurs reconnaître que ce créancier est dans une position particulièrement intéressante puisqu'en principe, il n'y a plus d'autres créanciers antérieurs en mesure de saisir le bien. Les créanciers postérieurs quant à eux sont privés de la possibilité de saisir le bien. Le bien de famille reste donc son gage " exclusif ", ce qui le place dans une situation extrêmement privilégiée.

821. Quoiqu'il en soit, si les souhaits du législateur se sont réalisés, tous les créanciers se sont manifestés, ce qui a permis de les désintéresser auquel cas il ne subsiste plus de créanciers antérieurs. Si au contraire certains créanciers ont été " oubliés " ou n'ont pas pu se manifester en temps voulu, leur droit de poursuite est maintenu. Il faut convenir de ce que l'institution du bien de famille garantit implicitement le droit de poursuite des créanciers soit

[1] Voir en ce sens, M. BOUDOT, *Rep. civ.*, Dalloz, 2002, *V°* Bien de famille, n° 28 et *supra* n° 717.
[2] Voir sur ce point, l'exposé des motifs de la Loi du 12 juillet 1909, *D.*, 1910, 4, p. 8., article 10. -1.

en leur assurant d'être désintéressés s'ils se manifestent, soit en leur laissant la possibilité de saisir le bien de famille s'ils ne sont pas manifestés.

Comme pour la déclaration notariée d'insaisissabilité[1], on peut donc constater qu'il existe des mécanismes efficaces garantissant la persistance du droit des créanciers antérieurs. Ce sont précisément ces mécanismes de garantie, tels qu'ils sont désormais établis, qui vont permettre de justifier une fois de plus la qualification de restriction partielle au droit de disposer.

B) Les conséquences de l'absence d'atteinte au droit de poursuite des créanciers antérieurs

822. L'absence de toute diminution brutale de l'assiette du droit de poursuite des créanciers est un phénomène déjà rencontré lors de l'étude des restrictions au droit de disposer, qu'elles soient complètes ou partielles. La satisfaction de ce critère de qualification permet d'inclure les insaisissabilités établies sur des biens déjà appropriés dans la catégorie des restrictions partielles au droit de disposer (1).

Puisque ce critère se vérifie pour chacune des insaisissabilités étudiées, il peut servir à trancher la question de la qualification de certains mécanismes dont on doute qu'ils soient de véritables insaisissabilités (2).

1) L'admission de la qualification de restriction partielle au droit de disposer

823. En présence d'une insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié, il a pu être constaté qu'aucune atteinte à l'assiette du droit de poursuite des créanciers postérieurs ne pouvait être caractérisée[2]. Concernant les créanciers antérieurs le constat n'est pas différent puisque leur droit de poursuite sur le bien insaisissable demeure garanti. Ce constat peut difficilement être remis en cause et plusieurs auteurs abondent en ce sens.

Il est ainsi souvent rappelé que le maintien des droits des créanciers antérieurs en présence d'une déclaration notariée a lieu au nom du respect des " droits acquis "[3]. Concrètement aucun créancier ne se voit " ôter son droit de saisir "[4] puisque justement le seul droit acquis qui soit concevable pour un créancier, le droit de saisir est maintenu s'il existait avant

---

[1] Voir *supra* n° 812 & suiv.

[2] Voir *supra* n° 797 & suiv.

[3] D. AUTEM, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *Defrénois*, 2004, n° 37890, p. 327 & suiv., spéc. p. 344, n° 38, à propos du maintien du droit de poursuite des créanciers antérieurs, l'auteur relève : " on ne peut réduire leur droit de gage *a posteriori*, sans porter une atteinte à leurs droits acquis. " Sur cette question, voir *supra* n° 257 & suiv.

[4] Comp. P.-M. LE CORRE, Protection de l'entrepreneur individuel et déclaration d'insaisissabilité. A propos de la loi pour l'initiative économique du 1er août 2003, *A.J.D.I.*, 2004, p. 179 & suiv., spéc. p. 181.

l'établissement de l'insaisissabilité. Ce droit de poursuite du créancier s'exerce sur son gage commun, il pourra donc s'exercer sur le bien insaisissable qui demeure à l'égard de ce créancier un élément ordinaire de l'actif patrimonial du débiteur.

824. De ce point de vue, l'insaisissabilité établie sur un bien déjà appropriée ne se distingue donc pas des insaisissabilités établies lors de l'appropriation d'un bien. Dans l'un et l'autre cas, aucune atteinte au droit de poursuite des créanciers n'est décelable.
On peut donc en déduire que tout comme les insaisissabilités frappant un bien au cours de son appropriation, l'insaisissabilité frappant un bien déjà approprié mérite la qualification de restriction partielle au droit de disposer.

825. A cette qualification unitaire des insaisissabilités correspond un mode opératoire presque totalement commun. Concernant les créances à venir lors de l'établissement de l'insaisissabilité, la restriction partielle au droit de disposer interdit que celles-ci permettent de saisir le bien en raison de la redéfinition de la relation d'appartenance opérée par la norme fondant l'insaisissabilité.
En revanche, l'insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié, elle, laisse intacts les droits des créanciers antérieurs sur le bien. L'exercice de ce droit de poursuite par un créancier antérieur lui permet de disposer du bien du débiteur par le biais d'une saisie. Lorsque le créancier antérieur a obtenu le droit de saisir le bien en cause, par hypothèse, la restriction partielle au droit de disposer que constitue l'insaisissabilité établie *a posteriori* n'existait pas encore.
Par conséquent, le créancier antérieur a obtenu le droit de saisir un bien du débiteur qui était l'objet d'une relation d'appartenance pleine et entière. Cette parcelle de l'appartenance que constitue le droit de disposer exercé par *ce* créancier sur *ce* bien semble donc ne pas pouvoir être modifiée, même par une norme dès lors qu'elle est créée.

826. L'intangibilité des éléments constitutifs de la relation d'appartenance est un point commun à toutes les restrictions au droit de disposer. Ces éléments constitutifs ne peuvent être modifiés par une norme que lorsqu'ils se constituent. Ainsi lorsque la modification concerne le droit de disposer par aliénation du bien, celle-ci doit avoir lieu au moment où ce droit de disposer naît, lorsque la relation d'appartenance se crée. C'est la raison pour laquelle

les clauses d'inaliénabilité d'un bien sont forcément incluses dans l'acte transférant le bien à celui qui subira la restriction[1].

827. Dans les restrictions partielles au droit de disposer, la modification concerne la possibilité pour *chacun* des créanciers de disposer par la saisie de *chacun* des biens du débiteur, l'alternative est alors simple. En présence d'une insaisissabilité établie sur un bien en cours d'appropriation, la relation d'appartenance est modifiée avant que le bien n'échoie au débiteur. Dans ce cas, les créanciers ne pourront saisir le bien car la relation d'appartenance aura été constituée incomplètement par le truchement de la norme fondant la restriction.

828. Au contraire, lorsque l'insaisissabilité est établie sur un bien déjà approprié, chaque créancier antérieur a obtenu préalablement le droit de saisir le bien en cause. La relation d'appartenance intégrant déjà la possibilité de saisir le bien lors de l'établissement de la restriction partielle au droit de disposer, cette dernière ne pourra porter atteinte au droit de saisir des créanciers antérieurs.

En revanche, à l'égard des créanciers postérieurs, la restriction partielle au droit de disposer sera opératoire, elle pourra interdire que ces créanciers obtiennent le droit de saisir le bien au moment où l'exécution de leur créance deviendra certaine.

La norme établissant la restriction peut alors limiter son emprise en ne visant que certains créanciers. Ainsi l'article L. 526-1 al. 1 C.com. prévoit-il que la déclaration n'aura d'effet qu'à l'égard de ceux dont la créance naît à l'occasion de l'activité professionnelle du débiteur.

Parfaitement opératoire quelle que soit l'insaisissabilité en cause, cette qualification de restriction partielle au droit de disposer peut désormais être confrontée à des hypothèses d'insaisissabilité douteuses[2]. Seules seront véritables les insaisissabilités présentant les caractéristiques d'une restriction partielle au droit de disposer.

2) La mise en œuvre de la qualification de restriction partielle au droit de disposer

829. Mettre en œuvre la qualification de restriction partielle au droit de disposer impose de vérifier la pertinence de cette qualification en présence d'hypothèses douteuses d'insaisissabilité. A l'issue de cette confrontation entre les critères de l'insaisissabilité que nous proposons et une institution qui semble ressortir de la qualification d'insaisissabilité,

[1] Voir *supra* n° 257 & suiv.
[2] Pour la mise à l'épreuve de la qualification de restriction complète au droit de disposer, voir *supra* n° 265 & suiv.

deux solutions sont possibles. L'hypothèse douteuse peut se révéler être un véritable cas d'insaisissabilité, ce qui fournit un argument de plus en faveur de l'analyse proposée.

La qualification proposée peut aussi être définitivement exclue en raison de l'insatisfaction des critères en cause. Cette alternative est bien plus périlleuse puisqu'il faudra alors définir l'institution en cause autrement que par une insaisissabilité, sous peine de ruiner toute notre démonstration par le biais d'un seul contre-exemple. Il faudra alors exclure la qualification d'insaisissabilité en démontrant que les effets du mécanisme en cause n'ont absolument rien à voir avec l'insaisissabilité, ce qui justifiera rétrospectivement l'insatisfaction des critères de la restriction partielle au droit de disposer, cette analyse renouvelée proposée de l'insaisissabilité.

830. L'actualité du droit des obligations fournit un exemple parfait d'un mécanisme souvent qualifié d'insaisissabilité alors que la qualification de restriction partielle au droit de disposer est impossible : il s'agit ici d'envisager le sort de la créance du délégant sur le délégué en cas de délégation dite imparfaite[1] (a).

Il nous appartiendra donc de démonter que cela n'est nullement étonnant puisque la créance du délégant sur le délégué n'est sûrement pas insaisissable (b).

a) L'absence d'atteinte au droit de disposer du délégant sur sa créance à l'encontre du délégué

831. La délégation est une opération juridique à trois personnes par laquelle, selon les mots de l'article 1275 C.civ., un débiteur, le délégant, donne au créancier, le délégataire, un autre débiteur, le délégué, qui s'oblige envers le délégataire. La question a été récemment posée de savoir si les créanciers du délégant pouvaient saisir la créance du délégant à l'égard du délégué. Rappelons qu'en principe le délégué s'est engagé à l'égard du délégataire dans le but de se libérer de son obligation à l'égard du délégant en exécutant son engagement à l'égard du délégataire. La dette du délégué envers le délégant est cependant un élément de l'actif patrimonial du dernier que les créanciers du délégant peuvent souhaiter saisir.

Avant toute chose, il convient de relever que la question, telle qu'elle est posée, suppose que le délégué soit bien le débiteur du délégant. La situation envisagée est donc précisément celle prévue par l'article 1275 C.civ., ce qui dispense d'aborder la délicate question de la nécessité de rapports fondamentaux entre délégant et délégué. En outre, il ne semble pas

[1] Sur la terminologie à retenir, en faveur de l'appellation " délégation simple ", voir Ph. SIMLER, L'énigmatique sort de l'obligation du délégué envers le délégant tant que l'opération de délégation n'est pas dénouée, *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 295 & suiv. spéc. p. 296.

nécessaire de s'interroger sur la nécessité de rapports fondamentaux entre délégant et délégataire puisque dans l'hypothèse étudiée, il est certain que le délégué, débiteur du délégant, s'est engagé à l'égard du délégataire sur l'invitation du délégant. Les motivations de l'invitation formulée par le délégant importent donc peu[1].

832. La Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 16 avril 1996 que " ni le délégant, ni ses créanciers, ne peuvent, avant la défaillance du délégué envers le délégataire, exiger paiement "[2]. Une décision précédente avait semblé subordonner la solution au fait que la mesure d'exécution requise par les créanciers du délégant soit postérieure à l'engagement du délégué envers le délégataire[3].

De nouveau confrontée au problème, la Cour de cassation a décidé le 29 avril 2002[4], alors que le délégant faisait l'objet d'une procédure collective, que le liquidateur du délégant pouvait revendiquer les sommes consignées correspondant aux loyers que le délégué s'était engagé à verser au délégataire, tout en reconnaissant d'un autre coté que le créancier saisissant avait pu bénéficier de l'effet attributif des avis à tiers détenteurs notifiés au délégué.

833. La jurisprudence ne semblait pas avoir clairement décidé qui du délégataire ou des créanciers du délégant devaient l'emporter. Il est cependant certain que la délégation laisse subsister la créance du délégant sur le délégué, ce sans quoi la question du concours entre les créanciers du délégant saisissant cette créance et le délégataire ne se poserait même pas.

Sur le fondement de l'arrêt de 1996, il avait été proposé de considérer que la délégation rendait indisponible la créance du délégant sur le délégué, le premier ne pouvant plus obtenir le paiement, céder la créance ou réaliser une remise de dette[5]. Pourtant l'arrêt de 2002 a semé le trouble en semblant permettre au liquidateur de " revendiquer les sommes dues " par le délégué au délégant alors que l'effet attributif d'un avis à tiers détenteur portant sur la créance en cause était admis. Cette " revendication " semblait particulièrement inopportune.

---

[1] Sur la nécessité de rapports fondamentaux dans la délégation, voir l'analyse suivante dénuée de toute ambiguïté, distinguant nettement les considérations pratiques des nécessités théoriques : PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 2, 1ère édition, PICHON, 1900, p.177, n° 579.

[2] Cass. Com., 16 avril 1996, *D.*, 1996, J., p. 571 & suiv., note Ch. LARROUMET, *Defrénois*, 1996, n° 36381, n° 104, p. 1018 & suiv., obs. D. MAZEAUD.

[3] Cass. Com., 24 juin 1986, *Bull. civ.*, n° 141. Il s'agissait en l'espèce d'un avis à tiers détenteur.

[4] Cass. Com., 29 avril 2002, *J.C.P.*, G, 2003, II, n° 10154, note A-S. BARTHEZ, *Defrénois*, 2002, n° 37607, n° 63, p. 1239 & suiv., obs. R. LIBCHABER, *D.*, 2002, J, p. 2673 & suiv., note D. HOUTCIEFF.

[5] Ch. LARROUMET, note sous Cass. Com., 16 avril 1996, *D.*, 1996, J., p. 571 & suiv.

Il est fort délicat de justifier la permission faite au liquidateur d'obtenir les sommes en cause. Ainsi, il se trouve que les sommes devaient être reçues par le délégant et non versées par lui, il n'était donc pas question ici d'invoquer l'interdiction du paiement des créances antérieures qui concerne seulement le paiement des créances dont le débiteur est le bénéficiaire de la procédure collective[1]. L'admettre marquerait un retour à une jurisprudence antérieure contestée en matière de créances résultant d'un contrat à exécutions successives. Si un tel revers jurisprudentiel, aussi contestable soit-il, ne peut être exclu, il faut admettre qu'en l'espèce il contreviendrait directement à l'affirmation selon laquelle le créancier saisissant bénéficiait de l'effet attributif des avis à tiers détenteur en cause.

834. La clé de l'interprétation de l'arrêt semble résider dans la dissociation qu'opère la Cour de cassation entre la titularité de la créance, qui bénéficie au créancier saisissant ayant réalisé l'avis à tiers détenteur, et la détention des sommes correspondant au montant de la créance[2]. Par conséquent, en admettant que le liquidateur se saisisse des sommes correspondant à la dette du délégué envers le délégant, la Cour de cassation en 2002 a peut-être simplement indiqué qu'il appartenait au liquidateur de payer le délégataire[3].
Ces incertitudes semblent avoir été récemment levées[4]. La Cour de cassation a affirmé qu'une saisie-attribution portant sur la créance du délégant à l'égard du délégué " ne peut avoir pour effet de priver le délégataire, dès son acceptation, de son droit exclusif à un paiement immédiat par le délégué ". La Haute Juridiction a précisé ensuite que les juges du fond avaient à bon droit décidé que les sommes dues par le délégué n'étaient pas saisissables par les créanciers du délégant dont le droit de créance demeure indisponible, à compter de l'acceptation de la délégation.

835. La jurisprudence semble donc pour le moment rejeter toute saisie des *sommes* nécessaires à l'exécution de la créance du délégant sur le délégué, tout en reconnaissant le caractère indisponible de cette dernière. A titre liminaire, il convient de dissiper une

---

[1] Voir sur ce point, catégorique, à propos de la cession des créances résultant d'un contrat à exécution successive alors que le créancier cédant fait l'objet d'une procédure collective, Ch. LARROUMET, note sous Cass. Com., 7 décembre 2004, *D.*, 2005, J., p. 230 & suiv., spéc. n° 2.
[2] Voir en faveur de cette interprétation, D. HOUTCIEFF, note sous Cass. Com., 29 avril 2002, *D.*, 2002, J., p. 2673 & suiv., spéc. n° 9.
[3] Voir envisageant cette hypothèse, Ch. LARROUMET, note sous Cass. Com., 7 décembre 2004, *D.*, 2005, J., p. 230 & suiv., spéc. n° 6 *in fine.*
[4] Cass. Com., 14 février 2006, *Bull. civ.*, n° 37.

confusion, vigoureusement dénoncée[1], qui pourrait saisir l'interprète de cette décision : la mesure de saisie qu'invoquent les créanciers du délégant ne porte que sur la créance du délégant sur le délégué et sûrement pas sur les sommes détenues par le délégué. En effet, on comprend aisément que la saisie de sommes d'argent chez le délégué nécessite que ce dernier soit devenu lui-même débiteur du créancier saisissant qui n'est que le créancier du délégant ! Or, c'est justement la possibilité pour ce créancier saisissant d'obtenir l'attribution de la créance du délégant sur le délégué qui est discutée dans l'arrêt puisqu'il est affirmé par les juges du fond sous l'approbation de la Cour de cassation que le droit de créance du délégant " qui demeure dans son patrimoine est indisponible "[2].

Il convient donc de s'interroger précisément sur la teneur de cette indisponibilité qui frappe la créance du délégant sur le délégué et non pas sur le statut des éventuelles sommes détenues par le délégué car elles sont nécessaires à l'exécution de cette créance. La question qui va nous retenir concerne donc uniquement la créance du délégant sur le délégué, s'agit-il d'un nouveau cas d'insaisissabilité[3] ?

836. Puisque nous avons établi que l'insaisissabilité était en réalité une restriction partielle au droit de disposer, il convient de vérifier que les conditions de survenance d'une telle restriction sont satisfaites[4].

Premièrement, la nécessité d'une norme instituant la mesure semble satisfaite puisqu'une norme jurisprudentielle existe, disposant que la créance du délégant sur le délégué est indisponible dès l'acceptation du délégataire. Cependant, contrairement à toutes les hypothèses d'insaisissabilité déjà rencontrées, il importe de relever que la Cour de cassation

---

[1] R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 367, n° 353: " La saisie-attribution porte sur des créances, et non sur des sommes d'argent. C'est une approximation trop courante que de croire que la saisie porte sur des sommes d'argent (...). "

[2] Puisque l'indisponibilité frappe la créance du délégant sur le délégué, on peut en déduire qu'il n'est pas question pour le délégué de devenir le débiteur du créancier saisissant, créancier du délégant, par attribution de la créance saisie. Il est donc parfaitement justifié d'estimer que les sommes à verser en exécution de cette créance ne peuvent être saisies. Seulement, on ne manquera pas de relever ici que ce n'est pas parce que certains biens ne peuvent être saisis qu'ils sont insaisissables ! Tous les biens insaisissables sont à l'abri d'une mesure d'exécution mais la réciproque est fausse. Voir sur ce point, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, p. 213, n° 204, définissant très rigoureusement l'insaisissabilité en la distinguant de mécanismes produisant des effets voisins, les auteurs relèvent : " (...) dans le langage courant, il est assez fréquent que l'on dise d'un bien qu'il est " insaisissable " toutes les fois qu'il ne peut pas être saisi, sans prendre la précaution de préciser la raison pour laquelle il échappe aux poursuites. Grammaticalement, cette extension du concept d'insaisissabilité n'est pas illégitime. Mais juridiquement, elle prête à confusion car le régime juridique applicable à chacune de ces hypothèses est loin d'être le même ". On ne saurait mieux mettre en garde les interprètes contre le risque de découvrir des insaisissabilités sans en vérifier toutes les critères de qualification.

[3] Voir, retenant cette terminologie, P. CROCQ, obs. sous Cass. Com. 14 février 2006, *Droit et Patrimoine*, n° 150, Juillet-Août, 2006, p. 95 & suiv.

[4] Sur lesquelles, pour la nécessité d'une norme, voir *supra* n° 721 & suiv., pour l'absence d'atteinte au droit de poursuite des créanciers, voir *supra* n° 823 & suiv .

s'est bien gardée d'affirmer que la créance était " insaisissable ". S'il s'agit d'une restriction au droit de disposer que la jurisprudence a entendu consacrer, hypothèse nullement inédite[1], il faut donc faire face à l'émergence d'un nouveau vocable, l'indisponibilité alors que pour le moment, ces restrictions étaient toujours désignées comme " inaliénabilité ", " incessibilité " ou " insaisissabilité ".

Du point de vue de la norme jurisprudentielle, rien ne permet donc d'admettre ou de rejeter l'existence d'une nouvelle restriction au droit de disposer, si ce n'est que l'emploi d'un vocable inédit peut faire douter de la pertinence de l'interprétation extensive de ces décisions[2].

837. En revanche, il est un point commun indiscutable à toutes les restrictions au droit de disposer : elles ne portent jamais atteinte à l'assiette du droit de poursuite des créanciers de celui qui subit la restriction[3], que celle-ci soit complète ou partielle.

Si l'appartenance du délégant ayant pour objet la créance dont il dispose à l'encontre du délégué est véritablement réduite, il faut donc démontrer qu'il n'existe aucune atteinte à l'assiette du droit de poursuite des créanciers du délégant.

Par ailleurs, en l'espèce, il faut relever que s'il existe une restriction au droit de disposer du délégant sur sa créance contre le délégué, elle prendra la forme d'une restriction frappant un bien approprié. En effet, la créance du délégant sur le délégué préexiste le plus souvent à toute opération de délégation[4] alors que la Cour de cassation a affirmé que l'indisponibilité résultait de l'acceptation de la délégation laquelle a souvent lieu après la naissance de la créance en cause.

838. Pourtant, que l'on sache la Cour de cassation en affirmant l'indisponibilité de la créance du délégant sur le délégué ne consacre aucune distinction entre les créanciers antérieurs à l'opération de délégation et les créanciers postérieurs.

---

[1] Voir *supra* n° 231 & suiv., à propos des décisions ayant admis le mécanisme des clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre onéreux.

[2] Sur l'interprétation restrictive qui prévaut relativement aux normes instituant des restrictions au droit de disposer, voir *supra* n° 230.

[3] Voir *supra* n° 823 & suiv.

[4] Sur cette question, favorable à une définition rigoureuse de la délégation, excluant l'opération en l'absence d'un rapport d'obligation préexistant liant le " délégué " au " délégant ", J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, Droit civil, Tome IV, 1ère édition, Economica, 2000, n° 507 & suiv. Voir en outre pour l'hypothèse étudiée, *supra* n° 831 & suiv..

Dans la dernière décision en date[1], le créancier saisissant, vendeur du local, était même sans aucun doute un créancier antérieur à la délégation qui concernait les loyers dus par le locataire à l'acquéreur[2] ! La Cour de cassation semble donc admettre que cette indisponibilité nuise aux créanciers antérieurs. S'il s'agit d'une restriction au droit de disposer, elle va donc diminuer l'assiette du droit de poursuite des créanciers antérieurs à la délégation. Ceux-ci seraient donc privés de la possibilité de saisir un élément de l'actif patrimonial de leur débiteur alors qu'avant la délégation ils auraient pu y prétendre, cela est tout à fait inédit en matière de restriction au droit de disposer ! On peut en conclure que la Cour de cassation n'a pas établi un nouveau cas de restriction au droit de disposer.

La question prend alors un tour plus sombre pour nous, s'il est certain qu'il ne s'agit pas ici d'une restriction au droit de disposer, il faut exclure la qualification d'insaisissabilité puisque nous avons affirmé que toutes les restrictions au droit de disposer emportaient insaisissabilité de leur objet[3].

b) L'inexistence de l'insaisissabilité de la créance du délégant sur le délégué

839. Il est maintenant certain que la créance du délégant sur le délégué n'est pas l'objet d'une restriction au droit de disposer, il va maintenant s'agir de démontrer autrement que le régime juridique de cette créance, à compter de l'acceptation de la délégation n'a rien d'une véritable insaisissabilité.

A titre liminaire, il ne paraît pas malvenu de rappeler que la Cour de cassation a bien pris soin de préciser que la créance du délégant sur le délégué était simplement indisponible. Par ailleurs, les décisions antérieures[4] n'ont à notre connaissance jamais qualifié cette créance de " créance insaisissable " alors que la Cour de cassation ne répugne pas à l'emploi de ce terme dans d'autres hypothèses alors même que la loi est muette[5].

L'avant-projet de réforme du Droit des obligations[6] prévoit quant à lui de façon moins prudente à l'article 1281 que " L'engagement du délégué envers le délégataire rend indisponible la créance du délégant envers le délégué *qui ne peut être ni cédée ni saisie*

---

[1] Cass. Com., 14 février 2006, *Bull. civ.*, n° 37.
[2] Sur la qualification des créances à exécution successives, voir *supra* n° 788 & suiv
[3] Voir *supra* n° 823 & suiv.
[4] Voir le rappel des solutions antérieures, *supra* n° 829.
[5] Ainsi à propos des clauses d'inaliénabilité, la Cour de cassation n'hésite pas à affirmer qu'elle entraîne aussi l'insaisissabilité des biens qu'elles ont pour objet alors que rien n'est dit en ce sens aux articles 900-1 & suiv. C. civ. Voir par exemple : Cass. Civ. 2ème, 30 juin 1993, *Bull. civ.*, II, n° 241.
[6] Il s'agit ici de l'avant-projet de réforme dit Projet Catala.

(nous soulignons). " L'exposé des motifs du projet révèle que ses auteurs ont eu à cœur d'éviter au délégué de payer deux fois, au cessionnaire de la créance et au délégataire.

Cette considération est d'ailleurs une préoccupation constante de la doctrine qui justifie bien souvent en ces termes la proclamation de l'insaisissabilité de la créance du délégant sur le délégué à compter de l'engagement du délégué[1]. Il semble pourtant que le risque d'un double paiement est brandi avec une mansuétude excessive. Cet excès de considération pour le délégué fait douter que cet argument puisse valablement venir au soutien de la nécessité d'une insaisissabilité de la créance du délégant sur le délégué. Expliquons-nous.

840. Le double paiement que risque le délégué n'est un argument en faveur de l'insaisissabilité que lorsque ce double paiement aboutirait à des conséquences injustes pour le délégué. Et le double paiement n'est injuste que dans l'hypothèse où le délégué ne s'y est pas lui-même exposé. Si le délégué manque de discernement au point de se mettre dans l'obligation de payer deux fois, il ne semble pas mériter de commisération excessive.

La question qui importe donc est de vérifier dans quels cas le délégué pourrait être injustement exposé à un double paiement, afin de déterminer si cette insaisissabilité est véritablement nécessaire. On peut donc procéder par élimination en commençant par déterminer les cas dans lesquels le double paiement est parfaitement justifié.

841. Le double paiement est juste quand le délégué s'est lui-même mis en situation d'y être astreint. Il ne sera donc injuste que lorsque le délégué ne l'a lui même pas voulu. Le délégué n'a pas pu vouloir s'engager à payer lorsqu'il ignorait la qualité de son créancier. Puisque le délégué s'est engagé auprès du délégataire, il connait forcément la personne du délégataire. Qui peut donc être le créancier dont il ignore la qualité ? Ce serait un grave démenti à son intelligence que de croire qu'il peut ignorer la personne du délégant puisque dans notre hypothèse, il *est* engagé à son égard.

Le seul créancier dont il peut ignorer la qualité est une personne qui serait *devenue* créancière à son égard. Peut devenir créancier à l'égard du délégué soit le créancier du délégant qui a saisi la créance de ce dernier contre le délégué, soit le cessionnaire de cette créance qui a bénéficié d'une cession de créance réalisée par le délégant lui-même[2].

---

[1] Voir entre autres, P. CROCQ, obs. Cass. Com. 14 février 2006, *Droit et Patrimoine*, n° 150, Juillet-Août, 2006, p. 95 & suiv., spéc. p. 96.

[2] Bien que le nantissement de créance du Code civil, prévu aux articles 2355 & suiv., ne soit nullement une cession de créance, il serait possible d'assimiler le créancier nanti à un cessionnaire dans la mesure où ce dernier a vocation à percevoir les sommes dues au titre de la créance nantie en cas de notification. Cette assimilation présente un

842. Puisque le double paiement n'est injuste que lorsque le délégué ignore la qualité du second créancier, le double paiement n'est injuste que lorsque le délégué ignore la cession ou la saisie-attribution de la créance du délégant à son encontre.

L'ignorance d'une saisie-attribution est douteuse dans la mesure où cette dernière est signifiée au tiers saisi, ici notre délégué, par acte d'huissier. La signification de l'acte de saisie rend le délégué personnellement débiteur du créancier saisissant ainsi que l'article 43 de la Loi du 9 juillet 1991 en dispose. Si le délégué s'engage auprès du délégataire *après* la signification de l'acte de saisie, il n'y aucun risque d'un double paiement injuste, mais il y aura à juste titre un double paiement[1].

La seule difficulté concerne l'hypothèse où le délégué s'était engagé à l'égard du délégataire *avant* la signification de la saisie. Dans ce cas, il se peut que lors de la signification, le délégué ait déjà payé le délégataire. Cela ne pose pas de difficulté pratique puisque l'acte de saisie mentionne l'heure à laquelle il est signifié[2]. Il est alors évident que le délégué ne sera nullement exposé au risque de payer deux fois puisque son paiement fait au délégataire était libératoire en vertu de l'article 1240 C.civ. Si une difficulté surgit, elle opposera éventuellement le délégataire non payé et le créancier saisissant.

843. Les difficultés en présence d'une saisie-attribution et d'une délégation n'existeront donc que si le délégué n'a pas encore payé le délégataire à la date de signification de la saisie. La seule question qui importe ici est de savoir qui le délégué doit payer puisque nous nous intéressons simplement au double paiement.

L'hypothèse semble avoir été prévue par le législateur lui-même puisque l'article 44 de la Loi du 9 juillet 1991 dispose que le tiers saisi est tenu de renseigner le créancier saisissant des modalités pouvant affecter son obligation et s'il y a lieu, " les cessions de créances, *délégations* (nous soulignons) ou saisies antérieures ". Le délégué est donc tenu de faire état de la délégation antérieure.

---

intérêt pratique évident dans la mesure où l'insaisissabilité d'une créance, restriction au droit de disposer de cette créance, ne fait nullement obstacle à la constitution d'une telle garantie.

[1] La solution serait sans doute la même si le délégué s'engageait auprès du délégataire après la notification d'un nantissement de créance dans la mesure où cet engagement ferait sciemment obstacle aux droits du créancier nanti. Il semble donc douteux que le paiement fait au délégataire soit libératoire, là encore, le délégué risquera un double paiement justifié.

[2] Article 56 *in fine* du Décret du 31 juillet 1992. Cette mention sert précisément à régler les éventuels conflits relatifs à un paiement réalisé le même jour que la saisie, voir sur ce point, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 372, n° 356 *in fine*.

844. Cela ne devrait pas poser de difficulté au délégué dans la mesure où, sauf trouble de mémoire pathologique, il ne lui sera pas difficile de se remémorer la délégation qu'il a lui-même consentie, sachant que l'acte de saisie contient toutes les mentions nécessaires à l'identification de la créance saisie[1] pour laquelle le délégué avait consenti la délégation. Si le délégué fait état de la délégation, on se doute bien qu'il ne va pas être astreint à payer immédiatement le saisissant sous peine de rendre totalement inutile cette disposition[2].

Une contestation sera élevée devant le juge de l'exécution par le débiteur saisi : le délégant. Celle-ci diffère le paiement selon l'article 46 de la Loi du 9 juillet 1991[3].

Quoiqu'il en soit, le tiers saisi dispose d'un délai d'un mois à compter de la dénonciation de la saisie au débiteur saisi, le délégant, délai au terme duquel l'huissier présente un certificat attestant de l'absence de contestation formée par le débiteur[4]. Il n'y a donc pas de risque d'un double paiement injuste.

845. Il se peut en revanche que le délégué ne fasse pas état de la délégation lors de la signification de l'acte de saisie[5]. Dans ce cas, sauf à ce qu'il se prévale d'un motif légitime, il peut être condamné au paiement des causes de la saisie voire à celui de dommages-intérêts en cas de déclaration mensongère[6].

Le double paiement en l'espèce ne sera pourtant pas injuste puisqu'il résultera de l'incurie du délégué sans d'ailleurs que tout recours lui soit interdit. Mais là encore, cette question n'est plus celle d'un éventuel double paiement. En présence d'une saisie-attribution de la créance du délégant sur le délégué, il n'y a donc aucun risque que le délégué soit astreint à un double paiement dont il n'ait pas lui-même à se reprocher la réalisation.

---

[1] R. PERROT, Ph. THERY, *op. cit.*, p. 397, n° 361.

[2] Voir sur ce point, I. DAURIAC, Le sort de la créance du délégant sur le délégué au cours de la délégation, *Defrénois*, 1997, n° 36664, p. 1169 & suiv., spéc. p. 1177.

[3] En outre, l'article 56-4° du Décret du 31 juillet 1992 dispose que l'acte de saisie, ici notifié à notre délégué, doit indiquer au saisi " qu'il lui est fait défense de disposer des sommes réclamées dans la limite de ce qu'il doit au débiteur ". On peut relever que la disposition est relative aux *sommes* dues par le tiers saisi et non simplement à la créance saisie. Dans l'hypothèse d'une délégation, ces sommes concernent tout à la fois le créancier du délégant qui est le créancier saisissant et le délégataire. On pourrait donc peut-être estimer que le délégué, tiers saisi, peut se retrancher derrière cette disposition afin de refuser le versement des *sommes* litigieuses au délégataire.

[4] Article 61 al. 1 du Décret du 31 juillet 1991. En vertu de l'alinéa 2 du même article, il est cependant possible que le paiement intervienne avant l'expiration de ce délai d'un mois si le débiteur saisi, le délégant, a déclaré ne pas contester la saisie. Cependant, s'agissant d'une délégation, le débiteur contestera forcément la saisie dans la mesure où il demeure le plus souvent le débiteur du délégataire qui exigera d'être payé avant le créancier saisissant.

[5] L'article 59 du Décret du 31 juillet 1992 dispose que ces informations doivent être fournies " sur le champ ", ce qui est sans doute trop sévère, voir sur ce point : R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 381, n° 363.

[6] R. PERROT, Ph. THERY, *op. cit.*, p. 382, n° 364.

846. Le second créancier que le délégué ignore peut par ailleurs être le cessionnaire de la créance du délégant envers lui. Il ne semble pas que dans cette hypothèse un double paiement puisse être injustement requis du débiteur. Un certain nombre de distinctions s'imposent[1].

Soit la cession de la créance a eu lieu selon les formes prescrites par les articles 1690 & suiv. du Code civil soit la cession a eu lieu au moyen d'un mode simplifié de cession par exemple par bordereau Dailly[2]. Dans le premier cas, la cession doit être signifiée au débiteur cédé, le délégué, à moins que ce dernier n'ait accepté la cession par acte authentique[3]. Si le débiteur cédé s'engage auprès du délégataire *après* signification ou acceptation de la cession, il sera évidemment tenu de payer deux fois. Mais ce double paiement sera totalement justifié sans qu'encore une fois des recours subséquents ne soient exclus. Mais leur teneur n'importe pas puisque nous traitons simplement du double paiement. En revanche, quelle solution retenir lorsque l'acceptation de la délégation a eu lieu avant la signification ? Qui le délégué est-il tenu de payer ?

847. Premièrement, il se peut que le délégué ait payé le délégataire avant la signification, dans ce cas, il est évident que son paiement est libératoire en vertu de l'article 1240 C.civ. Il faut simplement relever qu'il n'est libéré qu'à hauteur de ce qu'il a payé au délégataire.

C'est la raison pour laquelle, il restera tenu pour le surplus à l'égard du cessionnaire[4] si la créance du délégant contre le délégué était d'un montant supérieur à l'engagement du délégué envers le délégataire[5]. Le risque de double paiement est donc inexistant.

Les difficultés surviennent lorsque la cession a été signifiée alors que le délégué s'était déjà engagé envers le délégataire sans pour autant l'avoir payé. Dans cas, il semble que le délégué

---

[1] Sur le judicieux rapprochement, toute proportion évidemment rigoureusement maintenue, entre les conflits résultant de la cession successive d'une même créance et ceux résultant du concours entre une cession de créance et une délégation fournie par le débiteur de cette créance, voir, R. PERROT, Ph. THERY, *op. cit.*, p. 371 & suiv., n° 356 *in fine*.

[2] Article L. 313-23 & suiv. C. Mon. Fin.

[3] Article 1690 C.civ.

[4] La même observation pourrait être faite à propos du créancier saisissant la créance du délégant sur le délégué si le montant de cette dernière est supérieur au montant pour lequel le délégué s'est engagé envers le délégataire.

[5] Sur cette possibilité d'une délégation partielle, injustement méconnue en pratique, voir, PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 2, 1ère édition, Pichon, 1900, p. 177, n° 578 : " Nous supposons, *pour plus de simplicité* (nous soulignons) que les deux créances primitives avaient pour objet des sommes égales. Si le délégué devait moins d'argent au déléguant (*sic*) que celui-ci n'en doit au délégataire, le même résultat se produirait encore, mais de moindres limites, et jusqu'à concurrence seulement de la dette primitive du délégué. " Il faut par ailleurs relever que cette possibilité d'une délégation partielle rend très préjudiciable au délégant l'incessibilité fustigée par l'article 1281 de l'avant-projet de réforme du Droit des obligations. En effet, l'incessibilité frappera la totalité de la créance du délégant sur le délégué tandis que la délégation ne nécessitait que l'immobilisation d'une valeur moindre, équivalente à l'engagement du délégué envers le délégataire. Par l'effet d'une délégation partielle, le délégant aurait donc à subir l'immobilisation totale de sa créance envers le délégué.

soit tenu de payer le délégataire dans la mesure où celui-ci dispose du droit exclusif à un paiement immédiat[1]. Si toutefois le délégué préférait payer le cessionnaire ou le délégant, cela revient au même, il se mettrait en contradiction avec lui-même[2] en contredisant son propre engagement en faveur du délégataire de lui fournir le droit exclusif à un paiement immédiat.

Il devrait donc payer en sus le délégataire mais il n'y a ici qu'un double paiement justifié dont le délégué ne peut qu'imputer à sa propre négligence la réalisation. Le délégué doit donc payer le délégataire nonobstant la cession. Son paiement est évidemment libératoire puisqu'il se conforme à son engagement de fournir au délégataire le droit exclusif à un paiement immédiat, il n'y a donc aucun risque de double paiement injuste[3].

848. Deuxièmement, dans le cas où la cession aurait lieu au moyen d'un mode simplifié de cession tel le bordereau Dailly, il ne semble pas dénué de pertinence de s'inspirer ici d'un certain nombre de solutions dégagées à propos du conflit différent, opposant les cessionnaires successifs d'une même créance[4]. Si le délégué s'engage envers le délégataire, après que la cession de la créance du délégant a eu lieu[5], dans la mesure où celle-ci lui est demeurée occulte, il peut valablement se libérer auprès du délégataire à la mesure de l'engagement souscrit. Le paiement fait au délégataire sera libératoire en vertu de l'article 1240 C.civ. Le risque de double paiement est nul.

Si la cession a eu lieu toujours de façon occulte après l'engagement du délégué en faveur du délégataire, la solution n'est point différente : il doit se libérer auprès du délégataire qui bénéficie du droit exclusif à un paiement immédiat de la parti du délégué[6]. Le risque de

---

[1] Cass. Com., 14 février 2006, *Bull. civ.*, n° 37.

[2] De la même manière que le délégant qui exigerait paiement se mettrait en contradiction avec lui-même, voir sur ce point les précieuses observations de D. HOUTCIEFF, note sous Cass. Com., 29 avril 2002, *D.*, 2002, J, p. 2673 & suiv., spéc. p. 2675, n° 12 & suiv. et les références citées.

[3] Bien entendu, la libération du délégué ne préjuge en rien de l'éventuel litige qui pourrait naître entre le cessionnaire et le délégataire sur le point de savoir si la délégation méritait de " grever " la créance cédée.

[4] Loin de nous l'idée de voir dans la délégation un mode de cession des créances. Cependant, un certain nombre de difficultés sont résolues en cas de cessions successives par référence à des dispositions, notamment l'article 1240 C.civ. qui peuvent parfaitement être utilisées dans le cas d'un conflit entre un délégataire et le cessionnaire de la créance du délégant sur le délégué. Voir sur ce point, opérant ce très judicieux rapprochement, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 356, p. 372.

[5] Selon l'article L. 313-23 C. Mon. Fin., la cession est opposable aux tiers à compter de la date apposée sur le bordereau.

[6] Dans ces deux hypothèses de cession occulte tantôt antérieure tantôt postérieure à la délégation, il faut par ailleurs relever qu'en pratique un paiement non libératoire, c'est à dire fait au cessionnaire est inenvisageable car le cessionnaire est inconnu du délégué : la cession est occulte. Cela signifie qu'en principe le débiteur cédé dans une cession de créance par bordereau Dailly se libère auprès du cédant qui reçoit mandat d'encaisser au nom du cessionnaire. C'est d'ailleurs ce mandat d'encaisser que la notification de la cession prévue à l'article L. 313-28 C. Mon. Fin. révoque. Or en présence d'une délégation, ce mandataire tenu d'encaisser les sommes versées par le

double paiement est encore inexistant en raison de ce que le paiement, fait dans l'ignorance de la cession est évidemment libératoire[1].

849. La seule difficulté concerne l'hypothèse où la cession a été notifiée au délégué avant qu'il n'ait payé le délégataire[2]. Mais ici la solution ne doit pas être résolue différemment de celle que nous défendons en présence d'une cession de créance signifiée dans les formes de l'article 1690 C.civ. En se libérant auprès du cessionnaire le délégué commettrait l'erreur impardonnable de contredire l'engagement pris envers le délégataire de lui fournir le droit exclusif à un paiement immédiat[3]. Il doit donc se libérer auprès du délégataire. A défaut, il s'expose au risque d'un double paiement. Mais ce double paiement sera parfaitement justifié puisqu'il résultera une fois de plus de l'incurie du délégué. Il n'y a donc pas de risque ici d'un double paiement qui soit injustifié.

850. Si l'on résume, le délégué n'est donc jamais véritablement exposé au risque d'un double paiement dans la mesure où le paiement fait au délégataire est toujours libératoire puisqu'il correspond à l'engagement pris par ce délégué de fournir un droit exclusif à un paiement immédiat au délégataire. Le délégant, son créancier ayant saisi la créance ou le cessionnaire ne peuvent jamais obtenir paiement de la créance dont le délégué s'est libéré en raison de son paiement fait au délégataire.

---

débiteur cédé est le délégant. Et ce délégant ne peut pas plus exiger paiement du délégué que ce dernier ne peut se libérer entre ses mains en raison de l'engagement souscrit en faveur du délégataire.

[1] Evidemment, la libération du délégué en raison du paiement qu'il aura fourni en toute bonne foi au délégataire ne préjuge en rien des éventuels recours que le cessionnaire ne manquera pas d'exercer contre le délégant qui s'est contredit en cédant une créance qu'il avait auparavant mise au cœur de l'opération de délégation. Inversement, si la cession est antérieure à la délégation, le cessionnaire pourra peut-être tenter d'agir contre le délégataire qui a reçu cette somme d'argent que l'opposabilité préalable de la cession lui promettait pourtant. Cependant son action demeure incertaine dans la mesure où il n'est pas privé de la créance cédée mais simplement du produit de cette dernière, les sommes versées par le délégué au délégataire au titre de la promesse du droit exclusif à un paiement immédiat. Le succès de cette action semble donc subordonné à la reconnaissance au profit du cessionnaire d'un droit préférentiel sur les sommes en cause, droit opposable à tous, donc au délégataire à compter de la cession. Cet avatar du *jus ad rem* nous semble très hasardeux même si en théorie, on peut douter que la délégation d'une créance préalablement cédée soit véritablement opératoire. En pratique, il est plus que probable que la délégation tardive compte désormais au nombre des très nombreuses causes d'inefficacité de la cession de créances par bordereau Dailly. Sur ces dernières, voir : P. CROCQ, L'efficacité incertaine de la cession Dailly, *Dr. et Pat.*, 2002, n° 106, Juillet-Août, p. 80 & suiv., *passim*.

[2] Sur cette possibilité, voir l'article L. 313-28 C. Mon. Fin.

[3] En réalité, au-delà du paiement fait au délégataire, c'est sans doute la date de l'engagement du délégué qui importerait. En effet, de deux choses l'une. Soit le délégué s'est engagé avant la notification de la cession, dans ce cas, seul son paiement fait au délégataire sera libératoire. Il n'y a donc pas de risque d'un double paiement. Soit le délégué s'est engagé envers le délégataire après la notification, dans ce cas, il n'y a pas non plus de risque d'un double paiement puisque le délégué s'est engagé envers le délégataire en considération de sa dette envers le délégant tout en sachant que le délégant n'est plus son créancier. Il s'est donc sciemment exposé à payer deux fois. Là encore, il n'y a aucun risque que d'un double paiement qui soit injustifié. Le même raisonnement pourrait parfaitement être tenu en cas de notification d'un nantissement de créance, sur ce point, à propos d'une délégation postérieure à une notification du nantissement, voir *supra* n° 842 spéc. note 1.

Par ailleurs, si le paiement du délégataire n'a pas encore eu lieu, le délégué est tenu de le lui délivrer sous peine de voir son paiement fait à un tiers tenu pour non libératoire. Mais dans ce cas, il n'y aucun risque d'un double paiement qui ne soit pas simplement justifié par l'incurie du délégué. Quoi de plus normal, que celui qui méconnait son propre engagement, payant mal, paie deux fois[1] ? On s'aperçoit donc chemin faisant, qu'il ne sert absolument à rien de rendre la créance du délégant sur le délégué incessible ou insaisissable dans la mesure où cela ne change certainement pas la situation du délégué diligent.

851. Inutile, l'insaisissabilité de cette créance n'est pas non plus justifiée au regard des effets produits par la délégation. La Cour de cassation a plusieurs fois affirmé que la délégation garantissait au délégataire le droit exclusif à un paiement immédiat par le délégué[2]. Ce droit exclusif signifie, si les mots ont un sens, que le délégataire reçoit prioritairement paiement[3]. Cette priorité s'exprime en premier lieu par rapport au délégant, ce qui justifie que le délégué ne puisse pas valablement s'acquitter de sa dette envers le délégataire entre les mains du délégant[4]. Les créanciers de ce délégant ne sauraient eux-mêmes prétendre échapper à une priorité de paiement dont souffre celui de qui ils tiennent le droit d'agir contre le délégué.

---

[1] D'ailleurs la jurisprudence de la Cour de cassation ne s'oriente pas dans un sens différent lorsqu'elle affirme que l'obligation du délégué à l'égard du délégataire n'est nullement affectée par l'extinction de la créance du délégataire envers le délégant. Voir Cass. Com., 7 décembre 2004, *Bull. civ.*, n° 214. En l'espèce, le délégué, tentait de se prévaloir de l'extinction de l'obligation du délégant faute d'une déclaration faite en temps voulu par le délégataire à l'occasion de la procédure collective du délégant. Fondée sur l'indépendance de l'engagement du délégué envers le délégataire, la solution vaut aussi pour la créance du délégant sur le délégué en raison de l'indépendance de la délégation à l'égard des rapports fondamentaux. Voir en ce sens, A. BOUJEKA, obs. sous Cass. Com, 7 décembre 2004, *D.*, 2005, p. 1427 & suiv., *in fine*. En pratique, la survie de la créance du délégataire sur le délégué malgré la non-déclaration faite par le délégant de sa créance au passif de la procédure collective du délégué n'a que peu d'avantage puisque le délégataire sera lui aussi soumis à la discipline collective. En outre, ce qui vaut pour l'extinction des rapports fondamentaux faute de déclaration à l'occasion de la procédure collective du débiteur vaut certainement aussi pour l'extinction de la créance en raison du paiement fait par le débiteur. Ainsi le délégué ne pourrait évidemment pas arguer d'un paiement fait au délégant pour se soustraire à son engagement envers le délégataire. Sur ce dernier point, voir, P. CROCQ, obs. sous Cass. Com., 14 avril 2006, *Dr. et Pat.*, 2006, n° 150, Juillet-Août, p. 95 & suiv., spéc. p. 96.

[2] Voir en dernier lieu, Cass. Com., 14 février 2006, *Bull. civ.*, n° 37. Sur l'inutilité de l'insaisissabilité et de l'incessibilité de la créance du délégant sur le délégué, voir, I. DAURIAC, Le sort de la créance du délégant sur le délégué au cours de la délégation, *Defrénois*, 1997, n° 36664, p. 1169 & suiv., spéc. p. 1175

[3] Voir sur ce point les développements parfaitement clairs de Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, Thèse, Paris II, 2007, n° 295 : " L'un des traits fondamentaux de la délégation réside dans le fait que l'engagement du délégué est hiérarchiquement supérieur à celui du délégant. " Nous ne saurions mieux dire.

[4] Inversement le délégant n'est pas en mesure d'exiger du délégué qu'il le paie. Il nous semble d'ailleurs que cette interdiction résulte de la nature-même de l'opération de délégation qui matérialise un droit exclusif à un paiement immédiat. Ce droit exclusif de lui-même exclut que le délégant puisse servir d'intermédiaire à un paiement fait le délégué au délégataire. Même s'il est l'initiateur de l'opération de délégation, le délégant est donc exclu de celle-ci jusqu'à son dénouement. Cela ne doit pas étonner dans la mesure où l'acte de délégation suppose un accord entre le délégataire et le délégué. Ne manifestant pas explicitement son consentement à ce stade, le délégant doit se contenter de subir l'opposabilité d'une opération que le plus souvent il a lui-même suscitée. En revanche, n'ayant pas donné son consentement de façon expresse au délégué ou au délégataire, il nous semble difficile de le considérer comme le débiteur d'une obligation de ne pas poursuivre le délégué.

Par conséquent, dès lors que l'on admet, à la suite de la jurisprudence, que la délégation confère au délégataire une telle priorité de paiement, il n'est pas nécessaire de prohiber la saisie de la créance du délégant sur le délégué. En effet de deux choses l'une, ou bien la délégation confère le droit exclusif à un paiement immédiat et ce droit est opposable aux créanciers du délégant, ou bien elle n'en confère point et dans ce cas, pour que la délégation conserve un intérêt, il peut être opportun de soustraire la créance du délégant aux droits de poursuites de ses créanciers.

La délégation est donc véritablement opposable aux tiers puisque le droit exclusif du délégataire à un paiement immédiat est garanti. Même en présence d'une saisie de la créance du délégant sur le délégué, le délégataire conserve la priorité de paiement nécessairement consentie à l'occasion de la conclusion de l'opération de délégation[1]. L'insaisissabilité de la créance du délégant sur le délégué est donc en toute hypothèse inutile.

852. Enfin, cette insaisissabilité qui n'est nullement nécessaire produit des conséquences douteuses dans un certain nombre de cas. En pratique, la délégation est souvent acceptée alors que le délégué est déjà le débiteur du délégant. Cependant, rien n'oblige le délégué à s'engager auprès du délégataire pour un montant équivalent à celui de sa dette envers le délégant. Ce dernier peut moins devoir au délégataire que ce que le délégué lui doit[2].

Le délégué peut donc parfaitement s'engager auprès du délégataire pour une somme correspondant à une fraction de sa dette envers le délégant. Dans cette hypothèse précise, si la créance du délégant sur le délégué, qui ne peut être fractionnée est véritablement insaisissable, on s'aperçoit alors que les créanciers du délégant perdront plus[3] que ce que le délégué devra au délégataire. Cette perte ne saurait être strictement fondée sur l'opération de délégation puisque justement le délégué s'est engagé pour un montant moindre que celui de sa dette à l'égard du délégant.

---

[1] La priorité de paiement qui résulte de la délégation lui fait mériter en tout point la qualification de " lettre de change civile ". Le rapprochement entre l'engagement du délégué et celui qui résulte de l'acceptation d'une lettre de change ou celui qui résulte de l'acceptation d'une cession par bordereau Dailly a d'ailleurs déjà été relevé en ces termes : " Le rapport fondamental se trouve subordonné à cet engagement nouveau ", R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 373, n° 356 *in fine*.

[2] Sur ce point, voir *supra* n° 847 et les références citées. Pour un exemple chiffré, si le délégant doit 100 au délégataire alors que le délégué doit 200 au délégant, il est fort peu probable que le délégué s'engage pour 200 auprès du délégataire ! Il est en outre inconcevable que les créanciers du délégant soient privés d'une créance de 200 contre le débiteur, délégué, alors que ce dernier n'a accepté une délégation que pour 100. En tout état de cause, les créanciers du délégant doivent donc conserver la possibilité de saisir la créance de 200 mais elle ne leur rapportera jamais plus de 100.

[3] Rappelons que la délégation si elle est analysée en terme d'insaisissabilité, porte atteinte à l'assiette du droit de poursuite des créanciers, sur cette question, voir *supra* n° 838.

Et en principe les rapports fondamentaux s'éteignent uniquement en proportion de ce qu'a payé le délégué[1] ! Cette conclusion est pour le moins inacceptable. Il faut strictement limiter " l'indisponibilité " de la créance du délégant envers le délégué à ce que doit le délégué au délégataire.

853. Mais dans ce cas, l'indisponibilité en raison de son caractère partiel ne frappe plus véritablement la créance du délégant envers le délégué mais une partie du produit de la créance : les sommes dues par le délégué à hauteur de son engagement envers le délégataire. Ainsi lorsque la Cour de cassation affirme que la créance du délégant sur le délégué est indisponible, il ne faut pas s'y tromper. Il s'agit simplement de garantir la priorité de paiement du délégataire et la Cour de cassation n'affirme pas autre chose lorsqu'elle nous apprend " que la saisie-attribution effectuée entre les mains du délégué par le créancier du délégant ne peut avoir pour effet de priver le délégataire, dès son acceptation, de son droit exclusif à un paiement immédiat par le délégué, *sans concours avec le créancier saisissant* (nous soulignons) "[2].
On en déduit que la part de la créance du délégant sur le délégué qui excède ce que ce dernier doit au délégataire peut parfaitement être payée par le délégué au créancier saisissant dans la mesure où le délégataire n'a plus de priorité.

854. Que signifie donc cette mystérieuse " indisponibilité " qui frappe partiellement la créance du délégant sur le délégué selon la Cour de cassation ? On remarquera que la Cour de cassation interdit aux créanciers du délégant de saisir " les sommes dues par le délégué au titre des loyers " à verser au délégant, " dont le droit de créance qui demeure dans son patrimoine est indisponible à compter de l'acceptation ". Il est parfaitement possible de défendre que l'indisponibilité de la créance interdit simplement à son titulaire d'en exiger le paiement pour le total ou pour une certaine part seulement selon que l'engagement du délégué envers le délégataire est égal ou inférieur à ce qui est dû au délégant[3].
Ainsi, rien n'interdirait que les créanciers du délégant puissent saisir la créance de ce dernier sur le délégué mais le résultat de la saisie serait suspendu à celui de l'opération de la délégation. Rétrospectivement, cela fournirait une justification au fait que la Cour de

---

[1] R. LIBCHABER, obs. sous Cass. Com., 29 avril 2002, *Defrénois*, 2002, n° 37607, n° 63, p. 1239 & suiv., spéc. p. 1242.
[2] Cass. Com., 14 février 2006, *Bull. civ.*, n° 37.
[3] Sur la distinction entre la titularité d'une créance de sommes d'argent et la réception des sommes à verser, voir D. HOUTCIEFF, note sous Cass. Com., 29 avril 2002, *D.*, 2002, J, p. 2673 & suiv., spéc. n° 9.

cassation n'ait jamais explicitement affirmé qu'en raison de la délégation, la créance du délégant sur le délégué est insaisissable. Cette créance est simplement indisponible.

855. Ce n'est certes pas la rigueur de la définition de l'indisponibilité qui nous permettra de critiquer la qualification opérée par la Cour de cassation. L'indisponibilité devrait peut-être en rester au stade d'un qualificatif non juridique[1], qui peut être employé lorsque l'on constate que la " disponibilité " est entravée[2]. On ne s'étonnera donc pas que l'on puisse dire d'un bien insaisissable qu'il est indisponible, sans que cela interdise d'affirmer que la créance du délégant sur le délégué est indisponible à compter de l'acceptation de la délégation... bien qu'elle demeure saisissable.

La saisissabilité d'une créance indisponible est très loin de passer pour une incongruité si l'on cantonne l'indisponibilité au stade d'un qualificatif extra-juridique recouvrant par conséquent des situations aussi dissemblables que l'insaisissabilité diffère de la saisissabilité[3]. Il est même admis qu'une créance indisponible demeure saisissable[4], rien de nous interdit donc de

---

[1] Comp. Fr. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, Thèse, Paris I, Préf. J. GHESTIN, L.G.D.J., 2002, n° 183 *in fine*. Distinguant très justement le pouvoir de céder un droit de ce droit lui-même, l'auteur définit l'indisponibilité comme " une atteinte au droit de céder ". Il nous semble pourtant que les hypothèses existantes d'indisponibilité dépassent largement celles de l'inaliénabilité. De ce point de vue la proposition de l'auteur présente avant tout un caractère prospectif. Il est permis de douter de son intérêt si l'on songe qu'elle aboutirait à se confondre avec l'actuelle inaliénabilité.

[2] Disponibilité, entrave, voici des termes qui déplaisent au juriste tant ils sont susceptibles de recouvrir des situations juridiques ressortissant de régimes juridiques absolument différents. Un droit réel portant sur une chose entrave sa disponibilité au moins autant qu'un droit personnel, le droit d'un locataire, entrave la disponibilité de cette chose. La notion d'indisponibilité est si extensive que l'on a parfois admis que les biens n'appartenant pas encore ou plus au débiteur était eux aussi indisponibles, en ce qu'ils échappent " au libre pouvoir de la volonté individuelle ". Voir sur ce point l'énumération suivante de cas d'indisponibilité : M. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, 4ème édition, 1996, p. 58, n° 174 & suiv. On concèdera facilement que les termes vagues qui définissent l'indisponibilité sont totalement déconnectés des régimes juridiques affectant les situations décrites, il est donc permis de douter que la disponibilité, tout comme l'indisponibilité, constituent autre chose que des notions extra-juridiques. Sur le constat de la polysémie de l'indisponibilité ressortissant d'une grande variété de techniques juridiques distinctes, voir Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, n° 3 & suiv. Pour le constat historique de la multiplicité des hypothèses d'indisponibilité, voir enfin K. BEGUIN, Biens de tous, biens de personne – Approches historiques et juridiques de l'indisponibilité, Journées d'études de l'Ecole doctorale, Introduction, *Revue Hypothèses*, Publications de la Sorbonne, . 2006, p. 371 & suiv., spéc. p. 372 à 375.

[3] Pour une analyse à large spectre d'un grande nombre d'hypothèses d'indisponibilité, voir I. BEYNEIX, *Contribution à l'étude de la notion d'indisponibilité en droit patrimonial*, Thèse, Paris I, 2004, p. 779, n° 1314, relevant à propos de l'indisponibilité, terme générique, " elle est la manifestation commune ou le terme générique couvrant les cas d'inaliénabilité, d'incessibilité, d'insaisissabilité, d'intransmissibilité et d'imprescriptibilité. En fait, le terme d'indisponibilité rassemble toutes les impossibilités de disposer quelles qu'en soient la cause et la forme spécifique. " Comp. distinguant à juste titre l'indisponibilité de l'insaisissabilité, O. SALVAT, La saisie-attribution d'une créance de sommes d'argent indisponible, *P.A.*, 19 avril 2001, p. 4 & suiv., spéc. n° 3. Voir enfin, favorable à l'abandon de la terminologie imprécise d'indisponibilité, Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, n° 614 & suiv.

[4] R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 393, n° 370. Les auteurs rappellent ainsi que la créance de prix résultant de la cession d'un fonds de commerce, indisponible, est en revanche saisissable. Cependant, une telle saisie est dépourvue de tout effet attributif. Voir en ce sens, Cass. Civ. 2ème, 14 octobre 1999, *Bull. civ.*, n° 157, et plus récent, Cass. Civ. 2ème, 16 mars 2000, *Bull. civ.*, n° 49. Pour un recensement

prétendre que la créance du délégant sur le délégué est devenue indisponible tout en restant saisissable[1].

856. Si l'on récapitule, les arguments à l'encontre de l'insaisissabilité de la créance du délégant sur le délégué s'accumulent. La justification que l'on en fournit, le risque d'un double paiement, est infondée. En elle-même, cette insaisissabilité n'est pas utile, elle produit même des effets contestables si le délégué est moins tenu à l'égard du délégataire qu'il ne l'est à l'égard du délégant.

Par ailleurs, cette insaisissabilité n'a jamais été explicitement affirmée par la Cour de cassation qui se contente de l'usage d'un terme juridiquement neutre, l'indisponibilité[2]. La neutralité juridique de ce terme ne devrait donc pas permettre de trancher la question de la

---

des différentes créances indisponibles mais saisissables, voir O. SALVAT, La saisie-attribution d'une créance de sommes d'argent indisponible, *P.A.*, 19 avril 2001, p. 4 & suiv., spéc. n° 9 & suiv. On pourrait *a priori* défendre qu'en matière de délégation, l'indisponibilité de la créance du délégant sur le délégué conduit à la même solution : la créance est saisissable mais la saisie est privée de son effet attributif. Une telle affirmation semble contestable pour au moins deux raisons. Déjà, les décisions de la Cour de cassation relatives à l'indisponibilité de la créance du délégant sur le délégué ne contiennent aucune trace de cette distinction, la supposer implicite est donc hasardeux. Ensuite, lorsque la Cour de cassation a opéré cette distinction entre la saisie de la créance et l'effet attributif de cette dernière, il n'est pas certain que l'on puisse véritablement justifier l'absence d'effet attributif par l'indisponibilité de la créance. En effet, s'agissant de la créance de prix résultant de la cession d'un fonds de commerce, il est relevé que l'indisponibilité de la créance permet aux créanciers du vendeur de se manifester en temps voulu afin d'être désintéressés selon les formalités prévues à l'article L. 141-14 C.com. On peut ainsi parfaitement estimer que la suppression de l'effet attributif de la saisie de cette créance de prix participe de son indisponibilité et résulte de la volonté du législateur de désintéresser tous les créanciers du vendeur. Une telle volonté n'a pas lieu d'être en présence d'une délégation car l'on ne voit pas pourquoi la créance du délégant sur le délégué devrait profiter à tous les créanciers du délégant. En l'absence de délégation, chacun d'eux aurait pu saisir la créance du délégant sur le délégué, on comprend mal pourquoi l'existence d'une délégation exigerait de tous les faire concourir sur cette créance au détriment de la loi de la course. La situation diffère donc nettement de celle que l'on rencontre à propos de la créance de prix de vente d'un fonds de commerce, il n'y a donc pas lieu d'admettre que la saisie de la créance du délégant sur le délégué est privée d'effet attributif.

[1] Si l'idée que la créance du délégant sur le délégué est *devenue* indisponible lors de la délégation ne heurte pas la logique dans la mesure où cette indisponibilité concerne ici avant tout le paiement de la créance, il n'en va pas de même de toutes les qualifications avancées pour justifier de la délégation. Il a été défendu que la délégation affectait la créance du délégant sur le délégué d'une condition suspensive, l'inexécution de l'obligation du délégué envers le délégataire. La proposition est judicieuse mais peut-être un peu trop audacieuse dans la mesure où l'on ne comprend pas comment une créance née pure et simple, la créance du délégant contre le délégué, peut *devenir* affectée d'une condition suspensive. Cela signifie qu'une créance déjà née disparaît à compter de l'acceptation faite par le débiteur, le délégué, et se " transforme " en une créance non encore née ! La condition semble pouvoir n'être stipulée que lors de la création de l'obligation et non une fois qu'elle est née sous peine de raviver le délicat débat relatif au caractère forcément novatoire de la délégation.

[2] Voir sur ce point, *supra* n° 836. A propos de la notion d'indisponibilité, voir I. BEYNEIX, *Contribution à l'étude de la notion d'indisponibilité en droit patrimonial*, Thèse, Paris I, 2004, p. 58, n° 77, distinguant la propriété juridique de la propriété économique, l'auteur fonde cette opposition sur " l'effet d'indisponibilité ". Une telle distinction est loin d'être inutile mais l'adopter pour fonder l'existence d'un effet d'indisponibilité est l'aveu d'une rechercher placée délibérément au-delà de l'analyse de concepts juridiques classiques. Il n'est donc pas étonnant que l'indisponibilité transcende la distinction des droits réels et des droits personnels (voir sur ce point, I. BEYNEIX, *op. cit.*, p. 54, n° 71) mais faute d'un renouvellement de la dogmatique juridique sur ce point, cela conduit à placer délibérément l'analyse à un point de vue qui n'est pas celui du juriste mais celui d'un économiste. Cela ne relativise que l'intérêt juridique de cette notion définitivement non juridique d'indisponibilité. Cet écueil est surmonté si l'on adopte notre point de vue au sujet de l'appartenance dans la mesure où nous demeurons convaincus qu'elle éclaircit certains aspects de la dogmatique juridique.

saisissabilité de la créance indisponible, laquelle demeure totalement distincte de celle de la disponibilité de la créance. Il n'est donc pas étonnant qu'il existe des créances indisponibles et saisissables.

En définitive, il faut donc admettre que la délégation n'entraîne sûrement pas l'insaisissabilité de la créance du délégant sur le délégué, simplement, la délégation organise une priorité de paiement au profit du délégataire qui sera donc désintéressé par le délégué.

857. On s'aperçoit donc que l'absence de satisfaction des critères d'émergence d'une restriction, partielle, au droit de disposer correspond exactement à l'inexistence de l'insaisissabilité. La mise en œuvre de cette analyse renouvelée de l'insaisissabilité constitue donc rétrospectivement une mise à l'épreuve réussie.

Conclusion de la Section II

858. Alors que la grande proximité existant entre les restrictions complètes au droit de disposer et les insaisissabilités établies sur un bien en cours d'appropriation rendait hypothétique la défaillance de la qualification de restriction au droit de disposer des secondes, cette qualification aurait pu ne seoir qu'imparfaitement aux insaisissabilités établies sur un bien déjà approprié. Il n'en est rien.

859. En effet, il a pu être constaté que les insaisissabilités établies sur des biens déjà appropriés se présentaient comme de véritables insaisissabilités à l'égard des créanciers postérieurs à l'établissement de l'insaisissabilité[1]. Comme toutes les insaisissabilités déjà qualifiées de restrictions partielles au droit de disposer, elles résultaient de l'impossibilité pour les créanciers de mettre en œuvre le droit de disposer par la saisie des biens insaisissables[2].

Ces créanciers postérieurs que l'on pouvait définir comme ceux dont l'exécution de la créance est devenue certaine après l'établissement de l'insaisissabilité ne subissaient aucune atteinte à leur droit de poursuite[3]. Cela contribuait d'autant à justifier la qualification de restriction partielle au droit de disposer.

Par ailleurs, ces insaisissabilités, manifestant ici l'emprise d'une norme qui redéfinissait la relation d'appartenance unissant le débiteur à chacun de ses biens se sont révélées sélectives puisque la redéfinition de la relation d'appartenance pouvait épargner certains créanciers. La loi prévoit ainsi dans le cas de la déclaration notariée d'insaisissabilité que les créanciers personnels bénéficient du droit de disposer du bien insaisissable. Une telle faveur légale ne doit pourtant faire douter de la qualification de restriction au droit de disposer puisqu'elle ne fait que révéler la toute-puissance de la norme quant à la redéfinition de la relation d'appartenance[4]. Il importe donc de traiter avec précaution la distinction doctrinale des insaisissabilités relatives et des insaisissabilités absolues tant son incidence sur le mode opératoire de l'insaisissabilité est restreinte[5].

860. Asseoir définitivement la qualification de restriction partielle au droit de disposer des insaisissabilités établies sur un bien en cours d'appropriation imposait en outre de vérifier

---

[1] Voir *supra* n° 762 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 797 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 781 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 802 & suiv.
[5] Voir *supra* n° 804 & suiv.

qu'elle ne portait nulle atteinte au droit de poursuite des créanciers antérieurs. L'existence de mécanismes de garantie du droit de poursuite des créanciers antérieurs l'a permis sans aucune difficulté[1].

L'identité exacte entre la qualification de restriction partielle au droit de disposer et l'insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié a alors permis d'apprécier l'éventuelle insaisissabilité de la créance du délégant sur le délégué dans une délégation. Il est apparu que l'indisponibilité de cette créance ne satisfaisant pas les critères de la qualification de restriction au droit de disposer n'avait rien d'une insaisissabilité.

[1] Voir *supra* n° 809 & suiv.

Conclusion du Chapitre 2 : Le moment de constitution de l'insaisissabilité

861. L'étude du moment auquel sont constituées les restrictions complètes au droit de disposer avait permis de découvrir dans l'absence d'atteinte au droit de poursuite des créanciers un critère de qualification particulièrement efficace des restrictions au droit de disposer. L'étude du moment auquel est établie l'insaisissabilité n'a pas permis de le prendre en défaut.

862. A vrai dire, concernant les insaisissabilités établies lors de l'appropriation d'un bien, la solution ne faisait guère de doute tant la proximité avec les restrictions complètes au droit de disposer est évidente. Le respect constaté du droit de poursuite des créanciers a donc permis de livrer, au-delà de la variété de ces insaisissabilités, une qualification unitaire de celles-ci.
Elles sont des restrictions partielles au droit de disposer par lesquelles une norme modifie la relation d'appartenance unissant le débiteur à ses biens, amputant celle-ci du droit de disposer par saisie du bien insaisissable.

863. Une telle qualification pouvait cependant sembler plus délicate à mettre en œuvre lorsque l'insaisissabilité frappe un bien déjà approprié. En réalité, il n'en est rien. En effet, frappant le seul droit de disposer par saisie du bien, la restriction partielle au droit de disposer peut parfaitement être établie sur un bien déjà approprié mais dans ce cas, elle n'intéressera que les créanciers postérieurs à l'établissement de l'insaisissabilité.
Il en résulte que mécaniquement, une insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié respecte le droit de poursuite des créanciers antérieurs. Le droit de disposer du bien par saisie est déjà un élément de l'appartenance qu'il n'est plus possible de modifier.
De même, une telle insaisissabilité ne porte aucune atteinte à l'assiette du droit de poursuite des créanciers postérieurs puisque celui-ci ne naît qu'à un moment où la norme a déjà redéfini la relation d'appartenance. L'emprise de la norme est si manifeste que celle-ci peut maintenir le droit de disposer par saisie exercé par certains créanciers et évidemment cela ne réalise aucune atteinte à leur droit de poursuite.

864. Quel que soit le moment auquel est établie l'insaisissabilité, il importe donc de constater que celle-ci satisfait ce critère essentiel des restrictions au droit de disposer que constitue l'absence d'atteinte au droit de poursuite.

CONCLUSION DU TITRE I

865. L'étude de la source et du moment de constitution de l'inaliénabilité avait permis de définir celle-ci comme une restriction complète au droit de disposer. Il est apparu que l'insaisissabilité générée par l'inaliénabilité pouvait s'analyser elle aussi comme une atteinte au droit de disposer mis en œuvre par les créanciers au nom du débiteur. Eprouver ce postulat imposait alors, suivant le mode opératoire déjà dégagé en matière de restrictions complètes au droit de disposer, d'éprouver cette qualification en vérifiant qu'elle en satisfaisait tous les impératifs tant du point de vue de sa source que du moment auquel elle est établie.

866. Jetant un regard neuf sur l'insaisissabilité, il est apparu que, quelle qu'elle soit, elle trouvait sa source dans une norme prescriptive ou simplement permissive. Comme les restrictions complètes au droit de disposer, elle ne pouvait donc être fondée sur une simple manifestation de volontés individuelles.
Il en a résulté que l'insaisissabilité pouvait être affranchie des qualifications classiques, le droit réel, le droit personnel, qui elles résultent d'une manifestation de volontés individuelles.

867. Justifier définitivement l'analyse de l'inaliénabilité en une restriction partielle au droit de disposer a nécessité ensuite de scruter avec attention le moment auquel elle était établie. Il est alors apparu que l'insaisissabilité établie lors de l'appropriation d'un bien respectait tant le droit de poursuite des créanciers antérieurs à son établissement que celui des créanciers postérieurs.
Le même constat a pu être formulé lorsque l'insaisissabilité est établie sur un bien déjà approprié. Dans cette hypothèse, les mécanismes de garantie des droits des créanciers antérieurs ont permis de conclure à l'innocuité de l'insaisissabilité à leur endroit.

868. Présentant indubitablement les caractéristiques d'une restriction au droit de disposer, l'insaisissabilité mérite d'être désormais analysée en ces termes. Elle est une restriction au droit de disposer, en ce qu'elle ne concerne que les créanciers, elle est définitivement une restriction partielle au droit de disposer. En écho à ce qui a déjà été constaté en matière de restrictions complètes au droit de disposer, on peut gager qu'une telle qualification restituera toute son originalité au régime juridique qui en découle.

TITRE II. LES SPECIFICITES DU REGIME JURIDIQUE DE L'INSAISISSABILITE

869. Variété de restriction au droit de disposer, l'insaisissabilité manifeste l'amputation de la relation d'appartenance unissant la personne au bien insaisissable. Si l'inaliénabilité et l'insaisissabilité appartiennent toutes deux à la catégorie des restrictions au droit de disposer, elles se distinguent cependant nettement du point de vue de leurs effets juridiques. Là où la première atteint la totalité du droit de disposer, tant du point de vue du débiteur que de ses créanciers, la seconde ne concerne que ces derniers.

870. Le régime juridique de l'insaisissabilité ressortira donc d'une double logique. S'agissant d'une restriction au droit de disposer, il sera possible de constater une convergence d'effets entre l'inaliénabilité et l'insaisissabilité car l'une et l'autre ressortissent de cette catégorie. En revanche, l'insaisissabilité ne remettant en cause que l'un des aspects du droit de disposer d'un bien, ses effets demeureront pour une large part bien différents de ceux de l'inaliénabilité.

871. *A priori*, la spécificité de l'insaisissabilité en tant que restriction partielle au droit de disposer s'exprimera surtout lorsque seront en cause les effets de l'insaisissabilité. Une restriction partielle au droit de disposer ne saurait produire sur le bien concerné les mêmes effets qu'une restriction complète au droit de disposer étant entendu que ces dernières s'accompagnent forcément d'une insaisissabilité. Même dans cette dernière hypothèse, si l'on fait l'effort de rendre à l'insaisissabilité ce qui lui revient, la spécificité de son régime juridique apparaîtra nettement. L'étude des effets de l'insaisissabilité sera l'occasion de vérifier, une fois de plus, la mesure de son analyse en termes de restriction partielle au droit de disposer (Chapitre1).

872. En revanche, l'identité de nature existant entre inaliénabilité et insaisissabilité sera plus évidente lorsque le devenir de la limitation substantielle de l'appartenance est en jeu. C'est la raison pour laquelle les causes d'inefficacité de l'insaisissabilité qui permettront la reconstitution d'une relation d'appartenance complète présenteront de fortes similitudes avec les causes d'inefficacité des restrictions complètes au droit de disposer. La convergence entre l'un et l'autre de ces mécanismes sera d'ailleurs d'autant plus évidente que les restrictions complètes au droit de disposer comprennent systématiquement une restriction partielle au droit de disposer. L'appartenance de l'insaisissabilité à la catégorie des restrictions au droit

de disposer sera donc particulièrement manifeste en ce qui concerne les causes d'inefficacité de l'insaisissabilité (Chapitre 2).

CHAPITRE 1: Les effets de l'insaisissabilité

873. L'efficacité de l'insaisissabilité, la formule peut paraître bien mystérieuse dans la mesure où le mot " insaisissabilité " désigne un état, celui de ce qui est insaisissable. L'efficacité de l'insaisissabilité, ce n'est donc que l'étude de cet état d'insaisissabilité. Il paraît aisé de comprendre ce que cet état signifie, il signifie que le bien ne peut pas être saisi. Mais là encore, il faut préciser, affirmer qu'un bien ne peut être saisi demeure une formule bien vague.

Pour parler le langage d'un observateur extérieur, il faut ici déterminer quelles sont exactement les actions qu'il est précisément interdit de réaliser sur ce qui est insaisissable.

C'est à ce prix que les effets de l'insaisissabilité, restriction partielle au droit de disposer, pourront être définis. Cela permettra de mesurer l'efficience de l'insaisissabilité (Section I).

874. Cependant, aborder l'efficience de l'insaisissabilité ne permet pas de rendre compte complètement de la richesse du phénomène dans la mesure où une insaisissabilité efficace n'est pas forcément une insaisissabilité brandie à l'occasion d'un litige pour éviter que le bien concerné ne soit saisi.

Du point de vue d'un observateur extérieur, l'efficacité de l'insaisissabilité n'est nullement contredite par la réalisation d'un certain nombre d'actions, tout à fait compatibles avec l'insaisissabilité.

L'étude de l'efficacité de l'insaisissabilité passe donc par la détermination de toutes ces actions auxquelles l'insaisissabilité reste indifférente (Section II).

Section I. L'efficience de l'insaisissabilité

875. L'insaisissabilité est une restriction partielle au droit de disposer. Cela signifie que le bien, objet de la relation d'appartenance qui l'unit à son titulaire, ne pourra pas être saisi par les créanciers de ce titulaire.

Pourtant, en principe, les créanciers d'une personne ont toujours la possibilité de saisir des biens qui *appartiennent* à cette dernière. L'insaisissabilité opère donc en amont du bien, au stade de la relation d'appartenance du bien. A ce stade, il semblerait donc que l'insaisissabilité soit un état du bien totalement indifférent à la nature de ce bien. Pourtant, à bien y regarder, un élément de différenciation pourrait exister entre les insaisissabilités selon la nature du bien insaisissable. Expliquons-nous.

876. On ne s'étonnera pas que l'insaisissabilité interdise la saisie du bien concerné, cependant, tous les biens ne se saisissent pas de la même façon. Il existe de nombreuses procédures de saisies qui se différencient en fonction de l'objet sur lequel elles portent[1]. Ainsi, il est prévu que les créances de sommes d'argent sont saisissables selon la procédure de la saisie-attribution[2], qui présente un certain nombre de particularités par rapport aux voies d'exécution portant sur les autres biens du débiteur : en principe le créancier saisissant obtient l'attribution immédiate de la créance saisie[3].

Face à cela, d'autres procédures civiles d'exécution s'exercent sur d'autres biens du débiteur en ce qu'elles sont relatives par exemple relatives aux choses " corporelles ". Il s'agit ici de rappeler l'existence de différentes procédures d'exécution ayant en commun de nécessiter la " liquidation du bien saisi " afin que le créancier puisse être payé en monnaie. Concernant les choses meubles, elles sont en principe saisissables selon la procédure de saisie-vente ; les choses immobilières sont, elles, saisies selon la procédure de saisie immobilière.

877. Il semblerait que l'on puisse ainsi distinguer la saisie des créances de la saisie des choses corporelles. En effet, une créance de somme d'argent est un bien dont la valeur est systématiquement connue et par ailleurs la monnaie qui en résulte permettra de satisfaire au mieux les espérances du créancier saisissant.

Cependant, il faut garder en mémoire que dans l'un et l'autre cas, il s'agit toujours de la saisie d'un bien qui est forcément un droit. Dans le premier cas, il s'agit d'un droit personnel, un droit de créance. Dans le second cas, il s'agit d'un droit de propriété qui lui s'exerce sur des choses corporelles[4]. Si une différenciation entre les insaisissabilités existe, il faudra donc

---

[1] Ainsi la loi distingue-t-elle plusieurs mesures d'exécution. Voir sur ce point, l'article 2 de la Loi du 9 juillet 1991: " Le créancier (...) peut (...) poursuivre l'exécution forcée sur les biens de son débiteur dans les conditions propres à chaque mesure d'exécution."

[2] Sur laquelle, voir articles 42 & suiv. de la Loi du 9 juillet 1991.

[3] Cela résulte de l'article 43 de la Loi du 9 juillet 1991.

[4] Puisque les biens sont forcément des droits, tous les droits sont forcément incorporels au sens où ils ne sont pas susceptibles d'être touchés. La distinction que l'on opère parfois entre les biens corporels et les biens incorporels prête donc à confusion dans cette hypothèse. Elle n'est acceptable qu'à la condition de considérer qu'elle vise en réalité, l'objet de ces droits que sont les biens : l'activité d'un débiteur, qui est une chose non corporelle, on ne peut la toucher, ou une chose corporelle. Voir sur ce point les précieux enseignements de Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, Tome I, Economica, 5ème édition, 2006, n° 453 & suiv., voir aussi n° 507 & suiv. Pour une application probable de cette distinction, voir l'article 38 du Décret du 31 juillet 1992 : " Tous les biens mobiliers ou immobiliers, *corporels* ou *incorporels* (nous soulignons) appartenant au débiteur peuvent faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée (...). " On remarquera en outre que notre assimilation des biens aux droits justifie sans doute l'utilisation pour les biens des qualificatifs " corporel " ou " incorporel ". En effet, le Code civil lui-même dans sa rédaction originelle utilisait la distinction des droits " corporels " et " incorporels ". Le Chapitre VIII du Titre VI du Livre III est ainsi consacré au " transport des créances et autres droits incorporels ". Qu'une créance soit incorporelle ne fait pas de doute puisqu'on ne peut matériellement s'en saisir, il faut donc supposer que les créances au même titre que les " autres droits incorporels " tirent leur caractère incorporel de leur objet :

démontrer qu'elle ne résulte que la spécificité de la procédure de saisie eu égard à la nature particulière du bien en cause.

Ainsi l'insaisissabilité d'une créance, parce qu'elle est un obstacle à une saisie-attribution (§1) diffère légèrement de l'insaisissabilité des autres biens, notamment des droits de propriété sur les choses corporelles, parce que ces derniers sont soumis à des voies d'exécution différentes (§2).

§1: L'insaisissabilité, obstacle aux voies d'exécution portant sur les créances du débiteur

878. A titre liminaire, une précision s'impose. On sait que les créances appartenant à une personne peuvent être de plusieurs types, selon que le débiteur de cette créance s'est engagé à faire, ne pas faire ou donner[1]. Ces différentes créances constituent évidemment des biens puisque ce sont des éléments d'actif patrimonial[2].

Cependant, en pratique, la question de la saisie des créances ne concernera que les créances de sommes d'argent. En effet, par hypothèse, le saisissant n'a point été payé par son débiteur, il recherche donc par le biais de la saisie l'équivalent de l'engagement que son débiteur n'a pas honoré.

Il importe donc que la saisie lui offre un bien susceptible d'être liquidé le plus facilement possible, les liquidités obtenues fournissant alors au créancier le moyen d'effacer le désarroi qu'a pu lui causer l'incurie de son débiteur[3]. Il en résulte que les opérations de saisies concerneront en pratique exclusivement les créances de sommes d'argent[4].

---

l'activité du débiteur, et non de leur nature de droit patrimonial puisqu'un droit est toujours incorporel. Parallèlement, un droit corporel ne saurait être compris autrement que comme un droit possédant un objet corporel puisqu'un droit en lui-même n'est jamais véritablement tangible.

[1] Il s'agit ici du célèbre triptyque de l'article 1101 C.civ.

[2] Toutes les créances appartenant au débiteur sont susceptibles d'être saisies. Ainsi l'article 38 du Décret du 31 juillet 1992 dispose-t-il que " tous les biens mobiliers et immobiliers, corporels et incorporels appartenant au débiteur peuvent faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée. " L'affirmation est louable mais encore faudrait-il qu'existe une procédure générale de saisie pouvant s'appliquer à tout type de biens. Or le législateur semble avoir envisagé différents types spéciaux de saisies selon le bien à saisir. Certains biens sont donc saisissables sans qu'existe une procédure de saisie spécifiquement prévue, ainsi par exemple des créances résultant des obligations de faire. Conformément à l'opinion doctrinale majoritaire il faut rappeler que, " *l'absence d'une procédure spécifique n'est pas un obstacle au droit de saisir* ", il convient donc, en l'absence d'une procédure générale de saisie, d'adapter les modes spéciaux de saisie aux différents biens pour lesquels le législateur n'a pas pu organiser de procédure particulière : R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 602, n° 671. Concernant la saisie des " créances de faire ", on relèvera d'ailleurs que le peu d'intérêt pratique de la saisie d'une telle créance limite les incidences de l'absence d'une procédure de saisie spécifique.

[3] Voir en ce sens, R. PERROT, Ph. THERY, *op. cit.*, p. 360, n° 342.

[4] D'ailleurs, les obligations de faire peuvent se résoudre en dommages-intérêts en cas d'inexécution, une saisie de cette créance de dommages-intérêts est, est sauf situations particulières, possible dans la mesure où de cette créance saisie, " point n'est besoin d'exiger qu'elle soit certaine, liquide et exigible ". Sur ce dernier point, voir : R. PERROT, Ph. THERY, *op. cit.*, p. 367, n° 352. Partant, la Cour de cassation exige seulement de la créance saisie qu'elle soit certaine. Voir indubitablement en ce sens, Cass. Civ. 2ème, 25 mars 1998, *Bull. civ.*, II, n° 109. Pour

879. La question de l'efficience de l'insaisissabilité des créances doit donc être envisagée comme celle de l'efficience de l'insaisissabilité des créances de sommes d'argent. Les créances de sommes d'argent, elles, sont susceptibles d'être saisies selon la procédure classique de la saisie-attribution[1]. Il faut donc voir précisément en quoi l'insaisissabilité d'une créance de somme d'argent est un obstacle à la saisie-attribution de cette créance.

Pour ce faire, il n'est pas inutile de tenter de caractériser *a priori* les hypothèses dans lesquelles une créance de somme d'argent sera insaisissable. En premier lieu, la créance de sommes d'argent insaisissable est la créance de salaires mais cette dernière n'est pas sujette à la procédure classique de la saisie-attribution. Il existe en effet, une procédure spéciale[2]. Cette procédure de saisie des rémunérations est dotée d'un large champ d'application qui recouvre bien souvent celui des créances de sommes d'argent insaisissables.

Pour le moment donc, nul risque de concours entre la saisie-attribution et l'insaisissabilité n'est envisageable puisque les créances insaisissables envisagées ne sont susceptibles d'être saisies qu'en vertu de la procédure particulière de saisie des rémunérations.

880. Ce n'est donc pas du coté des créances salariales qu'il faut se tourner si l'on veut caractériser l'efficience de l'insaisissabilité d'une créance de somme d'argent comme obstacle à une saisie-attribution. En revanche, les sommes perçues par le salarié à l'occasion de son contrat de travail sont le plus souvent créditées au solde d'un compte bancaire. Or, l'insaisissabilité des créances dont le produit était crédité au solde d'un banque bancaire se reportait à due concurrence sur ce solde[3]. La créance que représente le solde créditeur de ce compte bancaire est donc insaisissable.

Mais là encore, cette insaisissabilité ne sera pas véritablement un obstacle à la saisie-attribution pour la simple et bonne raison que la saisie des créances résultant du solde d'un

---

admettre qu'une créance de faire soit saisie par le biais de la procédure de saisie-attribution, il faudrait donc admettre que la créance de dommages-intérêts qui résulte de l'inexécution de l'obligation en cause soit certaine avant même que l'inexécution n'ait été constatée. Chemin faisant, la question dérive donc vers l'épineux problème de la nature des dommages-intérêts versés dans le cadre de la responsabilité contractuelle. Simple exécution par équivalent, les dommages-intérêts versés en " exécution de la créance " confèrerait à cette dernière, dans une certaine mesure, la qualité de créance de somme d'argent. Si l'on voit dans ces dommages-intérêts la compensation de l'inexécution de l'obligation contractuelle, la créance qui les fonde ne saurait être née et donc saisissable avant que l'inexécution ne se soit produite.

[1] La procédure de la saisie-attribution est réglementée aux articles 42 & suiv. de la Loi du 9 juillet 1991. L'article 42 dispose que le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance certaine liquide et exigible, peut pour en obtenir le paiement saisir " les créances de son débiteur portant sur une somme d'argent ".

[2] Les articles 48 & 49 de la Loi du 9 juillet 1991 renvoie en effet pour la saisie des rémunérations aux articles L. 145-1 & suiv. C. trav. La Cour de cassation a précisé que seule la procédure établie aux articles L. 145-1 & suiv. C.trav. pouvait être exercée afin de saisir des rémunérations à l'exclusion de la procédure de droit commun : la saisie-attribution, Cass. Civ. 2ème, 30 septembre 1999, *Bull. civ.*, II, n° 147.

[3] Article 44 de la Loi du 9 juillet 1991, sur cette question, voir *supra* n° 632 & suiv.

compte bancaire est soumise à une procédure de saisie particulière, distincte de la saisie-attribution de droit commun bien qu'elle lui soit apparentée[1].

881. Finalement, l'insaisissabilité d'une créance de somme d'argent ne sera un obstacle à une saisie-attribution que si la créance en cause n'est point salariale et n'a pas pour débiteur un établissement gérant des comptes de dépôts[2] ayant perçu des fonds provenant d'une créance préalablement insaisissable.

En pratique, l'hypothèse est très restreinte puisque l'insaisissabilité en cause sera celle des créances alimentaires de sommes d'argent dont l'insaisissabilité est établie par l'article 14-2° de la Loi du 9 juillet 1991[3]. Dans cette hypothèse bien délimitée[4], l'insaisissabilité d'une créance de somme d'argent sera un obstacle à l'exercice d'une saisie-attribution. L'étude de ce point d'achoppement entre insaisissabilité et saisie-attribution n'est donc qu'un préalable, celui du " droit commun ", dans ses aspects généraux (A).

---

[1] R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 425, n° 410 : " La saisie-attribution des comptes bancaires demeure fondamentalement une variante de la saisie-attribution. (...). Le tout sous réserve des règles contraires qu'expliquent les particularités de la saisie lorsqu'elle porte sur des comptes bancaires. "

[2] La saisie des comptes bancaires s'exerce selon les mots de l'article 47 de la Loi du 9 juillet 1991 auprès " des établissements habilités par la loi à tenir des comptes de dépôts ".

[3] L'article 14-2° de la Loi du 9 juillet 1991 vise les " provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire " ce qui laisse supposer que l'insaisissabilité concerne aussi les créances alimentaires de somme d'argent que les sommes qui en résultent. Une application pratique de cette insaisissabilité des créances à caractère alimentaire est prévue par les textes régissant la matière. Ainsi l'article 43 du Décret du 31 juillet 1992 prévoit-il la possibilité pour un débiteur d'arguer auprès du juge du caractère alimentaire d'une créance pour faire obstacle à la saisie de cette dernière. L'alinéa 2 de cette disposition précise que le juge peut se référer pour déterminer la fraction insaisissable de la créance au " barème fixé pour déterminer l'insaisissabilité des rémunérations du travail. " En pratique, cette dernière disposition permet d'assurer que les rémunérations non salariales d'une activité soient aussi bien protégées que les rémunérations salariales auxquelles la procédure de saisie des rémunérations s'applique. Ainsi rien n'interdit celui qui exerce une activité libérale, donc non salariale, de demander le bénéfice de ces dispositions. Sur le rapprochement du point de vue de leur insaisissabilité respectivement certaine ou éventuelle entre les créances salariales et les créances résultant d'une activité libérale, voir R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 486, n° 495.

[4] Au-delà de l'insaisissabilité des créances de sommes d'argent à caractère alimentaire, il est possible de rechercher d'autres cas de créances de sommes d'argent insaisissables sans qu'elles soient salariales ou issues d'un compte de dépôt. Il s'agit tout d'abord, selon l'article L. 526-3 al.1 C.com. du prix résultant de la cession par un entrepreneur individuel des droits par lesquels il assure sa résidence principale. Cette insaisissabilité temporaire d'une durée d'un an concerne en réalité surtout l'établissement bancaire qui conservera les fonds dans l'attente de leur remploi. Ces fonds eux-mêmes, s'ils sont matériellement détenus par l'entrepreneur individuel, demeureront insaisissables dans les conditions prévues par la loi mais la question de leur saisie ne sera plus celle d'une éventuelle saisie-attribution de droit commun. Enfin, il est possible d'imaginer que cette insaisissabilité contrecarre une saisie-attribution classique dans le cas où les créanciers de l'entrepreneur tenteraient de saisir la créance de prix entre les mains de l'acquéreur mais en pratique, cela se produit rarement compte tenu des précautions entourant la vente immobilière. Au demeurant, il est un autre cas, guère moins hypothétique, dans lequel une créance de somme d'argent pourrait être volontairement déclarée insaisissable. Il pourrait ainsi être question de la stipulation d'une clause d'insaisissabilité ou d'incessibilité d'une créance, sans doute périodique, à l'occasion du don ou du legs de cette dernière. Pour un exemple ancien et désuet d'incessibilité d'une créance de somme d'argent, voir Cass. Civ., 6 juin 1853, *D.*, 1853, 1, p. 191.

A ce préalable succèdera l'étude des régimes spéciaux de saisie portant sur des créances salariales ou exercées contre des établissements habilités par la loi à tenir des comptes de dépôts (B).

A) Les aspects généraux de l'insaisissabilité des créances de sommes d'argent

882. L'insaisissabilité d'une créance de somme d'argent, restriction partielle au droit de disposer de cette créance, interdit en principe que cette dernière soit saisie. La saisie-attribution, procédure d'exécution portant sur les créances de sommes d'argent, réalise une attribution immédiate de la créance au créancier saisissant dès la signification de l'acte de saisie au débiteur de la créance saisie[1]. La saisie-attribution présente tous les traits d'une véritable cession forcée de créance au profit du créancier saisissant.

Puisque l'insaisissabilité est en principe un obstacle à l'exercice d'une mesure d'exécution forcée sur le bien insaisissable, on s'attendrait à ce qu'une créance de somme d'argent insaisissable ne puisse faire l'objet de cette cession forcée.

Pourtant l'examen de la procédure de la saisie-attribution laisse entrevoir quelques difficultés pratiques dans la mise en œuvre de ce dernier précepte (1). Il faudra donc démontrer qu'en définitive, il conserve toute sa vigueur : en présence de l'insaisissabilité d'une créance de somme d'argent, il n'est pas de cession forcée qui vaille (2).

1) L'impossibilité d'une cession forcée discutée en pratique

883. En pratique, un créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance certaine, liquide et exigible peut opérer une saisie entre les mains de toute personne tenue, au jour de la saisie, d'une obligation portant sur une somme d'argent envers son débiteur[2]. En principe la signification de l'acte de saisie emporte attribution immédiate de la créance au saisissant, le tiers saisi, débiteur de la créance saisie, devenant personnellement débiteur des causes de la saisie dans la limite de son obligation[3].

Selon l'article 44 de la Loi du 9 juillet 1991, à ce stade, le tiers saisi est tenu de déclarer au créancier l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur ainsi que les modalités qui pourraient les affecter. Dans un délai de huit jours à compter de la signification de la saisie, le créancier saisissant est tenu de dénoncer la saisie au débiteur saisi par acte d'huissier[4].

---

[1] Article 43 al.1 de la Loi du 9 juillet 1991.
[2] Article 42 de la Loi du 9 juillet 1991 et 55 du Décret du 31 juillet 1992.
[3] Article 43 al. 1 *in fine* de la Loi du 9 juillet 1991.
[4] Article 58 du Décret du 31 juillet 1992.

L'inobservation de cette mesure dans le délai requis rend la saisie-attribution caduque[1]. On ne comprend la rigueur de cette sanction qu'à la lumière du régime des actions de contestation de la saisie-attribution. La contestation doit être formée dans un délai d'un mois à compter de la dénonciation[2]. Si la créance saisie est insaisissable, une série de questions se pose.

884. D'une part, il faut se demander si le tiers saisi peut faire état de l'insaisissabilité de la créance dont il est le débiteur au titre des informations qu'il est tenu de fournir au créancier saisissant[3]. *A priori* rien ne s'y oppose.

Dans cette éventualité, il importe de déterminer les conséquences de la communication d'une telle information à l'huissier lors de la signification de l'acte de saisie. En premier lieu, on peut se demander si la mention de l'insaisissabilité de la créance est à même de faire obstacle à l'effet attributif immédiat de la créance saisie au créancier saisissant. Rien de tel ne résulte des dispositions de la Loi du 9 juillet 1991. En effet, seule l'indisponibilité de la créance saisie est à même d'empêcher l'effet attributif de la saisie-attribution[4]. Or rien ne permet de dire qu'une créance insaisissable est véritablement indisponible au sens où l'article 43 de la loi du 9 juillet 1991 entend ce terme. Au contraire, il a été établi que l'indisponibilité était une qualification totalement distincte de celle d'insaisissabilité[5].

Par ailleurs, il est acquis que l'attribution immédiate de la créance saisie au créancier saisissant s'apparente à une cession de la créance saisie affectée de toutes ses modalités au créancier saisissant. De ce point de vue, si l'insaisissabilité de la créance est véritablement une " modalité " de la créance au sens de l'article 44 de la Loi du 9 juillet 1991, il faut admettre que le créancier saisissant obtient l'attribution d'une créance insaisissable.

885. Cette conclusion étrange n'est en rien contraire au rôle traditionnellement affecté aux informations fournies par le tiers saisi dans le cadre d'une saisie-attribution. En effet, il est acquis, qu'en principe, pour le tiers saisi, la saisie-attribution est une opération totalement transparente qui n'allège pas plus qu'elle n'aggrave ses obligations à l'égard du débiteur saisi. " Sa déclaration au jour où l'acte de saisie lui est délivré ne constitue pas une contestation

---

[1] Pour une application jurisprudentielle, voir par exemple, Cass. Com., 4 mars 2003, *Bull. civ.*, IV, n° 33.
[2] Article 45 al.1 de la Loi du 9 juillet 1991.
[3] Article 44 de la Loi du 9 juillet 1991.
[4] L'alinéa 1 de l'article 43 de la Loi du 9 juillet 1991 dispose que " l'acte de saisie emporte (...) attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie *disponible* (...). " *A contrario,* on peut en déduire que cela ne peut se produire lorsque la créance n'est pas disponible. Voir sur ce point, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 393, n° 370.
[5] Voir *supra* n° 855.

mais une information dont dépend la suite de la saisie "[1]. Or l'insaisissabilité constitue indubitablement un obstacle à la saisie et la formulation de cette contestation n'est manifestement pas du ressort du tiers saisi.

L'insaisissabilité, si les mots ont un sens, doit faire obstacle à la mesure de saisie en elle-même. Elle n'a nullement vocation à être brandie par le tiers saisi, plus témoin qu'acteur de la procédure de saisie[2], qui est placé en vertu de l'article 43 de la Loi du 9 juillet 1991 devant le fait accompli de l'attribution immédiate de la créance saisie, dont il est le débiteur, au créancier saisissant.

886. D'autre part, le raisonnement mené était fondé sur le postulat selon lequel le tiers saisi était en mesure de se prévaloir de l'insaisissabilité de la créance dont il est le débiteur[3]. Or, bien souvent, le débiteur d'une créance insaisissable ignore que son créancier est protégé par une insaisissabilité. Cela est particulièrement vrai en présence d'une créance alimentaire, hypothèse principale du concours entre la saisie-attribution et l'insaisissabilité[4]. Or si le tiers saisi ignore véritablement que la créance dont il est le débiteur est insaisissable, comment admettre qu'il puisse en faire état à l'huissier lors de la signification de l'acte de saisie ? La réponse est simple, le tiers saisi n'est nullement obligé de faire état du caractère insaisissable de la créance en cause.

887. Si l'on récapitule, on s'aperçoit donc que l'insaisissabilité de la créance même connue du tiers saisi, n'est pas de nature à en paralyser l'effet attributif tandis que celui-ci se produit encore plus naturellement lorsque le tiers saisi ignore que la créance est insaisissable ce qui d'ailleurs, risque de se produire souvent en pratique.

L'insaisissabilité ne semble donc pas constituer un obstacle valable à la réalisation de l'effet attributif immédiat de la saisie-attribution. En pratique, la jurisprudence va même beaucoup plus loin puisqu'elle a clairement interdit que le tiers saisi fasse état de l'insaisissabilité puisque " seul le débiteur saisi, lui-même créancier d'aliments, peut contester la saisie au motif qu'elle porte sur une créance d'aliments insaisissable "[5].

---

[1] R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 409, n° 387.
[2] R. PERROT, Ph. THERY, *op. cit.*, p. 409, n° 370.
[3] Voir *supra* n° 886.
[4] Voir *supra* n° 885.
[5] Cass. Civ. 1ère, 2 février 1993, *D.*, 1993, S.C., p. 279, obs. P. JULIEN. En l'espèce, le tiers saisi prétendait faire valoir sa qualité de débiteur alimentaire pour faire obstacle à la mesure d'exécution forcée. La solution rendue sous l'empire de la législation antérieure à la réforme du 9 juillet 1991 peut être étendue à la saisie-attribution. Voir en ce sens, P. JULIEN, obs. précitées.

La mention de l'insaisissabilité n'est donc pas un motif de contestation valable de la saisie-attribution qui puisse être fourni par le tiers saisi lors de la signification de l'acte de saisie. Par ailleurs la possibilité offerte par la loi de saisir le juge de l'exécution compétent[1] afin de contester la validité de la saisie ne semble pas être offerte sans retenue au tiers saisi. La recevabilité de son action demeure sujette à caution et en tout état de cause, les prétentions qu'il pourrait élever doivent être rigoureusement circonscrites[2].

888. Finalement, il apparaît donc que l'insaisissabilité d'une créance de somme d'argent est incapable d'empêcher que la saisie-attribution frappant cette créance produise son effet attributif. Or si l'effet attributif de la saisie-attribution apparente cette dernière à une cession de créance, cette cession de créance présente un caractère forcé puisque la saisie-attribution demeure une mesure d'exécution.

L'efficacité de l'insaisissabilité semble donc sévèrement chahutée puisqu'il en résultera en pratique qu'une mesure d'exécution portera sur un bien insaisissable qui aurait pourtant dû rester à l'abri de ce type de mesure. Il faut cependant dépasser ce premier sentiment, en tout état de cause, l'insaisissabilité demeure efficiente même lorsqu'elle est confrontée à une saisie-attribution.

2) L'impossibilité d'une cession forcée respectée en théorie

889. Alors que l'on s'attendait à ce que l'insaisissabilité d'une créance de somme d'argent puisse empêcher une saisie-attribution de produire effet, il a été constaté que l'insaisissabilité ne pouvait être invoquée au moment où la mesure d'exécution portant sur une créance de somme d'argent produit son principal effet : l'attribution immédiate de la créance au saisissant lors de la signification de l'acte de saisie.

Il faut pourtant admettre que l'efficacité *a priori* de l'insaisissabilité relevait de la quadrature du cercle puisque la seule personne à même de présenter un prétexte valable contre la réalisation de l'effet attributif de la saisie lors de sa signification, le tiers saisi, pouvait ignorer que la créance soit insaisissable.

---

[1] En principe, le juge de l'exécution est, selon l'article L. 311-12 al. 1 C. org. jud., le président du Tribunal de Grande Instance dans le ressort duquel est situé le domicile du débiteur saisi. Sur la compétence du juge de l'exécution, voir R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 235, n° 223 & suiv.

[2] R. PERROT, Ph. THERY, *op. cit.*, p. 412 & suiv., n° 391, spéc. II. Certaines décisions jurisprudentielles ont semblé admettre que le tiers saisi excipe de l'invalidité de la saisie-attribution lorsqu'il est lui-même directement assigné en justice par le saisissant.

Inversement, la seule personne à même d'invoquer l'insaisissabilité de la créance, le débiteur saisi, n'est mis au courant de la procédure de saisie-attribution que dans un délai de huit jours à compter, donc postérieur, à la signification[1].

890. L'acte d'huissier réalisant la dénonciation de la saisie doit contenir un certain nombre de mentions parmi lesquelles figurent la dénomination de la juridiction devant être saisie des contestations formulées par le débiteur saisi[2]. Ce dernier disposera donc de toutes les informations nécessaires à la formulation d'une contestation. La question du concours entre l'insaisissabilité d'une créance de somme d'argent et la saisie-attribution s'exerçant sur cette dernière doit donc être envisagée et résolue sous le seul angle des contestations susceptibles d'être élevées par le débiteur saisi. Celles-ci sont élevées par le débiteur saisi dans le délai d'un mois à compter de la dénonciation de la saisie[3].
Le débiteur saisi fera donc état de l'insaisissabilité de la créance saisie auprès du juge de l'exécution compétent. Si l'insaisissabilité invoquée est avérée, la juridiction compétente prononcera la mainlevée de la mesure de saisie à hauteur de l'insaisissabilité.

891. Cette mainlevée de la mesure d'exécution produira tous les effets de la déclaration en nullité qui pourrait frapper un acte juridique quelconque. Il en résulte que la mainlevée de la saisie-attribution remettra rétroactivement en cause l'attribution quasi-automatique de la créance au créancier saisissant. Par le biais de cette rétroactivité, il faut donc convenir de ce que l'insaisissabilité de la créance sera en définitive théoriquement sauvegardée puisqu'elle n'aura pas pu être l'objet d'une mesure d'exécution forcée, la saisie-attribution, quand bien même celle-ci aurait permis au créancier saisissant de devenir quasi-automatiquement le titulaire de la créance saisie.
En définitive, *a posteriori*, la saisie-attribution sera donc tenue en échec par l'insaisissabilité de la créance de somme d'argent sur laquelle elle portait. Ce constat nécessite cependant quelques précisions.

892. Premièrement, si la mainlevée de la mesure d'exécution est évidemment prononcée lorsque la créance en cause est insaisissable, on peut se demander si cette " restauration " de l'insaisissabilité ne risque pas d'être trop tardive. En effet, ne peut-on pas imaginer que le

[1] L'article 58 du Décret du 31 juillet 1992 dispose qu'à peine de caducité la procédure de saisie-attribution doit être dénoncée au débiteur saisi dans ce délai par acte d'huissier.
[2] Article 58-2° et 3° du Décret du 31 juillet 1992.
[3] Article 66 du Décret du 31 juillet 1992.

tiers saisi ait payé le créancier saisissant avant que la mainlevée de la saisie ne soit prononcée, ce qui réduirait à néant l'intérêt de l'insaisissabilité ?

Heureusement, en pratique, un tel dénouement n'a absolument aucune chance de se produire. Tout d'abord, il faut rappeler que le tiers saisi n'est tenu de payer le saisissant que sur présentation par ce dernier d'un certificat de non-contestation de la saisie dans le délai d'un mois suivant la dénonciation de la saisie[1]. Il faut donc attendre que le délai mensuel de contestation soit écoulé pour que le tiers saisi puisse être contraint de payer le créancier saisissant.

Cependant l'article 66 al. 2 du Décret du 31 juillet 1992 dispose que le paiement peut avoir lieu avant l'expiration de ce délai si le débiteur déclare par écrit ne point contester la saisie. Il va sans dire que ce paiement anticipé ne se produira pas si la créance en cause est véritablement insaisissable car le débiteur saisi se gardera bien de délivrer une telle autorisation. Au cas où il se découvrirait titulaire d'une créance insaisissable tardivement, après avoir autorisé son débiteur à payer le créancier saisissant, il conserve la possibilité de demander la restitution des sommes versées au titre de la répétition de l'indu[2]. En tout état de cause, l'efficience de l'insaisissabilité de la créance de somme d'argent en cause sera donc garantie.

893. En outre, il convient de relever que toute contestation soulevée par le débiteur saisi suspend la possibilité pour le créancier saisissant de demander le paiement de la créance litigieuse[3]. La précision n'est pas dénuée d'importance dans l'hypothèse où la reconnaissance du caractère insaisissable de la créance peut être l'objet d'un litige que la juridiction en cause ne sera pas en mesure de traiter dans le délai mensuel prévu[4].

La situation est donc extrêmement claire : aucun paiement ne pourra être exigé du tiers saisi lorsque l'insaisissabilité de la créance saisie aura été élevée au titre de contestation de la saisie-attribution par le débiteur saisi. Au demeurant, il est parfaitement loisible au tiers saisi qui le souhaiterait de se prévaloir de l'article 57 du Décret du 31 juillet 1992 en consignant les sommes litigieuses auprès d'un séquestre, ce qui lui évitera de se soucier de ces dernières le temps que les contestations afférentes à la saisie soient tranchées[5].

---

[1] Article 61 al. 1 du Décret du 31 juillet 1992.

[2] Article 45 al. 3 de la Loi du 9 juillet 1991, voir sur ce point, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 405, n° 379 *in fine* et la références citées.

[3] Article 46 de la Loi du 9 juillet 1991.

[4] Voir en ce sens, mentionnant justement l'hypothèse où la créance serait insaisissable, R. PERROT, Ph. THERY, *op. cit.*, p. 422, n° 403 *in fine*.

[5] R. PERROT, Ph. THERY, *op. cit.*, p. 404, n° 378.

894. Reste que l'on pourrait ici s'appuyer sur le caractère rétroactivement invalidant de la mainlevée pour prétendre que l'insaisissabilité est indubitablement contournée le temps que la mainlevée soit prononcée puisque l'effet attributif immédiat de la saisie s'est produit. L'objection est sévère mais elle est loin d'être insurmontable. Il se trouve qu'à proprement parler la saisie-attribution réalisée sur une créance insaisissable n'existe pas vraiment puisqu'il suffira d'une contestation formulée par le débiteur saisi pour que le juge ordonne la mainlevée de cette dernière.

Lorsque l'on affirme que la mainlevée la privera rétroactivement d'effet en contrecarrant notamment tous les effets subséquents de l'attribution immédiate[1], il faut simplement admettre que la rétroactivité n'est que le moyen de détruire une apparence : celle d'une saisie-attribution valable que l'effet attributif immédiat, automatique en vertu de la loi[2], laissait supposer.

895. Pour surmonter définitivement l'objection précédente, il n'est pas inutile de rappeler que la même question s'était posée en présence d'une restriction complète au droit de disposer. Pour ces dernières, seule la nullité constituait la sanction adéquate des actes volontaires translatifs interdits[3]. Or, le temps que la nullité soit prononcée, l'acte translatif litigieux présentait l'apparence d'un acte valable et le prononcé de cette nullité permettait de réduire à néant cette apparence ainsi que tous les effets juridiques en résultant par le biais de sa rétroactivité. L'idée d'une apparence combattue dont la rétroactivité efface la moindre trace se retrouve ici en présence d'une restriction partielle au droit de disposer. Cette dernière constitue bien un obstacle à la saisie-attribution.

896. Au-delà, il convient de s'interroger sur la proximité qui semble exister entre la sanction des restrictions complètes au droit de disposer et celle d'une saisie-attribution qui ne contrecarre qu'une restriction partielle au droit de disposer. Cette proximité des sanctions encourues résulte ici bien plus des spécificités de la saisie-attribution que d'un éventuel régime de base de toutes les restrictions au droit de disposer.

---

[1] Par cette affirmation, nous voulons simplement signifier que la rétroactivité permettra ici de faire application de la maxime *Resoluto iure dantis, resolvitur iure accipientis*. Il en résulte que tous les actes d'aliénation de la créance que le créancier saisissant aurait pu se croire autorisé à réaliser en vertu de l'effet attributif immédiat doivent être remis en cause quand bien même cela nuirait aux droits acquis par les tiers. En effet, en l'espèce, l'application des mécanismes classiques de sauvegarde des droits des tiers, ainsi de l'article 2276 C.civ., demeure douteuse en raison des réticences jurisprudentielles connues à l'extension de cette disposition aux créances.

[2] Article 43 al. 1 de la Loi du 9 juillet 1991.

[3] Voir *supra* n° 449 & suiv.

En effet, les restrictions partielles au droit de disposer ne sont qu'un obstacle à la disposition par saisie du bien en cause, laquelle est mise en œuvre par les créanciers au titre de leur droit de poursuite. Il se trouve que l'exercice de ce droit de poursuite prend la forme d'une appropriation lorsqu'il porte sur une créance de somme d'argent puisque l'aliéna 1 de l'article 43 de la Loi du 9 juillet 1991 dispose que l'acte de saisie emporte attribution immédiate au saisissant de la créance saisie. Toute la particularité de la saisie-attribution réside dans ce que cette attribution immédiate est préalable à toute contestation de la saisie. Or l'invocation du caractère insaisissable de la créance est une contestation de la saisie, laquelle ne peut donc intervenir qu'une fois que l'effet attributif immédiat s'est produit.

Cet effet attributif immédiat doit donc être rétroactivement remis en cause afin que l'insaisissabilité soit effective. Cet effet attributif immédiat ne se distingue guère du caractère translatif d'une cession de créance[1] si ce n'est qu'il intervient automatiquement, à l'encontre de la volonté du titulaire de la créance saisie puisqu'il s'agit d'une mesure d'exécution forcée.

897. Ainsi parce que la saisie-attribution produit toujours des effets voisins de ceux d'un acte juridique volontaire translatif du bien litigieux, en tant que mesure d'exécution forcée, sa sanction rappelle celle qui frappe les actes translatifs volontaires contrecarrant les restrictions complètes au droit de disposer[2].

L'effet attributif immédiat étant une caractéristique fréquente des procédures civiles d'exécution portant sur une créance, il ne serait pas étonnant qu'il conduise à des résultats équivalents en présence de toutes les mesures spéciales d'exécution sur créances, lorsqu'elles entrent en concours avec une insaisissabilité, une restriction partielle au droit de disposer.

B) Les aspects spéciaux de l'insaisissabilité des créances de sommes d'argent

898. Si la saisie-attribution demeure le mécanisme de base permettant au créancier d'exercer son droit de poursuite sur des créances de sommes d'argent, cette dernière mesure

---

[1] Sur le rapprochement incontesté entre saisie-attribution et cession de créance, voir R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 402, n° 376, II. et les références citées.

[2] Commandée par l'effet attributif immédiat de la saisie-attribution, les solutions en cause valent évidemment pour les avis à tiers détenteur permettant au Trésor Public d'obtenir son tribut par la saisie des créances de sommes d'argent dont le contribuable négligent est débiteur. L'avis à tiers détenteur est en effet doté d'un effet attributif immédiat en tout point comparable à celui de la saisie-attribution de droit commun: voir en ce sens dénué de toute ambiguïté : Cass. Com. 16 juin 1998, *Bull. civ.*, IV, n° 201. Dans cette décision, la Cour de cassation a reconnu à l'instar de la solution acquise en matière de saisie-attribution, que l'avis à tiers détenteur avait pour effet de " transporter la créance du contribuable contre le tiers dans le patrimoine du Trésor Public (...). " C'est précisément cette décision sur laquelle la doctrine s'appuie pour mettre en évidence l'indubitable parenté existant entre saisie-attribution et cession de créance. Voir sur ce dernier point, R. PERROT, Ph. THERY, *Les procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 402, n° 376, II.

d'exécution fait l'objet d'un certain nombre d'aménagements lorsqu'elle porte sur des créances salariales, créances de rémunération du débiteur saisi (1).

En outre la spécificité du tiers saisi, un établissement bancaire, impose d'étudier précisément les effets de l'insaisissabilité des créances lorsque la saisie-attribution concerne des créances dont cet établissement bancaire est débiteur à l'égard de son client, le débiteur saisi (2).

1) Insaisissabilité et saisie des rémunérations

899. A titre liminaire, il convient de relever que la saisie des rémunérations est réglementée par le Code du Travail aux articles L. 145-1 & suiv. et R. 145-1 & suiv. par renvoi de l'article 42 *in fine* de la Loi du 9 juillet 1991. Il serait pourtant erroné d'y voir l'expression d'une opposition irréductible entre la saisie-attribution de droit commun et la saisie des rémunérations. Toutes ces dispositions sont issues de la loi du 9 juillet 1991 et du Décret du 31 juillet 1992 qui la complète.

900. D'un point de vue procédural, la saisie des rémunérations dépend du juge d'instance[1] là où la saisie-attribution dépend en principe du juge de l'exécution. La procédure de la saisie des rémunérations se caractérise par l'existence, à peine de nullité, d'une première phase de conciliation entre le créancier saisissant et le débiteur dont il entend saisir les rémunérations[2]. Au-delà, la principale caractéristique de cette saisie est de dépendre très largement du greffe du Tribunal compétent. Ce dernier est chargé de convoquer à fin de conciliation les intéressés[3]. Le juge d'instance en présence des parties procède à la tentative de conciliation. En cas d'échec, il ordonne la saisie non sans avoir vérifié le montant de la créance et de ses accessoires et tranché les éventuelles contestations soulevées par le débiteur[4].

Au vu du procès-verbal de non-conciliation le greffier procède à la saisie, établissant un acte de saisie indiquant tous les renseignements nécessaires à l'identification du créancier saisissant et du débiteur saisi. Cet acte mentionne en outre le montant précis de la saisie ainsi que le mode de calcul de la fraction saisissable des rémunérations[5]. Cette dernière précision est absolument cardinale car elle permet de comprendre qu'en réalité jamais une saisie des

[1] Article L. 145-5 C. trav.
[2] Article R. 145-9 C. trav.
[3] Pour le créancier saisissant et le débiteur saisi, voir respectivement les articles R. 145-11 et R. 145-12 C. trav.
[4] Voir sur ce point l'alinéa 3 de l'article R. 145-15 C.trav.
[5] Article R. 145-18 C. trav.

rémunérations ne pourra s'exercer contre une créance insaisissable ou du moins la fraction insaisissable de cette dernière.

901. En effet, les articles L. 145-2, R. 145-2 et R. 145-3 C. trav. permettent d'établir sur l'ensemble des rémunérations dues une série de tranches pour lesquelles la fraction insaisissable de la créance de salaire diminue à mesure que le montant de la tranche augmente. Le législateur a ainsi entendu garantir l'insaisissabilité de la majeure partie des revenus les plus faibles.

L'idée est simple et louable : moins les ressources du débiteur sont élevées, plus vitales elles sont pour lui ! Il importait donc d'éviter que ses créanciers puissent le dépouiller de ses maigres revenus étant entendu que seuls ceux-ci lui permettent de survivre[1]. Il en résulte que la saisie des rémunérations ne pourra s'exercer que sur la fraction saisissable du salaire telle qu'elle aura été déterminée par le greffe du Tribunal d'instance[2]. Ainsi à proprement parler, le risque d'un éventuel point d'achoppement entre la saisie des rémunérations et l'insaisissabilité des créances salariales s'évanouit totalement. La première ne s'exerce que là où la seconde n'a plus droit de cité[3].

902. Sur la fraction saisissable du salaire, il faut en outre relever que la saisie des rémunérations est dépourvue de tout effet attributif. Il s'en suit que tout créancier du salarié peut se joindre à la saisie et participer aux répartitions des sommes en cause, selon son rang[4]. Alors que l'insaisissabilité d'une fraction du salaire avait pour fondement la nécessité d'assurer à tout salarié l'existence d'un " reste à vivre ", l'absence d'effet attributif de la saisie des rémunérations vise, elle, à garantir au salarié que son crédit ne sera point épuisé pour la satisfaction d'un seul créancier[5]. Cette même préoccupation a guidé le législateur dans le sens de la limitation des effets d'une cession de créance de salaire. En effet, il aurait été

---

[1] Evidemment si les revenus salariés du débiteur sont faibles mais qu'il perçoit par ailleurs d'importants revenus tirés par exemple de son activité libérale, il y tout lieu d'inclure ces revenus supplémentaires dans le calcul global de ses revenus annuels pour la détermination de la fraction saisissable de son salaire. Voir en ce sens, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 488, n° 499.

[2] La Cour de cassation a d'ailleurs pris soin de préciser que le juge ordonnant la saisie à l'issue de la procédure de conciliation n'était pas tenu de déterminer la fraction saisissable du salaire. Voir en ce sens, Cass. Civ. 2ème, 26 mars 1997, *Bull. civ.*, II, n° 98.

[3] La seule possibilité de saisie d'une créance de salaire insaisissable concerne l'hypothèse où le débiteur salarié serait en outre débiteur d'aliment à l'égard d'un tiers. Ce tiers pourra alors saisir sous certaines conditions la fraction insaisissable du salaire mais il s'agit là évidemment d'un cas d'inefficacité de l'insaisissabilité, prévu à l'article L. 145-4 C.trav.

[4] Article R. 145-26 C. trav.

[5] Voir en ce sens, R. PERROT, Ph. THERY, *Les procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 484, n° 491, II.

regrettable que le risque écarté pour la saisie, l'affectation de la créance à un unique créancier, puisse se réaliser par le biais d'une cession sans doute imposée de la créance de salaire[1]. L'article L. 145-12 C. trav. dispose donc que la cession consentie antérieurement à la saisie des rémunérations fait simplement du cessionnaire un saisissant. Il lui faudra donc subir le concours des autres créanciers saisissants.

903. Sur le fond, ce refus de l'appropriation de la fraction saisissable du salaire par un seul créancier suggère que le législateur a entendu faire de la créance salariale un actif patrimonial irrémédiablement affecté au règlement de toutes les dettes du débiteur, sans que l'un des créanciers puisse prétendre fausser le jeu de la loi du concours en se l'appropriant. Les seules dérogations à la loi du concours prendront la forme de privilèges légalement conférés au créancier[2]. Par ces mesures, ainsi que cela a été relevé, c'est une véritable " reconstitution du *gage commun des créanciers* " qui s'opère[3].

904. Alors que les spécificités de la saisie de la fraction saisissable de la créance de salaire se retrouvent au stade de la cession de cette fraction saisissable de la créance, il faut aussi relever que le parallèle entre cession et saisie n'est pas moins vérifié en ce qui concerne la fraction insaisissable.

En effet, là où l'interdiction de l'appropriation au bénéfice d'un seul créancier prend la forme d'une saisie et d'une cession sans attribution de la titularité de la créance au saisissant ou au cessionnaire, la garantie du maintien d'un " reste à vivre " au débiteur prend la forme de l'impossibilité d'une saisie ou d'une cession de la fraction insaisissable du salaire. Ainsi, la fraction du salaire en cause est frappée d'une restriction complète au droit de disposer. Elle est incessible et par voie de conséquence, elle est aussi insaisissable[4].

L'appartenance de cette fraction du salaire est donc amputée de la totalité du droit de disposer. Une norme, ici les textes du Code du Travail, redéfinit la relation d'appartenance existant le salarié et une fraction de sa créance de salaire. Le titulaire de cette fraction ne peut pas la céder pas plus d'ailleurs que ces créanciers ne peuvent la saisir.

---

[1] R. PERROT, Ph. THERY, *op. cit.*, p. 515, n° 550.

[2] Voir sur ce point, L. CAMENSULI-FEUILLARD, *La dimension collective des procédures civiles d'exécution – Contribution à la définition de la notion de procédure collective*, Thèse Nantes, 2006, Préf. Y. DESDEVISES, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Tome 73, Dalloz, 2008, n° 590, p. 341.

[3] R. PERROT, Ph. THERY, *op. cit.*, p. 515, n° 550.

[4] Sur le rapport de cause à effet entre incessibilité et insaisissabilité, voir *supra* n° 246 & suiv.

905. Même s'il ne s'agit toujours que d'une fraction de la créance de salaire qui demeure incessible et insaisissable, il ne faut pas négliger l'importance pratique de ces deux dispositions. La répartition des fractions insaisissables de la créance de salaire fait qu'une partie substantielle de cette dernière demeure insaisissable.

Si l'on prend l'exemple d'un salaire annuel de 19000 euros, rémunération bien au-delà des espérances d'une grande partie de la population active, la fraction insaisissable correspond à la somme de 13937 €[1].

906. Matériellement conséquente, l'insaisissabilité de la créance de salaire concerne en outre un très grand nombre d'hypothèses dépassant assez largement le cadre des rémunérations versées à l'occasion d'un contrat de travail. L'article L. 145-1 C. trav. dispose en effet que les dispositions en cause sont applicables à toutes les sommes dues à titre de rémunération aux personnes salariées, cela ne fait pas de doute, ou " travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs, quels que soient le montant ou la nature de leur rémunération, la forme ou la nature de leur contrat. " Ces dispositions ont été étendues aux fonctionnaires par un Décret du 31 juillet 1993. En outre, l'article 311-2 du Code de la sécurité sociale a étendu ces dispositions à toute personne assujettie au régime général de la sécurité sociale[2].

La Cour de cassation veille d'ailleurs scrupuleusement à ce que tous ceux qui sont à même de bénéficier de ces différentes mesures en bénéficient puisqu'elle exclut le recours aux procédures civiles d'exécution du droit commun, notamment la saisie-attribution lorsque la saisie des rémunérations trouve à s'appliquer[3].

907. Par ailleurs, les dispositions protectrices de la saisie des rémunérations concernent les créances de salaires et la plupart de leurs accessoires tels que primes et indemnités diverses. La Cour de cassation a même estimé que ces dispositions trouvaient à s'appliquer lorsque le contrat de travail a pris fin, pour toutes les sommes encore dues à titre de rémunération[4].

---

[1] En vertu de l'article R. 145-2 C. trav., la fraction saisissable globale se détermine par addition des fractions saisissables par tranche. Pour un salaire annuel de 19000€, cette fraction saisissable est égale à: (19000-15811)*2/3 + (15810-12671)*1/3 + (12670-9541)*1/4 + (9540-6371)*1/5 + (6370-3241)*1/10 + 3241*1/20 soit environ 5063 €. La fraction insaisissable est donc de 19000- 5063 soit 13937 €.

[2] Voir sur ce point, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 488 et 489, n° 500 et les nombreuses applications pratiques citées.

[3] Voir sur ce point, ayant cassé pour violation de la loi l'arrêt d'appel ayant admis la saisie-attribution des rémunérations, Cass. Civ. 2ème, 30 septembre 1999, *Bull. civ.*, II, n° 147.

[4] Cass. Ass. Plén., 9 juillet 2004, *Bull. civ.*, n° 11.

Cette solution peut encourir une juste critique si l'on considère que les dispositions protectrices de la saisie des rémunérations, et notamment l'existence préalable d'une procédure de conciliation entre le salarié débiteur et son créancier ont pour vocation principale d'éviter que les soucis d'ordre matériel du débiteur ne conduisent à la détérioration de la relation de travail qu'il entretient avec son employeur[1]. Cependant, au-delà, il semble que la procédure de saisie des rémunérations, par son caractère fortement administratif en raison de l'omniprésence du greffe du Tribunal d'instance compétent[2], vise avant tout à garantir que l'insaisissabilité prévue d'une fraction de la créance, prévue par la loi, soit respectée.

Il est même possible d'aller plus loin en considérant que les spécificités de cette procédure ne sont que la conséquence de l'insaisissabilité d'une fraction de la créance salariale. Celle-ci, heureusement primordiale pour le législateur, ne trouve pas de meilleure garantie que l'attachement méticuleux du greffe à cantonner la saisie des rémunérations à la part qui en demeure saisissable[3].

908. Il s'évince de tout cela que la procédure de saisie des rémunérations, taillée sur le patron de l'insaisissabilité des créances salariales, vise avant tout à protéger ces dernières de l'appétit des créanciers du salarié. Ces créances présentent un caractère alimentaire et correspondent à la contrepartie donnée par l'employeur au bien le plus précieux de son employé : son temps !

Par conséquent, même lorsque la relation de travail a pris fin, les rémunérations encore dues conservent leur nature si particulière qui rend nécessaire et le recours à la procédure de la saisie des rémunérations et l'application des dispositions en établissant l'incessibilité et l'insaisissabilité.

Enfin, il serait pour le moins étrange que les rémunérations dues à un salarié en activité soient mieux protégées que celles encore dues en raison de son activité passée à celui qui n'y est plus. Cela est d'autant plus opportun que si des rémunérations sont encore dues par l'employeur après la cessation de la relation de travail, elles ne le sont qu'en raison de l'incurie de ce dernier. Ainsi dans l'espèce ayant donné lieu à la décision du 9 juillet 2004 de

---

[1] R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 491, n° 503.

[2] Sur ce point, voir *supra* n° 903 & suiv.

[3] Il est ainsi prévu par l'article R. 145-7 C. trav. que des fiches individuelles " mentionnant tous les actes d'une nature quelconque, décisions et formalités " soient établies par le greffe à l'occasion de la mise en œuvre d'une procédure de saisie des rémunérations.

l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation[1], les rémunérations en cause correspondaient à des rappels de salaires et de congés payés que l'employeur avait été condamné à verser par le Conseil de prud'hommes. Cette décision de la Haute juridiction doit être approuvée tant elle conduit en pratique à des résultats opportuns.

909. La saisie des rémunérations est donc dotée d'un très large domaine d'application qui complète parfaitement celui de l'insaisissabilité d'une part substantielle des rémunérations d'une personne. S'agissant d'une action de concert plus que d'un conflit entre la première et la seconde, il faut donc conclure en relevant que l'insaisissabilité des créances salariales est remarquablement efficace. Ce qui vaut au stade la créance de rémunération vaut-il après la perception des sommes dues, notamment lorsque ces dernières ont été perçues par un établissement bancaire après leur dépôt par le salarié ?

2) Insaisissabilité et saisie des comptes de dépôts

910. La saisie des comptes bancaires est assurément plus proche de la saisie-attribution de droit commun que la saisie des rémunérations. La saisie des comptes bancaires n'est donc pas dépourvue d'effet attributif. Sa particularité réside dans la personne du tiers saisi, un établissement bancaire. De ce point de vue, la première particularité de cette saisie est de pouvoir être adressée à un tiers saisi, une agence bancaire, voire à un service indépendant de cette agence, bien que dans ces deux dernières hypothèses le tiers saisi soit évidemment dépourvu de la personnalité morale[2].

911. Quant à son objet, cette saisie des comptes bancaires concerne exclusivement les comptes de dépôts[3]. Il faut simplement voir dans cette formule l'application du principe classique en matière de saisie-attribution, principe selon lequel elle ne peut porter que sur des créances de sommes d'argent. En conséquence seuls les comptes générant une créance de sommes d'argent du client contre son banquier peuvent être l'objet de la saisie. En pratique,

---

[1] Cass. Ass. Plén., 9 juillet 2004, *Bull. civ.*, n° 11.
[2] Voir en ce sens, Cass. Civ. 2ème, 7 novembre 2002, *Bull. civ.*, II, n° 248. Bien entendu la possibilité de pratiquer la saisie auprès du siège de la banque qui symbolise le domicile de cette personne morale demeure possible. Elle est même souhaitable lorsque le débiteur saisi dispose de plusieurs comptes ouverts auprès de plusieurs agences. Cela a au moins le mérite d'éviter au saisissant de signifier la saisie auprès de chacune de ces agences. En effet, il semble acquis en jurisprudence que la saisie signifiée à une agence ne permet nullement d'appréhender les comptes ouverts auprès d'une autre agence quand bien même il s'agirait de la même banque. Voir sur ce point la décision fondatrice, C.A. Douai, 18 novembre 1994, *D.*, 1995, J., p. 271 & suiv., note R. MARTIN. Sur le fond, il est difficile de ne pas voir dans ces solutions une certaine faiblesse de la théorie de la réalité de la personnalité morale. Assurément, les critères de cette dernière ne sont pas réunis et cependant cela ne prête guère à conséquence puisque pour une fois le tiers saisi n'est pas une personne au sens juridique du terme.
[3] Article 47 de la Loi du 9 juillet 1991.

cette mesure de saisie concerne principalement les comptes-courants ouverts par les particuliers auprès d'établissements bancaires. On considère alors que le solde provisoire du compte représente, s'il est positif, une créance du client contre son agence bancaire[1].
La créance provisoire d'un compte bancaire, dès lors qu'elle constitue une somme d'argent peut donc faire l'objet d'une saisie dans les termes prévus à l'article 47 de la Loi du 9 juillet 1991[2].

912. La principale particularité de la saisie des comptes bancaires s'exprime au stade du déroulement des opérations de saisie. Elle repose sur ce constat que la créance saisie peut être affectée, après la signification de l'acte de saisie, par différentes opérations réalisées par le débiteur saisi avant la signification.
En effet, il peut s'écouler un certain délai entre le moment où le débiteur réalise une opération relative au compte saisi et le moment auquel cette opération sera retranscrite sur le compte. Ainsi, lorsque le débiteur saisi émet un chèque remis par son porteur à l'encaissement à une certaine date, un délai de quelques jours, résultant du mécanisme des chambres de compensation, peut s'écouler avant que le montant du chèque ne soit débité du compte du débiteur.
L'article 47 al. 2 de la Loi du 9 juillet 1991 établit donc une procédure permettant de garantir que le saisie du compte bancaire portera sur le solde du compte tel qu'il existe réellement au jour de la saisie.

913. Ainsi, la signification de la saisie fait courir un délai de quinze jours durant lequel le solde du compte bancaire saisi est totalement indisponible[3]. Le solde immobilisé peut donc parfaitement excéder le montant de la créance cause de la saisie. Dans ce cas, il est prévu par la loi que durant ce délai de quinze jours l'établissement bancaire peut procéder à un certain nombre de régularisations. Ces dernières ont toutes pour point commun de correspondre à la

---

[1] En ce qui concerne les comptes-courants utilisés dans la pratique commerciale, l'admission de cette solution n'a pas été sans difficultés, voir ainsi, pour mémoire, l'arrêt fondateur : Cass. Com., 13 novembre 1973, *Bull. civ.*, IV, n° 325.
[2] L'article 73 du Décret du 31 juillet 1992 dispose que les règles gouvernant la saisie-attribution, notamment quant à la déclaration fournie par le tiers saisi trouvent application en matière de saisie des comptes bancaires sous réserve d'un certain nombre de modifications mineures. Ainsi, l'article 74 du même Décret prévoit-il que la saisie s'étend à l'ensemble des comptes du débiteur saisi tenus par le tiers saisi pourvu que ces comptes " représentent des créances de sommes d'argent ". Selon l'article 76 du Décret, il est loisible au créancier de cantonner la saisie à certains comptes si le solde de ces derniers semble suffisant. Enfin, il est possible d'éviter l'indisponibilité des sommes provenant du solde provisoire en fournissant une garantie irrévocable à concurrence des sommes réclamées.
[3] Article 47 al. 2 de la Loi du 9 juillet 1991 et 74 du Décret du 31 juillet 1992.

retranscription comptable d'opérations juridiquement achevées au moment de la signification.

Ici, ce sont en principe les règles existant en matière bancaire et permettant de déterminer la date à laquelle l'opération en cause est juridiquement achevée, qui sont reprises. Ainsi, on s'attachera à la date de remise à l'encaissement d'un chèque[1], pour un virement, il s'agira de la date à laquelle le compte du donneur d'ordre est débité[2]. Pour les retraits effectués dans les billetteries automatiques, il s'agira de la date du retrait tandis que pour les paiements par carte bancaire, il s'agira de la date à laquelle le bénéficiaire du paiement a été effectivement payé par la banque du titulaire de la carte[3].

914. Ces régularisations peuvent augmenter le solde saisi indisponible, ainsi des chèques remis à l'encaissement par le débiteur avant la signification de l'acte de saisie[4]. En pratique cette régularisation d'ordre comptable a peu d'importance puisqu'il semblerait que les établissements bancaires créditent immédiatement le montant des chèques remis au compte de ceux qui les leur ont remis pour encaissement[5]. Il se peut aussi que les régularisations diminuent le solde du compte saisi.

Ce sont ces diminutions qui seront la source de la plupart des litiges. Les solutions ne sont pourtant pas différentes. Le solde saisi indisponible sera donc affecté par les opérations juridiquement achevées à la date du virement. Ainsi, les chèques émis par le titulaire du compte saisi ne seront portés au débit du solde saisi que lorsqu'ils ont été remis à l'encaissement avant la signification de la saisie. De même, les retraits par billetterie et les paiements par carte ne seront portés au débit du compte que dans la mesure où ils sont des opérations " juridiquement achevées "[6].

Bien que ces différentes opérations dussent être réalisées dans un délai de quinze jours à compter de la saisie, nulle contestation ne saurait être formée quant à la trop grande brièveté de ce délai. En effet, s'agissant d'opérations juridiquement achevées, leur absence de

---

[1] Voir en ce sens, l'article 47 al. 2, a) de la Loi du 9 juillet 1991. La Cour de cassation a dû préciser que la remise à l'encaissement s'entendait de la remise à l'encaissement faite par le bénéficiaire et non de la remise pour encaissement faite au bénéficiaire, Cass. Civ. 2ème, 13 février 2003, *Bull. civ.*, II, n° 40.

[2] La Cour de cassation a estimé que la " créance " résultant d'un virement effectué au crédit du débiteur saisi avant la saisie était née, ce qui justifiait que la saisie porte sur le solde du compte augmenté du montant du virement. Cass. Civ. 2ème, 28 mai 2003, *Bull. civ.*, II, n° 166.

[3] Article 47 al. 2 b) de la Loi du 9 juillet 1991.

[4] Article 47 al. 2, a) de la Loi du 9 juillet 1991.

[5] R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 438, n° 426-a).

[6] Voir *supra* n° 868.

traduction comptable dans le délai ne saurait trouver d'autre cause que l'incurie de l'établissement bancaire concerné.

915. Au-delà de ces régularisations d'ordre comptable qui ne permettent que la détermination du montant exact de la créance saisie, les établissements bancaires ont pu obtenir l'extraordinaire privilège de modifier le solde provisoire du compte à la date de la saisie en considération de créances postérieures à la saisie dont ils bénéficieraient contre le titulaire du compte[1]. La banque peut donc dans le délai de quinze jours diminuer le solde indisponible des montants de chèques crédités avant la saisie et revenus impayés après cette dernière[2]. La même solution prévaut pour les effets de commerce remis à l'escompte et non payés en temps voulu. La contrepassation peut avoir lieu dans un délai d'un mois à compter de la saisie[3].

916. La contrepassation des chèques et des effets de commerce se présente comme une importante dérogation à la règle d'indisponibilité des sommes résultant du solde provisoire du compte à la date de la saisie. En principe, les opérations que le débiteur saisi réaliserait après la saisie ne peuvent diminuer les sommes résultant de ce solde provisoire. Cela suggère deux remarques. Premièrement, cette indisponibilité contraint l'établissement bancaire, tiers saisi, à traiter à part ces opérations postérieures qui ne manqueront pas d'avoir lieu puisque le compte n'est pas clôturé[4].

Deuxièmement, au delà d'une dérogation à la règle de l'indisponibilité, ces contrepassations qui marquent l'appropriation des sommes indisponibles par l'établissement bancaire peuvent s'opérer au détriment du créancier saisissant dans un certain nombre d'hypothèses. Il est en effet acquis que la saisie des comptes bancaires, variété de saisie-attribution, emporte attribution immédiate de la créance saisie au saisissant à la date de la saisie[5]. Si le montant

---

[1] Voir sur ce point, L. CAMENSULI-FEUILLARD, *La dimension collective des procédures civiles d'exécution – Contribution à la définition de la notion de procédure collective*, Thèse Nantes, 2006, Préf. Y. DESDEVISES, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Tome 73, Dalloz, 2008, n° 630, p. 370. L'auteur envisage d'ailleurs cette priorité offerte aux établissements bancaires au titre de l'étude des causes légitimes de préférence.

[2] Article 47 al. 2, b) de la Loi du 9 juillet 1991.

[3] Article 47 al. 3 de la Loi du 9 juillet 1991.

[4] On peut supposer que l'établissement de cette double comptabilité est la source d'insurmontables difficultés pratiques nécessitant la mobilisation de moyens considérables qui justifient sans aucun doute le montant exorbitant des frais bancaires supportés par le débiteur saisi à l'occasion d'une saisie des comptes bancaires.

[5] Voir en matière de saisie-attribution, l'article 43 de la Loi du 9 juillet 1991. Sur le rapprochement du point de vue de l'effet attributif immédiat de la saisie, voir R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 434, n° 420. Une subtile distinction doit être opérée entre la créance saisie, le solde provisoire qui est attribué au saisissant à la mesure de la créance cause de la saisie et les sommes correspondant à ce solde provisoire qui elles sont frappées d'indisponibilité. Le créancier saisissant obtient donc une créance dont le produit

de la créance cause de la saisie excède celui du solde provisoire, toutes les contrepassations s'effectueront au préjudice du saisissant puisqu'elles s'imputeront sur des sommes indisponibles auxquelles le saisissant pouvait en toute logique prétendre.
Il est alors surprenant de constater qu'en théorie le créancier saisissant paiera contre son gré une dette de son débiteur. Lorsque le montant de la créance cause de la saisie est inférieur au solde provisoire, le créancier saisissant n'est d'ailleurs même pas certain d'être intégralement payé ainsi que l'étude de l'imputation des opérations antérieures et des contrepassations le révèle.

917. En principe, lorsque le solde provisoire, dont les sommes sont indisponibles dès la date de la saisie, est d'un montant supérieur à celui de la créance cause de la saisie, les opérations de régularisation et les contrepassations s'imputent sur l'excédent[1]. Si celui-ci est insuffisant, l'imputation s'exerce pour le surplus sur les sommes *a priori* affectées au règlement de la créance cause de la saisie.
L'établissement bancaire doit justifier de toute diminution des sommes rendues indisponibles en fournissant un relevé des opérations réalisées depuis le jour de la saisie[2]. L'inexactitude de ce relevé engage la responsabilité civile de droit commun de l'établissement bancaire[3].

918. On s'aperçoit donc que l'attribution immédiate de la créance saisie au créancier saisissant n'est pas la garantie absolue qu'il sera payé au terme de la procédure. L'indisponibilité des sommes concernées lui garantit seulement que le débiteur saisi ne pourra diminuer le solde provisoire. Elle ne lui garantit nullement que le débiteur n'a pas déjà diminué ce solde provisoire au jour de la saisie pas plus d'ailleurs qu'elle ne lui garantit que l'établissement bancaire ne pourra pas diminuer ce solde en contrepassant les chèques ou les effets de commerce impayés.
La procédure de saisie des comptes bancaires est donc intrinsèquement moins efficace pour le créancier saisissant que la procédure classique de saisie-attribution. Ces inefficacités partielles sont-elles contrebalancées par un regain de vigueur de la mesure d'exécution en présence d'une insaisissabilité ?

---

est indisponible dans le but de favoriser la régularisation des opérations en cours ou le paiement de certaines créances de l'établissement bancaire dans le cas d'une contrepassation.
[1] Article 47 al. 4 de la Loi du 9 juillet 1991.
[2] Article 47 al. 5 de la Loi du 9 juillet 1991.
[3] Cass. Civ. 2ème, 13 février 2003, *Bull. civ.*, II, n° 40.

919. Tout d'abord, il convient de rappeler que l'insaisissabilité d'une créance détenue au titre du solde provisoire positif d'un compte de dépôts est une hypothèse très fréquente en pratique. En effet, l'article 15 de la Loi du 9 juillet 1991 dispose que les créances insaisissables dont le montant est versé sur un compte demeurent insaisissables[1]. Or, il existe une grande variété de créances insaisissables et en pratique la plupart des sommes que reçoivent les créanciers transitent par leur compte de dépôts. L'article 15 de la Loi du 9 juillet 1991 est donc une disposition cardinale en pratique. En opportunité, cette disposition se justifie assez facilement. Dès lors que le législateur a entendu établir l'insaisissabilité d'une créance, celle-ci serait évidemment ruinée si son produit, déposé sur un compte bancaire était saisissable.

En effet, l'insaisissabilité garantit que le bien utilisable restera à la seule disposition de son titulaire, à l'exclusion de ses créanciers. Lorsque les sommes résultant d'une créance insaisissable sont déposées sur un compte, le créancier marque sa volonté de conserver les sommes au moins temporairement. Il faut donc garantir qu'elles resteront à sa seule disposition, à l'exclusion de celles de ses créanciers.

920. Juridiquement, l'insaisissabilité de ces créances contre les établissements bancaires se présente comme une très classique restriction partielle au droit de disposer. Dès lors que cette dernière est établie par la loi, chercher une justification technique à ce report d'insaisissabilité conduirait à s'interroger sur les justifications qui ont pu conduire le législateur à établir l'article 15 de la Loi du 9 juillet 1991. Chemin faisant le questionnement change de nature. Il ne s'agit plus d'un véritable problème de technique juridique, mais d'un problème de sources du droit.

On peut donc ici de se contenter d'invoquer les motifs d'opportunité qui ont conduit le législateur à garantir que les sommes issues d'une créance insaisissable soient insaisissables lorsqu'elles constituent une nouvelle créance contre l'établissement bancaire auprès duquel elles ont été versées[2]. Si l'on veut bien admettre que l'article 15 de la Loi du 9 juillet 1991

---

[1] Sur cette disposition, fondement normatif d'une véritable insaisissabilité, voir *supra* n° 632 & suiv.

[2] La formule retenue par le législateur dans l'article 15 de la Loi du 9 juillet 1991 laisse entendre que l'insaisissabilité qui frappe les créances au titre de cette disposition résulte avant tout du maintien de la nature de la créance initiale qui " demeure " insaisissable. Si tel était le cas, il faudrait admettre que la créance initialement insaisissable conserve sa nature alors que son débiteur a changé, l'établissement bancaire devenant dans tous les cas le débiteur. Aucune justification à ce maintien de l'insaisissabilité ne peut être trouvée du coté de la cession de créance dans la mesure où en cas de versement des sommes résultant d'une créance sur un compte bancaire, le créancier reste le même, seul le débiteur change. Si un mécanisme classique de droits des obligations pouvait s'appliquer en l'espèce, il semblerait que seule la novation par changement de débiteur convienne. On relèvera pourtant que toutes les conditions de cette dernière ne semblent pas remplies. Le parallèle a pourtant un intérêt

établit de façon autonome une restriction partielle au droit de disposer[1], la seule question qui doit importer est la suivante : dans quelle mesure cette insaisissabilité contrecarre-t-elle la saisie des comptes bancaires ?

921. Premièrement, il convient de rappeler que la saisie des comptes bancaires, variante de la saisie-attribution, emporte attribution immédiate de la créance saisie, une fraction du solde positif du compte bancaire, au profit du saisissant. Par conséquent, même lorsque cette créance est insaisissable en vertu de l'article 15 de la Loi du 9 juillet 1991, cela ne constitue pas *a priori* un obstacle au jeu de l'attribution immédiate. Il en allait de même en présence d'une saisie-attribution classique[2].

Cependant l'attribution immédiate ne réduit pas à néant le bénéfice que tirait le débiteur saisi de l'insaisissabilité. L'article 47 al. 2 de la Loi du 9 juillet 1991 dispose que les sommes laissées au compte sont indisponibles durant un délai de quinze jours ouvrables à compter de la saisie. Cela signifie que le créancier saisissant, nouveau titulaire de la créance résultant du solde dans la double limite du montant de sa propre créance contre le débiteur et du montant effectif du solde après régularisation des opérations en cours dans le délai de quinze jours ne peut certainement pas obtenir paiement immédiat de cette créance par l'établissement bancaire. Durant le délai de quinze jours, le débiteur saisi a donc perdu la titularité de sa créance mais cette dernière subsiste intacte dans le patrimoine du créancier saisissant faute pour ce dernier de pouvoir en obtenir paiement.

C'est au cours de ce délai que la plupart des conséquences de l'insaisissabilité vont se produire. En toute hypothèse, le débiteur saisi se doit de justifier l'insaisissabilité en prouvant que les sommes en cause ont été reçues au titre d'une créance préalablement insaisissable[3]. La demande qu'il forme, avant que la créance saisie n'ait été payée[4], lui permettra d'obtenir la mise à disposition immédiate des sommes concernées. Le législateur a ainsi prévu un certain nombre de règles d'imputation des sommes dont la mise à disposition est demandée.

---

puisqu'il permet de comprendre que la créance initiale et la créance contre l'établissement bancaire résultant du versement des sommes en cause sur un compte ne sont absolument pas les mêmes. Il s'agit de deux créances distinctes, il est donc contestable d'écrire comme l'a fait le législateur de 1991 que les créances insaisissables *demeurent* insaisissables lorsque leur montant est versé sur un compte. S'agissant de deux créances totalement distinctes, on comprend donc parfaitement pourquoi l'article 15 de la Loi du 9 juillet 1991 peut s'analyser comme la norme établissant de façon autonome une restriction partielle au droit de disposer.

[1] Voir *supra* n° 632 & suiv.

[2] Voir sur ce point, *supra* n° 887.

[3] Voir respectivement pour les créances à échéance périodique et les autres, les articles 47 al. 2 et 47-1 du Décret du 31 juillet 1992.

[4] Article 47-2 du Décret du 31 juillet 1992.

922. Une distinction est opérée entre les créances insaisissables à échéance périodique et celles qui sont perçues en une seule fois. Dans le premier cas, le débiteur peut selon l'article 47 du Décret du 31 juillet 1991 demander la mise à disposition immédiate des sommes provenant de créances insaisissables mais le montant de ces sommes doit être diminué de toutes les opérations de débit du compte réalisées depuis la perception de ces sommes[1]. L'idée qui sous-tend cette disposition est assez simple. Puisque l'insaisissabilité d'une créance n'empêche nullement son créancier d'en percevoir le paiement, on va considérer que toutes les opérations réalisées depuis le dépôt des sommes en cause l'ont été par ce créancier pour pallier ses besoins courants. Or, il s'agit bien souvent de la nécessité irréductible pour le débiteur saisi, créancier de la créance insaisissable, de couvrir ses besoins courants qui justifie l'insaisissabilité de certaines créances.

On peut ainsi relever que les exemples, non limitatifs, de l'article 47 du Décret correspondent à des hypothèses dans lesquelles ces créances présentent un caractère alimentaire[2]. La déduction des opérations réalisées depuis le versement des sommes " insaisissables " au compte permet de déterminer un montant qui sera celui auquel le débiteur saisi peut immédiatement prétendre. Cependant, la mise à disposition immédiate n'intéresse pas que le débiteur saisi, elle concerne aussi en premier lieu le créancier saisissant et l'établissement bancaire, tiers saisi.

923. En effet, au-delà de cette mise à disposition immédiate, il ne faut pas oublier que le solde provisoire du compte est une créance à laquelle le créancier saisissant, en raison de l'effet attributif immédiat et le banquier, au titre de la régularisation des opérations en cours, peuvent prétendre. A l'issue du délai de quinze jours, il apparaît donc nécessaire de déterminer précisément les droits de chacun des protagonistes de la saisie. C'est d'ailleurs au cours de ce délai que les opérations de régularisation ont lieu, qui permettent de déterminer

---

[1] On regrettera ici que le législateur n'ait pas daigné faire montre de rigueur dans l'emploi du mot insaisissable. Alors que l'article 44 du Décret du 31 juillet 1991 fait référence à la mise à disposition des *créances* insaisissables, l'article 47 du même Décret, auquel renvoie l'article 44, dispose que les *sommes* insaisissables sont mises à disposition du débiteur. Un tel manque de précision doit être dénoncé. Il est évident qu'en présence d'une saisie portant sur une créance, le solde provisoire du compte bancaire, la seule insaisissabilité qui soit en jeu est forcément celle de cette créance contre l'établissement bancaire. En outre, s'il s'agit bien de sommes insaisissables, il faut bien comprendre qu'il s'agit alors du droit de propriété s'exerçant sur des sommes d'argent qui est insaisissable. Or si le débiteur est propriétaire de ces sommes d'argent, il n'en est plus le créancier puisque sa créance manifeste simplement son droit personnel de les obtenir sous réserve que certaines conditions soient remplies. Une fois celles-ci obtenues, la créance disparait. Il ne semble donc pas raisonnable de substituer l'expression " sommes insaisissables " à celle de " créance insaisissable ".

[2] L'article 47 al. 1 du Décret fait ainsi référence aux rémunérations du travail, pensions de retraite, sommes payées au titre d'allocations familiales ou d'indemnités de chômage.

exactement les droits respectifs du créancier saisissant et de l'établissement bancaire, tiers saisi.

A l'issue de ce délai, en principe, le montant de la créance attribuée au créancier saisissant est connu[1]. Il est donc possible de déterminer l'excédent du solde provisoire qui n'aura pas fait l'objet de l'effet attributif immédiat. L'imputation des sommes qui ont été immédiatement mises à la disposition du débiteur va se faire en fonction du montant de cet excédent. On peut ainsi opposer deux cas de figure.

924. Premièrement, il se peut que l'excédent soit supérieur ou égal aux sommes dont le débiteur a demandé la mise à disposition immédiate en vertu de l'article 47 al. 1 du Décret du 31 juillet 1991. Dans ce cas, selon le principe établi à l'article 47 al. 2 du Décret du 31 juillet 1992, l'imputation des sommes immédiatement mises à la disposition du débiteur se fera sur cet excédent. La créance, fraction du solde provisoire au jour de la saisie, qu'a obtenue le créancier saisissant en vertu de l'effet attributif immédiat lui sera donc payée intégralement.

Deuxièmement, il est possible que l'excédent ne suffise pas à couvrir le montant des sommes mises à disposition immédiate du débiteur. Dans cas, l'article 47 al. 2 du Décret du 31 juillet 1992 dispose que " le complément est prélevé sur les sommes indisponibles à ce jour "[2]. Il semblerait qu'il faille déduire de cette formule que ces sommes diminueront d'autant le montant de la créance à laquelle le créancier saisissant pouvait prétendre au titre de l'effet attributif immédiat[3] encore qu'une distinction puisse être opérée selon que le montant de l'excédent est égal ou inférieur au montant des sommes dont la mise à disposition immédiate est obtenue.

---

[1] Il s'agira du plus faible des deux montants de la créance cause de la saisie ou du solde provisoire corrigé par l'imputation des opérations en cours.

[2] On regrettera ici l'imprécision du texte de l'article 47 du Décret du 31 juillet 1992. En effet, l'expression " sommes indisponibles " prête particulièrement à confusion. Il eut fallu la réserver à la désignation des sommes excédant le montant de la créance cause de la saisie au jour de la saisie, ainsi que l'article 47 al. 2 de la Loi du 9 juillet 1991 le laissait entendre. Un exemple chiffré permettra sans doute de mieux le comprendre. Soit une saisie pour un montant de 1500€ sur un compte présentant un solde créditeur de 2000€. En principe l'effet attributif immédiat se produit à hauteur de 1500€ au profit du saisissant. Mais ce dernier ne pourra connaître précisément le montant de sa créance qu'à l'issue de la période de quinze jours au cours de laquelle les opérations en cours seront régularisées. En principe, la régularisation des opérations en cours s'opère sur les sommes indisponibles restant au crédit du compte après que l'effet attributif a eu lieu. Si cela n'est pas suffisant, il faut diminuer d'autant le montant de la créance attribuée au créancier saisissant. A l'issue du délai de quinze jours, le montant de la créance attribuée au saisissant est donc forcément connu. Mais les sommes y correspondant ne sont plus vraiment " indisponibles " puisque le créancier saisissant peut dorénavant prétendre les obtenir au titre du droit personnel dont il est titulaire à l'égard de l'établissement bancaire. Il est donc étrange que l'article 47 al. 2 du Décret du 31 juillet fasse référence aux sommes " indisponibles ".

[3] Voir sur ce point, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 453, n° 445.

Si le montant des sommes insaisissables est égal à l'excédent du solde du compte par rapport au montant de la créance cause de la saisie, l'imputation des sommes mises à disposition se fera sur cet excédent. Le créancier saisissant n'aura à supporter que la charge des opérations de régularisation.

En revanche si le montant des sommes immédiatement mises à disposition du débiteur excède nettement l'excédent du solde provisoire, le créancier saisissant supportera et la charge de la régularisation des opérations en cours et la charge résultant des sommes mises à disposition du débiteur qui n'ont pas pu être imputées sur l'excédent du solde du compte. Le mise à disposition immédiate d'un certain montant au profit du débiteur se fera donc au détriment du créancier saisissant[1], l'insaisissabilité se dénouera par un véritable " prélèvement " à son encontre selon la formulation retenue par l'article 47 al. 2 du Décret du 31 juillet 1992.

925. Dans ce cas précis, derrière cette formule, il faut bien comprendre que la mise à disposition immédiate des sommes en cause impose forcément de revenir sur l'effet attributif immédiat. En effet, dès lors qu'une fraction de la créance correspondant au solde provisoire du compte a été attribuée au créancier saisissant, il n'y plus aucune raison ni justification à ce que ce dernier transmette au débiteur saisi des sommes provenant du règlement de cette créance. Seul le créancier est à même de recevoir le paiement.

Comme en présence d'une saisie-attribution de droit commun[2], l'efficacité de l'insaisissabilité passe donc par la réintégration de la créance insaisissable dans le patrimoine du débiteur saisi[3]. Il importe donc de ne pas minorer les conséquences de l'action du débiteur saisi s'il prétend bénéficier de l'insaisissabilité. Comme pour la saisie-attribution de droit commun, on remarque donc que l'insaisissabilité aboutit en définitive à la remise en cause rétroactive de l'effet attributif de la saisie qui se produit en principe de façon automatique lors de la signification de l'acte de saisie.

926. Lorsque le débiteur saisi demande le bénéfice de l'insaisissabilité pour une créance dont l'échéance n'est pas périodique, le système mis en place par le législateur diffère légèrement. Ainsi, l'article 47-1 du Décret du 31 juillet 1992 dispose que le débiteur saisi peut demander

---

[1] Voir sur ce point la formulation dénuée de toute ambiguïté de l'article 47 al. 2 du Décret du 31 juillet 1992, " le complément est *prélevé* sur les sommes indisponibles ".

[2] Voir *supra* n° 888.

[3] Rappelons en effet que la saisie des comptes bancaires est censée avoir produit son effet attributif immédiat lors de la signification de l'acte de saisie au tiers saisi.

que le montant correspondant à la créance en cause soit laissé à sa disposition sous déduction des opérations de débit intervenues " depuis que la créance y a été inscrite ".

Mais la mise à disposition des sommes en cause n'interviendra qu'à l'issue du délai de quinze jours nécessaire à la régularisation des opérations en cours. L'imputation des sommes insaisissables se fera dans des termes légèrement différents de celle qui a lieu pour les créances à échéance périodique. Le montant de la créance dont la mise à disposition est demandée sera diminué de toutes les opérations réalisées depuis l'inscription en compte de la créance insaisissable, comme cela était déjà le cas en matière de créances insaisissables à échéance périodique. Cependant, les sommes dont le débiteur pourra demander la mise à disposition au titre des créances non périodiques pourront être diminuées à raison des régularisations opérées durant le délai de quinze jours puisque le montant des sommes mises à disposition est calculé après la régularisation de ces opérations en cours. C'est sur ce point que la distinction entre les créances à échéance périodique et les créances à échéance non périodique est la plus nette[1].

Il en résulte que si le solde provisoire du compte au jour de la saisie est à peine suffisant pour désintéresser le créancier saisissant, il y a fort à parier que ce dernier risque de voir ses droits sur la créance saisie rétroactivement remis en cause à la mesure des sommes dont le débiteur saisi a demandé la mise à sa disposition.

927. Quelle que soit la nature de la créance insaisissable, le créancier saisissant doit être informé de la retenue opérée lors de sa demande de paiement auprès de l'établissement bancaire. Le créancier saisissant peut contester la mise à disposition des sommes en cause au débiteur saisi dans un délai de quinze jours à compter du moment auquel il est informé de cette mesure par l'établissement bancaire tiers saisi[2].

928. Comme en présence d'une saisie-attribution classique, il est remarquable de constater que l'insaisissabilité d'une créance ne constitue pas un obstacle *a priori* au jeu de l'effet attributif immédiat. Celui-ci se présente davantage comme une variété de cession de créance. Or, l'insaisissabilité, restriction partielle au droit de disposer n'interdit nullement la cession de son objet. L'effet attributif immédiat peut donc se produire de façon automatique dès la

[1] Sur l'imputation de la charge constituée par la régularisation des opérations en cours, voir *supra* n° 921.

[2] Voir sur ce point à propos des créances à échéance périodique et des créances à échéance non périodique, respectivement les articles 47 al. 2 *in fine* et 47-1 *in fine* du Décret du 31 juillet 1992.

signification de l'acte de saisie puisque l'insaisissabilité n'interdit nullement le transfert de patrimoine à patrimoine du bien qu'elle a pour objet.

En revanche, ces saisies-attributions demeurent des procédures civiles d'exécution qui manifestent la mise en œuvre de son droit de poursuite par le créancier, elles sont donc remises en cause *a posteriori* dans la stricte limite de ce que le respect de l'insaisissabilité exige. C'est la raison pour laquelle, l'effet attributif immédiat n'est parfois remis en cause que de façon partielle, à la mesure de ce que l'efficacité de l'insaisissabilité exige, comme cela est le cas dans la saisie-attribution des comptes bancaires.

929. Parallèlement, il convient de relever que si l'insaisissabilité ne constitue pas un obstacle à l'effet attributif immédiat, il n'en va pas de même lorsque cette insaisissabilité est complétée par une incessibilité. En effet, de façon tout à fait logique, lorsque cette insaisissabilité est complétée par une incessibilité, on s'aperçoit que l'effet attributif immédiat, ce transfert de patrimoine à patrimoine, est, lui, directement interdit. Ainsi les créances salariales, incessibles et insaisissables donnent lieu à une procédure civile d'exécution dépourvue de tout effet attributif[1]. Au-delà de l'insaisissabilité, c'est l'incessibilité, restriction complète au droit de disposer qui fait obstacle à ce que la créance salariale circule de patrimoine à patrimoine. Cela suggère en définitive deux remarques.

930. D'une part, on trouve ici une justification de ce que l'insaisissabilité et l'incessibilité constitue deux mécanismes distincts. Bien entendu, le second ne peut logiquement exister sans le premier, mais cela ne signifie pas qu'il faille les identifier, bien au contraire. Insaisissabilité et incessibilité sont des restrictions au droit de disposer mais seule la seconde interdit le transfert de patrimoine à patrimoine du bien concerné par le biais de l'effet attributif immédiat.

931. D'autre part, chemin faisant, on peut s'apercevoir que l'effet attributif immédiat, parce qu'il n'est interdit qu'en présence d'une restriction complète au droit de disposer, doit être rapproché des autres actes juridiques interdits en présence de ces restrictions. En principe, elles sont un obstacle aux transferts volontaires du bien concerné de patrimoine à patrimoine. L'effet attributif immédiat ne se distingue pas toujours nettement d'un tel acte.

[1] Voir *supra* n° 902.

Un indice probant en est fourni par son assimilation quasiment unanime, du point de vue de ses effets, à une cession de créance[1].

Au-delà, le rapprochement constaté entre l'effet attributif immédiat et les actes juridiques volontaires de transfert d'un bien de patrimoine à patrimoine résulte sans aucun doute du mouvement de " volontarisation " des procédures civiles d'exécution[2]. Dans une certaine mesure, leur caractère forcé s'atténue. Il est donc parfaitement logique que des règles réservées aux actes juridiques *volontaires* leur soient appliquées, l'effet attributif immédiat est donc paralysé par la restriction complète du droit de disposer alors qu'il ne réalise en principe qu'une cession *forcée*. Ce mécanisme de l'effet attributif immédiat est cependant spécifique aux mesures d'exécution portant sur des créances de sommes d'argent pour lesquelles en pratique la détermination de la valeur des biens saisis est aisée. Il n'en va pas forcément de même pour les mesures d'exécution forcée portant sur les autres biens du débiteur.

§2: L'insaisissabilité, obstacle aux voies d'exécution portant sur les autres biens du débiteur

932. En matière de voies d'exécution portant sur les autres biens du débiteur, en principe, il n'y a point de règles équivalentes à celle de l'effet attributif immédiat. Par conséquent, l'efficacité de l'insaisissabilité est souvent bien plus évidente à caractériser que dans les hypothèses déjà étudiées. A la différence des saisies portant sur les créances de sommes d'argent, les procédures civiles d'exécution portant sur les autres biens du débiteur nécessitent presque systématiquement que les biens saisis soient liquidés.

Le produit recueilli à l'issue de cette liquidation se présente sous la forme d'un prix à même de satisfaire le créancier saisissant. La nécessité de cette liquidation rend totalement inutile toute appropriation du bien au profit du saisissant. En effet, si ce dernier devenait le titulaire du bien saisi, il lui faudrait supporter la charge matérielle et morale de cette " liquidation ". L'appropriation immédiate du bien saisi n'a donc aucune utilité pour les biens nécessitant d'être " liquidés ", au sens où leur conversion en monnaie n'est pas immédiate.

---

[1] Sur ce point, voir, entre autres, Ph. DELEBECQUE, Les nouvelles procédures civiles d'exécution, *R.T.D.civ.*, *La réforme des procédures civiles d'exécution*, n° spécial, Sirey, 1993, p. 15 & suiv., spéc. n° 18.

[2] Cela est particulièrement net en ce qui concerne l'effet attributif immédiat qui, bien qu'il soit automatique et forcé, dispense, le débiteur saisi à compter de sa réalisation du paiement des intérêts de retard échus. Sur ce mouvement général de faveur pour l'exécution volontaire au sein même des procédures civiles d'exécution, voir Ph. THERY, La place des procédures civiles d'exécution, *R.T.D.civ.*, *La réforme des procédures civiles d'exécution*, n° spécial, Sirey, 1993, p. 1 & suiv., spéc. n° 17 & suiv.

933. Ces biens devant être liquidés sont d'une grande variété. A vrai dire, il s'agit de tous les biens du débiteur qui ne consistent pas dans des liquidités ou des créances de somme d'argent. Il s'agit donc de la plupart des biens du débiteur. En premier lieu, il s'agit des biens " corporels " entendus comme les droits de propriété appartenant au débiteur et s'exerçant sur des choses corporelles. Cependant, les biens du débiteur ne se réduisent pas aux créances et aux droits de propriété s'exerçant sur les choses corporelles, il est des hypothèses dans lesquelles le débiteur est titulaire de droits spécifiques, dont la nature exacte est discutée, bien que leur caractère patrimonial soit certain.

Ces droits spécifiques, qui sont néanmoins des biens peuvent par conséquent être saisis, ce qui rend nécessaire de s'interroger sur les incidences de leur insaisissabilité (B), tout comme il est nécessaire de s'interroger préalablement sur les incidences de l'insaisissabilité des droits de propriété s'exerçant sur des choses corporelles (A).

A) L'insaisissabilité des droits de propriété s'exerçant sur des choses corporelles

934. Les manifestations de l'insaisissabilité des droits de propriété s'exerçant sur des choses corporelles dépendent étroitement de la procédure d'exécution diligentée. Or, la saisie d'un droit de propriété s'exerçant sur des choses corporelles n'a pas lieu dans les mêmes formes selon que la chose, objet de ce droit de propriété, est un meuble ou un immeuble. Dans le premier cas, ce sont les règles de la saisie-vente qui seront perturbées par l'existence de l'insaisissabilité (1), dans le second, l'insaisissabilité perturbera le bon déroulement d'une procédure de saisie immobilière (2).

1) L'insaisissabilité, obstacle à la réalisation d'une saisie-vente

935. La saisie-vente est la procédure de droit commun à laquelle on recourt pour saisir les droits de propriété s'exerçant sur des meubles corporels. Cependant cette procédure de droit commun est entourée d'un certain nombre de conditions entravant le recours à cette dernière. Ainsi, en principe, la saisie-vente de biens situés dans le local d'habitation du débiteur ne peut être utilisée pour le paiement forcé de créances d'un montant inférieur à la somme de " 535 euros "[1].

[1] Voir sur ce point, par renvoi de l'article 51 de la Loi du 9 juillet 1991, l'article 82 du Décret du 31 juillet 1992, fixant à 535 € le montant en deçà duquel la saisie-vente n'est possible que " sur autorisation du juge de l'exécution donnée sur requête ou si le recouvrement de cette créance n'est pas possible par voie de saisie d'un compte de dépôt ou des rémunérations du travail ".

936. A ce stade, un certain nombre de précisions est nécessaire. Premièrement, il faut relever que la saisie-vente concerne exclusivement les meubles corporels. Cela signifie que la procédure de la saisie-vente n'est pas utilisable pour saisir des biens meubles incorporels[1], catégorie au sein de laquelle on peut sans hésiter classer les valeurs mobilières. Au-delà de son caractère corporel, le bien saisi doit en outre être meuble[2], ce qui exclut que soit orchestrée la saisie-vente d'un bien meuble par nature devenu immeuble par destination.

Si ces conditions sont réunies, la saisie-vente peut être réalisée même si la chose, support du droit dont la saisie est requise, est détenue par un tiers. Cette possibilité est d'ailleurs l'une des innovations apportées par la réforme des voies d'exécution de 1991[3]. Seulement, il est nécessaire que la saisie-vente soit autorisée par le juge si elle nécessite de pénétrer dans les locaux d'habitation d'un tiers[4].

937. Son domaine d'application connu, il faut brièvement revenir sur la procédure de la saisie-vente, afin de comprendre dans quelle mesure l'insaisissabilité du droit de propriété s'exerçant sur une chose corporelle et mobilière peut déjouer les prévisions d'un créancier qui prétendrait recourir à une saisie-vente.

Evidemment, en tant que procédure civile d'exécution, la saisie-vente ne peut être mise en œuvre que par le créancier disposant d'un titre exécutoire[5]. Il faut en outre qu'elle soit précédée par la signification d'un commandement de payer. Il s'agit d'une condition de validité de la saisie[6]. L'article 81 du Décret du 31juillet 1991 énumère un certain nombre de mentions devant impérativement figurer dans le commandement de payer. Le montant de la dette doit y être rappelé précisément tant en principal qu'accessoires. En outre, le commandement de payer, comme l'on pouvait s'en douter rappelle l'obligation du débiteur de

---

[1] Dès lors que nous affirmons que tous les biens sont des droits, il nous faut reconnaître que tous les biens présentent un caractère incorporel. La distinction entre les biens corporels et incorporels doit davantage être comprise comme la distinction existant entre les droits ayant un objet corporel et ceux dont l'objet est incorporel. Ces derniers ne peuvent être saisis en recourant à la procédure de la saisie-vente.

[2] Notre affirmation selon laquelle les biens sont en réalité des droits impose de préciser la nature de la distinction entre les meubles et les immeubles. Si cette distinction a eu pour vocation de première de concerner les choses, selon qu'elles étaient mobiles ou non, désormais, il faut admettre qu'elle concerne les droits qui s'exercent sur ces choses, lesquels seront soumis à un régime juridique différent selon que l'objet du droit en cause est meuble ou immeuble. On relèvera d'ailleurs que l'article 516 C.civ. dispose que les biens sont soit meubles soit immeubles, étendant ainsi aux droits une distinction dont les articles 517 & suiv. C.civ. révèlent qu'elle fut initialement conçue comme une distinction s'appliquant aux choses, objets des droits. Sur l'application aux choses de cette distinction, voir R. LICHABER, La recodification du droit des biens, *Le Code civil 1804 – 2004, Livre du bicentenaire*, Litec, p. 297 & suiv., spéc. n° 22.

[3] Sur cette question et pour l'exposé de la situation sous l'empire du droit antérieur, voir : R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 540, n° 587.

[4] Article 50 al. 3 de la Loi du 9 juillet 1991.

[5] Article 50 de la Loi du 9 juillet 1991 et article 81 du Décret du 31 juillet 1992.

[6] Voir en ce sens, G. COUCHEZ, *Voies d'exécution*, U-Droit, Armand Colin, 9ème édition, 2007, p. 89, n° 145.

payer son créancier dans un délai de huit jours sous peine d'y être contraint par la vente forcée de ses biens meubles.

La saisie-vente ne peut donc véritablement débuter qu'après l'écoulement de ce délai de huit jours à compter de la signification du commandement de payer[1]. La procédure de la saisie-vente va alors légèrement diverger selon qu'elle est diligentée contre le débiteur ou un tiers.

938. Diligentée contre le débiteur, elle débute par un rappel verbal, fait par l'huissier au débiteur, de son obligation de payer sa dette[2]. L'huissier doit dresser un acte de saisie qui sera forcément signifié au débiteur si ce dernier n'est pas présent lors du passage de l'huissier. Cet acte d'huissier doit, à peine de nullité, contenir un certain nombre de mentions obligatoires détaillées à l'article 94 du Décret du 31 juillet 1992[3]. En outre, l'huissier est tenu de rappeler verbalement certaines informations contenues dans cet acte de saisie. Ainsi, en vertu de l'article 95 du Décret du 31 juillet 1992, l'huissier informe le débiteur de l'indisponibilité des biens saisis et des sanctions encourues en cas de méconnaissance de cette dernière.

L'article 118 du Décret du 31 juillet 1992 dispose, par renvoi de l'article 50 al. 2 de la Loi du 9 juillet 1991, que tout créancier réunissant les conditions requises par ce dernier texte, peut se joindre à la procédure de saisie-vente des biens du débiteur par la voie d'une opposition. Tant que la procédure de vérification des biens à vendre n'a pas eu lieu, tout créancier remplissant les conditions posées peut former opposition. L'indisponibilité qui frappe les biens saisis profite donc à tous les créanciers du débiteur puisque ceux-ci peuvent toujours se joindre à la procédure de saisie.

939. Il faut ici préciser que l'indisponibilité joue ici un rôle original qui la distingue d'ailleurs nettement d'une restriction au droit de disposer[4]. Certes, comme cette restriction, elle a pour effet d'interdire le transfert du bien saisi par le débiteur. Par là même, elle garantit aux créanciers que le bien saisi reste un élément de l'actif du patrimoine du débiteur. Ce bien est donc évidemment maintenu au sein de l'assiette de leur droit de gage général.

---

[1] Le commandement de payer, préalable nécessaire à la saisie-vente doit être suivi d'un acte d'exécution dans les deux ans de sa signification, délai au-delà duquel il est nécessaire de réitérer le commandement de payer pour engager les poursuites, voir en ce sens, article 85 du Décret du 31 juillet 1992.

[2] Article 93 du Décret du 31 juillet 1992.

[3] L'acte de saisie doit ainsi contenir la référence au titre sur lequel se fonde la saisie, l'inventaire des biens saisis, les éventuelles saisies antérieures diligentées sur ces mêmes biens. Il doit en outre être rappelé que les biens saisis sont indisponibles et le débiteur qui viendrait à le méconnaître s'exposerait à des sanctions pénales. Il en outre fait mention de la faculté de vente amiable dont dispose le débiteur. En outre, l'acte de saisie contient la désignation de la juridiction devant laquelle les contestations pourront être portées.

[4] Sur une analyse de l'indisponibilité, voir *supra* n° 855.

Mais en outre, cette indisponibilité assure l'efficacité de leur droit de gage général puisqu'elle interdit au débiteur de diminuer la valeur du bien saisi. Il ne saurait ici constituer un usufruit ou remettre en gage la chose sur laquelle s'exerce le droit de propriété saisi. Une telle interdiction n'est évidemment pas de mise en matière de restrictions complètes du droit de disposer[1]. Dans la saisie-vente, le débiteur ne conserve que l'usage de cette chose[2], ce qui signifie qu'il peut tout de même continuer à jouir des utilités matérielles de cette dernière.

940. La notification de l'acte de saisie fait en outre courir un délai d'un mois au cours duquel la procédure de saisie est suspendue afin que le débiteur puisse organiser la vente amiable des biens saisis[3]. Concrètement, c'est durant ce délai que le débiteur peut rechercher un acquéreur susceptible d'acquérir le ou les biens saisis. Le débiteur doit informer l'huissier chargé des opérations de saisie de chacune des propositions d'achat qu'il a pu recueillir.
Il doit fournir les coordonnées des éventuels acquéreurs ainsi que pour chacun d'eux l'indication du délai dans lequel ils s'offrent de consigner le prix de vente[4]. Chacun des créanciers saisissants doit être informé par l'huissier des propositions reçues. Les créanciers disposent d'un délai de quinze jours pour accepter ou rejeter les propositions reçues[5].

941. Si la proposition est acceptée, en vertu de l'article 109 du Décret du 31 juillet 1992, le prix de vente doit être consigné auprès de l'huissier du créancier saisissant dans le délai initialement convenu. La consignation du prix conditionne le transfert de la propriété et l'obligation de délivrance du vendeur[6]. Si les différentes propositions d'achat amiable sont refusées ou si aucune n'est formulée, il y a lieu de procéder à la vente forcée du bien saisi au plus tôt un mois après la notification de la saisie.

---

[1] Sur ce point, à propos de la complétude du droit inaliénable, voir *supra* n° 130.
[2] Comp. en matière de restrictions au droit de disposer *supra* n° 383 & suiv.
[3] Article 52 al. 1 de la Loi du 9 juillet 1991 et article 107 du Décret du 31 juillet 1992. Sur cet aspect volontariste des procédures civiles d'exécution, voir Ph. THERY, La place des procédures civiles d'exécution, *R.T.D.civ., La réforme des procédures civiles d'exécution*, n° spécial, Sirey, 1993, p. 1 & suiv., spéc. n° 17 & suiv.
[4] Article 108 du Décret du 31 juillet 1992.
[5] Article 108 al. 3 du Décret du 31 juillet 1992.
[6] La consignation du prix est donc l'évènement auquel sont suspendues la réalisation du transfert de propriété, effet légal du contrat de vente, et la naissance de l'obligation de délivrance. Il semblerait donc qu'à défaut de consignation du prix dans le délai convenu, la vente ne produise ni son effet légal qu'est le transfert de propriété ni ne crée d'obligation de délivrance à la charge du vendeur. On peut par conséquent se demander si cette vente amiable n'est pas davantage un contrat réel qu'une vente " amiable ". D'une part, la consignation doit être matériellement effective à l'expiration du délai d'un mois, voir en ce sens, Cass. Civ. 2ème, 21 janvier 1999, *Bull. civ.*, II, n° 17. D'autre part, le seul accord de volonté du vendeur et de l'acquéreur est dépourvu de tout effet juridique en l'absence de consignation du prix. L'article 109 al. 3 du Décret du 31 juillet 1992 dispose en effet qu'à défaut de consignation dans le délai convenu il est procédé à la vente forcée. L'accord initial entre le vendeur et l'acheteur n'a donc aucun intérêt s'il n'est pas matérialisé par une consignation du prix. Peut-être que ce retour à un formalisme *re* n'est qu'une réaction à l'insuffisance du consensualisme qui a laissé le créancier saisissant aux prises avec un débiteur récalcitrant. A ce stade, les promesses ne suffisent plus !

L'organisation de la vente forcée est précisée par les articles 110 & suiv. du Décret du 31 juillet 1992. Elle ne peut avoir lieu avant l'écoulement d'un délai de huit jours à compter de l'expiration du délai de vente amiable prévu à l'article 108 du Décret du 31 juillet 1992. Toutes les informations relatives à la tenue de cette vente forcée doivent être fournies par l'huissier au débiteur[1]. En outre, la vente forcée doit faire l'objet de mesures de publicité[2].

942. Juste avant la réalisation de la vente, il est nécessaire de procéder à un nouvel examen des biens vendus afin de vérifier leur consistance et leur état[3]. A compter de cette vérification, aucune opposition n'est plus possible quant aux biens saisis. S'il n'est fait état d'aucune difficulté par l'officier ministériel chargé de la vente forcée, celle-ci peut avoir lieu. L'adjudication est faite au plus offrant après trois criées.
Le prix est payable au comptant faute de quoi l'objet est revendu, pour reprendre les mots de l'article 114 du Décret du 31 juillet 1992, à la folle enchère de l'adjudicataire. Dès l'instant où les sommes récoltées sont suffisantes pour désintéresser les créanciers, la vente forcée cesse. Le débiteur demeure le propriétaire des objets saisis non vendus tandis que l'acquéreur adjudicataire est devenu le propriétaire des biens restants par l'effet de l'adjudication.

943. Si un parallèle avec la saisie-attribution pouvait être établi, on pourrait s'attendre à ce que l'insaisissabilité d'un bien saisi permette de revenir *a posteriori* sur cette adjudication à la mesure de ce qui se produit à propos de l'effet attributif immédiat qui permet la mutation patrimoniale du bien saisi[4], tout comme l'adjudication. A la vérité, il n'en est rien et cela ne doit pas surprendre. La remise en cause de l'effet attributif immédiat, nécessaire à l'efficience de l'insaisissabilité n'a lieu *a posteriori* que par nécessité. Rappelons en effet que l'effet attributif immédiat se produit automatiquement lors de la signification au tiers saisi de l'acte de saisie[5].
Une telle nécessité ne se retrouve pas en présence d'une adjudication pour la simple et bonne raison que la mutation patrimoniale clôt la procédure de saisie. Les intéressés ont donc pu faire valoir l'insaisissabilité bien avant ce stade ultime de la procédure de saisie qu'est l'adjudication.

---

[1] Article 112 du Décret du 31 juillet 1992.
[2] Article 111 du Décret du 31 juillet 1992.
[3] Article 113 du Décret du 31 juillet 1992.
[4] Sur cette question, voir *supra* n° 929.
[5] A propos de la saisie-attribution, voir *supra* n° 879 & suiv.

944. Il ne faut donc pas s'étonner de ce que l'insaisissabilité des biens objets de la saisie-vente ait été envisagée par le législateur au titre des incidents de saisie, examinés par le juge de l'exécution avant l'adjudication.

Premièrement, il faut relever que la formulation d'une contestation quant à la saisissabilité des biens saisis suspend la procédure, le temps que le juge compétent ait statué[1]. Il en résulte que, le juge saisi, il n'est pas possible que le bien en cause fasse l'objet d'une adjudication. Le bien reste donc dans le patrimoine du débiteur le temps que le juge ait statué. En principe, le bien saisi est indisponible [2] mais il faut ici rappeler que le débiteur conserve en principe l'usage de ce dernier[3]. L'objectif premier de la plupart des insaisissabilités autonomes est donc sauvegardé[4].

945. Il faut bien comprendre la mesure de cette suspension de la procédure de saisie le temps que le juge statue. D'une part, la suspension de la saisie n'invalide aucunement la procédure déjà entamée. Cela signifie que les effets de la saisie qui se produisent à compter de la signification se maintiennent. Ainsi, à n'en point douter, le bien saisi demeure indisponible. Cela signifie qu'il n'est pas possible pour le débiteur de le vendre ou de le déplacer. Par conséquent le débiteur qui, profitant de la suspension de la procédure de saisie en raison de l'invocation de l'insaisissabilité, tenterait de vendre le bien saisi s'exposerait aux sanctions pénales prévues par l'article 314-6 du Code Pénal en cas de détournement d'objet saisi. Ces sanctions ne manqueraient pas d'être prononcées si le juge de l'exécution venait à rejeter la contestation formée par le débiteur quant à la saisissabilité des biens en cause.

D'autre part, puisque la procédure de saisie est suspendue, il n'est plus nécessaire pour le débiteur de rechercher un acquéreur à l'amiable des biens saisis dans le but de désintéresser ses créanciers au moyen du prix de vente. De la même manière, ces derniers ne sont nullement censés déférer aux propositions que le débiteur ferait en ce sens dans un délai de quinze jours[5]. La possibilité de la vente amiable en tant qu'effet futur de la procédure de saisie est simplement suspendue le temps que le juge de l'exécution se prononce à propos de l'insaisissabilité invoquée.

---

[1] Cela résulte expressément de l'article 126 du Décret du 31 juillet 1992.
[2] Voir sur ce point, l'article 91 du Décret du 31 juillet 1992.
[3] Article 97 al. 1 du Décret du 31 juillet 1992.
[4] Sur lequel, voir *supra* n° 625.
[5] Sur les règles régissant la procédure de la vente amiable, voir les articles 107 & suiv. du Décret du 31 juillet 1992.

946. Cette insaisissabilité doit être invoquée par le débiteur dans le délai d'un mois à compter de la signification de l'acte de saisie. L'huissier de justice peut lui aussi saisir le juge d'une difficulté quant à la saisissabilité des biens. Ce dernier agit alors comme en matière de difficultés d'exécution, certes sans contrainte de délai[1], mais sous les mêmes réserves que celles établies aux articles 34 & suiv. du Décret du 31 juillet 1992. Le délai ne court valablement que lorsque le débiteur a été informé au moment de la signification des modalités et du délai de son recours[2]. Ces exigences sont parfaitement justifiées au regard de la gravité pour le débiteur d'une demande tardive. Si ce dernier forme sa contestation après l'écoulement du délai d'un mois, celle-ci est irrecevable[3].

L'incurie du débiteur peut donc ruiner l'insaisissabilité dont il bénéficie. Si cela paraît bien trop sévère de prime abord, il faut rappeler qu'il en va de même pour la plupart des autres restrictions au droit de disposer[4]. La reconnaissance judiciaire de leurs effets n'échappe pas aux contraintes procédurales classiques inhérentes à toute action en justice[5]. Il faut néanmoins se rassurer en considérant que les hypothèses dans lesquelles le débiteur sera privé du bénéfice de l'insaisissabilité demeurent extrêmement restreintes.

En effet, informé par l'acte de saisie de la possibilité de contester la saisie, il dispose en outre systématiquement d'un délai d'un mois pour former sa contestation. Aucune opération de vente forcée ne peut être réalisée pendant ce délai normalement dévolu à la recherche d'acquéreur amiable par le débiteur.

947. Finalement, si ce dernier néglige de faire valoir l'insaisissabilité des biens saisis, ce sera bien souvent car ceux-ci ne lui sont pas véritablement indispensables alors que l'article 14-4° de la Loi du 9 juillet 1991 établissait seulement l'insaisissabilité des biens indispensables à la vie et au travail du saisi[6]. L'insaisissabilité n'était donc pas véritablement nécessaire.

---

[1] Voir en ce sens, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 561, n° 616.

[2] Voir sur ce point la solution ferme de la Cour de cassation, Cass. Civ. 2ème, 16 décembre 2004, *Bull. civ.*, II, n° 534. Parfaitement justifiée au regard de l'adage *contra non valentem agere, non currit praescriptio*, la solution peut en outre se réclamer de l'esprit de la réforme des procédures civiles d'exécution. L'article 94-6° du Décret du 31 juillet impose en effet mention dans l'acte de saisie de la juridiction à saisir en cas de contestation. On remarquera cependant que la Cour de cassation impose ici une mention supplémentaire dans la mesure où la mention du délai et des conditions du recours devant le juge de l'exécution n'est pas prévue par l'article 94 du Décret du 31 juillet 1992.

[3] Voir, pour une contestation formée deux ans après la signification de l'acte de saisie, Cass. Civ. 2ème, 30 septembre 1999, *Bull. civ.*, II, n° 149.

[4] Voir ainsi en matière de renonciation à exercer l'action en nullité d'un acte contrevenant à une inaliénabilité, *supra* n° 431 & suiv.

[5] Ainsi, on rappellera qu'en présence d'une restriction complète au droit de disposer, la prescription de l'action en nullité du bénéficiaire de cette restriction prive cette dernière de tout intérêt. Voir sur ce point, *supra* n° 424 & suiv.

[6] Sur cette disposition, renvoyant à l'article 39 du Décret du 31 juillet 1992, voir *supra* n° 635 & suiv.

L'étude de la saisie-vente ne dément donc pas le constat déjà établi de la remarquable efficacité de l'insaisissabilité. Comme pour toutes les autres restrictions au droit de disposer étudiées jusqu'à présent, il faut cependant relever que c'est le bénéficiaire de la mesure qui en assure le plus parfaitement l'efficacité. Là où le débiteur se prévaut de l'insaisissabilité, celle-ci l'emporte sur la procédure civile d'exécution. Ce principe permet aussi de fixer des limites à l'efficacité de cette restriction partielle au droit de disposer qu'est l'insaisissabilité : là où son bénéficiaire néglige de la faire valoir, elle ne produit aucun effet puisque la procédure civile d'exécution est menée à son terme.

Ce constat est particulièrement aisé à établir dans le cadre de la saisie-vente en raison de la brièveté du délai au cours duquel le bénéficiaire, le débiteur, peut faire valoir sa contestation. On peut légitimement se demander s'il en va de même pour les procédures civiles d'exécution s'exerçant sur les biens immobiliers du débiteur.

2) L'insaisissabilité, obstacle à la réalisation d'une saisie immobilière

948. La saisie immobilière a été réformée par l'ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006 qui modifie les articles 2190 à 2216 du Code civil. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1er janvier 2007. Elles sont complétées par le Décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006. L'ensemble de ces dispositions est en outre précisé par une circulaire du 14 novembre 2006.

Il s'agira ici de démontrer en quoi une insaisissabilité conserve son efficacité lorsqu'une saisie immobilière est diligentée contre le bien qu'elle a pour objet. Nous nous contenterons donc dans les développements qui vont suivre d'analyser les nouvelles dispositions dorénavant en vigueur. Il ne sera fait référence aux dispositions anciennes que dans la mesure où leur examen permet de mieux appréhender les dispositions positives réglementant cette procédure.

949. Désormais, la plupart des textes législatifs régissant la saisie immobilière sont contenus dans le Code civil aux articles 2190 & suiv. Quant à ses conditions de mise en œuvre, la saisie immobilière se distingue moins aujourd'hui des autres procédures civiles d'exécution et notamment de la saisie-vente qui a lieu en matière mobilière.

En revanche, par certains aspects, son caractère judiciaire a été renforcé[1]. Ainsi l'article 2191 al. 1 C.civ. fait-il directement écho à l'article 2 de la Loi du 9 juillet 1991, laquelle avait profondément renouvelé les procédures civiles d'exécution mobilières. Au-delà de ce renvoi,

[1] Voir en ce sens, C. BRENNER, La saisie immobilière version 2006, *Droit et patrimoine*, Février 2007, n° 157, p. 26 & suiv., spéc. p. 27.

la réforme de la saisie immobilière marque un net recul du particularisme, régulièrement et justement dénoncé[1], qui l'empesait jusque-là. L'article 2191 al. 1 *in fine* du Code civil précise ainsi que la saisie immobilière a lieu " dans les conditions fixées par le présent chapitre et par les dispositions qui ne lui sont pas contraires de la loi du 9 juillet 1991 (...). " De la même manière, l'article 1 du Décret du 27 juillet 2006 renvoie au fameux Décret du 31 juillet 1992[2].

950. De ce rapprochement entre ces deux ensembles de dispositions, il résulte que désormais les procédures civiles d'exécution ne peuvent être diligentées que pour obtenir le paiement d'une créance liquide et exigible. Celle-ci devra être constatée dans un titre exécutoire dont l'article 2191 al. 2 du Code civil précise qu'il pourra être simplement provisoire. Seulement, dans cette hypothèse, la vente forcée qui clôt la procédure de saisie ne pourra avoir lieu tant que le titre exécutoire ne sera pas devenu définitif[3].
Enfin, toujours quant à l'origine du titre exécutoire, il convient de rappeler que l'article 2191 al. 3 du Code civil interdit qu'une saisie immobilière puisse être diligentée sur le fondement d'un jugement rendu par défaut tant que le délai d'opposition n'est pas écoulé. Si ces conditions préalables sont satisfaites, les biens immeubles du débiteur pourront être saisis par la voie de la saisie immobilière sous réserve d'un certain nombre de précisions.

951. D'une part, la saisie immobilière, on s'en doute, ne peut être exercée qu'à l'encontre des biens du débiteur qui présentent un caractère immobilier. Cela ne pose évidemment aucune difficulté en ce qui concerne les droits de propriété dont l'objet est un immeuble. La solution

---

[1] Voir sur ce point, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, avant propos de la deuxième édition, p. VIII *in fine*, " A vrai dire, la saisie des immeubles fait un peu penser à cette maison isolée, chère à Candide, entourée de jardins jalousement cultivés à la faveur de monopoles de fait ou de droit qui se sont enracinés avec le temps et que, pour des raisons diverses, les pouvoirs politiques hésitent à bousculer ". On ne peut s'empêcher de méditer que quelques dizaines d'années auparavant la matière des procédures civiles d'exécution avait déjà fourni l'occasion du constat plus feutré d'une plume à peine moins ironique. De ce que les parlementaires avaient refusé l'introduction dans notre législation de la clause de voie parée, il semblait alors difficile de trouver une justification autre que celle selon laquelle elle " (...) portait préjudice aux avoués, et il n'est pas impossible que des intérêts étrangers à ceux d'une bonne justice aient fait sentir leur influence dans cette discussion ", E. GLASSON, R. MOREL, A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Tome IV, Sirey, 3ème édition, 1932, n° 1029, p. 85.
[2] Sur ce constat, voir J-J. BOURDILLAT, Les conditions de la saisie, Réforme de la saisie immobilière et de la distribution du prix de vente, Dossier spéc., *D.*, 2007, n° 4, p. 235 & suiv., spéc. p. 235.
[3] Nous entendons par là qu'un titre exécutoire résultant notamment d'une décision de justice exécutoire par provision nécessitera d'attendre que cette décision soit " passée en force de chose jugée " pour clore la saisie par une vente forcée. Concrètement, cela signifie qu'une décision obtenue en référé ne constituera pas un fondement suffisant à la réalisation d'une vente forcée immobilière. Sur ce point, voir critique, J-J. BOURDILLAT, *loc.cit.*, *D.*, 2007, n°4, p. 235 & suiv., spéc. p. 236.

n'est pas différente concernant les droits réels immobiliers si ce n'est que les droits réels immobiliers et accessoires ne peuvent eux-mêmes faire l'objet d'une mesure de saisie[1].

C'est contre le titulaire du droit immobilier à saisir que la procédure sera diligentée. A ce stade, deux hypothèses se distinguent, puisque la procédure en cause variera selon que l'on use de la procédure de saisie immobilière simple[2] ou de la saisie à tiers détenteur. Seule la procédure de saisie immobilière simple va nous retenir.

952. Celle-ci débute en vertu de l'article 4 du Décret du 27 juillet 2006 par la signification du commandement de payer valant saisie au débiteur ou à celui ayant affecté son immeuble à la garantie de la dette d'un tiers. La forme et les effets de ce commandement de payer valant saisie sont définis aux articles 12 & suiv. du même Décret.

La signification de ce commandement de payer rend l'immeuble indisponible à l'égard du débiteur mais l'indisponibilité ne sera opposable aux tiers qu'à compter de la publication de ce commandement à la Conservation des hypothèques[3].

---

[1] Sur la détermination des droits immobiliers saisissables, G. COUCHEZ, *Voies d'exécution*, U-Droit, Armand Colin, 9ème édition, 2007, p. 219, n° 409 & 410. On relèvera en outre que le droit réel d'hypothèque ou d'antichrèse ne peuvent pas non plus être saisis mais cela n'en fait pourtant pas des biens insaisissables. Peut-être faudrait-il alors rechercher les causes de cette impossibilité dans le puissant rapport de droit existant entre ces droits réels et la créance qu'ils garantissent. D'une façon voisine, les immeubles par destination ne peuvent en principe être saisis autrement que par la voie de la saisie immobilière du fonds immobilier dont ils servent l'ornement où l'exploitation. Mais là encore ce n'est pas qu'ils soient véritablement insaisissables d'autant plus qu'une procédure de saisie de l'immeuble servi, tout comme celle de la créance garantie demeure possible. Sur l'impropriété du terme " insaisissabilité " pour désigner le statut des immeubles par destination, voir : E. GLASSON, R. MOREL, A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Tome IV, Sirey, 3ème édition, 1932, n° 1052 *bis*, p. 122. A vrai dire, il nous semble que le parallèle entre ces deux situations ne doit pas être poussé trop loin. En effet, il n'est pas douteux qu'un immeuble par destination, qu'il s'agisse d'une statue, d'une ruche à miel, de lapins de garenne ou de tout autre objet dépendant légitimement du bucolique article 524 du Code civil est avant tout un bien ; à savoir un droit de propriété s'exerçant sur l'un des objets énumérés. Il s'agit donc de biens qui, en tout état de cause, figureraient à l'actif du patrimoine du débiteur même si les conditions de l'immobilisation par destination n'étaient pas remplies. Peut-on en dire autant d'un droit réel accessoire ? Rien n'est moins sûr, cette variété de " droits réels " ne fait que garantir un droit existant, la créance contre le débiteur, sans qu'il soit évident d'y voir un bien véritablement individualisé et autonome. Et l'idée qu'un droit réel d'hypothèque soit vendu aux enchères publiques est elle-même difficilement concevable, voir en ce sens, justifiant l'impossibilité de saisir le droit réel d'hypothèque, P. CUCHE, *Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution*, Petits précis Dalloz, 6ème édition, Dalloz, 1949, p. 28, n° 30.

[2] La procédure de saisie immobilière peut évidemment être diligentée contre le titulaire du droit immobilier à saisir s'il est débiteur du créancier saisissant. Mais, il résulte de l'article 15 al.3 du Décret du 27 juillet 2006 que la procédure est diligentée dans les mêmes termes contre celui qui a affecté le droit immobilier dont il est le titulaire à la garantie de la dette d'un tiers. Voir en ce sens, A. LEBORGNE, Les formalités et actes préparatoires, Réforme de la saisie immobilière et de la distribution du prix de vente, Dossier spéc., *D.*, 2007, n° 4, p. 238 & suiv., spéc. p. 240.

[3] Article 25 du Décret du 27 juillet 2006, en vertu de 13 al.1-6° du Décret, il doit en être fait mention dans le commandement de payer valant saisie. L'article 18 du même Décret dispose en outre que la publication du commandement doit intervenir, à peine de caducité, dans un délai de deux mois à compter de sa signification. Cependant, l'article 13 al. 1-4° du même Décret précise que la signification du commandement fait courir un délai de huit jours au cours duquel le débiteur doit payer les sommes dues à défaut de quoi, la procédure aux fins de vente de l'immeuble se poursuivra.

953. L'indisponibilité résultant de la saisie immobilière s'accompagne d'une restriction aux droits de jouissance et d'administration dont le titulaire du droit saisi dispose quant à l'objet de ce droit[1]. En outre, la signification du commandement de payer emporte saisie des fruits de l'immeuble sauf à ce que ces derniers aient déjà fait l'objet d'une procédure de saisie[2]. Sous l'empire de la législation antérieure l'indisponibilité et la restriction aux droits du débiteur n'avait lieu qu'à compter du dépôt du commandement de payer à la Conservation des hypothèques et sous réserve de l'accomplissement des formalités de publication[3].

L'innovation réalisée par la réforme de 2006 est importante dans la mesure où l'existence de l'indisponibilité dès le stade de la signification, fût-ce simplement dans les relations entre le saisissant et le saisi, protège le saisissant des actes malhonnêtes de son débiteur. Par ailleurs, le cocontractant du débiteur peut demander la nullité des actes litigieux conclus postérieurement à la signification de la saisie[4].

---

[1] Article 25 al. 1 du Décret du 27 juillet 2006. Comme en matière de saisie-vente, l'article 27 al. 1 du Décret précise que le débiteur, à moins qu'il ne soit expulsé, conserve l'usage du bien saisi sous réserve qu'il n'accomplisse aucun acte matériel de nature en diminuer la valeur. L'article 27 al. 2 du même Décret rappelle toutefois que le juge de l'exécution compétent peut autoriser la réalisation de certains actes par le débiteur.

[2] Article 2194 C.civ.

[3] La solution était établie par l'article 686 al. 1 de l'ancien Code de procédure civile. Voir en ce sens, G. COUCHEZ, *Voies d'exécution*, U-Droit, Armand Colin, 8ème édition, 2005, p. 222. n° 421.

[4] Article 25 al. 3 du Décret du 27 juillet 2006. La lecture de cette disposition suggère que le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation en la matière. Il suffit donc que le cocontractant ait eu connaissance de la saisie pour qu'il puisse remettre en cause l'acte juridique contrevenant à l'indisponibilité existant dès le stade de la signification entre le saisissant et le saisi. Laisser un tel pouvoir au cocontractant peut paraître étrange de prime abord. En effet, on pourrait ici arguer que le cocontractant préfèrera en toute hypothèse publier son droit au plus vite afin de bénéficier avant et à l'encontre du saisissant des avantages résultant de l'accomplissement des formalités de la publicité foncière. Une telle affirmation serait trop rapide. D'une part, si le tiers en question a eu connaissance de la signification du commandement valant saisie et qu'il prétend y faire échec en publiant son droit le premier, il n'est pas certain que cela lui profite. En effet, à propos du conflit de droits concurrents de l'article 30-1° du Décret du 4 janvier 1955, la jurisprudence semble fixée en ce sens que le titulaire du droit second en date ne peut se prévaloir de l'absence de publication réalisée par le titulaire du droit premier en date lorsqu'il connaissait l'existence de ce droit premier en date, voir sur ce point, Cass. Civ. 3ème, 28 mai 1979, *Bull. civ.*, III, n° 116. Cependant la pérennité de cette jurisprudence peut être discutée, voir sur ce point, L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés, La publicité foncière*, Droit civil, 2ème édition, 2006, p. 277, n° 652, Quelques arrêts ont refusé de prendre en compte cette exception de mauvaise foi, voir notamment, Cass. Civ. 3ème, 19 juillet 1995, *Defrénois*, 1995, n° 36214, p. 1465, obs. L. AYNES, Cass. Civ. 2ème, 11 juillet 2002, *Bull. civ.*, II, n° 170. Il n'est pourtant pas certain que la teneur de ces décisions résulte plus d'une véritable volonté jurisprudentielle de limiter le domaine de l'exception de mauvaise foi que des circonstances de l'espèce. Voir en ce sens, à propos du premier arrêt, L. AYNES, obs. sous Cass. Civ. 3ème, 19 juillet 1995, *loc. cit.* On ne pourrait donc exclure *a priori* que la jurisprudence reproche sa mauvaise foi à celui qui publie en premier lieu l'acquisition d'un droit réalisée postérieurement à la signification d'un commandement valant saisie non encore publié. La possibilité pour le cocontractant de demander la nullité de l'acte contrevenant au commandement de saisie peut donc se comprendre. De toute façon, il aurait été reproché à ce cocontractant de tenter de se prévaloir de la publication de son droit alors qu'il n'ignorait pas l'existence du commandement de payer valant saisie. D'autre part, quand bien même notre cocontractant ignorerait l'existence de ce commandement, il n'est pas certain qu'il tire un quelconque profit de la publication qu'il requerrait. En effet, on sait que la plupart du temps, ce sont les créanciers hypothécaires qui mettent en œuvre la procédure de saisie immobilière. Ceux-ci disposent évidemment d'un droit de suite. Ainsi, lorsque le cocontractant du saisi se prévaut de la publication de son droit immobilier antérieurement à la publication du commandement valant saisie, il ne fait que retarder l'inéluctable : l'ire du créancier hypothécaire s'exprimera au plus vite par une procédure de saisie entre les mains du tiers détenteur

954. Une fois réalisée la signification du commandement de payer valant saisie, la procédure va prendre un tournant judiciaire obligatoire[1]. C'est d'ailleurs l'une des innovations de la récente réforme que de rendre systématique une audience d'orientation qui remplace l'audience simplement éventuelle de naguère. Dans le but de préparer la vente de l'immeuble saisi, il est nécessaire de déterminer le plus exactement possible les caractéristiques de ce dernier. Passé un délai de huit jours à compter de la signification du commandement, l'huissier chargé de la saisie peut donc être requis pour dresser un procès-verbal descriptif[2]. En outre, l'article 38 du Décret du 27 juillet 2006 précise que le commandement valant saisie doit être suivi d'une assignation à comparaître à l'audience d'orientation dans les deux mois de sa signification.

C'est cette audience d'orientation qui va nous intéresser plus particulièrement car c'est à l'occasion de cette dernière que les éventuelles insaisissabilités frappant le bien saisi pourront être envisagées. En attendant de déterminer précisément les raisons pour lesquelles cette dernière est fondamentale concernant les restrictions au droit de disposer frappant les biens immobiliers, il faut terminer brièvement l'examen de la procédure de saisie immobilière.

955. L'assignation à comparaître voit son contenu précisément établi par l'article 39 du Décret du 27 juillet 2006[3]. L'article 40 du Décret rappelle que les créanciers inscrits sur l'immeuble saisi doivent eux aussi être assignés au plus tard dans le très bref délai des cinq jours ouvrables suivant la délivrance de l'assignation au débiteur saisi[4]. Dans le même délai,

---

qu'est devenu notre cocontractant ! Chemin faisant, on s'aperçoit donc que la publication de son droit n'a bien souvent aucun intérêt pour le cocontractant puisqu'elle ne lui garantit nullement qu'il conserve son droit immobilier en raison de l'expropriation à laquelle conduira presque immanquablement la saisie à tiers détenteur. Finalement, la possibilité pour le cocontractant de demander la nullité de l'acte contrevenant au commandement de saisie est donc parfaitement réaliste, elle évite que la saisie immobilière diligentée contre le débiteur se grève de longues et inutiles circonvolutions. En guise de conclusion sur cette question, on remarquera que le seul cocontractant du débiteur saisi qui n'a pas intérêt à demander la nullité de l'acte litigieux consenti par ce dernier est celui qui doit faire face à une procédure diligentée par un créancier du débiteur ne disposant pas du droit de suite. Mais la connaissance de cette circonstance le rend de mauvaise foi, ce qui l'expose peut-être à l'impossibilité de se prévaloir de la publication de son propre droit.

[1] Ainsi l'article 32 al. 1 du Décret du 27 juillet 2006 fustige-t-il la caducité du commandement valant saisie qui n'est pas suivi d'une vente judiciairement constatée dans les deux ans de sa publication.

[2] Sur les modalités entourant ce procès-verbal prévu aux articles 35 & suiv. du Décret du 27 juillet 2006, voir A. LEBORGNE, Les formalités et actes préparatoires, Réforme de la saisie immobilière et de la distribution du prix de vente, Dossier spéc., *D.*, 2007, n° 4, p. 238 & suiv., spéc. p. 240.

[3] Cette disposition a d'ailleurs été modifiée par le Décret n° 2006-1805 du 23 décembre 2006.

[4] Sur la difficulté pour le créancier saisissant de réaliser toutes les formalités prévues dans ce délai, voir : C. BRENNER, La saisie immobilière version 2006, *Droit et patrimoine*, Février 2007, n° 157, p. 26 & suiv., spéc. p. 35. L'auteur précise qu'il est nécessaire au créancier saisissant d'identifier les créanciers inscrits avant d'assigner le débiteur en raison du temps que cela requiert.

un cahier des conditions de vente doit être élaboré[1] sous la responsabilité du créancier saisissant[2]. Ce cahier des conditions de vente doit être déposé au greffe du Tribunal où officie le juge de l'exécution chargé de la procédure. En attendant cette audience d'orientation, il s'agit là d'une autre innovation de la réforme de 2006, il est désormais nécessaire d'établir précisément les droits des créanciers à même de se prévaloir d'un droit sur le prix de vente de l'immeuble[3]. Les créanciers concernés doivent ainsi déclarer leur créance. Les créanciers inscrits et assignés à l'audience d'orientation disposent d'un délai de deux mois pour le faire[4] tandis que ceux qui ont inscrit leurs droits postérieurement à la publication du commandement de saisie doivent le faire dans un délai de quinze jours à compter de cette inscription[5]. A défaut de déclaration dans les délais requis, les créanciers sont déchus du bénéfice de leur sûreté pour la distribution du prix de vente de l'immeuble[6].

956. Au stade de l'audience d'orientation, la situation du bien saisi est donc censée être connue grâce au cahier des conditions de vente. De même, les créanciers en mesure de participer à la répartition du prix de vente sont connus puisqu'ils ont dû être convoqués à cette audience[7].

---

[1] Article 44 du Décret du 27 juillet 2006. Ce cahier des conditions de vente doit en outre contenir un certain nombre de mentions obligatoires fixées par l'article 44 du Décret.

[2] Article 45 du Décret du 27 juillet 2006.

[3] Voir sur ce point l'article 2214 C.civ. qui dispose que seuls sont admis à faire valoir leur droit sur le prix de vente de l'immeuble, le créancier poursuivant, les créanciers inscrits sur l'immeuble saisi à la date de la publication du commandement de saisi, ceux qui, non inscrits à cette date l'ont été avant la vente s'ils se sont joints à la procédure, et les créanciers bénéficiant des privilèges généraux prévus à l'article 2375 C.civ. ainsi que le vendeur de l'immeuble dont les droits sont fixés par l'article 2374-1° auquel renvoie précisément l'article 2214 C.civ. On remarquera que le législateur semble exclure de la répartition du prix de vente les créanciers chirographaires du débiteur. Il est vrai qu'en pratique, ceux-ci sont la plupart du temps primés par les créanciers munis de sûretés. On relèvera en outre que les articles 45 & suiv. du Décret du 27 juillet 2006 réglementant la procédure de déclaration des créances traitent exclusivement des créances bénéficiant d'inscriptions hypothécaires.

[4] Article 46 al. 1 du Décret du 27 juillet 2006.

[5] Article 47 du Décret du 27 juillet 2006.

[6] Article 2215 C.civ. Néanmoins l'article 46 al. 2 du Décret du 27 juillet 2006 dispose que le créancier défaillant peut participer aux répartitions s'il établit que la défaillance n'est pas de son fait, à condition de saisir le juge de l'exécution, statuant par ordonnance sur requête au moins quinze jours avant la date de la vente amiable ou de l'audience d'adjudication. En outre, l'article 113 al. 3 du Décret précise que les créanciers inscrits et négligents pourront toutefois percevoir le surplus du prix de vente de l'immeuble. Ils passeront donc après les créanciers inscrits et diligents mais demeureront mieux traités que des créanciers purement chirographaires puisque ceux-ci ne semblent pas admis à la procédure de répartition. Voir sur ce point, relevant les innovations de la réforme de 2006 et comparant la situation des créanciers négligents et celle des créanciers chirographaires, L. CAMENSULI-FEUILLARD, *La dimension collective des procédures civiles d'exécution – Contribution à la définition de la notion de procédure collective*, Thèse Nantes, 2006, Préf. Y. DESDEVISES, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Tome 73, Dalloz, 2008, n° 200, spéc. note de bas de page n° 505.

[7] Article 40 du Décret du 27 juillet 2006. L'assignation du débiteur à comparaître à l'audience d'orientation doit en effet être dénoncée aux créanciers inscrits. Cette dénonciation vaut elle-même assignation à comparaître à l'audience selon les termes de l'aliéna 2 du même article.

En revanche, le projet de répartition du prix de vente de l'immeuble n'est pas forcément connu puisque ce dernier, élaboré par l'avocat du poursuivant doit être déposé au plus tard quinze jours avant la date de la vente amiable ou de l'audience d'adjudication[1]. Au vu de ces différents éléments, le juge de l'exécution pourra cependant apprécier à leur juste valeur les éventuels projets de vente amiable requis par le débiteur[2].

957. Mais autoriser la vente amiable ou ordonner l'adjudication du bien saisi n'est pas là sa seule tâche, loin s'en faut. Juge de l'exécution, il doit fixer définitivement le montant de la créance cause de la saisie[3]. Au-delà, l'article 49 al. 1 du Décret du 27 juillet 2006 précise que c'est à l'occasion de l'audience d'orientation que le juge statue sur les éventuelles contestations et demandes incidentes. En effet, la même disposition rappelle que le juge est tenu de vérifier que les conditions des articles 2191 à 2193 du Code civil sont réunies.
Les deux premiers articles, s'ils rappellent des principes essentiels respectivement en matière de procédures civiles d'exécution[4] et de saisie immobilière[5] ne nécessitent pas ici d'examen détaillé. En revanche, selon l'article 49 du Décret du 27 juillet 2006, le juge de l'exécution est aussi tenu de vérifier que les conditions de l'article 2193 du Code civil sont bien remplies.

958. L'article 2193 C.civ. dispose que la saisie immobilière peut porter sur tous les droits réels afférents aux immeubles, sous réserve des dispositions législatives particulières l'excluant. Or, il a été constaté que les restrictions au droit de disposer résultaient toujours d'une norme à valeur législative. En outre, une restriction au droit de disposer établit forcément l'insaisissabilité du bien concerné en modifiant la teneur de la relation d'appartenance unissant la personne à chacun des biens composant l'actif de son patrimoine.

---

[1] Article 48 du Décret du 27 juillet 2006. Que le projet d'état de répartition ne soit pas fourni à la date de l'audience d'orientation se comprend parfaitement dans la mesure où ce projet est lui-même bien souvent incomplet en raison des déclarations tardives de créances qui pourraient intervenir. Voir sur ce point, C. BRENNER, La saisie immobilière version 2006, *Droit et patrimoine*, Février 2007, n° 157, p. 26 & suiv., spéc. p. 38.
[2] L'article 49 al. 2 du Décret du 27 juillet 2006 précise ainsi que le juge qui autorise la vente amiable doit vérifier " qu'elle peut être conclue dans des conditions satisfaisantes compte tenu de la situation du bien, des conditions économiques du marché et des diligences éventuelles du débiteur. "
[3] Article 51 du Décret du 27 juillet 2006. Voir sur ce point, rappelant l'importance de la mission du juge, F.-J. PANSIER, L'audience d'orientation, Réforme de la saisie immobilière et de la distribution du prix de vente, Dossier spéc., *D.*, 2007, n° 4, p. 243 & suiv., spéc. p. 245.
[4] L'article 2191 C.civ. rappelle la nécessité d'une créance liquide et exigible pour diligenter une saisie.
[5] L'article 2192 C.civ. rappelle qu'une pluralité de saisies immobilières n'est possible que lorsque la première n'est pas suffisante pour payer la dette du débiteur. De la même manière, le créancier inscrit sur un bien immobilier ne peut en saisir un autre qu'en cas d'insuffisance de la valeur du bien grevé par sa sûreté.

Rappelons-le, l'alternative est simple. Ou bien il s'agit d'une restriction complète du droit de disposer et celle-ci entraîne l'insaisissabilité par voie de conséquence[1]. Ou bien il s'agit d'une insaisissabilité établie à titre autonome, laquelle ne manifeste qu'une simple restriction partielle au droit de disposer[2]. Le juge de l'exécution est donc tenu au titre de l'article 2193 C.civ. de vérifier que les biens saisis sont saisissables.

959. Les insaisissabilités en cause pourront être de plusieurs sortes. Au titre des restrictions complètes au droit de disposer, il importera de faire valoir devant le juge les éventuelles clauses d'inaliénabilité grevant le bien saisi[3]. De la même manière si le bien saisi est un droit réel immobilier autre que le droit de propriété, il faudra faire état à ce stade d'une éventuelle " restriction au droit de disposer " le grevant[4]. Les restrictions complètes au droit de disposer peuvent aussi être établies d'autorité par la loi sur certains biens immobiliers. Ainsi, un droit d'usage et d'habitation est incessible et insaisissable.

Au delà de ces restrictions complètes, les droits immobiliers comptent au nombre des biens spécifiquement pensés comme pouvant être l'objet d'une simple restriction partielle du droit de disposer. Celles-ci sont là aussi de deux types. Soit la restriction partielle au droit de disposer est établie d'autorité par la loi, soit elle résulte d'une manifestation de volonté dans un cadre préalablement défini par le législateur. Les insaisissabilités légales, involontaires et autonomes ne semblent pas pouvoir frapper des droits réels immobiliers[5].

En revanche, les biens immobiliers peuvent être l'objet d'insaisissabilités volontaires. Ainsi, les biens immobiliers peuvent être l'objet d'une clause d'insaisissabilité[6]. Avant que cette institution ne tombe en désuétude, ils pouvaient en outre être institués " bien de famille "[7] mais dorénavant ils pourront faire l'objet d'une déclaration notariée d'insaisissabilité[8].

---

[1] Voir *supra* n° 251 & suiv.
[2] Pour un recensement de ces dernières, voir *supra* n° 624 & suiv.
[3] Voir sur ce point, C.A. Nîmes, 16 janvier 2007, *Droit et procédures*, sept.-oct. 2007, n° 5, p. 290 & suiv., obs. C. SCORDOPOULOS, dans cette décision rendue sous l'empire des dispositions antérieures, la Cour d'appel de Nîmes semble avoir admis que le juge des criées puisse éventuellement prononcer l'inefficacité d'une clause d'inaliénabilité dont il était fait état à l'occasion d'une saisie immobilière.
[4] Sur la distinction entre les clauses d'inaliénabilité et les " autres restrictions au droit de disposer " auxquelles les dispositions régissant la publicité foncière font référence, voir *supra* n° 527.
[5] A propos des différents cas d'insaisissabilités légales, voir *supra* n° 629 & suiv.
[6] Sur laquelle, voir *supra* n° 639 & suiv.
[7] Voir *supra* n° 644. La déréliction de cette institution en raison de ce que le montant maximum du bien de famille n'a pas été réévalué depuis plusieurs décennies rend totalement hypothétique le conflit entre cette dernière et une procédure de saisie immobilière.
[8] Voir *supra* n° 645 & suiv.

960. Il appartiendra alors naturellement au juge de l'exécution de tirer les conséquences nécessaires de l'existence de l'une de ces restrictions, au titre de la vérification de la saisissabilité des biens objets de la saisie immobilière.

S'il ne fait aucun doute que le juge ordonnera la mainlevée d'une procédure portant sur un bien insaisissable, le cheminement ayant conduit à sa décision n'est pourtant pas certain. En réalité, deux séries d'hypothèses se distinguent, selon que le débiteur se prévaut ou non de l'insaisissabilité.

Dans le premier cas, il s'agit évidemment d'une contestation de la saisie élevée par le débiteur à laquelle le juge de l'exécution est tenu de répondre. Sa compétence en la matière ne fait aucun doute puisque l'article L. 213-6 al. 1 *in fine* du Code de l'organisation judiciaire en pose le principe[1]. Le juge de l'exécution est donc parfaitement en mesure de vérifier que l'insaisissabilité alléguée est fondée quand bien même elle ressortirait en principe de la compétence d'une autre juridiction[2].

961. En vérité les difficultés peuvent survenir lorsque le débiteur saisi néglige de faire valoir l'insaisissabilité des biens néanmoins saisis[3]. Conformément à l'article 16 du Nouveau Code de procédure civile, rien n'interdit au juge de l'exécution de soulever d'office ce moyen tiré du fond du droit[4]. Seulement, notre examen serait superficiel si l'on ne vérifiait pas qu'en toute hypothèse le juge est à même de découvrir qu'une insaisissabilité frappe le bien saisi.

S'agissant des insaisissabilités fondées uniquement sur la loi[5], il n'y a aucune difficulté insurmontable. Le juge est en effet tenu de savoir et tirer toutes les conséquences utiles des

---

[1] Voir, réaffirmant ce principe, Cass. Civ. 2ème, 21 mars 2002, *Bull. civ.*, II, n° 50.

[2] Sur cette " prorogation légale de compétence ", voir R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 244, n° 231 *in fine*.

[3] A vrai dire, cette possibilité demeure hypothétique tant les raisons qui pourraient justifier une telle négligence nous paraissent difficiles à trouver. Il faut d'ailleurs relever que l'obligation pour le saisi d'être représenté par un auxiliaire de justice diminue fortement le risque d'un oubli " involontaire ". Quant à l'éventuelle possibilité d'un oubli " volontaire ", les pouvoirs du juge en la matière en réduisent considérablement l'intérêt. La question doit dans cette dernière situation être analysée sous un angle totalement différent: celui de la renonciation au bénéfice d'une restriction au droit de disposer. A propos de la renonciation à une clause d'inaliénabilité, voir *supra* n° 431 & suiv.

[4] Sur la qualification de moyen de fond d'une contestation relative à l'insaisissabilité d'un bien, voir Cass. Civ. 2ème, 13 mars 1985, *Bull. civ.*, II, n° 68. Cette décision fait écho à l'article 731 al. 2 de l'Ancien Code de procédure civile qui réservait la possibilité d'appel des jugements relatifs aux incidents de saisie immobilière à ceux d'entre eux ayant " statué sur des moyens de fond tirés (...) de la propriété, de l'insaisissabilité ou de l'inaliénabilité des biens saisis ". On remarquera que le législateur s'était attaché à distinguer l'insaisissabilité et l'inaliénabilité. La simple référence sans précision supplémentaire à l'insaisissabilité aurait rendu aléatoire la possibilité d'un appel en présence d'une clause d'inaliénabilité, non pas que cette dernière n'entraîne point d'insaisissabilité, bien au contraire, mais en raison du caractère expressément limitatif de ce texte aujourd'hui abrogé. Moyen de fond, l'insaisissabilité d'un bien est aussi un moyen de droit, sur le relevé d'office par la Cour de cassation d'un moyen tiré de l'insaisissabilité des biens saisis en vertu de l'existence d'une clause d'inaliénabilité, voir, Cass. Civ. 1ère, 15 juin 1994, *Bull. civ.*, I, n° 211.

[5] En pratique, il s'agira ici d'une inaliénabilité légale frappant un droit réel immobilier. Voir ainsi, *supra* n° 217.

normes en vigueur. Il est donc inconcevable que le juge de l'exécution laisse se poursuivre une mesure d'exécution portant par exemple sur un droit d'usage et d'habitation.

962. Concernant les insaisissabilités volontaires, qu'elles soient établies à titre autonome ou qu'elles résultent de clauses d'inaliénabilité, une précision s'impose. Relatives au statut juridique d'un immeuble, elles font forcément l'objet d'une mention sur les registres de la publicité foncière. La question qui se pose alors est de savoir si le juge peut connaître précisément la situation juridique du bien immobilier saisi au regard des seuls documents qui lui sont fournis[1]. Le juge de l'exécution dispose ainsi du cahier des conditions de vente dont le contenu est défini par l'article 44 al. 2 du Décret du 27 juillet 2006. Le cahier des conditions de vente doit mentionner précisément la " désignation de l'immeuble saisi, l'origine de propriété, les servitudes grevant l'immeuble, les baux consentis sur celui-ci et le procès verbal de description "[2].

Si l'on s'en tient à l'analyse littérale de cette disposition, il n'est pas certain que l'on puisse faire état d'une restriction au droit de disposer dans le cahier des conditions de vente. Une analyse si restrictive de cette disposition n'est pourtant pas la bienvenue dans la mesure où elle conduirait à taire l'existence d'un usufruit puisqu'il n'est pas une " servitude "[3]. Par ailleurs, même si la confection du cahier des conditions de vente est laissée à la charge du saisissant[4], il est douteux qu'il soit dans son intérêt de fausser l'appréciation de la valeur économique véritable du bien immobilier saisi.

963. Au-delà, l'article 44 al. 1 du Décret précise que le cahier des conditions de vente est accompagné d'un état hypothécaire du bien immobilier saisi. C'est au titre de ce dernier, dont la communication est réglée par les articles 38-1 & suiv. du Décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955 que le juge pourra avoir connaissance des restrictions au droit de disposer, nécessairement publiées, qui grèvent l'immeuble. L'exactitude des renseignements fournis au créancier saisissant qui demandera un état hypothécaire conditionnera donc l'efficience de l'insaisissabilité. Au cas où le juge de l'exécution s'apercevrait de ce que celle-ci n'a pas été

---

[1] Il ne s'agit là que d'une banale application du principe du contradictoire, exprimé notamment à l'article 16 du Nouveau Code de procédure civile, auquel le juge de l'exécution demeure soumis. Sur ce point, voir en autres, Cass. Civ. 2ème, 19 mai 2005, *Bull. civ.*, II, n° 126.

[2] Article 44 al.2-4° du Décret du 27 juillet 2006.

[3] Il semble hasardeux de prêter l'ambition aux rédacteurs du Décret d'inclure l'usufruit dans les servitudes au titre de son ancienne appellation de servitude prédiale.

[4] Article 44 al. 1 du Décret du 27 juillet 2006.

mentionnée jusqu'alors, il lui appartiendra de la relever, en respectant le principe du contradictoire, afin d'invalider la procédure de saisie.

On s'aperçoit donc qu'en matière immobilière, l'existence des registres de la publicité foncière renforce l'efficacité de l'insaisissabilité. En cette matière, forcément mentionnées sur les registres, les restrictions au droit de disposer demeurent un obstacle incontournable à la mise en œuvre d'une procédure de saisie immobilière. Mais contrairement à ce que nous avons pu constater en matière de saisie-vente[1], le caractère nécessairement judiciaire de la saisie immobilière leur garantit une efficacité maximale.

964. En définitive, les insaisissabilités frappant les biens classiques que sont les droits de créance et les droits réels mobiliers et immobiliers restent donc le plus souvent efficaces. Ce panorama de l'efficience des restrictions partielles au droit de disposer ne serait pas complet sans l'étude des insaisissabilités frappant les biens spécifiques, ceux qu'il est si difficile de rattacher à l'une ou l'autre des catégories précédentes.

B) L'insaisissabilité des droits spécifiques

965. *A priori*, une fois que l'on a envisagé la question de la saisie des créances de sommes d'argent du débiteur, celle de ses droits de propriété mobilière ou celle de ses droits réels immobiliers, il semblerait que l'on ait dressé une cartographie complète des biens composant l'actif de son patrimoine. Il ne s'agit là que d'une illusion. Si les différents biens envisagés jusqu'à maintenant sont traditionnellement les biens composant l'actif d'un patrimoine, la composition de ce dernier s'est enrichie de nouveaux biens.

C'est d'ailleurs devenu un lieu commun que de constater que la fortune de certains ménages est aujourd'hui substantiellement mobilière[2]. Mais ces meubles ne sont plus forcément des " biens meubles corporels ", ils ont d'ailleurs en commun de voir leur nature exacte fort discutée.

966. Certes, l'article 529 du Code civil offre un réceptacle commode en fournissant une nature mobilière par détermination de la loi à ces meubles non corporels. Malheureusement la congruence des catégories classiques du droit de biens s'arrête à ce stade. La qualification de ces nouveaux biens reste délicate car ils semblent emprunter certains caractères à des catégories de biens pourtant irrémédiablement opposées. Ainsi les valeurs mobilières et les

---

[1] Voir *supra* n° 947.

[2] Sur ce constat, voir G. COUCHEZ, *Voies d'exécution*, U-Droit, Armand Colin, 9ème édition, 2007, p. 173, n° 329.

droits d'associés procurent souvent à leurs titulaires des sommes d'argent de façon plus ou moins périodique. Ces sommes d'argent leur sont versées par une personne morale dans laquelle il est tentant de découvrir le débiteur d'une créance de sommes d'argent. Cette qualification semble convenir[1].

Malheureusement elle ne peut suffire pour déterminer la nature des droits sociaux[2]. Elle ne permet pas d'expliquer pourquoi les titulaires de valeurs mobilières ou de droits d'associés disposent en outre de droits à caractère non pécuniaire comme par exemple celui de voter dans les assemblées d'actionnaires. Il faut admettre que si dans une certaine mesure les parts sociales ou les valeurs mobilières sont peut-être des créances, elles sont aussi bien plus.

967. Par d'autres aspects, les valeurs mobilières et les droits d'associés semblent être en réalité objets d'un droit de propriété de leur titulaire. Ainsi rien ne s'oppose à la constitution de droits réels mobiliers comme le droit d'usufruit[3] ou le droit de gage[4] sur ces objets si particuliers. Cela ne devrait pourtant pas constituer un véritable argument en faveur de cette qualification puisque d'authentiques créances peuvent être l'objet d'un usufruit[5] comme si elles étaient elles-mêmes objet d'un droit de propriété, ce que nous ne pouvons accepter[1].

---

[1] Voir sur ce point, Ch. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, Droit civil, Tome I, Economica, 5ème édition, 2006, n° 483 *in fine*.

[2] Sur l'insuffisance de la qualification de droit personnel, voir Ch. LARROUMET, *Les biens, Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 5.

[3] L'article 1844 al. 2 C.civ. envisage ainsi expressément la possibilité de l'usufruit d'une part sociale dans une société civile.

[4] A proprement parler, il n'est plus exact de parler ici de " droit de gage " dans la mesure où en vertu des articles 2329 et 2355 & suiv. C.civ., les sûretés réelles sur meubles incorporels sont dénommées " nantissement de meubles incorporels ". Il serait donc plus judicieux d'invoquer ici un " droit de nantissement ".

[5] Sur la possibilité de l'usufruit d'une créance, on rappellera ici l'article 581 C.civ. et la vocation à l'universalité de l'assiette de l'usufruit qu'il semble instaurer : " Il peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles." Sur le constat de cette extrapolation et son absence de coïncidence avec le régime de ce que l'on nomme " usufruit des créances ", voir R. LIBCHABER, L'usufruit des créances existe-t-il ?, *R.T.D.civ.*, 1997, p. 615 & suiv., respectivement p. 615, n° 2 et p. 629, n° 21. L'usufruit d'une créance présente toutes les caractéristiques de l'arlésienne du Code civil puisque on n'en trouve véritable empreinte que de façon fugace. Ainsi l'article 588 C.civ. envisage-t-il l'hypothèse de l'usufruit d'une rente mais on relèvera immédiatement que les rentes sont au nombre de ces biens dont la qualité de meubles est loin d'avoir été de tout temps convenue de tous. Voir sur ce point, A-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1ère édition, 1989, p. 93, n° 78. Il ne semble donc pas déraisonnable d'affirmer que le seul lien existant entre l'usufruit des créances et l'usufruit, droit réel dont le régime est prévu aux articles 578 & suiv. C.civ., est d'ordre terminologique. Ainsi a-t-il été défendu que l'usufruit des créances s'apparentait plus à une décomposition du droit de créance lui-même plus qu'à l'étrange exercice d'un droit réel ayant pour objet un droit personnel. Voir en ce sens, Ch. LARROUMET, *Les biens, Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006, n° 469. Sur le fond on ne peut s'empêcher de relever que l'opposition dénoncée entre l'usufruit des choses corporelles et le fameux " usufruit " des créances trahit l'irrémédiable distinction existant entre les choses corporelles, objets de droits réels, et les droits personnels dont l'objet est une " chose " incorporelle, si l'on accepte de désigner ainsi l'activité du débiteur. Cette distinction a pu trouver une nouvelle manifestation dans la récente réforme du droit des sûretés. Auparavant l'existence d'un gage sur créances prévu à l'ancien article 2075 du Code civil invitait au parallèle avec le gage de droit commun portant sur des meubles corporels. Désormais, ainsi qu'en dispose l'article 2329 C.civ., le gage de droit commun a pour objet des biens meubles corporels tandis que les biens meubles incorporels ne sont l'objet que d'un nantissement.

Au-delà, la dématérialisation qui reste aujourd'hui l'un des seuls points communs à la plupart des catégories de valeurs mobilières a conduit certains auteurs à rechercher dans ce trait commun l'indice révélant la nature de ces nouveaux biens[2]. Il a ainsi été proposé de comprendre la dématérialisation comme la réduction à sa plus simple expression du caractère corporel des valeurs mobilières : une écriture en compte[3]. La célérité des écritures en compte répond aux impératifs de la matière, les valeurs mobilières réduites à des caractères scripturaux se prêtent parfaitement au jeu " des cessions indéfinies, notamment sur les marchés boursiers "[4]. Au-delà, la nécessité de la réduction " scripturale " des valeurs mobilières a permis à certains auteurs de concevoir ces dernières comme l'objet, faiblement mais indubitablement corporel, d'un droit de propriété exercé par le titulaire des valeurs mobilières[5]. Chemin faisant, on s'aperçoit ainsi que les parts sociales dans une certaine mesure et la plupart des valeurs mobilières empruntent tantôt au régime des droits personnels, tantôt au régime des droits réels. Cela suggère une série de précisions.

968. Pour commencer, cette possibilité de rapprocher les valeurs mobilières et les droits sociaux tant des droits réels que des droits personnels laisse augurer de grandes difficultés dans la recherche d'une qualification unitaire de ces nouveaux biens. Heureusement, la recherche de cette qualification unitaire n'est nullement nécessaire à notre démonstration. En effet, notre seule préoccupation est d'étudier les mécanismes par lesquels une insaisissabilité reste efficace.

Sur le fond, la nature exacte du bien insaisissable n'importe pas puisque l'insaisissabilité est une restriction partielle au droit de disposer. Cela signifie qu'elle opère sur la relation

---

On peut donc se demander si la subsistance d'un droit de gage, droit réel accessoire s'exerçant sur un meuble corporel, n'a pas pour pendant la disparition d'un hypothétique droit de nantissement, droit réel accessoire s'exerçant notamment sur une créance dont la terminologie antérieure pouvait laisser supposer l'existence. Voir sur ce point, opérant le rapprochement entre usufruit et nantissement de créance pour en déduire que le second, pas plus que le premier n'établit un droit réel, Ch. LARROUMET, *op. cit.*, p. 268, n° 469.

[1] Pour une critique des opinions de GINOSSAR sur cette question, voir *supra* n° 151 & suiv.

[2] Voir sur ce point, D. R. MARTIN, De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux), *D.*, 1996, Chr., p. 47 & suiv., spéc. n° 5.

[3] D.R. MARTIN, *loc. cit.*, spéc. n° 6.

[4] D.R. MARTIN, *loc. cit.*, spéc. n° 10.

[5] Voir sur ce point, justifiant la qualification retenue, le droit de propriété sur les choses corporelles, par de troublantes analogies de régime juridique, D. R. MARTIN, De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux), *D.*, 1996, Chr., p. 47 & suiv., spéc. n° 15 *in fine*. Inversement, il ne serait pas impossible de prétendre que le droit de propriété en cause s'exerce en réalité sur une chose incorporelle, créée par la dématérialisation des valeurs mobilières. Cela justifierait que la saisie des valeurs mobilières soit envisagée du point de vue terminologique dans une section VII, " la saisie des droits incorporels ", du Chapitre III de la loi 9 juillet 1991 établissant les " dispositions spécifiques aux différentes mesures d'exécution forcée ".

d'appartenance unissant le bien insaisissable à son titulaire. Il en résulte que la question de la qualification du bien insaisissable se pose bien en aval de celle qui nous retient.

969. Etudier l'insaisissabilité de ces droits spécifiques ne nécessite donc nullement que l'on s'interroge sur une éventuelle qualification unitaire de ces derniers. Qu'il s'agisse de droits personnels, de droits réels ou de biens *sui generis* pose de toute façon la question de la restriction au droit de disposer dans des termes équivalents puisque celle-ci fédère tous les éléments de l'actif du patrimoine d'une personne[1]. Il suffit donc d'admettre que ces droits spécifiques sont des biens et comme tels des objets d'appartenance pour que ces questions préalables à la résolution du problème de leur insaisissabilité soient évacuées.

L'insaisissabilité va donc se présenter de façon tout à fait classique comme un obstacle aux voies d'exécution pouvant en principe s'exercer sur ces droits spécifiques. Ce n'est que sous ce dernier aspect que la difficulté de fournir une qualification à ces droits spécifiques pourra ressurgir. En effet, il a déjà été relevé que les voies d'exécution applicables aux biens variaient en fonction de la nature des biens saisis[2] : une créance de somme d'argent ne se saisit pas dans les mêmes termes que le droit de propriété d'un immeuble. Ce n'est donc pas faire preuve de divination que de pronostiquer que la saisie de ces droits spécifiques empruntera autant à la saisie des créances qu'à la saisie des biens dits corporels tant la nature de ces droits spécifiques peut se réclamer des uns ou des autres.

970. Les voies d'exécution portant sur ces droits spécifiques sont prévues à l'article 59 de la Loi du 9 juillet 1991 et aux articles 178 & suiv. du Décret du 31 juillet 1992. Le législateur n'a pas entendu circonscrire rigoureusement le domaine d'application de cette procédure de saisie, se contentant de permettre la saisie de " droits incorporels "[3]. Initialement, ces droits incorporels étaient entendus comme " les droits d'associés et les valeurs mobilières dont le débiteur est titulaire " ainsi qu'en témoignent les dispositions de l'article 178 du Décret du 31 juillet 1992.

Cependant, il est apparu que la procédure de saisie de ces droits incorporels pouvait être étendue sous réserve d'un certain nombre d'adaptation à d'autres biens tels que les licences

[1] Voir *supra* n° 134 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 875 & suiv.
[3] Article 59 de la Loi du 9 juillet 1991: " Tout créancier (...) peut faire procéder à la saisie et à la vente des droits incorporels, autres que les créances de sommes d'argent, dont son débiteur est titulaire. "

d'exploitation de débits de boissons[1] ou les licences de taxi[2]. Il est vrai que pour ces licences, il existe une autorité, bien souvent une personne publique chargée de leur délivrance. L'existence de ce tiers permet une signification efficace de la saisie.

En outre, les termes généraux de la loi du 9 juillet 1991 ont permis l'extension de la procédure de saisie des droits incorporels à la saisie des monopoles d'exploitation dont dispose l'auteur d'une œuvre[3]. Cette possibilité est cependant restreinte aux œuvres divulguées puisque " le droit moral de divulgation interdit que les créanciers saisissent une œuvre qui n'a pas été, (...), introduite dans le circuit économique "[4]. Au-delà, cette procédure de saisie peut commodément, sous réserve de quelques ajustements, permettre la saisie d'autres produits de l'esprit[5] : ainsi est-il possible de saisir par ce biais une marque[6]. De même, le droit de propriété conféré par l'inscription d'un dessin ou un modèle au Registre prévu à cet effet[7] peut lui même être saisi à condition que cette saisie soit signifiée et publiée en temps voulu[8]. Cette procédure de saisie peut sans doute être utilisée pour la saisie d'un logiciel[9]. En revanche la saisie d'un brevet semble ressortir des dispositions spéciales prévues par le Code de la propriété intellectuelle[10].

---

[1] Cass. avis, 8 février 1999, *Bull. civ.*, n° 1. Dans cet avis, la Cour de cassation constatant la nature de bien incorporel de la licence d'exploitation d'un débit de boissons et l'absence d'une procédure spécifique de saisie de ce bien spécifique a admis que soit ici transposée la procédure de saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières prévues aux articles 182 à 184 du Décret du 31 juillet 1992 ainsi que la procédure de vente prévue aux articles 189 à 192 du même texte, sous réserve du contrôle par le juge de l'exécution des adaptations nécessaires.

[2] Voir, se fondant sur cet avis de la Cour de cassation pour " transposer " la procédure de saisie des droits incorporels à la saisie des licences de taxi, T.G.I., Lyon, J.Ex., *Droit et procédures*, 2002, n° 39, obs. C. BRENNER.

[3] Voir sur ce point, P-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 6ème édition, 2007, p. 927, n° 834 & suiv.

[4] P-Y. GAUTIER, *op. cit.*, p. 929, n° 835.

[5] Voir sur ce point, R. PERROT, Ph. THERY, *Les procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 605 & suiv., n° 674.

[6] La saisie d'une marque est une possibilité prévue par l'article R. 714-4 du Code prop. int. Celle-ci doit être inscrite au Registre national des marques, tenu en vertu de l'article R. 714-2 C. prop. int. par l'Institut national de la propriété intellectuelle.

[7] Voir sur ce point, l'article L. 513-2 C. prop. int.

[8] L'article L. 513-3 C. prop. int. impose que tout acte modifiant ou transmettant un droit publié au registre soit lui-même publié pour être opposable aux tiers. Il semble donc nécessaire que la saisie soit signifiée auprès de l'Institut national de la propriété industrielle, chargé de la gestion du registre en cause en vertu de l'article L. 411-1 2° C. prop. int.

[9] Voir en ce sens, admettant la saisie du logiciel en l'absence de dispositions en ce sens, en raison de la possibilité de le nantir, R. PERROT, Ph. THERY, *op. cit.*, p. 607, n° 675.

[10] L'article L. 613-21 C. prop. int. permet la saisie d'un brevet sous réserve de la signification de cette dernière au propriétaire du brevet, à ceux qui l'exploitent et à l'Institut national de la propriété intellectuelle. La jurisprudence semble considérer que la saisie des brevets qui n'a pas été prévue par la loi du 9 juillet 1991 demeure une procédure spéciale. Elle échappe ainsi à la compétence du juge de l'exécution. Voir sur ce point, J. AZEMA, J-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis, Dalloz, 6ème édition, 2006, p. 319, n° 520 et les références citées.

971. Cette procédure de saisie présente un certain nombre de particularités dues à la nature particulière et discutée des biens saisis[1]. Ce n'est pas que les conditions préalables à l'exercice de cette voie d'exécution soient originales : il suffit en effet que le créancier soit muni d'un titre exécutoire constatant une créance certaine liquide et exigible pour que la procédure de saisie lui soit ouverte.

La particularité de cette procédure de saisie réside dans ce qu'elle semble tantôt se rapprocher de la saisie d'une créance tantôt d'une saisie-vente. Au titre du rapprochement avec la saisie d'une créance, on rappellera que l'article 178 du Décret du 31 juillet 1992 dispose que les droits d'associés et les valeurs mobilières sont saisis " auprès de la société ou de la personne morale émettrice ". Il est donc nécessaire que la saisie soit en premier lieu signifiée à ce tiers. S'agissant des valeurs mobilières nominatives, c'est auprès de l'intermédiaire chargé de la tenue des comptes qu'il faudra signifier la saisie[2]. La société émettrice est même tenue de fournir l'identité de cet intermédiaire[3]. Concernant les titres au porteur, la saisie est signifiée soit au tiers chargé de la gestion du compte auquel les valeurs sont inscrites[4] soit au tiers auprès duquel l'inscription a été requise[5].

972. Si la saisie porte sur un droit de propriété s'exerçant sur une chose incorporelle, ainsi d'une licence d'exploitation ou d'une œuvre de l'esprit protégée[6], la signification est respectivement opérée auprès de l'autorité de délivrance de la licence ou de l'organisme chargé de la gestion du registre sur lequel l'œuvre doit être inscrite pour être opposable : l'Institut national de la propriété intellectuelle.

L'acte de signification doit évidemment contenir un certain nombre de mentions obligatoires énumérées par l'article 182 du Décret du 31 juillet 1992. L'article 182-4° du Décret du 31 juillet 1992 dispose ainsi que cet acte doit contenir l'indication selon laquelle la saisie rend indisponible les droits pécuniaires attachés à l'intégralité des parts ou valeurs mobilières dont le débiteur est titulaire.

---

[1] Voir *supra* n° 966.
[2] Article 179 al. 1 du Décret du 31 juillet 1992.
[3] Article 179 al. 2 du Décret du 31 juillet 1992.
[4] Article 180 al. 2 et 181 du Décret du 31 juillet 1992
[5] Article 180 al. 1 du Décret du 31 juillet 1992.
[6] Sur cette possibilité, voir *supra* n° 970.

973. On retrouve ici le mécanisme d'indisponibilité existant en matière de saisie-vente portant sur des biens corporels[1]. Concernant les droits d'associés et les valeurs mobilières, l'article 184 du Décret du 31 juillet 1992 précise que cette indisponibilité ne frappe que les droits pécuniaires du débiteur. On en déduit donc que ce dernier continue à exercer par exemple les prérogatives non pécuniaires qu'il tire de sa qualité d'associé.

En revanche, le titre en lui-même est indisponible ce qui signifie que le débiteur saisi n'est plus en mesure de le céder. Au-delà, comme en matière de saisie-vente des biens corporels, l'indisponibilité interdit au titulaire de réaliser tout acte à même de diminuer la valeur vénale des biens saisis[2]. Par conséquent, comme en matière de saisie-vente de biens meubles corporels[3], il lui est interdit de constituer des droits réels relatifs aux biens saisis. Ainsi, le débiteur saisi ne peut ni constituer d'usufruit ni nantir les biens saisis.

L'inscription de la saisie sur un registre public tenu par l'Institut national de la propriété intellectuelle facilite grandement le respect de cette indisponibilité lorsque la saisie porte sur un droit de propriété incorporelle. Les actes interdits ne pourront jamais être matériellement réalisés faute de pouvoir être inscrits au registre postérieurement à l'inscription de la mesure de saisie.

974. En outre, les droits pécuniaires attachés à la titularité des biens saisis[4] subissent eux aussi la mesure d'indisponibilité. Cette disposition concerne surtout les valeurs mobilières et les parts sociales saisies. Il en résulte que les dividendes qui viendraient à être perçus par le débiteur à compter de la saisie sont eux aussi indisponibles. Cette indisponibilité impose que toutes les sommes que le débiteur viendrait à percevoir en temps ordinaire soient conservées afin de permettre le règlement de la dette, cause de la saisie.

Cette extension de l'indisponibilité aux revenus que le débiteur tire des titres saisis est particulièrement efficace. La plupart du temps, les titres en cause n'ont d'intérêt pour le débiteur qu'à la mesure des subsides parfois substantiels qu'ils procurent, à échéance périodique. On relèvera tout de même que les sommes en cause sont le plus souvent perçues annuellement alors que le déroulement de la procédure de saisie des valeurs mobilières dure rarement plus de quelques mois.

---

[1] D'ailleurs, l'acte signifié au débiteur doit selon les mentions de l'article 183-6° du Décret du 31 juillet 1992 reproduire les articles 107 à 109 du Décret relatifs à la vente amiable, or c'est précisément l'article 107 de ce Décret qui rappelle que les biens saisis sont indisponibles.

[2] R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2005, 2ème édition, p. 582, n° 642.

[3] Sur cette interdiction, voir *supra* n° 939.

[4] Sur la distinction entre les titres saisis et les droits pécuniaires attachés à la qualité de titulaire des biens saisis, voir, R. PERROT, Ph. THERY, *op. cit.*, p. 584, n° 644 & suiv.

975. A ce stade de la procédure, il faut néanmoins rappeler que le débiteur n'est en principe toujours pas informé de la saisie. A la différence de la saisie-vente, la saisie des valeurs mobilières ne débute pas par un commandement de payer adressé au débiteur. D'un point de vue procédural, elle se rapproche donc de la saisie-attribution. Par conséquent, l'article 183 du Décret du 31 juillet 1991 dispose que la saisie doit être dénoncée au débiteur, à peine de caducité, dans un délai de huit jours. L'acte de dénonciation de la saisie doit contenir un certain nombre de mentions, classiques, à peine de nullité.

De cette façon, le débiteur est informé de la possibilité qui est la sienne, durant un mois à compter de la dénonciation, de procéder à la vente amiable des titres saisis[1]. Si les biens saisis sont des valeurs mobilières cotées dont le montant n'excède celui de la dette, cause de la saisie, il dispose en outre de la possibilité de choisir l'ordre dans lequel elles seront vendues[2]. Le débiteur conserve donc dans une certaine mesure la possibilité de réaliser des arbitrages au sein de son portefeuille de valeurs mobilières.

976. Une fois informé de la saisie, le débiteur peut élever une contestation. Celle-ci doit être formée durant le mois suivant la dénonciation de la saisie et la date d'expiration du délai de contestation doit être inscrite sur l'acte qui lui est signifié[3]. Cette contestation doit de plus être communiquée à l'huissier chargé de la saisie, à peine d'irrecevabilité, le jour même où elle est élevée.

La seule contestation qui importe ici concerne le cas où les biens saisis seront insaisissables. Ce cas de figure est loin d'être improbable. Premièrement, il est possible que les biens saisis soient insaisissables parce qu'ils sont grevés d'une clause d'inaliénabilité. Ces clauses qui établissent des restrictions complètes au droit de disposer peuvent être établies à l'occasion du transfert d'un bien. Rien n'interdit donc qu'une telle restriction frappe des valeurs mobilières recueillies à l'occasion d'une libéralité[4].

---

[1] Article 183-4° du Décret du 31 juillet 1992.

[2] Article 183-5° du Décret du 31 juillet 1992.

[3] Article 183-2° du Décret du 31 juillet 1992. On remarquera d'ailleurs qu'en matière de saisie-vente, la Cour de cassation a décidé à propos de l'article 130 du Décret du 31 juillet 1992 que le délai ne courait que pour autant que le débiteur avait été informé par l'acte de saisie des modalités et du délai de son recours. Voir sur ce point, Cass. Civ. 2ème, 16 décembre 2004, *Bull. civ.*, II, n° 534, et *supra* n° 844 ainsi que les références citées. En matière de saisie des droits incorporels, la condition de délai semble satisfaite puisque l'acte signifié au débiteur l'informe de la date d'expiration du délai. Cependant on peut se demander s'il ne faudrait pas ici aussi l'informer des modalités de son recours, question sur laquelle d'ailleurs le Décret du 31 juillet 1992 est bien moins disert qu'en matière de saisie-vente. Comp. les articles 126 & suiv. du Décret du 31 juillet 1992.

[4] Pour un exemple jurisprudentiel d'une inaliénabilité frappant un ensemble de valeurs mobilières jusqu'à ce que le bénéficiaire ait atteint un certain âge, voir : Cass. Civ. 1ère, 12 juin 1990, inédit, pourvoi n° 87-17115. Il est devenu un lieu commun de constater l'importance croissante de ce type de biens dans l'actif patrimonial des personnes à l'abri de l'indigence. Et l'on peut gager que les clauses d'inaliénabilité frappant ces biens lorsqu'ils seront reçus par

Il est aussi possible que des biens susceptibles d'être saisis par la voie de la procédure de saisie des droits incorporels soient insaisissables au titre d'une restriction complète au droit de disposer établie indépendamment de toute libéralité. Sur le fondement de l'article L. 227-10 C.com., les statuts d'une S.A.S. peuvent grever d'inaliénabilité les actions émises[1].

977. Il semblerait que ces deux hypothèses recouvrent l'immense majorité des cas dans lesquels une insaisissabilité entrera en conflit avec une procédure civile d'exécution portant sur des droits incorporels[2]. Elle résultera donc la plupart du temps d'une restriction complète au droit de disposer. En l'absence de prévisions particulières du Décret du 31 juillet 1992 sur ce point, il semble judicieux de se reporter aux dispositions prévues en matière de contestation de la saisie-vente de biens meubles corporels[3].

Le débiteur devra donc élever sa contestation dans le délai d'un mois à compter de la signification de la saisie qui lui a été faite. Il semble logique que la contestation suspende la procédure de saisie le temps que le juge statue conformément aux dispositions prévues en matière de saisie-vente[4]. Durant ce délai, les biens saisis demeurent indisponibles.

978. Cette indisponibilité peut cependant causer un grave préjudice au débiteur en raison de la nature particulière des biens saisis. S'agissant des valeurs mobilières ou des droits sociaux, ces biens sont parfois sujets à de brusques modifications de leur valeur d'échange. L'indisponibilité qui se perpétuerait trop longuement, le temps que le juge statue sur l'insaisissabilité, risquerait de voir leur valeur diminuer, au préjudice du débiteur d'ailleurs. Il pourrait donc être souhaitable, dans le cas d'une contestation relative à la saisissabilité de ces biens, que le débiteur conserve la possibilité de les céder, sous réserve bien entendu d'une

---

libéralités vont se multiplier tant le souci est grand chez ceux qui gratifient leurs proches de ces biens de ne point les voir dilapidés par ceux qui les recueillent. Il ne serait donc pas étonnant que les clauses d'inaliénabilité frappant les valeurs mobilières connaissent un développement prochain, à la mesure de ce qu'elles furent utiles au début du XX^{ème} siècle pour tempérer la prodigalité d'une certaine jeunesse que l'on supposait avide de dilapider les biens fonciers familiaux si chèrement conservés jusque-là.

[1] Sur la qualification de restriction au droit de disposer de ce mécanisme, voir *supra* n° 277 & suiv.

[2] Voir sur ce point, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 576, n° 633.

[3] Si à notre connaissance, aucun renvoi à ces dispositions n'est expressément opérée par la Loi du 9 juillet 1991 et le Décret du 31 juillet 1992, il nous parait s'imposer tant est forte la similitude existant entre les textes régissant la procédure de l'une et de l'autre saisie. Ainsi l'article 60 de la Loi du 9 juillet 1991 fait-il écho en matière de saisie des biens incorporels aux articles 50 al. 2 de la Loi du 9 juillet 1991 et 118 du Décret du 31 juillet 1992, qui eux sont consacrés à la saisie-vente. En outre, comme la saisie-vente, on remarquera que les autres créanciers du débiteur ont la possibilité de former opposition, se joignant ainsi à la procédure en cours pour participer à la distribution du prix de vente ainsi qu'en dispose les articles 60 de la Loi du 9 juillet 1991 et 186 du Décret du 31 juillet 1992.

[4] L'article 126 du Décret du 31 juillet 1991 dispose en effet que " les demandes relatives (...) à la saisissabilité ne font pas obstacle à la saisie, mais suspendent la procédure pour les biens saisis qui en sont l'objet. "

consignation du prix de la cession, conformément aux dispositions de l'article 187 al. 1 du Décret du 31 juillet 1992.

Théoriquement concevable, cette réserve est toutefois presque dénuée d'intérêt en pratique. Il a été constaté que les insaisissabilités en cause résultaient le plus souvent d'une restriction complète au droit de disposer. Par conséquent, si le débiteur allègue l'insaisissabilité des biens saisis, il se fonde en réalité sur une inaliénabilité. Or ces dernières interdisent justement la cession des biens qu'elles ont pour objet. Il serait donc particulièrement malvenu que le débiteur prétende s'en affranchir pour vendre les titres qu'elles protègent justement de l'appétit de ses créanciers. Cette réserve ne serait donc concevable qu'en présence d'une insaisissabilité établie de façon autonome[1].

979. Si l'insaisissabilité est avérée, le juge ordonnera la mainlevée de la saisie et l'indisponibilité cessera. Le débiteur, soumis à une restriction complète au droit de disposer, ne retrouvera pas pour autant la possibilité de céder les titres. En revanche les droits pécuniaires dérivant des titres saisis cesseront d'être indisponibles, ce qui lui permettra d'obtenir les subsides en résultant à moins que ses créanciers ne recourent à une procédure civile d'exécution ayant directement ces droits pécuniaires pour objet[2].

Si l'insaisissabilité n'est pas établie, la procédure de saisie reprendra son cours naturel, le débiteur conservera la possibilité de vendre les titres saisis durant le mois suivant la signification[3]. A défaut, s'il s'agit de titres admis à la côte officielle ou à celle du second marché, ils seront liquidés à la fin du délai d'un mois. Dans le cas contraire, les titres feront l'objet d'une adjudication réglementée aux articles 189 & suiv. du Décret du 31 juillet 1992. Dans les deux cas, les créanciers saisissants ou opposants seront payés sur le produit de la vente.

980. En définitive, on s'aperçoit donc que l'insaisissabilité des titres ne sera un obstacle à la procédure de saisie que dans la mesure où le débiteur s'en est prévalu en élevant une contestation. Il y a tout lieu de reprendre les observations formulées en étudiant le conflit

---

[1] Une telle situation paraît profondément hypothétique. On peut cependant imaginer qu'elle se rencontrerait au cas où une libéralité portant sur des valeurs mobilières serait assortie d'une clause d'insaisissabilité. Sur cette possibilité, voir *supra* n° 134. Dans ce cas, seule une restriction partielle au droit de disposer serait établie, la cession des titres demeurerait alors possible, justifiant que le débiteur conserve la possibilité de céder les titres en cause le temps que le juge statue à propos de l'insaisissabilité.

[2] S'agissant par exemple d'actions de S.A.S. statutairement inaliénables, rien n'interdit aux créanciers privés de la possibilité de les saisir de réaliser une saisie-attribution ayant pour objet ces dividendes. Sur les procédures civiles d'exécution ayant pour objet les droits pécuniaires que le débiteur tient de ses titres, voir : R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 584, n° 646.

[3] Article 187 du Décret du 31 juillet 1992.

susceptible d'exister entre l'insaisissabilité d'un bien et la procédure de saisie-vente[1]. On s'aperçoit donc que toutes les insaisissabilités avérées ont en commun de constituer un obstacle valable à la saisie.

A de rares exceptions près, il n'est pas possible de pratiquer une saisie sur un bien reconnu comme insaisissable en ce sens qu'aucune vente forcée du bien ne peut intervenir dans ce cas. Il est donc vain de distinguer entre les différentes insaisissabilités en fonction de leur intensité[2]. Si un classement des insaisissabilités doit être établi, il ne peut s'appuyer sur la variabilité de leurs efficacités respectives.

981. S'il faut classer les insaisissabilités, il semble judicieux de scruter dans une autre direction que celle de l'efficacité de l'insaisissabilité. Dans la plupart des hypothèses envisagées, il a été constaté que l'insaisissabilité prenait la forme d'une contestation élevée par le débiteur saisi. Celle-ci formulée et vérifiée par le juge, la procédure de saisie cesse immanquablement.

Mais tout dépend alors de la diligence du débiteur à se prévaloir de l'insaisissabilité. Lorsque celle-ci est tue, il est possible qu'elle soit méconnue. Encore cette dernière affirmation mérite-elle d'être immédiatement tempérée. Lors de l'étude de la procédure de saisie immobilière, il est apparu que l'intervention systématique du juge lors de l'audience d'orientation évitait que l'insaisissabilité demeure inconnue. L'insaisissabilité, dans cette hypothèse précise est donc toujours avérée, grâce au juge de l'exécution.

982. Il est donc préférable d'opérer une distinction fondée sur les modalités gouvernant l'invocation des insaisissabilités. Certaines sont laissées à la discrétion du débiteur, son incurie le privera donc du bénéfice qu'elles auraient dû lui procurer. D'autres sont relevées par le juge et le débiteur est donc préservé de sa propre incurie.

Ce constat formulé, il faut désormais en fournir une explication. Pourquoi certaines insaisissabilités sont-elles abandonnées au débiteur tandis que d'autres sont préservées par le juge ? En débutant les développements consacrés à l'efficience de l'insaisissabilité, nous avions pronostiqué que les différences que nous pourrions établir entre elles résulteraient des

---

[1] Voir *supra* n° 947.

[2] Nous retrouvons ici une remarque déjà formulée à propos de la distinction des insaisissabilités relatives et absolues. Si cette distinction a un intérêt heuristique, il ne réside sûrement pas dans l'idée que certaines insaisissabilités sont plus efficaces que d'autres puisque toutes sont un obstacle insurmontable aux procédures civiles d'exécution. De ce point de vue la formulation de la distinction que recouvre les vocables " insaisissabilité absolue " et " insaisissabilité relative " prête donc à confusion. Quant on sait l'attachement des juristes à la précision du vocabulaire juridique, ce n'est pas là le moindre défaut de cette distinction. Sur cette distinction, voir *supra* n° 804.

modalités de la saisie des biens qu'elles ont pour objet[1]. Ce rappel est l'occasion d'une conclusion.

983. A proprement parler, il est erroné de prétendre qu'il existe une distinction entre *les* insaisissabilités selon que le juge intervient ou non pour en assurer le respect. En effet, bien souvent, *la* même insaisissabilité peut être garantie ou non par le juge selon qu'elle frappe tel ou tel bien lui-même soumis à telle ou telle procédure de saisie. Ainsi l'insaisissabilité qui dérive d'une clause d'inaliénabilité peut avoir la plupart des biens d'une personne pour objet sans que la nature de droit réel, personnel ou spécifique de ceux-ci modifie le mécanisme de cette insaisissabilité. En revanche la nature du bien en cause détermine la procédure d'exécution applicable et l'intervention du juge est conditionnée par la procédure civile d'exécution requise.

Les quelques différences relevées entre les insaisissabilités ne sont donc pas dues à la nature particulière de l'une ou de l'autre. Elles résultent d'un élément totalement indépendant : l'administration des procédures civiles d'exécution. Que l'audience d'orientation dans la saisie immobilière devienne facultative et toutes nos insaisissabilités partageront d'être dépendantes des diligences du débiteur. Que toutes les procédures civiles d'exécution deviennent toutes des procédures judiciaires complètes, qu'une audience d'orientation soit instaurée pour chacune d'entre elles et toutes les insaisissabilités seront avérées quand bien même le débiteur aurait été négligent ! Le juge de l'exécution deviendrait alors le juge de l'insaisissabilité.

Pour le moment, il est simplement juge de l'exécution, l'insaisissabilité, manifestation d'une limitation normative de l'appartenance d'un bien n'est de son ressort que pour autant que son intervention est requise, par le débiteur, qui élève une contestation sur la saisissabilité, ou par la loi, dans le cas précis de la saisie immobilière.

[1] Voir *supra* n° 877.

Conclusion de la Section I

984. Analyser les effets de l'insaisissabilité commandait de scruter minutieusement les mécanismes de procédures civiles d'exécution que l'insaisissabilité était susceptible de perturber. Susceptible de frapper n'importe quel bien, l'insaisissabilité avait vocation à se heurter à toutes les procédures civiles d'exécution.

985. Il est ainsi apparu que l'insaisissabilité était dotée d'une très large efficacité. S'agissant des créances de salaires, l'insaisissabilité s'est avérée être un mécanisme d'une efficacité redoutable puisque la procédure de saisie des rémunérations ne peut s'exercer que sur la partie saisissable de celles-ci[1].

Portant sur une créance non justiciable de la saisie des rémunérations, il est apparu que l'insaisissabilité n'était nullement un obstacle à la réalisation d'une procédure civile d'exécution entrainant attribution immédiate de la créance au profit du saisissant. Cela ne signifiait pas pour autant que l'insaisissabilité soit dépourvue d'efficacité, bien au contraire. Ainsi, concernant la saisie-attribution[2] et la saisie du solde des comptes bancaires[3], l'insaisissabilité, invoquée à compter de la dénonciation de la saisie, aboutissait cependant à la remise en cause rétroactive de cette attribution immédiate[4].

986. Frappant un droit de propriété portant sur des choses mobilières, l'insaisissabilité était un incident de saisie susceptible d'être invoquée devant le juge de l'exécution et aboutissant ainsi à la remise en cause de la procédure de saisie-vente[5]. La solution était exactement la même concernant la saisie des droits spécifiques[6]. Là encore, le constat restait celui de la remarquable efficacité de l'insaisissabilité qui, invoquée[7], demeure un obstacle dirimant à l'aboutissement d'une procédure civile d'exécution.

Il est enfin apparu que l'insaisissabilité manifestait son efficacité de façon encore plus évidente lorsqu'elle portait sur un droit immobilier. Confrontée à la saisie immobilière[8], l'insaisissabilité trouvait une garantie indubitable dans le caractère judiciaire de cette

---

[1] Voir *supra* n° 899 & suiv., spéc. n° 902.
[2] Voir *supra* n° 879 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 910 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 929.
[5] Voir *supra* n° 935 & suiv.
[6] Voir *supra* n° 965 & suiv.
[7] Voir *supra* n° 982 & 983.
[8] Voir *supra* n° 949 & suiv.

procédure, lequel évitait que l'insaisissabilité reste suspendue au bon vouloir de son bénéficiaire[1].

987. Le constat de l'efficacité de l'insaisissabilité est donc sans appel, nulle procédure civile d'exécution ne peut remettre celle-ci en cause dès lors qu'elle est justifiée et que, le cas échéant, le débiteur se prévaut de son bénéfice. Cantonner l'efficacité de l'insaisissabilité à son éventuelle invocation à l'occasion d'une procédure de saisie serait pourtant réducteur dans la mesure où la richesse du mécanisme, conséquence de sa qualification en restriction au droit de disposer, s'exprime autant dans ce qu'elle interdit, la saisie, que dans les actes auxquels elle demeure indifférente.

[1] Voir *supra* n° 963.

Section II. L'indifférence de l'insaisissabilité

988. Il s'agit ici de démontrer que l'insaisissabilité d'un bien demeure le plus souvent un mécanisme invisible. Lorsqu'aucune saisie n'est invoquée, l'insaisissabilité n'a que très peu d'incidence sur le statut du bien insaisissable. Appréhender l'insaisissabilité sous l'angle de ce qu'elle ne fait point est indispensable, ne serait-ce que par souci d'exhaustivité.

En outre, une appréciation objective de l'efficacité de l'insaisissabilité commande de bien délimiter ses effets, il apparaît donc de bonne méthode de démontrer que les effets de l'insaisissabilité, pour radicaux qu'ils soient, ont un domaine fort restreint. Qualitativement forts, les effets de l'insaisissabilité sont quantitativement restreints.

989. Autrement dit, la vie d'un bien insaisissable ne se distinguerait guère de la vie d'un bien saisissable lorsqu'aucune saisie n'est en vue. Et la saisie d'un bien n'est pas, loin s'en faut, la seule opération juridique envisageable à propos de ce dernier. La saisie est une opération juridique translative qui a pour principale caractéristique d'être réalisée indépendamment de la volonté du débiteur. Parce qu'elle est forcée, la saisie sera la seule opération juridique translative du bien insaisissable qui soit interdite, toutes les autres opérations juridiques translatives demeurant possibles (§1).

Par ailleurs, les opérations juridiques translatives ne sont pas les seules opérations juridiques susceptibles d'affecter un bien. Concernant les opérations juridiques non translatives, conformément à la qualification de l'insaisissabilité en une restriction au droit de disposer, il est possible de constater l'indifférence totale de cette dernière. Toutes les opérations juridiques non translatives demeurent possibles, aussi diverses soient-elles (§2)

§1: La réalisation d'opérations juridiques translatives d'un bien insaisissable

990. Que la saisie soit interdite en présence d'une insaisissabilité ne fait guère de doute. En revanche, la possibilité de céder volontairement un bien insaisissable est rarement étudiée. La question n'est pourtant pas dénuée d'intérêt. En effet, s'il ne semble pas faire de doute que l'insaisissabilité n'empêche nullement la réalisation d'opérations volontaires et translatives du bien insaisissable (A), les conséquences de ces opérations suscitent un certain nombre de questions quant à l'éventuel report de l'insaisissabilité (B).

A) La possibilité des opérations juridiques translatives

991. Cette possibilité n'a jamais fait l'objet d'affirmation expresse de la part de la jurisprudence. De ce silence jurisprudentiel, une justification peut être fournie. En pratique, prétexter de l'impossibilité de céder un bien simplement insaisissable est inutile car celui qui prétend rapatrier un bien dans le patrimoine du cédant, le créancier par exemple[1], dispose d'instruments moins aléatoires : les garanties générales de l'exécution. Ainsi, lorsque qu'un créancier est amené à critiquer une aliénation faite par son débiteur s'il estime qu'elle lui porte préjudice, il peut recourir au mécanisme de la fraude paulienne. L'article 1167 C.civ. prévoit la possibilité pour ce créancier d'obtenir l'inopposabilité de l'acte réalisé en fraude à ses droits par le débiteur.

Dès lors qu'existe la fraude paulienne, mécanisme général permettant de critiquer les aliénations faites par le débiteur, il n'est pas nécessaire pour le créancier de se risquer à établir un lien douteux entre insaisissabilité et impossibilité de céder le bien. Soit le créancier souffre véritablement de l'aliénation litigieuse et dans ce cas, la fraude paulienne lui permettra d'obtenir gain de cause, soit le débiteur conserve d'autres biens à même de désintéresser le créancier, auquel cas, il n'est pas en mesure de critiquer les actes translatifs réalisés par son débiteur. Il est donc parfaitement logique que la jurisprudence n'ait pas eu à traiter d'une question qui ne présentait aucune utilité pour les justiciables.

Par ailleurs, il faut rappeler que nombre d'insaisissabilités rencontrées en pratique sont en réalité accessoires à une inaliénabilité. L'existence de la restriction complète au droit de disposer prohibe de toute façon la cession volontaire du bien au demeurant insaisissable. Par conséquent, en pratique, la question de la cession du bien insaisissable n'est pas susceptible

[1] En vérité, il faut bien comprendre que celui qui cède un bien insaisissable, sauf à ce qu'il souffre de graves troubles psychologiques, ne tentera pas de se prévaloir de l'insaisissabilité de ce bien pour remettre en cause une cession à laquelle il a lui même consenti. Par conséquent, ce sont les créanciers du cédant qui tenteront de remettre en cause l'aliénation, en prétextant de son insaisissabilité. Mais cela ne reste qu'une hypothèse d'école. En pratique, les créanciers n'ont que peu intérêt à obtenir le rapatriement d'un bien dans le patrimoine de leur débiteur car ce bien insaisissable échappe de toute façon à leurs poursuites. Bien plus, ils ont même intérêt à laisser la cession produire ses effets dans la mesure où celle-ci réalise, pourvu qu'elle ait lieu à titre onéreux, un remplacement du bien insaisissable par un bien lui-même saisissable : la créance de prix s'il s'agit de la vente d'un bien insaisissable. Cela suggère en définitive deux remarques. D'une part, les créanciers ont intérêt à la cession d'un bien insaisissable, uniquement dans l'hypothèse où aucune disposition législative n'opère le " report " de l'insaisissabilité sur le bien remplaçant le bien insaisissable aliéné. Pour un cas de report d'insaisissabilité, voir par exemple l'article L. 526-3 C.com. D'autre part, on s'aperçoit que ce qui commande l'intérêt des créanciers à la cession est l'éventuelle poursuite de l'insaisissabilité du bien aliéné. A partir du moment où cette dernière était sur le point de cesser, les créanciers ont plus d'intérêt à défendre le maintien du bien insaisissable dans le patrimoine du cédant que sa cession dans la mesure où le risque d'une cession défavorable au cédant ne peut être écarté.

de se poser. L'inutilité pratique d'une question juridique ne saurait pourtant dispenser d'y répondre.

992. Si la jurisprudence est restée muette quant à la possibilité de réaliser un transfert volontaire d'un bien insaisissable, c'est avant tout car cela semble parfaitement logique. Bien entendu, on ne trouvera nulle part de principe affirmant expressément qu'un bien insaisissable demeure cessible.

Cependant dans les dispositions applicables aux différentes insaisissabilités que nous connaissons, l'hypothèse d'une cession du bien insaisissable est parfois envisagée. Un exemple révélateur en est fourni par l'article L. 526-3 du Code de commerce qui règle la question de la cession d'un bien immobilier ayant fait l'objet d'une déclaration notariée d'insaisissabilité[1]. L'article L. 526-3 C.com. précise donc que le prix obtenu de la cession d'un bien insaisissable demeure lui-même insaisissable pour une durée d'un an sous la condition " du remploi (...) des sommes à l'acquisition par le déclarant d'un immeuble où est (*sic*) fixée sa résidence principale ".

Remarquons que le législateur a implicitement mais nécessairement admis qu'un bien insaisissable pouvait être cédé puisque les conséquences de cette cession sont envisagées dans la loi. On peut supposer que le silence du législateur quant à la possibilité d'une cession de ce bien insaisissable n'est que la manifestation du principe selon lequel l'insaisissabilité d'un bien ne préjuge en rien de son incessibilité ou de son inaliénabilité[2].

993. En outre, si le législateur a cru bon d'organiser un " report " de l'insaisissabilité sur le prix de la cession, il faut en déduire que ce report n'a en principe pas lieu sauf lorsqu'il est expressément prévu.

La réalisation volontaire d'opérations juridiques translatives portant sur un bien insaisissable doit donc être envisagée sous l'angle d'un éventuel " report " de l'insaisissabilité.

B) Le '' report '' d'insaisissabilité, conséquence éventuelle d'une opération juridique translative

994. Quant au domaine d'application de ce " report ", il faut soulever ici une difficulté d'interprétation résultant de la modification des articles L. 526-1 & suiv. C.com. par la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008. A l'occasion de cette réforme le législateur a étendu le bénéfice

[1] Articles L. 526-1 & suiv. C.com., sur laquelle, voir *supra* n° 766 & suiv.

[2] La réciproque de cette proposition est évidemment fausse, un bien incessible ou inaliénable est lui-même forcément insaisissable. Sur cette question, voir *supra* n° 251 & suiv.

de la déclaration d'insaisissabilité à l'ensemble des droits immobiliers du déclarant alors que naguère seuls les droits immobiliers assurant la résidence principale du déclarant étaient concernés. Or les alinéas deux et trois de l'article L. 526-3 C.com. qui organisent le système du report d'insaisissabilité n'ont pas été modifiés en conséquence. Ces dispositions prévoient donc que " le prix de cession (…) demeure insaisissable (…) sous la condition du remploi dans le délai d'un an des sommes à l'acquisition par le déclarant d'un immeuble où est fixée sa résidence principale. " On peut donc en déduire que seuls les droits immobiliers assurant la résidence principale du déclarant bénéficient du " report d'insaisissabilité " ce qui en définitive suggère deux remarques.

D'une part, depuis la réforme les biens immobiliers sont soumis à un double régime juridique selon qu'ils assurent ou non la résidence principale du déclarant. Seuls les premiers bénéficient du report[1].

D'autre part, il faut rappeler que le " report d'insaisissabilité " était auparavant conçu comme une mesure de protection de la résidence principale et de ce point de vue, il paraît logique que les autres droits immobiliers en soient exclus. Cependant, il faut bien comprendre que ce report assurait au déclarant la possibilité de revendre son bien sans risquer une saisie de la part de ses créanciers. Par conséquent, en l'absence de report d'insaisissabilité, la crainte d'une saisie du prix de vente apparenterait la déclaration d'insaisissabilité à une véritable " indisponibilité de fait "[2]. On peut donc en déduire les transactions portant sur les biens immobiliers n'assurant pas la résidence principale du déclarant risquent d'être paralysées par la crainte de ce dernier de subir une saisie[3].

995. Ne concernant que les droits immobiliers assurant la résidence principale du déclarant, la mise en œuvre de ce " report " d'insaisissabilité suscite en outre un certain nombre de difficultés[4]. Il faut immédiatement préciser que le terme même de " report ", s'il est un raccourci commode qui résume le mécanisme organisé par le législateur présente le défaut

---

[1] On peut d'ailleurs se demander comment en pratique seront déterminés les droits immobiliers insaisissables qui bénéficieront du report. Peut-être serait-il judicieux de préciser dans la déclaration notariée quels sont les droits immobiliers qui assurent la résidence principale de l'entrepreneur individuel ce qui interdirait sans doute aux créanciers de se prévaloir de l'absence de report d'insaisissabilité.

[2] Voir sur ce point, à propos des droits immobiliers assurant la résidence principale qui eux bénéficient du report d'insaisissabilité, Fr. VAUVILLE, La déclaration notariée d'insaisissabilité, *Defrénois*, 2003, n° 32813, p. 1197 & suiv., spéc. n° 27, p. 1209.

[3] Il est donc peu probable que la possibilité offerte par la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 soit saisie par les déclarants, ce qui en définitive fait douter de l'opportunité de cette réforme.

[4] Sur les difficultés pratiques suscitées par l'imprécision des termes de la loi, notamment en cas de vente partielle de l'immeuble insaisissable, voir M. DAGOT, L'aliénation de la résidence principale et le report de l'insaisissabilité initiale, *J.C.P.*, (N), 2004, 1084, p. 323 & suiv., spéc. p. 324.

dirimant de prêter à confusion. En effet, conformément à ce que l'emploi de ce terme de report laisse entendre, il a été proposé d'y voir un cas de subrogation réelle de l'insaisissabilité[1].

S'il s'agit véritablement d'un cas de subrogation réelle[2], ce qui paraît douteux puisque l'insaisissabilité n'a rien d'un " droit réel "[3], il faut convenir de ce que l'insaisissabilité qui frappe le prix de vente a exactement la même teneur que celle qui frappait le bien immobilier initialement insaisissable. Or, dans ce cas, le prix de cession devrait être insaisissable uniquement à l'égard des créanciers à qui l'insaisissabilité des droits assurant la résidence principale était opposable. Un créancier postérieur à la cession devrait donc pouvoir saisir le prix de vente puisque en elle-même la déclaration d'insaisissabilité ne lui était pas opposable. Une telle solution ruinerait pourtant la mesure. Il faut donc admettre que l'insaisissabilité du prix est aussi opposable à tous les créanciers dont la créance naît à compter de la cession du bien immobilier auparavant déclaré insaisissable.

On s'aperçoit donc que l'on dépasse nettement le cadre d'un simple " report " d'insaisissabilité pour dériver vers celui d'une nouvelle insaisissabilité, frappant le prix de vente d'un bien immobilier qui était auparavant l'objet d'une déclaration notariée d'insaisissabilité.

996. Le phénomène est loin d'être isolé puisqu'il préside à plusieurs autres cas d'insaisissabilité. Que l'on songe ici à l'insaisissabilité des soldes de comptes bancaires résultant du dépôt de sommes préalablement insaisissables[4] ou à l'insaisissabilité du prix de cession d'un brevet[5]. Il s'agit toujours de nouvelles insaisissabilités disposant de leur opposabilité propre à tous les créanciers dont le droit de poursuite naît postérieurement à leur mise en œuvre[6]. L'insaisissabilité du prix de cession d'un bien immobilier ayant fait l'objet d'une déclaration notariée d'insaisissabilité n'est pas différente. Il s'agit d'une nouvelle insaisissabilité.

Sa justification, s'agissant d'une restriction partielle au droit de disposer, ne doit pas être recherchée ailleurs que dans les motifs qui ont présidé à son instauration par le législateur. Il

---

[1] Voir en ce sens, D. AUTEM, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuelle, *Defrénois*, 2004, n° 37890, p. 327 & suiv., spéc. p. 340, n° 29.

[2] La subrogation réelle consiste dans la fiction selon laquelle un droit réel s'exerçant sur une chose peut se reporter sur la chose acquise en remplacement de ce dernier.

[3] Voir *supra* n° 703 & suiv.

[4] Sur ce point, voir *supra* n° 632.

[5] Voir n° 631.

[6] Sur la détermination de ces derniers voir *supra* n° 781 & suiv.

ne s'agit plus d'une question de technique juridique mais d'une question politique : le législateur a jugé bon de protéger le prix de vente d'un immeuble ayant préalablement fait l'objet d'une déclaration notariée d'insaisissabilité.

997. On pourrait ici rétorquer que cette analyse est contestable en ce qu'elle ne vaut que pour les créanciers dont le droit de poursuite naît après la cession, dans le délai d'un an à compter de cette dernière[1]. La parade est habile mais elle n'est point décisive dans la mesure où rien n'interdit de considérer que l'insaisissabilité du prix de cession, en tant que nouvelle insaisissabilité est aussi, de façon très classique, opposable à tous les créanciers du débiteur dont le droit de poursuite était né antérieurement à la vente du bien insaisissable.
Reste la question de savoir si cette insaisissabilité du prix de cession est opposable aux créanciers qui, étant dotés d'un droit de poursuite né antérieurement à la déclaration d'insaisissabilité, l'ont conservé tant que la déclaration produisait ses effets. De la même manière, s'agissant d'une nouvelle insaisissabilité, il importe de se demander si elle est opposable aux créanciers personnels du déclarant. Il faut donc se demander si les créanciers antérieurs[2] et les créanciers personnels[3] du déclarant conservent le droit de poursuite qu'ils pouvaient exercer contre les droits immobiliers par lesquels le déclarant assure sa résidence principale.

998. Dans l'un et l'autre cas, le caractère nouveau de l'insaisissabilité militerait en faveur d'une opposabilité la plus large possible. Une telle conclusion serait pourtant trop rapide. L'insaisissabilité, restriction partielle au droit de disposer, manifeste l'emprise d'une norme sur un aspect particulier de la relation d'appartenance unissant le débiteur à chacun de ses biens[4]. Or, le législateur, car c'est de lui qu'il s'agit, peut fort bien moduler cette relation d'appartenance de telle façon que certains créanciers conservent le droit de saisir le bien.
Ainsi l'article L. 526-3 C.com. dispose-t-il que le prix de cession " demeure " insaisissable à l'égard des créanciers dont les droits sont nés postérieurement à la déclaration d'insaisissabilité à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant. *A contrario*, il ne paraît donc pas déraisonnable de prétendre que le législateur a entendu restreindre

---

[1] Article L. 526-3 al. 1 C.com.
[2] Quant au maintien des droits de poursuite antérieurement constitués, voir l'article L. 526-1 al. 1 *in* fine C.com. et *supra* n° 815 & suiv.
[3] L'article L. 526-1 al. 1 C.com. dispose en effet que le bien n'est insaisissable " qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent (...) à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant. " Sur la détermination des créanciers personnels, voir *supra* n° 774 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 802 & suiv.

l'insaisissabilité du prix de cession dans les mêmes termes que l'insaisissabilité qui résulte de la déclaration initiale[1]. Les créanciers antérieurs à la déclaration et les créanciers personnels du déclarant conservent donc la possibilité de saisir le prix de cession de l'immeuble déclaré insaisissable.

999. Une fois les effets de cette insaisissabilité délimités, deux dernières questions se posent. Quant à sa durée d'abord, cette insaisissabilité se maintient pendant un an. Ensuite, l'article L. 526-3 al. 1 C.com. dispose que le bien immeuble nouvellement acquis par le déclarant au moyen de prix de cession demeuré insaisissable sera lui aussi insaisissable à une double condition.

D'une part, il est nécessaire que l'achat ait eu lieu dans le délai d'un an à compter de la vente du premier bien insaisissable. D'autre part, l'article L. 526-3 al. 2 C.com. précise que l'insaisissabilité du bien immobilier nouvellement acquis est subordonnée à la stipulation d'une déclaration de remploi des fonds dans l'acte d'acquisition. Cette stipulation n'appelle pas de développements particuliers quant à sa réalisation si ce n'est qu'elle doit prendre la forme d'un acte authentique tout comme la déclaration initiale[2].

En pratique, il n'est pas impossible que cette insaisissabilité pose un certain nombre de questions pratiques délicates en raison de son objet particulier : des sommes d'argent[3]. Mais à vrai dire, les difficultés pourront sans doute être résolues en contemplation des règles déjà existantes à propos de l'insaisissabilité des sommes d'argent déposées sur un compte bancaire[4].

1000. En vérité, le principal reproche que l'on puisse faire au législateur quant à ce mécanisme de " report " de l'insaisissabilité est spécifique à l'institution étudiée. Jusqu'à présent, le constat principal était celui de l'efficacité de l'insaisissabilité. Cependant, le funeste article L. 526-3 al. 2 C.com. vient démentir ce constat.

Sans doute soucieux de ne pas léser les créanciers du déclarant, le législateur a cru bon de limiter l'insaisissabilité du bien immobilier acquis en remplacement de celui pour lequel la déclaration notariée avait été établie. Le bien nouvellement acquis est donc insaisissable à

---

[1] Voir sur ce point, rapportant les débats parlementaires, Fr. VAUVILLE, La déclaration notariée d'insaisissabilité, *Defrénois*, 2003, n° 32813, p. 1197 & suiv., spéc. n° 24, p. 1207 & 1208.

[2] Article L. 526-3 al. 3 C.com., sur cette question, D. AUTEM, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuelle, *Defrénois*, 2004, n° 37890, p. 327 & suiv., spéc. p. 341, n° 31.

[3] Voir sur ce point, L. GROSCLAUDE, Voyage au centre de la Terre - A propos de l'insaisissabilité des droits sur la résidence principale, *Dr. fam.*, 2004, n° 1, Chr. n° 1, p. 4 & suiv., spéc. p. 7.

[4] Voir l'articulation de l'insaisissabilité et de la procédure de saisie du solde des comptes de dépôts, voir *supra* n° 910 & suiv.

hauteur des fonds remployés. Si cette disposition a un sens, elle signifie sans aucun doute que le bien nouvellement acquis sera partiellement saisissable, à hauteur des apports de fonds réalisés par le déclarant en sus des fonds provenant du prix de cession.

Cette solution semble marquée du sceau d'une juste composition entre les intérêts en présence[1].

1001. La solution retenue est pourtant calamiteuse pour le déclarant lorsque le prix d'acquisition n'est pas couvert par les sommes provenant de la vente de la résidence initialement insaisissable[2]. Dès lors qu'un bien immobilier, un droit de propriété, a pour objet une chose immobilière qui n'est pas susceptible d'être divisée, il faut donc en conclure que la saisie sera possible[3] mais seul l'apport du débiteur ne provenant pas de la revente du bien initialement insaisissable[4] profitera aux créanciers.

Tous les créanciers, même professionnels et postérieurs à la déclaration notariée d'insaisissabilité auront donc la possibilité d'exclure le débiteur de son propre domicile en

---

[1] Une telle composition entre les intérêts en présence n'est pas nouvelle puisqu'elle a semble-t-il prévalu dans d'anciennes décisions de jurisprudence relatives au " remploi " de sommes d'argent légués et stipulées insaisissables, voir sur ce point, BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse, Paris, 1902, p. 333, 334 & les références citées.

[2] Lorsque le prix d'acquisition de la nouvelle résidence égale le prix de vente de la première résidence, le droit immobilier par lequel est assurée la seconde en date est totalement insaisissable. Il en va de même lorsque le prix de vente excède le prix d'acquisition de la seconde résidence mais dans cette hypothèse, le surplus redevient saisissable, voir sur ce point, S. PIEDELIEVRE, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *J.C.P.*, (E), 2003, I, n° 165, p. 1717 & suiv., spéc. n° 23, p. 1721.

[3] Voir sur ce point, M. DAGOT, L'aliénation de la résidence principale et le report de l'insaisissabilité initiale, *J.C.P.* (N), 2004, 1084, p. 323 & suiv., spéc. p. 328.

[4] D'un point de vue pratique, on peut d'ailleurs se demander de quelle façon la part insaisissable du bien acquis en remploi sera déterminée. Si l'on suit à la lettre les prescriptions de l'article L. 526-3 al. 2 *in fine* C.com., il semblerait que l'insaisissabilité n'ait lieu qu'à hauteur des sommes remployées. Il semblerait que cette formule s'interprète de cette façon que le nouveau bien soit " insaisissable " pour un nominal égal au montant des sommes remployées. Voir en ce sens, Fr. VAUVILLE, La déclaration notariée d'insaisissabilité, *Defrénois*, 2003, n° 32813, p. 1197 & suiv., spéc. n° 27, p. 1209. Une telle solution ne soulève pas de difficulté lorsque la saisie de l'immeuble insaisissable (*sic*) a lieu peu de temps après son acquisition. En revanche, elle peut conduire à des résultats étranges lorsque la saisie a lieu longtemps après l'acquisition du second immeuble insaisissable. Evidemment la question ne s'est pas encore posée au juge, l'institution de la déclaration notariée d'insaisissabilité ayant été introduite dans notre législation depuis trop peu de temps. Dans l'hypothèse d'une saisie tardive, le débiteur ne manquera pas de faire valoir que l'article L. 526-3 al. 2 *in fine* C.com. peut s'interpréter comme instaurant une insaisissabilité de la valeur du bien immobilier proportionnelle à la part des sommes remployées dans le prix d'achat de la seconde résidence insaisissable. L'une et l'autre de ces solutions présentent des avantages. La première évite toute discussion sur le montant des sommes provenant de la saisie du second bien qui doivent rester aux mains du débiteur, il s'agit du nominal mentionné dans l'acte de remploi. Cependant cette solution est défavorable au débiteur qui verra la portion insaisissable de son bien se réduire au fur et à mesure de l'érosion monétaire. C'est la raison pour laquelle il semble plus juste de considérer que c'est la quote-part de la valeur du bien immobilier provenant des sommes insaisissables remployées qui est " insaisissable ". En outre cette interprétation peut se réclamer d'une certaine logique dans la mesure où l'insaisissabilité de la première résidence principale porte sur la totalité de la valeur de ce bien immobilier. L'augmentation de cette dernière ne profite donc pas aux créanciers, il serait surprenant que le remploi limite l'efficacité de l'insaisissabilité de la nouvelle résidence principale par égard pour un principe de nominalisme monétaire que l'institution ne nécessite nullement par ailleurs. Sur ce dernier point, voir en ce sens, M. DAGOT, *art. préc.*, spéc. p. 328, note de bas de page n° 26.

diligentant une procédure de saisie immobilière[1]. Mais le produit de cette dernière reviendra au débiteur à hauteur du montant des sommes remployées.

1002. De ce point de vue, le système établi par le législateur souffre un grave paradoxe puisque l'insaisissabilité de la résidence principale seconde en date n'est plus un obstacle à une procédure de saisie. Or cela contredit manifestement toutes nos conclusions quant à l'efficacité de l'insaisissabilité[2]. La contradiction est si importante qu'elle nous conduit à douter de ce que l'insaisissabilité de la résidence principale seconde en date soit une véritable insaisissabilité[3].

En effet, il résulte de notre analyse de l'insaisissabilité en termes de restriction partielle au droit de disposer que l'insaisissabilité partielle d'un bien est inconcevable. Dès lors que l'appartenance a pour objet un bien, ici un droit réel immobilier ou un droit de propriété immobilier, il s'agit forcément de tout le bien qui *est* insaisissable. Dans l'hypothèse de l'insaisissabilité partielle de l'immeuble, ce ne peut être le bien dans son ensemble qui est insaisissable, l'insaisissabilité partielle d'un bien est un non-sens. Il faut donc exclure la qualification d'insaisissabilité[4]. Compte tenu du fait que seule une partie de la valeur du bien saisi ne profite pas aux créanciers, il faut convenir qu'en cas de remploi de sommes insaisissables, l'insaisissabilité dégénère en une étrange affectation préférentielle d'une partie de la valeur du bien saisi au profit du débiteur[5].

---

[1] On remarquera ainsi que cette disposition ruine à elle-seule toute la protection de la résidence principale de l'entrepreneur individuel que le législateur s'est efforcé d'établir. Sur la démonstration de l'inefficacité pratique du mécanisme, notamment en cas de faillite de l'entrepreneur individuel, voir L. WILLIATE-PELLITTERI, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel résultant de la loi du 1er août 2003 : la boîte de Pandore du monde des affaires ?, *P.A.*, 9 août 2004, p. 3 & suiv., spéc. n° 30 & suiv.

[2] Voir *supra* n° 984 & suiv.

[3] Voir sur ce point les doutes de M. DAGOT, L'aliénation de la résidence principale et le report de l'insaisissabilité initiale, *J.C.P.* (N), 2004, 1084, p. 323 & suiv., spéc. p. 328 : " En définitive, on a alors affaire à une insaisissabilité du prix, et non pas, comme l'affirme à tort le début de l'alinéa 2, à une insaisissabilité des *droits sur la résidence principale nouvellement acquise* ".

[4] Si l'on veut concilier insaisissabilité partielle et analyse de l'insaisissabilité en termes de restriction partielle au droit de disposer, il faut réserver ce qualificatif d'insaisissabilité partielle à une situation pratique bien délimitée. Lorsque le droit immobilier en cause s'exerce sur une chose susceptible de division physique, à compter de la division physique de cette chose, apparaissent autant de droits immobiliers distincts qu'il existe de portions divises de la chose. L'insaisissabilité partielle s'entendra alors de l'insaisissabilité de certains seulement de ces droits. La division matérielle de la chose objet des droits insaisissables est d'ailleurs expressément prévue lorsque la résidence principale de l'entrepreneur lui tient aussi lieu de local professionnel. En vertu de l'article L. 526-1 al. 2 C.com., la déclaration notariée d'insaisissabilité doit alors contenir un état descriptif de division de l'immeuble à usage mixte, personnel et professionnel. Dans ce cas, l'insaisissabilité porte seulement sur les droits immobiliers dont l'objet constitue effectivement et uniquement la résidence personnelle de l'entrepreneur. Si un état descriptif de division peut être dressé en cas de remploi et qu'il peut être établi une correspondance avec la quote-part insaisissable de la nouvelle résidence, l'appellation " insaisissabilité partielle " pourrait être retenue. On s'en méfiera tout de même, l'insaisissabilité n'est pas réellement partielle puisque chacun des droits insaisissables l'est en totalité.

[5] Cette affectation ressemble à s'y méprendre à un privilège " inversé " car profitant au débiteur. Sur le rapprochement entre privilège et insaisissabilité, voir *supra* n° 690 et les références citées. Il semble qu'en matière

Cette dégénérescence a au moins un intérêt puisqu'elle permet d'affiner notre analyse de l'insaisissabilité. Cette dernière ne concerne pas la valeur d'un bien à la différence d'ailleurs d'un droit de préférence ou d'un privilège. L'insaisissabilité n'est donc pas un " droit sur la valeur "[1]. Lorsque l'on rencontre cette figure, on a déjà quitté le domaine de l'insaisissabilité. Cela n'est pas vraiment surprenant, puisqu'en prohibant la saisie d'un bien[2], l'insaisissabilité interdit que l'on en extraie la valeur.

1003. En pratique, la possibilité de saisir la seconde résidence principale acquise en remplacement de la première rend extrêmement hasardeuse la vente d'un bien immobilier faisant l'objet d'une déclaration notariée d'insaisissabilité afin d'en acquérir un autre. Les risques auxquels est exposé le déclarant le conduiront évidemment à se garder de vendre le bien insaisissable[3].

On peut donc souscrire à la critique faite au système complexe établi par le législateur : il aboutira à " une indisponibilité de fait " de l'immeuble objet de la déclaration notariée[4]. La complexité du mécanisme de remploi sera un repoussoir efficace au développement de la déclaration notariée d'insaisissabilité. Nul entrepreneur n'est certain de l'avenir au point d'acquérir un bien immobilier qu'il ne pourra remplacer par un autre d'une valeur supérieure alors que cette aspiration est on ne peut plus légitime s'agissant d'une résidence principale.

1004. Finalement, il ressort de l'étude de l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel que l'insaisissabilité n'est nullement un obstacle à la vente d'un bien insaisissable. De manière plus générale, l'insaisissabilité d'un bien laisse à son titulaire la possibilité de réaliser les actes translatifs, volontaires, que bon lui semble. Ainsi, un bien

---

d'insaisissabilité de la résidence principale d'un entrepreneur individuel, le remploi des sommes tirées de la vente de cette résidence pour en acquérir une autre aboutit donc à la création d'une nouvelle et étrange figure juridique, le privilège pour soi-même. Voir sur ce point, estimant que ce mécanisme étrange relève plus d'une insaisissabilité du prix que d'une insaisissabilité des droits assurant la résidence principale de l'entrepreneur individuel, M. DAGOT, L'aliénation de la résidence principale et le report de l'insaisissabilité initiale, *J.C.P.* (N), 2004, 1084, p. 323 & suiv., spéc. p. 328. S'il est certain que l'insaisissabilité concerne davantage le prix d'acquisition des droits immobiliers que ces droits eux-mêmes, la disparition des sommes en cause lors de l'acquisition de la seconde résidence principale nous semble interdire de conserver la qualification " de sommes insaisissables ".

[1] A vrai dire, cette affirmation n'est que la conséquence logique de nos affirmations antérieures. Il semble contestable de voir dans l'insaisissabilité un droit personnel ou un droit réel. Par conséquent, il serait étrange que l'insaisissabilité constitue un " droit sur la valeur " alors que bien souvent cette appellation est réservée à la qualification de certains droits réels accessoires. Sur le rejet de la qualification de droit personnel et de droit réel, voir *supra* n° 697 & suiv.

[2] Voir *supra* n° 984 & suiv.

[3] Voir déjà à propos des droits immobiliers qui, bien que déclarés insaisissables, ne bénéficient pas du report d'insaisissabilité, *supra* n° 994.

[4] Fr. VAUVILLE, La déclaration notariée d'insaisissabilité, *Defrénois*, 2003, n° 32813, p. 1197 & suiv., spéc. n° 27, p. 1209.

insaisissable peut-il être vendu, échangé, donné. Il peut de la même manière faire l'objet d'un apport en société.

Toutes les opérations juridiques translatives d'un bien, à l'exception de sa saisie, sont donc possibles lorsqu'il est insaisissable. C'est sur ce dernier point que la différence entre insaisissabilité et inaliénabilité apparaît le plus nettement. En étudiant cette dernière, il était apparu qu'elle interdisait tous les actes juridiques réalisant le transfert volontaire du bien inaliénable[1]. L'insaisissabilité a un domaine d'action bien moins important puisque seule la saisie est interdite.

1005. La caractérisation des divergences existant entre ces deux institutions ne doit pas masquer leur mode opératoire voisin. L'étude de l'inaliénabilité avait révélé qu'elle n'interdisait pas à celui qui la subit de consentir des droits personnels ou des droits réels relatifs au bien concerné. Il serait étonnant qu'il n'en aille pas de même en présence d'une insaisissabilité. Cette intuition doit pourtant être vérifiée.

§2: La réalisation d'opérations juridiques non translatives sur un bien insaisissable

1006. De façon très classique, on peut opposer les opérations juridiques non translatives selon qu'elles créent des droits personnels ou des droits réels. Mais il apparaît que l'insaisissabilité ne freine nullement la libre gestion patrimoniale des biens (A).

L'absence d'incidence de l'insaisissabilité sur la gestion patrimoniale des biens peut être justifiée par sa qualité de restriction au droit de disposer (B).

A) L'établissement de la libre gestion patrimoniale du bien insaisissable

1007. La liberté du titulaire d'un droit insaisissable dans sa gestion patrimoniale peut s'entendre soit de la constitution de droits personnels (1) soit de la constitution de droits réels (2).

1) La libre constitution de droits personnels relatifs au bien insaisissable

1008. Opposable en principe à tous les créanciers dont la créance est née postérieurement à son établissement, l'insaisissabilité n'interdit que la saisie du bien qu'elle frappe. Ces créanciers conserveront donc la possibilité de saisir les autres biens du débiteur pour se désintéresser. De ce point de vue, on peut donc constater que le bénéficiaire de

[1] Voir *supra* n° 333 & suiv.

l'insaisissabilité peut parfaitement s'engager personnellement en offrant comme gage commun à ses créanciers l'ensemble de ses biens qui ne sont pas insaisissables.

Au delà, on peut se demander si l'insaisissabilité interdit à celui la subit de consentir des droits personnels ayant pour objet le bien insaisissable. S'agissant premièrement de droits personnels consistant en une obligation de donner, l'insaisissabilité n'a aucune incidence puisque les actes translatifs volontaires ayant pour objet un bien insaisissable demeurent possibles[1]. Par conséquent, un bien insaisissable peut parfaitement être l'objet d'une promesse de vente ou d'une vente si l'on considère que l'obligation de donner s'analyse comme l'obligation de transférer la propriété de la chose. Concernant les obligations de faire ayant pour objet un bien insaisissable, il n'y a pas lieu de retenir une solution différente. On ne sache pas que le caractère insaisissable d'un droit de propriété immobilier interdise au propriétaire de conclure un contrat de bail portant sur le local en cause. Cela ne suscite guère de difficultés.

Le seul effet de l'insaisissabilité concernera l'étendue du droit de poursuite que le créancier tirera de son droit personnel. En tout état de cause, l'insaisissabilité interdira que ce droit de poursuite s'exerce sur le bien insaisissable, mais il n'y a là rien que de très prévisible. L'indifférence de l'insaisissabilité quant à la constitution de droit réel ne s'impose pas aussi naturellement.

2) La libre constitution de droits réels relatifs au bien insaisissable

1009. S'agissant de la constitution de droits réels, une distinction s'impose selon que le droit réel envisagé est principal ou accessoire. Concernant les droits réels principaux, il semble douteux que l'insaisissabilité d'un droit de propriété s'oppose à ce que la chose objet de ce droit soit grevée d'un droit réel principal. Ainsi, en présence d'une déclaration notariée d'insaisissabilité[2] portant sur un droit de propriété immobilière, on ne voit pas ce qui interdirait *a priori* à l'entrepreneur individuel de consentir sur l'immeuble en cause un usufruit ou une servitude.

La constitution d'un droit réel principal pose seulement deux questions. L'une est spécifique à l'institution de la déclaration notariée, l'autre est relative à la théorie générale des droits réels.

---

[1] Comp. en matière de restrictions complètes au droit de disposer, *supra* n° 379 & suiv.
[2] Sur laquelle, voir les articles L. 526-1 & suiv. C.com., et *supra* n° 812 & suiv.

1010. Concernant d'abord l'institution de la déclaration notariée d'insaisissabilité, il faut rappeler qu'elle ne produit l'intégralité de ces effets et notamment le report d'insaisissabilité que lorsqu'elle concerne les droits immobiliers par lesquels le débiteur assure " sa résidence principale "[1]. En principe la constitution d'un usufruit sur un immeuble impose au constituant de laisser la jouissance de ce dernier à l'usufruitier[2]. Il en résulte que l'entrepreneur qui consent un usufruit sur sa résidence principale ne peut plus prétendre que l'immeuble en cause constitue sa résidence principale. Faut-il en déduire que la déclaration notariée d'insaisissabilité est devenue caduque ?

En faveur d'une réponse positive on arguera de ce que la protection de la résidence principale de l'entrepreneur était la raison d'être de l'établissement de la déclaration notariée d'insaisissabilité. Cela n'emporte toutefois pas la conviction pour la simple et bonne raison que le législateur n'a pas daigné prévoir de mécanisme de suppression de l'insaisissabilité lorsque celle-ci a perdu son intérêt. La seule hypothèse de cessation de l'insaisissabilité envisagée concerne donc la renonciation de l'entrepreneur au bénéfice de la déclaration[3]. A la différence de ce qui prévaut en matière de clauses d'inaliénabilité, il n'est même pas prévu que la déclaration puisse être rendue caduque lorsqu'elle a perdu son intérêt[4].

Au surplus, depuis la réforme opérée par la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, la déclaration notariée d'insaisissabilité peut concerner d'autres droits immobiliers que ceux qui assurent sa résidence principale au déclarant. Il faut donc en déduire que la constitution d'un usufruit n'est nullement une cause de caducité de la déclaration notariée d'insaisissabilité. En revanche, l'insaisissabilité concernant désormais un droit immobilier qui n'assure plus la résidence principale de l'auteur, on peut en conclure qu'elle dégénère en une insaisissabilité simple nullement garantie par le jeu du " report d'insaisissabilité ". En effet, seuls les droits insaisissables par lesquels le déclarant assure sa résidence bénéficient de ce report[5].

1011. Au demeurant, le maintien certain de l'insaisissabilité malgré la constitution d'un usufruit et ce avant même la réforme opérée par la Loi du 4 août 2008 relativise l'intérêt de

---

[1] Article L. 526-1 al.1 C.com., l'entrepreneur peut " (...) déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale (...). ", sur le régime spécial des droits par lesquels le déclarant assure sa résidence principale voir *supra* n° 994.

[2] L'article 578 du Code civil dispose que " l'usufruit est le droit de jouir des *choses* (nous soulignons) dont un autre a la propriété (...). "

[3] Article L. 526-3 al. 4 C.com., " La déclaration peut, à tout moment, faire l'objet d'une renonciation soumise aux conditions de validité et d'opposabilité " de la déclaration initiale.

[4] Article 900-1 al. 1 *in fine* du Code civil. Sur la possibilité d'obtenir la mainlevée judiciaire d'une clause d'inaliénabilité lorsque l'intérêt qui la justifiait a disparu ou lorsqu'un intérêt supérieur l'exige, voir *supra* n° 468 & suiv.

[5] Voir *supra* n° 994.

cette réforme. Celle-ci a étendu le bénéfice de la déclaration à tous les droits immobiliers du déclarant alors même que le déclarant avait la possibilité dès l'origine de rendre insaisissables plusieurs de ses immeubles.

A bien suivre l'esprit des articles L. 526-1 & suiv. C.com. dans leur rédaction d'origine, celle-ci ne pouvait pourtant être établie que sur *la* résidence principale de l'entrepreneur. Or, il n'existait pas de moyens de vérifier que la déclaration portait bien sur la résidence principale du déclarant.

1012. En effet, si une vérification avait dû être faite, elle l'aurait été lors de l'accomplissement des formalités de la publicité foncière. La publication de la déclaration notariée d'insaisissabilité est prescrite par l'article L. 526-1 al. 1 C.com. Cette disposition détermine aussi les effets de la publication selon une instruction fiscale du 11 mars 2004[1] affirmant que la publicité de la déclaration a lieu au titre de l'article 35-8° du Décret n° 55-22 su 4 janvier 1955. Or, l'article 35-8° *in fine* du Décret dispose que les actes publiés en vertu des aliénas précédents sont soumis aux règles générales de la publicité foncière concernant l'identification des personnes et des biens.

L'instruction du 11 mars 2004 précise d'ailleurs que l'identification des immeubles a lieu conformément à l'article 7 du Décret du 4 janvier 1955. Cette disposition permet d'identifier précisément la nature et la situation géographique de l'immeuble en cause, en revanche, elle ne permet nullement au Conservateur des hypothèques de s'assurer que l'immeuble en cause constitue bien la résidence principale de l'entrepreneur individuel.

L'article 34 du Décret du 4 janvier 1955 précise les cas dans lesquels la formalité de publicité requise peut être rejetée : le rejet n'a lieu que lorsque les renseignements demandés n'ont pas été fournis. Le Conservateur n'aurait donc pas pu rejeter la demande de publication d'une seconde déclaration notariée d'insaisissabilité : les dispositions relatives à la publicité foncière ne lui permettaient pas de s'assurer que l'immeuble en cause constituait la résidence principale de l'entrepreneur individuel. Il était donc possible, avant même la Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de déclarer plusieurs de ses biens insaisissables.

1013. D'un point de vue théorique, ensuite, la constitution d'un droit réel principal sur un immeuble insaisissable renvoie à une question autrement plus épineuse, touchant à la théorie des droits réels. Il s'agit ici de savoir si l'insaisissabilité d'un droit de propriété rejaillit sur le droit réel principal qui " dérive " de ce droit de propriété. La question posée eut pu être un

[1] B.O.I., 10 D-1-04, *Defrénois*, 2004, n° 37971, p. 906.

temps résolue grâce à la théorie dite de " l'usufruit causal "[1]. Résultant d'une partition du droit de propriété, l'usufruit était vu par les défenseurs de cette théorie comme affecté de toutes les modalités du droit de propriété dont il provient. Les conséquences les plus radicales de cette théorie ne sont plus guère admises aujourd'hui. L'usufruit " dérivant " d'un droit de propriété insaisissable n'est donc pas de ce seul fait insaisissable.

En pratique, la question de l'origine de l'usufruit peut facilement être éludée grâce au jeu des règles de la publicité foncière. S'agissant forcément dans notre hypothèse d'un usufruit immobilier, il est nécessaire qu'une publicité de l'insaisissabilité ait lieu pour que cette dernière soit opposable[2]. Cette mesure est d'autant plus nécessaire que l'usufruitier et son auteur sont deux personnes distinctes n'ayant pas les mêmes créanciers. Par conséquent, même si la théorie de l'usufruit causal avait encore droit de cité, elle n'aurait que peu d'intérêt. L'usufruit dérivant d'un droit de propriété insaisissable est donc définitivement saisissable.

1014. Si la constitution d'un droit réel principal malgré une insaisissabilité ne heurte pas irrémédiablement l'esprit, l'éventuelle constitution d'un droit réel accessoire suscite de nombreuses réticences, au moins aussi vives que celles qui s'opposent à la constitution d'un droit réel accessoire sur la chose objet d'une inaliénabilité[3]. La particularité de ces réticences réside dans leur origine doctrinale : plusieurs auteurs s'opposent à la possibilité de grever d'un droit réel accessoire une chose dont la propriété est par ailleurs insaisissable[4].

La jurisprudence est beaucoup moins tranchée et il semblerait même qu'elle ne soit pas toujours hostile à la création d'un droit réel accessoire dans cette hypothèse. Un vieil arrêt de la Chambre des Requêtes du 18 avril 1901[5] a décidé qu'une défense d'aliéner frappant un immeuble, on dirait aujourd'hui une clause d'inaliénabilité, n'emportait nullement

---

[1] Sur cette théorie, voir Fr. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens*, PUF, 3ème édition, 2007, n° 343 & suiv., et *supra* n° 385 *in fine*.

[2] Article L. 526-1 al. 1 C.com.

[3] Voir *supra* n° 385 & suiv.

[4] Voir, en ce sens, L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 3ème édition, 2008, n° 655, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 7ème édition, 2007, n° 833, p. 581, Y. PICOD, *Sûretés, Publicité foncière*, Leçons de droit civil, Tome III, volume 1er, 7ème édition, Montchrestien, 1999, p. 290, n° 239 *in fine*, Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 3ème édition, 2000, n° 290, p. 294, 295 et les références citées. Voir, en faveur de la solution inverse, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 219, p. 230, spéc. note de bas de page n° 1. De même, en faveur de la possibilité d'une hypothèque malgré l'existence d'une déclaration notariée d'insaisissabilité, Fr. PEROCHON, Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence..., *Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 409 & suiv., spéc. n° 29 & suiv.

[5] Cass. Req., 18 avril 1901, *D.P.*, 1902, I, p. 71, obs. anonyme.

l'interdiction d'hypothéquer ce dernier bien que cette inaliénabilité emporte aussi insaisissabilité du bien en cause. Il s'agissait d'un arrêt de rejet, refusant de sanctionner les juges du fond pour avoir dénaturé la clause alors que le pourvoi y invitait la Haute Juridiction.

Par égard pour la volonté du testateur ayant institué la clause litigieuse, les juges du fond avaient considéré qu'il était nécessaire d'interpréter cette dernière restrictivement. Une motivation similaire est venue un soutien d'une décision plus récente de la première Chambre civile de la Cour de cassation, le 17 mars 1964[1]. Là encore, la Cour de cassation se retranche derrière l'appréciation souveraine des juges du fond quant à la volonté de l'initiateur de la clause.

1015. Ces deux décisions ne marquent aucune opposition de principe à ce qu'une clause d'inaliénabilité laisse à celui qui la subit la possibilité de consentir une hypothèque grevant la chose concernée. Il faut pourtant les manier avec circonspection. En effet, dans l'un et l'autre cas, la question posée à la Cour de cassation ne concernait pas directement la compatibilité d'un droit réel accessoire et d'une insaisissabilité. Dans ces deux décisions, la principale question posée était relative à l'inaliénabilité et non à l'insaisissabilité qui en découle nécessairement[2].

Cette portée limitée de l'arrêt est d'autant plus étonnante que dans la décision du 17 mars 1964[3], les juges du fond, confrontés à la constitution d'une hypothèque avaient nettement distingué la question de la validité de la sûreté de celle de son efficacité[4]. L'auteur du pourvoi, constituant de l'hypothèque, tentait d'ailleurs de faire valoir la nullité de cette dernière relevant que " la prohibition d'aliéner entraîne l'insaisissabilité des biens qui en sont frappés, et (...) d'autre part une hypothèque consentie sur un bien inaliénable pendant la période d'inaliénabilité est nulle (...) ses effets ne peuvent être suspendus jusqu'à la fin de l'inaliénabilité (...). " On peut tirer de cette décision que la Cour de cassation n'a pas entendu trancher directement la question qui nous intéresse.

1016. L'intérêt principal de cette décision est indirect. Une clause d'inaliénabilité entraîne nécessairement l'insaisissabilité du bien qu'elle a pour objet. Ainsi, admette la constitution

---

[1] Cass. Civ. 1ère, 17 mars 1964, *Bull. civ.*, I, n° 163.
[2] Voir *supra* n° 251 & suiv.
[3] Cass. Civ. 1ère, 17 mars 1964, *Bull. civ.*, I, n° 163.
[4] Cass. Civ. 1ère, 17 mars 1964, *Bull. civ.*, I, n° 163, statuant sur une demande en nullité de l'hypothèque, l'arrêt attaqué " a admis la validité de l'acte constitutif d'hypothèque mais a décidé qu'en raison de la clause invoquée, l'immeuble hypothéqué ne pourrait faire l'objet d'une saisie qu'à l'expiration du délai prévu à ladite clause (...). "

d'une hypothèque en présence d'une clause d'inaliénabilité revient nécessairement à admettre, *a fortiori*, que cette constitution ne heurte pas l'insaisissabilité du bien désigné par la clause. Bien que la Cour de cassation semble lier la solution retenue à l'analyse de la volonté du donateur[1], il faut cependant convenir de l'indifférence de l'insaisissabilité à l'égard de la constitution de droits réels accessoires. Un bien immobilier insaisissable peut donc parfaitement être hypothéqué, simplement, la réalisation de l'hypothèque sera suspendue tant que durera l'insaisissabilité.

Une dernière question se pose alors, se pourrait-il que l'absence de limitation dans le temps des effets de l'insaisissabilité prive d'intérêt l'hypothèque d'un bien insaisissable ? Le bien ne pouvant jamais être saisi, l'hypothèque ne pourrait jamais être réalisée, elle serait alors susceptible d'être annulée faute de présenter un intérêt suffisant pour le créancier. Hypothétique en présence d'une insaisissabilité accessoire[2], cette situation est hautement improbable concernant une insaisissabilité autonome et cela pour plusieurs raisons. D'une part, il existe des mécanismes permettant de mettre fin à l'insaisissabilité par la voie de procédures spécifiques. L'existence de celles-ci confère donc un intérêt à l'hypothèque puisque le bien pourra être rendu saisissable. La cessation de l'insaisissabilité en cas de mort de son bénéficiaire produira d'ailleurs des conséquences similaires. Enfin et surtout, dès lors que l'insaisissabilité est autonome, une cession volontaire du bien est toujours possible, par conséquent, l'hypothèque conserve un intérêt car elle permettra au créancier d'être désintéressé sur le prix de vente du bien par le biais de la procédure de purge[3]. Si celle-ci n'a pas lieu, il sera toujours possible au créancier de se prévaloir de son droit de suite à l'encontre de l'acquéreur. L'hypothèque d'un bien insaisissable, parfaitement possible malgré l'insaisissabilité, présente donc toujours un intérêt.

A la mesure de ce qui se produit en matière d'inaliénabilité, on peut donc constater que les effets de l'insaisissabilité sont restreints. Ces effets restreints de l'insaisissabilité, il ne faut pas en chercher la justification ailleurs que dans la qualification qui lui sied : celle de restriction au droit de disposer.

---

[1] Sur cette question, voir *supra* n° 385 & suiv.

[2] Cela supposerait en effet que l'inaliénabilité soit perpétuelle or les seules inaliénabilités établies sans limitation de durée sont des inaliénabilités légales. Celles-ci concernent des droits réels temporaires comme le droit d'usage et d'habitation ou l'usufruit des parents sur les biens de leur enfant mineur et justement en raison du caractère temporaire des droits inaliénables, il est inconcevable en pratique qu'ils soient grevés d'hypothèques. Voir sur ce point, *supra* n° 388 spéc. note de bas de page n° 3.

[3] Le mécanisme de la purge est réglementé aux articles 2475 & suiv. du Code civil.

B) La justification de la libre gestion patrimoniale du bien insaisissable

1017. Si l'insaisissabilité interdit la saisie[1], elle n'interdit donc qu'elle et du point de vue de la constitution de droits personnels ou de droits réels, tant principaux qu'accessoires, rien ne semble distinguer le bien insaisissable de celui qui demeure saisissable. Autrement dit, l'insaisissabilité semble n'avoir aucune incidence sur la substance du bien insaisissable.

Chemin faisant, l'insaisissabilité révèle ici une fois de plus sa proche parenté avec l'inaliénabilité. L'une comme l'autre sont des restrictions au droit de disposer. Il résulte de cette qualification que l'insaisissabilité partage avec l'inaliénabilité de ne constituer qu'une atteinte à la substance de l'appartenance.

En revanche, l'objet de l'appartenance reste absolument intact, le droit insaisissable ne présente donc aucune particularité par rapport au même droit qui serait resté saisissable. Etant complet, le droit insaisissable[2] peut sans difficulté donner prise à une obligation personnelle. Ce droit insaisissable, s'il s'exerce en principe sur une chose peut donc de la même manière voir celle-ci librement grevée de droits réels tant principaux qu'accessoires.

1018. En ce qui concerne spécifiquement les droits réels accessoires, leur constitution demeure possible quelle que soit l'insaisissabilité en cause. Cette précision est de toute première importance dans le cas où l'insaisissabilité a été volontairement établie par le disposant lors d'un acte de disposition à titre gratuit[3]. Certaines décisions jurisprudentielles ont pu laisser croire que la possibilité de consentir une hypothèque sur le bien insaisissable dépendait de la volonté du disposant[4].

Cela semble contestable. Il n'y pas lieu de traiter différemment ces insaisissabilités volontaires. Le rôle de la volonté du disposant doit être cantonné à la possibilité de stipuler l'insaisissabilité dans l'acte de disposition, ce qui n'est pas le moindre de ses pouvoirs[5]. La volonté du disposant ne fait que commander l'établissement d'une insaisissabilité dont elle ne peut moduler les effets.

1019. Si le disposant souhaite conserver un droit de regard sur les actes du bénéficiaire de l'acte de disposition, ce n'est pas du côté de l'insaisissabilité qu'il lui faut espérer trouver

---

[1] Quant à la caractérisation de l'efficacité de l'insaisissabilité quelle que soit la procédure de saisie diligentée, voir *supra* n° 984 & suiv.
[2] Sur l'identification des biens aux droits, voir *supra* n° 115.
[3] Article 14-3° de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, sur cette institution, voir *supra* n° 639 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 1014 & suiv.
[5] Même ainsi limitée, la volonté du disposant commande l'amputation de l'appartenance du bénéficiaire de la libéralité. L'appartenance de ce dernier ne lui permettra donc plus de laisser saisir son bien par ses créanciers.

l'outil adéquat. En revanche, rien ne lui interdit de stipuler une charge interdisant au bénéficiaire de constituer un droit réel accessoire relatif au bien insaisissable. Ce type de charge peut parfaitement accompagner une clause d'inaliénabilité[1], *a fortiori* elle doit donc pouvoir être stipulée à l'occasion d'un acte de disposition contenant une simple clause d'insaisissabilité.

Naturellement, si le bénéficiaire s'affranchit de la charge qui accompagnait la libéralité, le disposant pourra obtenir révocation de la libéralité pour inexécution des charges[2]. Une telle charge peut d'ailleurs venir utilement au soutien d'une clause d'insaisissabilité puisqu'elle donnera l'assurance au disposant que le gratifié conservera entre ses mains l'intégralité de la valeur du bien acquis. La charge de ne point constituer d'hypothèque évitera que le gratifié ne dilapide par anticipation la valeur du bien reçu en consentant un droit de préférence à l'un de ses créanciers.

1020. Même en présence de cet aménagement conventionnel possible de l'insaisissabilité, cette dernière ne produira que ses effets classiques et restreints. L'insaisissabilité d'un bien donne simplement l'assurance que ce bien ne servira pas à désintéresser les créanciers de celui qui profite de l'insaisissabilité, tant qu'elle est en vigueur. Ce n'est pas le moindre de ses avantages !

[1] Voir *supra* n° 447 & suiv.
[2] Article 953 & suiv. C. civ.

Conclusion de la Section II

1021. Une insaisissabilité efficace n'extrait nullement le bien insaisissable du commerce. Ainsi a-t-il pu être constaté que l'insaisissabilité n'avait absolument aucune incidence sur les éventuelles aliénations du bien insaisissable qui pourraient être consenties[1]. La seule particularité résulte du mécanisme du " report " d'insaisissabilité prévu par le législateur en matière de déclaration notariée d'insaisissabilité[2]. Loin de permettre qu'un bien reprenne le caractère insaisissable d'un autre, ce " report " d'insaisissabilité est en réalité une véritable insaisissabilité établie par la loi, laquelle frappe les sommes résultant de la vente d'un bien insaisissable[3].

1022. Au-delà des opérations juridiques translatives du bien insaisissable, il est apparu que l'insaisissabilité n'interdisait nullement la constitution de droits personnels relatifs au bien insaisissable[4]. De la même manière, la chose objet du droit insaisissable peut être librement grevée de droits réels tant principaux qu'accessoires[5]. Ces droits réels, librement constitués ne sauraient être en eux-mêmes insaisissables sans que leur insaisissabilité n'ait été expressément stipulée[6]. Les effets de l'insaisissabilité sont donc étroitement cantonnés à la question de la saisie.

1023. Les effets limités de l'insaisissabilité, eu égard aux nombreux actes auxquels elle demeure indifférente, se justifient évidemment par sa qualification de restriction au droit de disposer[7]. Opérant au stade de l'appartenance des biens, tout comme l'inaliénabilité, elle n'a absolument aucune incidence sur le contenu des droits insaisissables. Tout comme en matière d'inaliénabilité, il faut donc constater que le régime juridique de l'insaisissabilité dépend étroitement de la qualification qui en est proposée.

---

[1] Voir *supra* n° 991 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 994 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 996.
[4] Voir *supra* n° 1008.
[5] Voir *supra* n° 1009 & suiv.
[6] Voir *supra* n° 1013.
[7] Voir *supra* n° 1017.

Conclusion du Chapitre 1 : Les effets de l'insaisissabilité

1024. L'efficacité de l'insaisissabilité répond à une double logique laquelle ne peut trouver son explication que dans sa nature spécifique de restriction partielle au droit de disposer.

1025. Restriction partielle au droit de disposer, l'insaisissabilité n'interdit que les actions qui relèvent du droit de disposer exercé par les créanciers sur les biens de leur débiteur. Ainsi a-t-il pu être constaté que l'insaisissabilité constituait un obstacle dirimant à la mise en œuvre d'une procédure de saisie quelle qu'elle soit. De ce point de vue, les effets de l'insaisissabilité sont d'une rare vigueur.

1026. S'agissant d'une restriction au droit de disposer qui n'est que partielle, l'insaisissabilité n'a aucune incidence sur les opérations juridiques relevant du droit de disposer et distinctes de la saisie. Ainsi n'est-elle nullement un obstacle à l'aliénation du bien insaisissable.
S'agissant enfin d'une simple restriction au droit de disposer, l'insaisissabilité n'a absolument aucune incidence sur le contenu des droits insaisissables, il demeure donc possible à son bénéficiaire d'établir relativement au bien insaisissable les droits personnels et les droits réels que bon lui semble.

1027. A la fois génératrice d'effets puissants mais restreinte quant à son domaine d'effectivité, l'insaisissabilité rejoint ici en tout point l'inaliénabilité. On ne s'étonnera donc pas qu'elle puisse, comme l'inaliénabilité, être parfois rendue inefficace.

CHAPITRE 2: L'inefficacité de l'insaisissabilité

1028. L'inefficacité de l'insaisissabilité peut avoir de multiples causes. Elaborer un classement de ces causes d'inefficacité suppose l'emploi d'un critère de distinction. L'insaisissabilité pouvant frapper n'importe quel bien du débiteur[1], il semble peu probable que la nature variable des biens insaisissables puisse servir à la détermination d'un critère de classement entre ces causes d'inefficacité. L'insaisissabilité pouvant en outre bénéficier tantôt à une personne physique, tantôt à une personne morale[2], ce n'est pas dans cette direction que la recherche de ces causes d'inefficacité s'avèrera fructueuse.

Pour déterminer ces causes d'inefficacité, il est de bonne méthode de revenir à la définition de l'insaisissabilité comme restriction au droit de disposer. De cette qualification commune à toutes les insaisissabilités, une première question s'évince. Quand le droit de disposer du bénéficiaire de l'insaisissabilité est-il de nouveau plein et entier ?

Il ne s'agit ici que de s'interroger sur la durée de l'insaisissabilité. Bien que la durée de l'insaisissabilité ne soit pas intrinsèquement limitée, cela ne signifie pas pour autant qu'elle soit perpétuelle. Il s'agira donc ici de déterminer les hypothèses dans lesquelles l'insaisissabilité prend naturellement fin (Section I).

1029. Déterminer les hypothèses dans lesquelles l'insaisissabilité prend naturellement fin ne suffit pas pour autant à dresser un panorama complet des cas d'inefficacité de l'insaisissabilité. De nombreux mécanismes restreignent son efficacité alors même qu'elle avait vocation à durer plus longtemps. La variété de ces causes d'inefficacité doit être mise au compte du fondement normatif de l'insaisissabilité. Restriction au droit de disposer, elle est la manifestation du commandement d'une norme qui redéfinit, de façon parfois arbitraire, la relation d'appartenance unissant une personne à chacun de ses biens[3].

Il ne faut donc pas s'étonner de ce que certaines causes d'inefficacité varient selon l'insaisissabilité spécialement étudiée. Cela marque l'emprise de l'arbitraire législatif sur l'insaisissabilité. Ces causes d'inefficacité de l'insaisissabilité ont pour seule caractéristique commune de mettre fin à celle-ci de façon contingente (Section II).

---

[1] Voir *supra* n° 124 & suiv.

[2] Il suffit ici de songer aux insaisissabilités résultant des dispositions propres aux procédures collectives. Ces insaisissabilités viennent le plus souvent au soutien d'inaliénabilités. Sur ce point, voir *supra* n° 222 & suiv.

[3] Sur cette définition de l'insaisissabilité, voir *supra* n° 722 & suiv.

Section I. La fin naturelle de l'insaisissabilité

1030. Déterminer les cas dans lesquels l'insaisissabilité prend naturellement fin pose en filigrane la question de la durée de celle-ci. Un parallèle pourrait être établi avec les restrictions complètes au droit de disposer. Lors de leur étude, il était apparu que certaines de ces restrictions, notamment lorsqu'elles avaient un caractère volontaire, voyaient leur durée forcément limitée dans le temps[1].

Le constat est sensiblement différent en ce qui concerne les restrictions partielles au droit de disposer, la durée de l'insaisissabilité n'est pas intrinsèquement limitée sans d'ailleurs que cela signifie qu'elle soit perpétuelle (§1).

Ce constat établi, une justification devra en être fournie (§2). Cette justification, il ne faudra pas la chercher ailleurs que dans le mécanisme de la restriction partielle au droit de disposer, seule qualification à même de restituer toutes les spécificités du régime juridique de l'insaisissabilité.

§1: La durée intrinsèquement illimitée de l'insaisissabilité

1031. L'inexistence d'un principe limitant intrinsèquement la durée de l'insaisissabilité se manifeste tant en ce qui concerne les insaisissabilités involontaires qu'en ce qui concerne les insaisissabilités volontaires. Il n'est donc pas nécessaire de distinguer entre les différents types d'insaisissabilités. Dès lors qu'elles ont été établies de façon autonome, les insaisissabilités ne subissent pas de limitation de durée (A).

Cependant, l'absence de limite intrinsèque à la durée de l'insaisissabilité ne doit pas être interprétée comme la preuve de leur caractère systématiquement perpétuel. Bien qu'elle soit d'une durée intrinsèquement illimitée, l'insaisissabilité peut cependant cesser en raison de la survenance d'évènements extérieurs (B).

A) La durée intrinsèquement illimitée des insaisissabilités autonomes

1032. Les insaisissabilités autonomes ne sont pas limitées dans la durée. Si cela se comprend aisément pour les insaisissabilités involontaires qui ont naturellement vocation à se perpétuer (1), cela semble plus surprenant en ce qui concerne les insaisissabilités volontaires (2).

---

[1] Le caractère temporaire de la restriction complète au droit de disposer établie par une clause d'inaliénabilité est en vertu de l'article 900-1 C.civ. une condition de validité de cette clause. Sur le caractère temporaire des clauses d'inaliénabilité, voir *supra* n° 40 & suiv.

1) La perpétuation des insaisissabilités involontaires

1033. Le caractère potentiellement perpétuel de l'insaisissabilité ne surprend guère lorsque cette insaisissabilité a une origine involontaire. En effet, une restriction au droit de disposer manifeste l'emprise d'une norme sur la relation d'appartenance unissant une personne à l'un de ses biens.

Dès lors que l'auteur de la norme a jugé bon de prescrire l'insaisissabilité indépendamment de la volonté du titulaire du bien insaisissable, il est probable qu'il juge que l'intérêt servi par cette norme le sera au mieux si l'insaisissabilité n'est pas limitée dans le temps. L'examen des différents cas d'insaisissabilités involontaires ne contredit nullement cela.

1034. Bien souvent, l'insaisissabilité involontaire vient au soutien d'une inaliénabilité elle-même prescrite par une norme[1]. L'intérêt pratique que l'insaisissabilité vise à garantir est alors souvent servi au mieux par la prescription d'une restriction complète au droit de disposer. On peut en avoir une illustration si l'on songe ici aux créances salariales qui dans un but de protection du salarié sont incessibles et insaisissables[2].

Il existe pourtant plusieurs hypothèses dans lesquelles une restriction partielle au droit de disposer est prescrite. Figurent dans cette catégorie des restrictions partielles et involontaires au droit de disposer quelques insaisissabilités autonomes importantes en pratique. Ainsi, l'insaisissabilité des créances alimentaires, prescrites par l'article 14-2° de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 est établie sans qu'il ne soit prévu de terme à l'insaisissabilité établie[3]. Le même constat peut être fourni concernant l'insaisissabilité des allocations familiales[4] ou l'insaisissabilité des revenus tirés de l'exploitation ou de la cession d'une œuvre de l'esprit[5].

Ces insaisissabilités involontaires et autonomes ont pour particularité de ne frapper que des créances de sommes d'argent. En raison, de leur caractère peu ou prou alimentaire, ces créances ont vocation à être perçues rapidement par le débiteur. L'insaisissabilité de ces créances n'a d'intérêt que durant la courte période s'étalant de la naissance de la créance à son paiement.

Ici la perpétuation de l'insaisissabilité a peu d'incidences pratiques. L'absence de limitation dans le temps des insaisissabilités autonomes n'a guère plus d'intérêt si l'on songe à

---

[1] A propos des inaliénabilités prescrites, voir *supra* n° 214 & suiv.
[2] Sur ce point, voir *supra* n° 907.
[3] Sur lesquelles, voir *supra* n° 631.
[4] Article L. 553-4 du Code de la sécurité sociale. Sur la qualification de cette institution, voir *supra* n° 630.
[5] Article L. 333-2 C. prop. int., sur lequel, voir *supra* n° 630.

l'insaisissabilité frappant le solde d'un compte bancaire en ce qu'il provient de la perception par le titulaire de sommes provenant de créances insaisissables[1]. Bien entendu, si le titulaire du compte ne perçoit pas les sommes en cause, celles-ci resteront insaisissables perpétuellement tant que le solde créditeur qui en résulte n'aura disparu en raison des dépenses de son titulaire. D'une manière générale, l'insaisissabilité des créances a donc peu d'intérêt en raison de leur caractère forcément provisoire.

1035. L'absence de limitation dans le temps de l'insaisissabilité a en revanche plus d'intérêt s'agissant de l'insaisissabilité des biens indispensables à la vie du saisi[2]. L'insaisissabilité de ces droits de propriété s'exerçant sur des choses corporelles a vocation à se maintenir tant que l'objet du droit de propriété insaisissable n'a pas disparu[3]. En pratique, cette insaisissabilité dont le saisi excipera à l'occasion d'une saisie-vente[4] a vocation être invoquée tant que l'objet du droit de propriété du saisi demeurera indispensable pour le débiteur.
Par conséquent, si le débiteur reste en situation de paupérisation extrême, l'insaisissabilité lui garantira la conservation d'un mobilier de première nécessité[5]. On comprend ici parfaitement pourquoi l'insaisissabilité n'est pas limitée dans le temps. La situation contraire aurait pu conduire à de dangereuses extrémités, laissant les créanciers du débiteur insolvable à l'affut de l'extinction de l'insaisissabilité.

1036. Si l'on conçoit facilement que l'intérêt servi par une insaisissabilité involontaire soit amené à se perpétuer sans limitation de durée, il semble *a priori* plus douteux qu'une insaisissabilité volontaire puisse se perpétuer sans limitation de durée.

---

[1] Articles 15 de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et 44 & suiv. du Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992. Sur cette disposition et la qualification de l'insaisissabilité qui en résulte, voir *supra* n° 632.
[2] Cette insaisissabilité est prescrite à l'article 14-4° de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991. Voir *supra* n° 635 & suiv.
[3] Techniquement, la disparition de l'objet du droit de propriété insaisissable entraîne la disparition du droit de propriété insaisissable, tant il est naturel qu'un droit patrimonial privé d'objet s'évanouisse. De la même manière, la disparition du droit de propriété entraîne la destruction de la relation d'appartenance qui unissait le propriétaire à son droit. Le fait que cette relation d'appartenance soit amputée par une restriction au droit de disposer ne change absolument rien, un droit de disposer, même amputé doit disparaître avec son objet.
[4] Sur l'efficience de l'insaisissabilité en présence d'une saisie-vente, voir *supra* n° 935 & suiv.
[5] La liste des biens mobiliers insaisissables en raison de leur caractère indispensable à la survie du saisi est établie à l'article 39 du Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992. On relèvera que la garantie offerte par les textes d'un mobilier minimum n'a que peu d'intérêt dès lors que le débiteur ne dispose pas d'un local pour les y installer. Ces dispositions ne sont donc véritablement efficaces que combinées aux textes limitant de façon saisonnière l'expulsion des locataires insolvables. L'été venu, les dispositions protectrices du Décret du 31 juillet 1992 ont moins d'intérêt puisque le débiteur pourra être expulsé.

2) La perpétuation des insaisissabilités volontaires

1037. Les insaisissabilités autonomes et volontaires ont en commun d'être subordonnées à une ou deux manifestations de volonté. Elles peuvent tout d'abord résulter d'une stipulation particulière à l'occasion d'une donation ou d'un legs. Ces clauses d'insaisissabilité[1], prévues par l'article 14-3° de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 se distinguent des clauses d'inaliénabilité prévues à l'article 900-1 C.civ.

En effet, à la différence de ces dernières, il ne semble pas que leur caractère temporaire en soit une condition de validité. Si l'on songe que le législateur n'avait nullement hésité à faire du caractère temporaire des clauses d'inaliénabilité une des conditions de leur validité en 1971, il semble que le silence de l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991 puisse s'interpréter en faveur de la vocation à la perpétuité des clauses d'insaisissabilité[2].

1038. Les insaisissabilités volontaires et autonomes peuvent aussi résulter d'une manifestation unilatérale de volonté. Il en va ainsi concernant l'institution du bien de famille[3] et la déclaration notariée d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel[4]. L'étude des dispositions régissant ces institutions révèle que le législateur n'a pas entendu limiter dans le temps l'insaisissabilité qu'elles établissent.

Concernant la déclaration notariée d'insaisissabilité, l'article L. 526-3 al. 5 C.com. dispose que l'insaisissabilité subsiste jusqu'à la mort du déclarant, la dissolution du régime matrimonial n'emportant pas disparition de l'insaisissabilité. Etablies en principe pour une durée indéterminée[5], ces insaisissabilités ont donc indubitablement vocation à se perpétuer.

1039. On comprend ici que la stipulation d'une insaisissabilité autonome, surtout quand elle résulte d'une manifestation unilatérale de volonté n'a rien d'un acte anodin. Il apparaît donc que l'établissement volontaire d'une insaisissabilité autonome est un acte lourd pour celui qui profitera de l'insaisissabilité. Cela justifie rétrospectivement les conditions de forme

---

[1] Sur cette institution, voir *supra* n° 639 & suiv.

[2] Voir en ce sens, catégorique à propos des anciennes dispositions aujourd'hui remplacées par l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991, PLANIOL, *D.P.*, 1905, 2, p. 241 & suiv, obs. sous C.A. Rouen, 9 avril 1905, spéc. p. 241 *in fine*. Voir de même, MERLAUT, *La clause d'insaisissabilité - Ses rapports avec la clause d'inaliénabilité*, Thèse, Bordeaux, 1907, p. 124.

[3] Initialement prévue par la Loi du 12 juillet 1909, cette institution est aujourd'hui tombée en désuétude.

[4] Les dispositions régissant cette institution figurent aux articles L. 526-1 & suiv. C.com.

[5] Voir en ce sens, M. BOUDOT, *Rép. civ.*, Dalloz, 2002, *V°* Bien de famille, n° 34 & suiv. L'auteur précise que la durée en principe indéterminée de l'insaisissabilité n'empêche nullement d'assortir cette dernière d'un terme. Mais il ne s'agit là que d'une possibilité, en l'absence de précisions en ce sens, l'insaisissabilité a vocation à se perpétuer.

rigoureuses entourant la constitution de ces insaisissabilités, ainsi de la nécessité d'un acte authentique[1].

Si les clauses d'insaisissabilité de l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991 ne sont pas soumises à la même exigence, il ne faut pas en conclure qu'elles échappent à tout formalisme. S'agissant de clauses d'insaisissabilité contenues dans des donations, les exigences de la publicité foncière requerront qu'elles soient établies de façon notariée tout comme l'acte translatif de droits immobiliers qu'elles accompagnent.

En dehors de l'hypothèse de la donation d'un bien immobilier, le formalisme est atténué mais cela ne nuit pas véritablement à celui qui reçoit le bien donné ou légué : en toute hypothèse, il conserve la possibilité de refuser la libéralité[2].

1040. L'étalement dans le temps des effets de l'insaisissabilité établie de façon autonome ne doit pourtant pas apparaître comme un fardeau auquel on ne peut échapper. Indépendamment de tous les mécanismes organisant l'inefficacité volontaire de ces insaisissabilités autonomes, ces dernières cessent parfois en vertu d'une cause extérieure laquelle emporte reconstitution d'une relation d'appartenance complète.

B) La durée extrinsèquement limitée des insaisissabilités

1041. L'étude du régime des différentes insaisissabilités révèle que ces dernières, contrairement aux restrictions complètes au droit de disposer[3] ne sont pas nécessairement provisoires pour être valables. Si cela n'est pas nécessaire à leur validité, cela ne signifie pas pour autant qu'il n'existe pas d'insaisissabilités provisoires.

1042. Il se peut en effet que l'insaisissabilité soit provisoire en raison des circonstances dans lesquelles elle a été stipulée. Accompagnant nécessairement une inaliénabilité, l'insaisissabilité doit cesser avec cette dernière car la fin de l'inaliénabilité marque la reconstitution de la relation d'appartenance amputée (1).

En dehors de cette hypothèse, l'insaisissabilité voit sa vocation à la perpétuité encadrée puisqu'elle cessera toujours avec la transmission du bien insaisissable (2).

---

[1] Voir, respectivement pour le bien de famille et la déclaration notariée d'insaisissabilité, l'article 6 de la Loi du 12 juillet 1909 et l'article L. 526-2 C.com.

[2] Sur cette possibilité, présente de la même manière pour les clauses d'inaliénabilité, voir *supra* n° 239 & suiv.

[3] L'article 900-1 C.civ. subordonne la validité des clauses d'inaliénabilité, variété de restrictions complètes au droit de disposer, à leur caractère temporaire.

1) La limitation extrinsèque de la durée des insaisissabilités accessoires

1043. Les restrictions complètes au droit de disposer interdisent à celui qui les souffre de transférer volontairement le bien qu'elles ont pour objet[1]. Elles sont aussi systématiquement complétées par une insaisissabilité. La raison essentielle en est qu'intellectuellement, il est inconcevable qu'un engagement personnel permette de contourner indirectement ce que l'interdiction d'aliéner prohibe directement[2].

1044. Dès lors qu'une inaliénabilité est la cause essentielle d'une insaisissabilité, on peut convenir de ce que la cessation de celle-là entraîne la cessation de celle-ci. Or les inaliénabilités, lorsqu'elles sont volontaires sont forcément limitées dans le temps. Ainsi, pas plus qu'une clause d'inaliénabilité[3], dans une S.A.S.[4], une clause statutaire d'incessibilité des actions ne saurait durer éternellement.

Lorsque ces inaliénabilités volontaires cessent, l'insaisissabilité qui en résultait doit elle aussi cesser[5]. La Cour de cassation l'a semble-t-il implicitement affirmé dans un arrêt du 15 juin 1994[6] en relevant qu'une clause d'inaliénabilité interdit la saisie " tant qu'elle est en vigueur. " Pareille formule, régulièrement reprise[7], suggère l'interprétation *a contrario* : lorsque la clause d'inaliénabilité n'est plus en vigueur, le bien redevient saisissable. Il serait d'ailleurs pour le moins étrange que l'insaisissabilité puisse perdurer lorsque la stipulation lui servant de soutien est privée d'efficacité[8]. Cela priverait d'intérêt la jurisprudence ayant

---

[1] Voir *supra* n° 332 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 255 & suiv.
[3] Article 900-1 & suiv. C.civ.
[4] L'article L. 227-13 C.com. dispose que l'inaliénabilité des actions ne peut excéder dix ans.
[5] Voir en ce sens, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 146, p. 156, à propos des clauses d'inaliénabilité, les auteurs estiment que " à partir du moment où la clause cesse de produire effet, il semblerait normal d'admettre que le droit de saisir est ouvert à tous les créanciers sans distinction. "
[6] Cass. Civ. 1ère, 15 juin 1994, *Bull. civ.*, I, n° 211.
[7] Voir, reprenant cet attendu de principe, Cass. Civ. 1ère, 3 juin 1998, inédit, pourvoi n° 96-13120, et plus récemment, Cass. Civ. 1ère, 8 février 2000, *Bull. civ.*, I, n° 43.
[8] De très anciennes décisions ont semblé décider du contraire. Voir initialement, C.A. Rouen, 9 avril 1905, *D. P.*, 1905, 2, p. 241 & suiv., note PLANIOL, *S*, 1906, 2, p. 225 & suiv., note TISSIER. Dans cette décision, les juges du fond ont estimé que l'insaisissabilité accompagnant l'inaliénabilité se poursuivait malgré la fin de l'inaliénabilité au détriment des créanciers dont le droit de poursuite était né alors que le bien était encore inaliénable. Cette insaisissabilité était donc limitée quant à sa portée : elle n'était opposable qu'aux créanciers antérieurs à la cessation de l'inaliénabilité. La justification qui en est fournie n'est plus d'actualité puisque les juges avaient considéré que la chose destinée à être saisie était hors du commerce, ce qui interdisait au créancier de prétendre la saisir au moyen d'une hypothèque judiciaire. Celle-ci ne saurait grever une chose hors du commerce. Cette solution qui n'est plus d'actualité a été reprise par plusieurs auteurs anciens, voir ainsi, VASILESCO, *Des clauses d'inaliénabilité - De leur validité et de leurs effets*, Thèse, Paris, 1920, p. 120 & suiv. Aujourd'hui, il semble admis que l'inaliénabilité se distingue nettement de l'extra-commercialité. Sur cette question, voir *supra* n° 139 & suiv. On relèvera aussi que les commentateurs de la décision circonscrivaient la solution à l'hypothèse où la clause était établie en faveur du

admis la possibilité de constituer une hypothèque judiciaire sur des biens inaliénables[1] : aucune saisie ne serait jamais envisageable ! Cela ne se peut.

1045. Enfin, on sait que la clause d'inaliénabilité d'un bien peut être remise en cause judiciairement[2]. Il ne fait pas de doute que la mainlevée judiciaire d'une clause d'inaliénabilité conduit à la saisissabilité du bien concerné. Il serait pour le moins étrange que la jurisprudence persiste à dénier aux créanciers la possibilité d'obtenir la mainlevée judiciaire de la clause pour saisir le bien concerné si ceux-ci restaient confrontés à l'insaisissabilité[3]. En effet, si l'insaisissabilité se poursuivait, la procédure de mainlevée de l'inaliénabilité pourrait être mise en œuvre par les créanciers sans que cela nuise le moins du monde au débiteur puisque les créanciers n'en profiteraient pas.

Enfin, dans la mesure où rien ne justifie de distinguer du point de vue de leurs effets entre la cessation d'une clause d'inaliénabilité par l'écoulement du délai pour lequel elle était stipulée et la cessation de cette dernière en raison d'une mainlevée judiciaire, on peut en déduire que ni l'une ni l'autre ne laissent persister l'insaisissabilité. A compter de la cessation de l'inaliénabilité, le bien devient saisissable[4].

1046. La limitation dans le temps des effets de l'insaisissabilité accessoire repose cependant tout entière sur le fait que l'insaisissabilité ne résulte que de l'inaliénabilité stipulée. Par

---

donataire. Cette précision figure d'ailleurs expressément dans un arrêt de la Chambre de Requêtes rendu sur pourvoi contre la décision précitée. Cass. Req., 11 juin 1913, *D. P.*, 1914, 1, p. 242. L'état du droit positif semble pourtant fixé en ce sens que l'intérêt protégé par la clause d'inaliénabilité n'a qu'une incidence limitée sur le régime juridique de l'inaliénabilité.

[1] Sur ces décisions et la portée qu'il serait souhaitable de leur conférer, voir *supra* n° 385 & suiv., spéc. n° 389.

[2] Sur les procédures volontaires d'inefficacité des clauses d'inaliénabilité, voir *supra* n° 468 & suiv.

[3] Voir en dernier lieu, Cass. Civ. 1ère, 8 mars 2005, *Bull. civ.*, I, n° 117.

[4] Voir en ce sens, C.A. Nîmes, 16 janvier 2007, *Droit et procédures*, sept.-oct. 2007, n° 5, p. 290 & suiv., obs. C. SCORDOPOULOS. A l'occasion d'une saisie immobilière diligentée selon la procédure antérieure à la réforme de 2006, les juges d'appel ont constaté que l'inaliénabilité garantissant un droit de retour à la donatrice devait cesser d'avoir effet ce qui justifiait que la validité du commandement de saisie immobilière adressé à la donataire. Lorsque l'on admet que l'insaisissabilité cesse automatiquement avec l'inaliénabilité qu'elle garantit, il faut donc admettre que le juge chargé d'une procédure civile d'exécution puisse la constater. En l'espèce, la solution est évidemment défavorable à la donataire puisque celle-ci ne peut échapper à la saisie du bien en arguant de l'inaliénabilité et de l'insaisissabilité, voir en ce sens, C. SCORDOPOULOS, obs. préc. On remarquera cependant ici que le préjudice subi par la donataire n'était que la conséquence de sa propre mauvaise foi à se prévaloir d'une clause désormais dépourvue d'intérêt. Etant en principe la seule titulaire de l'action en mainlevée de l'inaliénabilité, il faut éviter qu'un tel monopole s'exerce de façon infondée au détriment des créanciers. On relèvera pour finir que dans l'espèce précitée, la donataire avait consenti une hypothèque conventionnelle sur les biens inaliénables. Elle était donc particulièrement mal fondée à se prévaloir de la perpétuité d'une inaliénabilité désormais sans intérêt puisque l'hypothèque avait justement pour intérêt d'anticiper sur la cessation de l'inaliénabilité. Il est en revanche certain que l'hypothèque d'un bien inaliénable et insaisissable doit être exclue si l'insaisissabilité demeure perpétuelle or ce cas de figure demeure particulièrement hypothétique (concernant les insaisissabilités accessoires, sur ce point, voir *supra* n° 388 spéc. note de bas de page n° 3.) Par ailleurs au cas où la clause d'inaliénabilité serait doublée d'une clause d'insaisissabilité (voir *infra* n° 1046), la perpétuité de la seconde ne pourrait même pas être retenue dans la mesure où la seconde pourrait toujours être remise en cause par la voie d'une procédure d'inefficacité.

conséquent, si l'insaisissabilité dispose d'un fondement autonome, la solution sera forcément différente. Cela signifie que l'insaisissabilité dotée d'un fondement autonome perdurera après la cessation de l'inaliénabilité. En pratique, un tel résultat peut être obtenu en doublant une clause d'inaliénabilité stipulée sur le fondement des articles 900-1 & suiv. C.civ. d'une clause d'insaisissabilité stipulée sur le fondement de l'article 14-3 ° de la Loi du 9 juillet 1991.

Tant que la clause d'inaliénabilité sera en vigueur, le bien donné ou légué sera évidemment insaisissable. Mais à compter de la cessation de l'inaliénabilité, il demeurera insaisissable, sans limitation de durée, sur le fondement de l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991.

Evidemment cette insaisissabilité autonome et volontaire sera soumise au régime juridique dicté par la Loi du 9 juillet 1991. La seule difficulté que peut susciter ce cas de figure, inédit en jurisprudence, est d'ordre pratique : quand est-on certain qu'une clause d'inaliénabilité se double d'une clause d'insaisissabilité ? A vrai dire, la réponse à cette question est du ressort du juge chargé d'interpréter la stipulation litigieuse. En l'absence de précisions particulières, il est toutefois certain que la clause d'insaisissabilité ne pourra pas se présumer.

En revanche une référence à l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991, appuyée par une description précise des effets souhaités de la clause permettra de trancher en faveur du cumul. A bien y réfléchir, il semblerait même que le doute joue contre le stipulant dans la mesure où les deux clauses doivent être expressément stipulées pour être efficaces. Il faudra donc que toutes les conditions exigées pour la reconnaissance de l'une et de l'autre soient réunies[1]. A défaut, il ne s'agira que d'une simple clause d'inaliénabilité dont tous les effets cesseront à la fin de la durée stipulée ou lors de la mainlevée judiciaire de la clause.

1047. Dans ces deux derniers cas, la disparition de l'insaisissabilité marquera la reconstitution complète de la relation d'appartenance unissant une personne à ses biens. On s'aperçoit alors que le sort de l'insaisissabilité, restriction au droit de disposer, est étroitement lié au devenir de ce droit de disposer, élément de l'appartenance. Il est donc légitime de s'interroger sur le maintien de l'insaisissabilité lorsque le devenir de cette relation d'appartenance est en question.

[1] Les clauses d'insaisissabilité étant très rares en pratique, les éléments déterminants de cette qualification pour le juge demeurent donc inconnus. Par symétrie avec les clauses d'inaliénabilité, on peut imaginer qu'une telle clause sera reconnue par le juge si la donation ou le legs stipule que l'objet de la libéralité " devra rester à l'abri des créanciers " ou qu'il " ne pourra pas être saisi " par les créanciers du gratifié.

2) La transmission du bien insaisissable

1048. La transmission d'un bien insaisissable peut intervenir selon deux modalités différentes, qui toutes deux sonnent le glas de l'insaisissabilité. D'une part, le devenir de cette dernière peut être remis en cause en raison d'une aliénation du bien insaisissable. En principe, l'insaisissabilité n'est pas un obstacle à l'aliénation du bien qu'elle a pour objet[1]. Bien entendu il en va différemment lorsque l'insaisissabilité vient au soutien d'une inaliénabilité. Mais dans ce cas, l'interdiction d'aliéner résulte de l'inaliénabilité ou de l'incessibilité et sûrement pas de l'insaisissabilité.

Le bien insaisissable échoit en principe saisissable dans le patrimoine de celui qui l'acquiert. Parallèlement, le bien acquis en remplacement d'un bien insaisissable est lui aussi pleinement saisissable. L'hypothèse exceptionnelle du " report " d'insaisissabilité s'analysant en l'établissement d'une nouvelle insaisissabilité[2], on peut constater que la transmission du bien emporte bien disparition de l'insaisissabilité préexistante.

1049. D'autre part, la transmission d'un bien peut aussi intervenir à l'occasion du décès du bénéficiaire de l'insaisissabilité. Cet évènement sonne lui aussi le glas de l'insaisissabilité. En effet, en principe, à compter du décès, ce sont les dispositions réglementant les successions qui ont vocation à s'appliquer. Selon l'article 720 du Code civil, la succession est désormais ouverte.

Il importe donc de se demander si les biens insaisissables figureront tels quels dans la succession nouvellement ouverte. La question n'est pas dénuée d'intérêt puisque si l'insaisissabilité se maintient, les héritiers recueillant les biens insaisissables pourront se prévaloir du maintien de cette insaisissabilité tant à l'égard de leurs créanciers qu'à l'égard des créanciers de leur auteur. Dans le cas, contraire, les créanciers de celui qui bénéficiait de l'insaisissabilité pourront saisir les biens et obtenir règlement de leurs créances à compter du décès du bénéficiaire.

Concernant les clauses d'insaisissabilité[3], il semblerait qu'un consensus existe aussi bien dans la doctrine contemporaine[1] que parmi les auteurs anciens[2] en faveur de la cessation de l'insaisissabilité lors du décès du bénéficiaire.

---

[1] Voir *supra* n° 991 & suiv.

[2] Pour un exemple de dispositions établissant l'insaisissabilité du bien obtenu en échange d'un bien insaisissable à l'occasion d'une aliénation à titre onéreux, voir l'article L. 526-3 al. 1 C.com. Sur cette disposition, voir *supra* n° 994 & suiv.

[3] Celles-ci sont permises par l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991.

1050. Une justification de cette limitation extrinsèque de la durée de l'insaisissabilité peut être tentée à l'aune d'un rapprochement opéré par M.M. PERROT et THERY[3] avec l'article 896 C.civ.[4]. En effet, opposable aux héritiers du bénéficiaire de l'insaisissabilité, une telle clause partagerait avec une substitution prohibée le fait de constituer une emprise exorbitante sur la liberté de disposer à cause de mort du bénéficiaire. On sait pourtant que la liberté de disposer à cause de mort reste un domaine où l'emprise de la loi est forte[5].

Seule la loi, notamment par la voie des substitutions permises, est en mesure de permettre à la volonté d'un particulier de déterminer le sort de certains biens à la mort d'un de ses ayants cause. Sauf l'hypothèse des substitutions permises, il ne faut donc pas laisser au stipulant initial de la clause la possibilité de déterminer par anticipation le statut d'un bien dans le patrimoine de ceux qui hériteront de celui qu'il a gratifié.

Par conséquent, on peut tirer de ce rapprochement entre substitution et insaisissabilité que l'insaisissabilité établie par libéralité cesse à la mort du gratifié, sans quoi le pouvoir reconnu au disposant initial excèderait la mesure, s'apparentant à une substitution prohibée.

1051. D'ailleurs dans certaines hypothèses d'insaisissabilité, c'est bien souvent la loi elle-même qui proclame la cessation de l'insaisissabilité en cas de décès. Concernant les insaisissabilités volontaires, l'article L. 526-3 al. 5 C. com. dispose que le décès du déclarant emporte révocation de la déclaration notariée d'insaisissabilité[6]. Une disposition similaire existait concernant l'insaisissabilité du bien de famille[7].

---

[1] Voir par exemple, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 219, p. 230 *in fine*.

[2] Voir déjà au début du XXème siècle, BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse, Paris, 1902, p. 336, TISSIER, note sous C.A. Rouen, 9 avril 1905, *S.*, 1906, 2, p. 225 & suiv., spéc. p. 226 et les références citées, E. GARSONNET, Ch. CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Tome 4, Volume I, Sirey, 3ème édition, Paris, 1913, n° 68, p. 177.

[3] R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 230, n° 219 *in fine*.

[4] Cet article disposait que " les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire, sera chargé de conserver ou de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du donataire. " Depuis la réforme opérée la Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, cet article prévoit désormais que " la disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers ne produit d'effet que dans les cas où elle est autorisée par la loi. "

[5] Sur cette question, voir *supra* n° 499 & suiv.,

[6] Voir sur ce point, Fr. PEROCHON, Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence..., *Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 409 & suiv., spéc. n° 56 & suiv. L'auteur fait état d'une controverse résultant de l'emploi du mot " révocation ". Celui-ci pourrait s'interpréter comme signifiant simplement la disparition pour l'avenir de l'insaisissabilité à la différence de la renonciation laquelle opérerait " rétroactivement ". L'auteur rejette cette interprétation relevant, on ne saurait mieux dire, que " la rédaction de la loi comporte un certain flou qui interdit (...) de la lire avec tant de rigueur ". Ici, renonciation et révocation sont donc synonymes. En revanche, contrairement à l'auteur, il nous semble que ces termes commandent la disparition totale de l'insaisissabilité.

[7] Voir en ce sens, M. BOUDOT, *Rép. civ.*, Dalloz, 2002, *V°* Bien de famille, n° 37.

Concernant les insaisissabilités involontaires[1], la solution n'est guère différente encore que la justification en soit plus aisée. Bien souvent les insaisissabilités involontaires reposent sur le caractère alimentaire des biens insaisissables[2] ou du moins sur leur caractère indispensable pour le débiteur[3]. Il en résulte qu'au décès de l'intéressé, l'insaisissabilité doit cesser dans la mesure où elle n'a plus aucun intérêt sauf à ce que les conditions d'une insaisissabilité involontaire soient de nouveau réunies pour les héritiers[4]. Mais la situation est alors différente, il s'agit ici d'une nouvelle insaisissabilité et non du maintien de l'insaisissabilité initiale.

1052. La seule exception réside dans l'article L. 333-2 C. prop. int. qui dispose que " Sont insaisissables, dans la mesure où elles ont un caractère alimentaire, les sommes dues, en raison de l'exploitation pécuniaire ou de la cession des droits de propriété littéraire ou artistique, à tous auteurs, compositeurs ou artistes ainsi qu'à leur conjoint survivant contre lequel n'existe pas un jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée, ou à leurs enfants mineurs pris en leur qualité d'ayants cause "[5].

Si le législateur a pris soin dans cette hypothèse de préciser que les héritiers de l'auteur, qu'il s'agisse du conjoint survivant ou des enfants mineurs bénéficient de l'insaisissabilité, on peut donc en déduire qu'en l'absence de précision, l'insaisissabilité cesse à la mort de son bénéficiaire[6]. Sa durée est donc intrinsèquement illimitée puisque là encore, seul un

---

[1] Sur lesquelles, voir *supra* n° 629 & suiv.

[2] Que l'on songe ici à l'article 14-2° de la Loi du 9 juillet 1991 qui prescrit l'insaisissabilité des créances alimentaires.

[3] Ainsi l'article 14-4° de la Loi du 9 juillet 1991 dispose-t-il que les biens corporels mobiliers indispensables à la survie du débiteur ne peuvent être saisis.

[4] Une telle situation pourrait se rencontrer en pratique si un bien indispensable au *de cujus* s'avère aussi indispensable à la survie de ses héritiers. Les héritiers pourraient donc se prévaloir de l'article 14-4° de la Loi du 9 juillet 1991 pour leur propre compte et non bien évidemment du chef de leur auteur.

[5] Sur la justification de cette disposition, voir P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, P.U.F., 6ème édition, 2007, p. 922, n° 829. Concernant l'insaisissabilité des revenus de l'œuvre de l'auteur dont profitent les héritiers, on doit en outre relever l'originalité de la mesure prescrite par la loi puisque celle-ci s'apparente nettement à une substitution légale dans le sens où l'insaisissabilité profitant à l'auteur " passe " aux héritiers. Au-delà, on remarquera que cette disposition légale pourrait en pratique conduire à un résultat surprenant. En effet, il est de principe que les héritiers reçoivent en principe les biens qui composent leur réserve " libres de charge ". Or, si les revenus tirés de l'œuvre constituent la part essentielle de l'actif patrimonial de l'auteur, il adviendra forcément que les héritiers recevront des biens qui, quoique inclus dans la réserve, sont insaisissables. Il serait alors possible de justifier cette mesure, au-delà de son caractère légal, en déniant la qualité de charge à l'insaisissabilité. La distinction entre inaliénabilité et insaisissabilité apparaîtrait alors très nettement. On pourrait néanmoins objecter que le principe selon lesquels les biens composant la réserve sont libres de charge doit s'entendre comme imposant que l'appartenance des biens de la réserve transmis aux héritiers soit complète, ce que la subsistance de l'insaisissabilité contredit. Il faudrait donc atténuer ce dernier principe : l'appartenance des biens réservataires transmis aux héritiers est complète sauf lorsque l'intérêt des héritiers justifie qu'il en aille autrement !

[6] Si toutefois, les biens dévolus présentent pour les héritiers un caractère alimentaire, ils redeviendront insaisissables, mais cette nouvelle insaisissabilité ne résultera en rien de celle dont bénéficiait l'auteur. Ainsi, dans

évènement extérieur, la mort de celui qui souffrait la restriction du droit de disposer, met fin à cette dernière.

1053. Finalement, dans la quasi-totalité des cas, l'insaisissabilité dont la durée n'est pas limitée disparaît en raison de la survenance du décès de celui qui en profitait ou en raison de la transmission du bien insaisissable. On peut donc remarquer que l'insaisissabilité voit presque systématiquement son sort suspendu au devenir de la relation d'appartenance qu'elle restreint. Tranchant singulièrement avec la définition renouvelée de l'insaisissabilité, la solution contraire n'aurait sans doute pas pu être justifiée.

§2: La justification de la durée intrinsèquement illimitée de l'insaisissabilité

1054. L'insaisissabilité est une restriction au droit de disposer. S'agissant d'une amputation de la relation d'appartenance existant entre une personne et chacun des biens qui composent l'actif de son patrimoine, l'insaisissabilité, de ce point de vue, ne se distingue en rien des restrictions complètes au droit de disposer. Toutes les restrictions au droit de disposer partagent la même idée selon laquelle une norme va redéfinir la relation d'appartenance unissant une personne à l'un de ses biens.

Par conséquent, toutes les différences de régime que l'on peut constater entre l'inaliénabilité et l'insaisissabilité stipulée de façon autonome peuvent trouver une explication dans la teneur des normes qui respectivement les déterminent. On peut ainsi constater que les normes prescrivant le caractère temporaire l'inaliénabilité conventionnelle[1] n'ont pas d'équivalent en ce qui concerne l'insaisissabilité.

Il ne faut donc pas s'étonner que l'insaisissabilité stipulée de façon autonome ne voie pas sa durée limitée. S'il faut en trouver une explication, elle ne doit pas être recherchée du coté de la technique mise en œuvre, à savoir la limitation substantielle de l'appartenance.

1055. L'explication peut être trouvée si l'on pose la question différemment, en termes de politique législative. La technique juridique cède ici le pas à l'opportunité. Il s'agit plus simplement de savoir pourquoi le législateur a parfois cru nécessaire de limiter la durée des restrictions complètes au droit de droit de disposer alors que cela ne lui a pas semblé indispensable en matière de restrictions partielles au droit de disposer.

---

cette hypothèse, les biens insaisissables auront pu être répartis entre les créanciers notamment si la succession a été acceptée, conformément aux dispositions des articles 797 & suiv. C. civ., " à concurrence de l'actif net ".

[1] Voir *supra* n° 40 & suiv..

La réponse que l'on peut fournir à cette question est évidemment sujette à caution comme toutes les réponses fournies à des questions d'opportunité. Il a simplement semblé plus important au législateur de permettre à une personne de disposer de ses biens de son vivant pour elle-même plutôt que de permettre à ses créanciers de le faire en son nom.

1056. Cependant, lorsque la perpétuation de l'insaisissabilité ne semble pas opportune, le législateur, par exception, précise que la durée de cette dernière est limitée. Un exemple en est fourni en matière de déclaration notariée d'insaisissabilité. L'article L. 526-3 al. 1 *in fine* C.com. dispose que le prix de cession, dont l'insaisissabilité est proclamée par l'article L. 526-3 al. 1 C.com.[1], ne demeure à l'abri des poursuites des créanciers que pendant un an à compter de la cession. Il a donc paru opportun au législateur de limiter la durée de cette insaisissabilité pour éviter que les fonds provenant de la vente de la résidence principale bénéficient de la protection de cette résidence principale.
Passé ce délai, il est peu probable que les fonds servent à l'acquisition d'une nouvelle résidence principale. Il est en effet douteux que le déclarant ait pu se passer d'une telle résidence sur une si longue période. La protection établie par la loi cesse donc.

1057. Que l'insaisissabilité ait intrinsèquement vocation à la perpétuité ne signifie pourtant pas qu'en pratique elle soit véritablement perpétuelle. Cette limitation substantielle de l'appartenance cesse évidemment lorsque l'appartenance disparaît en raison de la survenance d'évènements extrinsèques. Ceux-ci sont de deux types. Ainsi, la relation d'appartenance, même amputée par l'effet d'une norme, disparaît lorsque le bien est cédé[2]. Cela se comprend parfaitement. Dès lors que la cession du bien détruit la relation d'appartenance, il n'y a plus aucune raison pour que l'insaisissabilité se poursuive. On comprend donc parfaitement pourquoi la cession d'un bien insaisissable ne permet pas au cessionnaire de profiter de l'insaisissabilité. Celle-ci ne concernait que le cédant.
Or à l'issue de la cession, le cessionnaire voit s'établir une nouvelle relation d'appartenance l'unissant au bien acquis. Du coté du cédant maintenant, si la cession a eu lieu à titre onéreux, le fait qu'un bien remplace celui qui a été transmis au cessionnaire ne change absolument rien quant au devenir de l'insaisissabilité. Elle ne se reporte pas sur le nouveau bien. En effet, c'est une nouvelle relation d'appartenance, substantiellement complète, qui se constitue entre le cédant et ce nouveau bien.

---

[1] Sur le caractère indépendant de cette insaisissabilité du prix de cession, voir *supra* n° 994 & suiv.
[2] Sur la possibilité de cession des biens insaisissables, voir *supra* n° 991 & suiv.

1058. Cette affirmation doit cependant être nuancée s'il existe une disposition normative prescrivant l'insaisissabilité d'un bien acquis en remplacement d'un bien préalablement insaisissable. Cela est notamment en le cas en présence d'une déclaration notariée d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel. L'article L. 526-3 al. 1 C.com. dispose que le prix de remplacement est insaisissable[1].

De la même manière, l'article L. 526-3 al. 2 C.com. dispose que les droits acquis au moyen des fonds préalablement insaisissables sont eux-mêmes " insaisissables " à proportion de leur part dans le prix d'acquisition[2]. Il ne s'agit pour autant que de mécanismes totalement indépendants de l'insaisissabilité initiale. En dehors de ces cas, en l'absence de norme prescrivant expressément l'insaisissabilité des biens acquis au moyen de biens préalablement insaisissables, l'insaisissabilité des seconds en date n'a pas lieu d'être.

1059. S'agissant d'une restriction au droit de disposer, l'insaisissabilité présente un caractère éminemment personnel. Ce caractère éminemment personnel s'oppose à toute transmission de l'insaisissabilité avec le bien qu'elle frappe. L'insaisissabilité demeure toute entière suspendue au sort de la relation d'appartenance dont elle s'analyse comme une amputation.

La disparition de la relation d'appartenance consécutive à la disparition de son objet entraîne alors naturellement la disparition de l'insaisissabilité.

Mais la relation d'appartenance peut aussi être remise en cause lorsqu'un changement intervient à l'autre extrémité du lien qu'elle constitue, lorsque le sujet de l'appartenance vient à disparaître. Il n'est donc pas étonnant que l'insaisissabilité cesse lorsque la relation d'appartenance unissant la personne au bien insaisissable s'évanouit en raison du décès de la personne. La mort du titulaire de l'appartenance est cet autre élément extrinsèque qui interdit de prétendre que cette dernière est éternelle bien que sa durée ne soit pas intrinsèquement limitée.

1060. Forgée pour comprendre les pouvoirs d'une personne, de son vivant[3], sur ses biens, à compter du décès de la personne, l'appartenance perd toute vertu explicative du transfert des biens du *de cujus*. Comme en matière de restrictions complètes au droit de disposer[4], à compter du décès et de la disparition de la personne juridique, rien ne justifie de poursuivre

---

[1] Voir *supra* n° 994.
[2] Pour l'analyse de ce report " proportionnel " de l'insaisissabilité, voir *supra* n° 995.
[3] Voir *supra* n° 115 & suiv. Sur les présupposés méthodologiques de cette analyse, voir *supra* n° X.
[4] Voir *supra* n° 502.

un raisonnement en termes d'appartenance[1]. A compter du décès, ce n'est plus l'article 537 C.civ. qui est invocable. Cette disposition fonde la liberté de disposer sous les réserves que la loi établit[2], au nombre de ses réserves, il fallait compter les restrictions au droit de disposer.

Dès lors que la personne juridique a disparu, c'est l'article 721 C. al. 1 C. civ. qui s'applique. Les successions sont dévolues selon la loi, qui réserve dans une mesure restreinte la liberté de disposer à cause de mort du *de cujus*. A la différence de l'article 537 C.civ., l'article 721 C.civ. ne peut être le support juridique d'une analyse en termes d'appartenance. Celle-ci n'a plus droit de cité à compter du décès, il faut donc convenir que les limitations substantielles de l'appartenance sont désormais lettres mortes sous réserve bien entendu d'une disposition législative expressément en sens contraire[3]. Une restriction au droit de disposer ne saurait survivre à la disparition du droit de disposer. Ce constat se vérifiait pour les inaliénabilités, il n'est pas pris en défaut en ce qui concerne les insaisissabilités.

---

[1] L'idée est simplement de ne comparer que ce qui est comparable. Là, où deux situations sont objectivement distinctes, ne serait-ce que sur le nombre d'individus ou d'objets en cause, il semble délicat d'inférer un principe commun de ces deux situations. Comp. pour la tentation d'un " pandogmatisme " ou la prétention à une dogmatique universelle, BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse, Paris, 1902, p. 178 à 180. L'auteur analyse l'inaliénabilité comme une indisponibilité réelle qui résulterait d'un droit de propriété dépourvu de l'*abusus* juridique. A contre-courant de la doctrine majoritaire, il estime que cet *abusus* juridique n'est point l'élément fondamental du droit de propriété en raison de ce qu'il se rencontre pour tous les droits patrimoniaux. L'auteur s'interroge sur l'origine de cette méprise et pense en découvrir la source dans l'erreur fondamentale d'un premier juriste. Ce dernier se questionnant sur le droit de propriété, n'a envisagé que l'hypothèse dans laquelle ce droit de propriété était exercé privativement. De cette méprise, il résulterait que le juriste n'a pas pu découvrir les nombreuses hypothèses dans lesquelles existe un droit de propriété sans *abusus* juridique, notamment en raison d'une appropriation collective. On peut évidemment critiquer l'inclination de l'auteur en faveur d'un traitement parallèle de toutes les situations d'appropriation. Peut-être le droit de propriété n'a-t'il été inféré que de l'observation d'une hypothèse d'appropriation individuelle parce qu'il ne pouvait servir qu'à cela ? Au-delà de cette critique, on peut admirer l'optimisme de l'auteur qui ne doute pas que le droit de propriété puisse être décelé dans toutes les hypothèses d'appropriation. On louera enfin sa méthode consistant à confronter sans cesse les concepts juridiques aux situations réelles qu'ils sont censés expliquer.

[2] Sur l'importance de l'article 537 C.civ., voir *supra* n° 137 & suiv.

[3] Voir ainsi l'article L. 333-2 C. prop. int., sur lequel, voir *supra* n° 1052. Cette disposition prévoit que l'insaisissabilité des revenus tirés de l'exploitation d'une œuvre de l'esprit profite aux ayants cause de l'auteur. Cette disposition ne saurait signifier autre chose que l'emprise particulièrement manifeste de la loi sur les dispositions à cause de mort. De ce point de vue, la disposition prévue s'apparente donc à une substitution puisque le devenir du droit de disposer de l'auteur retentit sur le devenir du droit de disposer de ses ayants cause. Cependant, cette substitution présente un caractère purement légal, ce qui d'ailleurs la rend parfaitement acceptable dès lors qu'elle est opportune.

Conclusion de la Section I

1061. L'étude de l'inefficacité de l'insaisissabilité commandait d'envisager au préalable la question de la cessation naturelle de l'insaisissabilité.

1062. Se démarquant de l'inaliénabilité, l'insaisissabilité, qu'elle soit ou non volontaire ne voit pas sa durée intrinsèquement limitée[1]. L'insaisissabilité présente donc une vocation à la perpétuité en ce sens qu'un bien insaisissable est destiné à rester hors de la portée des créanciers.

Cette vocation à la perpétuité doit cependant être affinée car l'insaisissabilité peut parfaitement être limitée dans le temps en raison de la survenance d'éléments extrinsèques. En premier lieu, il est apparu que l'insaisissabilité accessoire d'une inaliénabilité devait forcément cesser en même temps que cette dernière[2].

En outre, l'insaisissabilité, bien qu'elle ait vocation à durer, disparaît lorsque le bien insaisissable est transmis entre vifs ou à cause de mort[3].

1063. Les spécificités gouvernant la question de la durée de l'insaisissabilité peuvent trouver une justification efficace dans l'analyse de l'insaisissabilité en termes de restriction partielle au droit de disposer. Ainsi, la durée illimitée de l'insaisissabilité ne doit-elle pas être recherchée ailleurs que dans la norme fondant la restriction au droit de disposer. L'absence de limitation de la durée de l'insaisissabilité doit ainsi être comprise comme une question de politique législative[4].

La cessation de l'insaisissabilité en raison de la cessation de l'inaliénabilité peut, elle, se comprendre comme la reconstitution d'une relation d'appartenance complète à compter de la fin de l'inaliénabilité.

Enfin, la disparition de l'insaisissabilité en raison de la transmission du bien insaisissable doit être comprise comme la manifestation de la destruction de la relation d'appartenance qu'entraîne la transmission du bien. Même amputée, cette relation d'appartenance s'évanouit en raison du transfert du bien[5].

1064. Il apparaît donc que le régime juridique de l'insaisissabilité est fortement imprégné par sa qualification de restriction au droit de disposer. Il en allait de même en matière

---

[1] Voir *supra* n° 1032 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 1043 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 1048 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 1056.
[5] Voir *supra* n° 1058 & suiv.

d'inaliénabilité. On ne s'étonnera donc pas que l'insaisissabilité, de la même manière qu'une inaliénabilité, puisse parfois prendre fin de façon purement contingente.

Section II. La fin contingente de l'insaisissabilité

1065. Prescrite ou permise par une norme[1], l'insaisissabilité, cette amputation de la relation d'appartenance unissant une personne à chacun de ses biens ne voit donc pas sa durée intrinsèquement limitée. Elle a vocation produire ses effets tant que la relation d'appartenance modifiée par la norme est maintenue.

Pourtant, dans certaines hypothèses, l'insaisissabilité cesse sans que la relation d'appartenance modifiée par la loi ne soit détruite. Il importe donc de caractériser les hypothèses dans lesquelles l'insaisissabilité cesse de façon contingente (§1).

1066. Dans ces hypothèses, la relation d'appartenance auparavant amputée se reconstitue. Cela signifie que le bien auparavant insaisissable demeure dans le patrimoine de celui qui bénéficiait de l'insaisissabilité. La disparition de l'insaisissabilité pose alors la question du statut exact du bien redevenu saisissable. Est-il redevenu un élément ordinaire du gage commun des créanciers ?

Il ne faut point en douter, les conséquences radicales de la cessation de l'insaisissabilité sont à mettre au crédit de la nature particulière qui est la sienne (§2).

§1: Les hypothèses de cessation contingente de l'insaisissabilité

1067. Les hypothèses de cessation contingente de l'insaisissabilité sont extrêmement variées. Elles ont pour seul point commun d'intervenir indépendamment de la disparition de la relation d'appartenance amputée. Il en résulte que le bien insaisissable qui voit accidentellement cesser l'insaisissabilité le frappant demeure dans le patrimoine du bénéficiaire de cette insaisissabilité.

De ce point commun à toutes les hypothèses de cessation accidentelle de l'insaisissabilité, il est possible de dégager un principe directeur. Ce principe directeur consiste dans le caractère forcément dérogatoire de la cessation de l'insaisissabilité. En effet, la remise en cause de l'insaisissabilité se présente forcément comme une dérogation à cette dernière (A).

1068. Ce caractère dérogatoire établi, il demeurerait inutile s'il n'était pas mis en œuvre afin de préciser ses conséquences en droit positif. Pour ce faire, il paraît de bonne méthode d'analyser chacune des différentes hypothèses de cessation accidentelle de l'insaisissabilité.

---

[1] Sur cette distinction, voir *supra* n° 722.

Le caractère dérogatoire et par là-même exceptionnel de chacune de ces mesures sera alors l'occasion de déterminer avec précision leur domaine d'application (B).

A) Les dérogations à l'insaisissabilité

1069. La cessation accidentelle de l'insaisissabilité se présenterait donc comme une dérogation à l'insaisissabilité. S'agissant d'une dérogation, deux questions se distinguent. Il s'agit d'une part de déterminer précisément ce à quoi l'on déroge. Sur ce point, la définition de l'insaisissabilité comme une restriction partielle au droit de disposer sera d'un précieux secours. En effet, cette atteinte à la relation d'appartenance est fondée sur une norme. Toute dérogation à la restriction doit donc s'entendre de la dérogation à une norme, ce qui signifie que cette dérogation présentera elle-même un fondement normatif (1).

1070. La détermination positive du fondement des dérogations à l'insaisissabilité a pour nécessaire pendant, l'exclusion des fondements inopérants de cette dérogation. Il s'agira alors de constater que le caractère forcément normatif des dérogations à l'insaisissabilité exclut que la remise en cause d'une insaisissabilité puisse être fondée sur de simples volontés particulières (2).

1) Le fondement nécessairement normatif des dérogations à l'insaisissabilité

1071. L'article 537 C.civ. dispose que les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent sous les modifications établies par les lois. De cette disposition, il a pu être déduit[1] qu'en principe, de leur vivant les particuliers sont libres de disposer de leurs biens. L'aliénation d'un bien et sa saisie ont donc vocation à se produire librement.
En revanche, il se peut qu'exceptionnellement la disposition des biens d'un particulier soit limitée dans l'un ou l'autre de ses aspects. Cette limitation résulte de l'emprise d'une norme à caractère législatif sur la relation d'appartenance unissant une personne à chacun de ses biens. Cette norme opère alors une restriction au droit de disposer.

1072. L'insaisissabilité, restriction partielle au droit de disposer, correspond exactement à ce schéma. Par conséquent, tout comme en matière d'inaliénabilité, en présence d'une insaisissabilité, une norme redéfinit la relation d'appartenance unissant le débiteur à chacun de ses biens insaisissables.

---

[1] Voir *supra* n° 192 & suiv.

1073. Il résulte de cette forte emprise normative sur la matière que la redéfinition de la relation d'appartenance présente parfois un caractère arbitraire. Que l'on songe ici à l'article L. 526-1 al.1 C.com. qui redéfinit la relation d'appartenance existant entre un entrepreneur individuel et les droits par lesquels il assure sa résidence principale. Le législateur a jugé bon de n'exclure de la possibilité de saisir ces droits que les créanciers professionnels du déclarant[1] mais il aurait parfaitement pu, si cela était opportun, exclure tous les créanciers postérieurs du déclarant du bénéfice de la saisie. Il ne faut donc pas perdre de vue que la redéfinition de la relation d'appartenance unissant une personne à l'un de ses biens est exclusivement l'affaire d'une norme[2].

1074. Ainsi, lorsque l'on s'interroge sur le fondement des dérogations à l'insaisissabilité, il faut garder à l'esprit que celles-ci contredisent expressément le commandement de la norme établissant l'insaisissabilité.

La question qu'il importe donc de se poser est la suivante : si une norme établit forcément l'insaisissabilité, quel sera forcément le fondement de toute dérogation à l'insaisissabilité ? La réponse ne suscite guère de difficultés. Toute dérogation à l'insaisissabilité prendra la forme d'une norme organisant expressément les modalités de la remise en cause accidentelle de l'insaisissabilité.

1075. Du point de vue des dérogations à l'insaisissabilité, l'intuition d'une omniprésence du législateur ne doit donc pas être démentie. Ce qu'une norme à caractère législatif établit, une restriction partielle au droit de disposer, seule une norme de nature équivalente peut le détruire.

---

[1] Voir sur ce point, *supra* n ° 813 & suiv.

[2] Comp. Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, n° 553 & suiv. Favorable à une analyse de certaines indisponibilités centrée sur la théorie de GINOSSAR et de Fr. ZENATI-CASTAING, l'auteur estime que l'existence de dérogations à l'insaisissabilité démontre l'impossibilité de concevoir l'insaisissabilité comme une atteinte à l'*abusus* juridique, le droit de disposer, du débiteur. En réalité, lorsque l'on admet le raisonnement en termes d'appartenance, l'omniprésence de la norme fournit une justification facile à l'existence de dérogations, ce que l'existence d'un pouvoir de disposer autonome des créanciers, fut-il logiquement concevable, ne permet guère. Etudiant la créance alimentaire, laquelle est parfois saisissable par dérogation, l'auteur est conduit à reconnaître l'existence d'une affectation à double niveau (Fr. PLANCKEEL, *op. cit.*, n° 85 & suiv.), selon laquelle " la créance alimentaire est affectée de manière immédiate au besogneux (*sic*), mais en fait elle est destinée au final aux fournisseurs d'aliments, destination médiate qui se manifeste lorsqu'elle seule est méconnue. " On restera persuadé que la référence à l'affectation demeure bien commode. On pourra cependant s'étonner que dans le système de l'auteur, elle suffise pour déroger à l'insaisissabilité. Fonder sur une norme la dérogation à l'insaisissabilité, laquelle satisfait médiatement une telle affectation, présente au moins l'avantage d'être fidèle au texte de l'article 537 C.civ. et de demeurer techniquement opératoire puisque l'on évite que la moindre affectation ne devienne le moyen commode de remettre en cause l'insaisissabilité d'un droit.

Dans cette matière plus qu'en toute autre, c'est le parallélisme des formes qui prévaut[1]. Les différentes procédures d'inefficacité de l'insaisissabilité n'existeront donc qu'autant qu'elles ont été expressément prévues par une norme équivalente à celle ayant établi l'insaisissabilité. Ce constat en appelle naturellement un autre, si seule une norme est en mesure de déroger à une insaisissabilité, les dérogations à l'insaisissabilité échappent à l'emprise des volontés individuelles.

2) L'impossible fondement volontaire des dérogations à l'insaisissabilité

1076. L'impossibilité de fonder sur la seule force des volontés une dérogation à l'insaisissabilité est un principe surprenant si l'on songe qu'il existe des insaisissabilités volontaires. En réalité, il n'y a pas lieu de faire de distinctions entre les insaisissabilités. L'impossibilité d'un fondement volontaire aux dérogations à l'insaisissabilité est un principe étendu (a).

Valable pour toutes les insaisissabilités, ce principe prohibe donc la reconnaissance au bénéficiaire d'une faculté de renonciation à l'insaisissabilité. Si d'ordinaire, la renonciation est permise par une norme, elle doit par conséquent être strictement cantonnée (b).

a) L'étendue du principe

1077. Le fondement normatif de l'insaisissabilité résulte de sa qualification de restriction au droit de disposer. Par conséquent, cela vaut évidemment pour toutes les insaisissabilités. Il était ainsi apparu que l'existence d'insaisissabilités volontaires n'était pas incompatible avec le fondement normatif des restrictions au droit de disposer[2]. Sur le fondement de l'article 537 C.civ., il s'avérait même que le fondement des restrictions au droit de disposer, ne pouvait jamais reposer sur de simples volontés particulières. L'insaisissabilité simplement permise demeure autant que l'insaisissabilité prescrite un phénomène purement normatif[3].

La seule différence entre les insaisissabilités volontaires et les insaisissabilités involontaires consiste dans ce fait que pour les secondes, aucune latitude n'est laissée aux volontés particulières. C'est l'auteur de la norme qui décide du moment à partir duquel la relation

---

[1] Le parallélisme des formes en matière de convention est un principe consacré par l'article 48 du projet de réforme du droit des contrats formulé en juillet 2008 par la Chancellerie. Ce texte réserve néanmoins la possibilité d'une dérogation légale ou conventionnelle au principe.

[2] Pour les différents cas d'insaisissabilité volontaire, voir *supra* n° 638 & suiv.

[3] Sur la distinction entre les insaisissabilités prescrites et les insaisissabilités simplement permises, voir *supra* n° 651 & suiv.

d'appartenance sera amputée[1]. Ce caractère normatif des restrictions au droit de disposer interdit que l'insaisissabilité d'un bien puisse être établie par la seule force des volontés particulières lorsqu'aucune norme ne le prévoit[2].

1078. Parallèlement, il en résulte que l'insaisissabilité qui échappe aux volontés individuelles dans son établissement ne saurait dépendre de ces dernières dans son aboutissement. La fin accidentelle de l'insaisissabilité résultera du commandement d'une norme tant les volontés individuelles demeurent impuissantes à contrecarrer ce que seule une norme pouvait établir.

1079. Là encore, une dernière confusion doit être dissipée. En effet, concernant les insaisissabilités, une opposition pouvait être faite entre les insaisissabilités volontaires et les insaisissabilités involontaires. Cette opposition concernait simplement le fait déclencheur de l'insaisissabilité[3]. Elle n'avait absolument aucune incidence sur le fondement de l'insaisissabilité qui demeurait identique, normatif dans l'un et l'autre cas.

Concernant les dérogations à l'insaisissabilité, une distinction similaire existe. Lorsque la remise en cause de l'insaisissabilité présente les caractères d'une procédure volontaire, il ne faut pas s'y tromper. Il ne s'agit pas de permettre aux volontés individuelles de défaire ce qu'une norme a fait. Simplement, dans ce cas, la norme établissant le principe d'une dérogation à l'insaisissabilité a laissé le soin aux volontés individuelles de déclencher la procédure de remise en cause de l'insaisissabilité.

Preuve en est que bien souvent, ces procédures d'inefficacité de l'insaisissabilité auront un caractère judiciaire[4], lequel interdit de fonder cette procédure sur la seule force des volontés individuelles. Par ailleurs, il s'agit là du second terme de l'alternative, si d'autorité une norme déclarait la cessation de l'insaisissabilité, le fondement de l'inefficacité de l'insaisissabilité demeurerait normatif.

1080. Au stade de l'établissement de l'insaisissabilité comme au stade de son aboutissement, la prise en compte de la volonté résultera donc d'une simple permission de la loi. Ce principe

---

[1] Ainsi, pour les créances alimentaires, il résulte de l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991 qu'elles sont insaisissables à compter de leur naissance. Pour les éventuelles difficultés de qualification suscitées par l'établissement *ab initio* d'une restriction au droit de disposer, voir *supra* n° 219 & suiv.

[2] Voir *supra* n° 722 & suiv.

[3] Voir *supra* n° 651 & suiv.

[4] Ainsi l'article 14-3° *in fine* dispose-t-il que les biens déclarés insaisissables par le disposant à l'occasion d'une libéralité peuvent néanmoins être saisis par les créanciers postérieurs du gratifié, sur autorisation du juge, selon la part qu'il détermine. La procédure d'inefficacité accidentelle de l'insaisissabilité est donc forcément judiciaire.

n'est nullement démenti en matière de renonciation à l'insaisissabilité, la renonciation à l'insaisissabilité demeure strictement encadrée.

b) Le strict encadrement des renonciations à l'insaisissabilité

1081. Le strict encadrement de la renonciation au bénéfice de l'insaisissabilité se manifeste de deux façons. Premièrement, en raison de la prééminence de la loi en la matière, la renonciation est sans effet si elle n'a pas été prévue. Cela vaut bien entendu quelle que soit l'insaisissabilité en cause.

Concernant les insaisissabilités involontaires, cela se comprend aisément, là où l'auteur d'une norme a cru bon prescrire une insaisissabilité, le silence de l'auteur de la norme sur la possibilité d'une renonciation l'interdit. En la matière des restrictions au droit de disposer, c'est un certain littéralisme qui prévaut[1].

La solution contraire aurait eu de quoi surprendre. En effet, admettre la renonciation en dehors des prévisions de la loi reviendrait à faire prévaloir l'intérêt particulier du renonçant sur l'intérêt consacré par la norme. Ainsi, en toute hypothèse, l'invocation d'une insaisissabilité involontaire suffit pour mettre fin à une procédure civile d'exécution, sans que l'on puisse opposer sa renonciation à celui qui s'en prévaut.

Une illustration de ce principe peut être fournie par l'article 14-4° de la Loi du 9 juillet 1991 prescrivant l'insaisissabilité des biens mobiliers corporels nécessaires à la survie du débiteur. La constatation de cette dernière par le juge de l'exécution met systématiquement fin à la procédure de saisie-vente[2]. La solution n'est point différente en matière de saisie immobilière puisque le juge chargé d'évaluer la saisissabilité des biens immobiliers stoppera la procédure si le bien en cause est insaisissable[3].

1082. Concernant les insaisissabilités volontaires, la solution ne diffère pas. Là encore, ce n'est pas parce que l'établissement de l'insaisissabilité a été laissé à l'appréciation des parties que celle-ci demeure suspendue à leurs *desiderata*. La solution a parfois été affirmée

---

[1] Voir *supra* n° 230 & suiv.

[2] Voir *supra* n° 944 & suiv. Il résulte de l'examen des dispositions réglementant la procédure de la saisie-vente, que le caractère insaisissable des biens en cause figure au nombre des exceptions invoquées par le débiteur. Il ne faudrait pourtant pas en déduire que le débiteur qui n'invoque pas l'insaisissabilité renonce à cette dernière. Si l'incurie du débiteur conduit à la méconnaissance de l'insaisissabilité, il ne s'agit pourtant que d'une simple contrainte procédurale inhérente à la procédure de la saisie-vente. Cela ne remet en cause l'efficacité de l'insaisissabilité que ponctuellement, à l'occasion de la seule saisie-vente pour laquelle le débiteur s'est montré négligent. Il en résulte que si cette procédure échoue par la suite, rien n'interdit au débiteur de se prévaloir de l'insaisissabilité à l'occasion d'une autre procédure qui, postérieurement, serait diligentée contre les mêmes biens.

[3] Voir *supra* n° 966 & suiv.

expressément par l'auteur de la norme établissant l'insaisissabilité. Ainsi, concernant l'article 1981 C.civ.[1] et l'insaisissabilité des rentes viagères, dans un discours du 19 ventôse an XII, le Tribun DUVERGIER affirma " qu'aucune attaque, aucune poursuite ne pourront ni la détruire, ni la suspendre, ni détourner son cours et sa destination "[2].

Il ne fait donc point de doute que la renonciation à une clause d'insaisissabilité prévue dans une libéralité est impossible[3]. Là encore, d'un point de vue logique, la solution contraire eut été contestable. Même si l'on avait prétendu que l'insaisissabilité avait un fondement conventionnel[4], il n'eut pas été possible d'admettre la renonciation, cela aurait abouti à faire prévaloir la volonté du seul bénéficiaire de l'insaisissabilité sur la volonté conjointe de ce dernier et du disposant.

1083. Deuxièmement, le strict encadrement de la renonciation conduit à n'admettre cette dernière que dans les hypothèses et sous les conditions prévues par le législateur. La renonciation à l'insaisissabilité est expressément prévue par la loi tant pour le bien de famille que pour la déclaration notariée d'insaisissabilité. Le caractère unilatéral de l'établissement de ces deux insaisissabilités allié à leur caractère déceptif pour les créanciers[5] justifie sans doute que la renonciation à ces dernières soit possible.

On remarque cependant que cette justification de la renonciation n'emprunte rien à la technique juridique. Cela ne doit pas étonner, marqué par l'emprise directe d'une norme, le régime juridique de l'insaisissabilité est indirectement commandé par ce qui justifie cette norme : de simples considérations de politique juridique[6].

1084. S'il est possible de renoncer à l'insaisissabilité lorsque cela est prévu par la loi, il ne faut pourtant pas en déduire qu'en cette matière l'auteur de la norme a abdiqué sa compétence. Bien au contraire, la renonciation demeure encadrée par la loi et elle n'est possible que sous les conditions prévues par cette dernière.

S'agissant du bien de famille, la renonciation est expressément prévue par l'article 11 de la Loi du 12-13 juillet 1909. L'efficacité de cette dernière est subordonnée à la réunion de plusieurs conditions. En présence d'enfants, la renonciation ne peut intervenir qu'après

---

[1] Cet article dispose que seules les rentes viagères établies à titre gratuit peuvent être stipulées insaisissables.
[2] Cité par : MERLAUT, *La clause d'insaisissabilité - ses rapports avec la clause d'inaliénabilité*, Thèse, Bordeaux 1907, p. 112 & 113.
[3] L'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991 permet la stipulation d'une clause d'insaisissabilité dans une donation ou un testament. Sur cette disposition, voir *supra* n° 639 & suiv.
[4] Sur la contestation de cette opinion, voir *supra* n° 717 & suiv.
[5] Sur le caractère déceptif de l'insaisissabilité à l'égard des créanciers postérieurs, voir *supra* n° 754 & suiv.
[6] Sur ce point, voir *supra* n° 1058.

consentement à cette dernière formulé solennellement par l'épouse du constituant devant le juge compétent. Il en est outre prévu que la renonciation devra être autorisée par le Conseil de famille si le constituant élève seul ses enfants mineurs[1].

La renonciation au bénéfice de la déclaration notariée d'insaisissabilité est quant à elle soumise par l'article L. 526-3 al. 4 C.com. aux mêmes conditions de fond et de forme que la déclaration elle-même[2]. Bien entendu, pour que la question de la renonciation se pose, il est nécessaire qu'une déclaration notariée d'insaisissabilité existe[3]. Une fois ce point acquis, différentes questions peuvent se faire jour quant au régime juridique de la renonciation.

1085. Ainsi, il semblerait que la soumission de cette dernière aux mêmes conditions de fond et de forme que la déclaration initiale prohibe toute renonciation tacite à l'insaisissabilité[4]. Sur le fond, on s'est demandé si la renonciation pouvait intervenir au profit d'un ou plusieurs créanciers déterminés[5].

---

[1] Sur les justifications de ces dispositions, voir l'exposé des motifs, *in D.P.*, 1910, 4, p. 1 & suiv., spéc. p. 9.

[2] Il faut faire état ici de l'article 48 du projet de réforme du droit des contrats lequel consacrerait le principe du parallélisme des formes en matière de convention, sous réserve d'éventuelles dérogations légales ou conventionnelles. On peut alors remarquer que ce principe trouve application en matière de déclaration d'insaisissabilité bien que celle-ci soit un acte juridique unilatéral.

[3] Voir en ce sens, Fr. PEROCHON, Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence..., *Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 409 & suiv., spéc. n° 14 et 25. La renonciation anticipée à une éventuelle déclaration notariée d'insaisissabilité n'a de renonciation que le nom. Il s'agira dans cette hypothèse d'un simple engagement du débiteur de ne pas déclarer insaisissable les droits par lesquels il assure sa résidence principale. A la réflexion, il n'est pas certain qu'un tel engagement soit systématiquement utile. En effet, la déclaration notariée d'insaisissabilité n'est pas opposable aux créanciers dont le droit de poursuite existait déjà la date de la déclaration. Par conséquent, celui qui requiert un tel engagement échappera forcément à l'insaisissabilité établie par une déclaration notariée d'insaisissabilité postérieure. Cet engagement présente toutefois un intérêt lorsque celui qui l'exige du débiteur le fait en considération de créances futures à l'encontre du débiteur.

[4] Voir sur ce point, Fr. PEROCHON, Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence..., *Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 409 & suiv., spéc. n° 33 & suiv. L'auteur admet qu'une hypothèque puisse être constituée malgré la déclaration notariée d'insaisissabilité. Celle-ci ne permet pourtant pas la saisie tant que la déclaration produit effet. L'auteur propose donc que la constitution d'hypothèque emporte renonciation tacite à l'insaisissabilité " pour assurer une efficacité maximale à ces deux actes potentiellement en contradiction (...). " Une telle renonciation, tacite, contreviendrait pourtant directement à l'article L. 526-3 al. 4 C.com. En outre, dès lors que la constitution d'une hypothèque est possible (sur ce point, voir *supra* n° 1014 & suiv.) il ne semble pas qu'elle puisse justifier une renonciation à la déclaration notariée d'insaisissabilité. Une telle contrariété serait envisageable si la finalité première d'une hypothèque était la vente forcée du bien grevé, or celle-ci ne confère qu'un droit de préférence qui vient au soutien de la créance garantie. La finalité de l'hypothèque n'est donc nullement méconnue lorsque le bien grevé est l'objet d'une déclaration notariée d'insaisissabilité. Par ailleurs, l'hypothèque pourra toujours donner lieu à une saisie à la mort du déclarant puisque cette dernière emporte cessation de l'insaisissabilité (sur ce point, voir *supra* n° 1016). On relèvera enfin que les créanciers antérieurs et les créanciers personnels du déclarant conservent la possibilité de saisir et de réaliser le bien insaisissable. A cette occasion le titulaire de l'hypothèque pourra donc parfaitement bénéficier de son droit de préférence sans que la remise en cause de la déclaration d'insaisissabilité soit nécessaire.

[5] Fr. PEROCHON, *loc. cit.*, spéc. n° 47 & suiv.

A vrai dire, avant la réforme opérée par la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008[1], cela semblait impossible pour plusieurs raisons. D'une part, si l'on admet que l'insaisissabilité est bien une restriction partielle au droit de disposer, il faut convenir qu'elle manifeste l'emprise d'une norme sur la relation d'appartenance unissant une personne à chacun de ses biens. Si c'est bien une norme qui redéfinit cette relation d'appartenance, cette redéfinition échappe aux volontés individuelles.

Il en résultait qu'en l'absence d'autorisation expressément formulée par le législateur, les volontés conjointes du déclarant et de l'un de ses créanciers étaient impuissantes à moduler à leur convenance cette relation d'appartenance. Le législateur avait laissé l'opportunité au déclarant de renoncer au bénéfice de l'insaisissabilité, il ne lui avait nullement permis de s'arroger le pouvoir de redéfinir son propre droit de disposer à la convenance de ses créanciers.

1086. On pouvait alors objecter qu'une telle solution était peu opportune puisque qu'une renonciation faite à personne dénommée aurait évité que certains créanciers bénéficiant d'un droit de préférence ou d'un privilège absorbent toute la valeur du bien insaisissable à compter de la renonciation, forcément globale, à l'insaisissabilité[2]. Sans doute le législateur a-t-il été sensible à cet argument car depuis la réforme opérée par la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, l'article L. 526-4 C.com. permet la renonciation au profit d'une personne dénommée, le doute quant à la licéité de cette mesure n'est donc plus permis[3].

Qu'une réforme de la loi ait été nécessaire pour autoriser cette renonciation démontre d'ailleurs qu'auparavant celle-ci pouvait être discutée. En outre, la possibilité d'une telle

---

[1] Sur le projet de loi de modernisation de l'économie, adopté par l'Assemblée nationale selon la procédure d'urgence le 17 juin 2008, voir X. DELPECH, Modernisation de l'économie : adoption du texte par les députés, *D.*, 2008, p. 1604 & suiv., spéc. p. 1604.

[2] Voir en ce sens, Fr. VAUVILLE, La déclaration notariée d'insaisissabilité, *Defrénois*, 2003, n° 32813, p. 1197 & suiv., spéc. n° 23.

[3] Quant à son efficacité, la renonciation à personne dénommée réduit à néant la protection accordée par la déclaration notariée d'insaisissabilité car, ainsi que l'on s'en doute, aucun créancier ne prendra le risque de se passer d'une telle renonciation. On peut d'ailleurs supposer que tous les créanciers à qui une telle déclaration était déjà opposable lors de l'entrée en vigueur de la loi tenteront d'obtenir une renonciation à leur profit par exemple à l'occasion du renouvellement des crédits accordés au déclarant. Il faudra alors déterminer quelles sont les créances qui bénéficient -on n'oserait dire qui " sont garanties "- par la renonciation. Il est peu probable que la renonciation puisse concerner des créances antérieures à son entrée en vigueur. On remarquera pourtant que la renonciation concerne le " créancier " et non les créances. Pour couper court à toute discussion, il serait alors judicieux d'exclure du bénéfice de la réforme les déclarations d'insaisissabilité constituées avant l'entrée en vigueur de la loi. Dans ce cas, on peut alors être certain que plus aucune déclaration notariée d'insaisissabilité ne sera établie : le déclarant n'y aura plus d'intérêt puisque chacun de ses créanciers le contraindra à y renoncer. On pourra donc regretter l'ironie avec laquelle, le 4 août 2008, le législateur a aboli le bénéfice que l'entrepreneur individuel pouvait tirer de la déclaration notariée d'insaisissabilité.

renonciation, parce qu'elle résulte de la loi, révèle une fois de plus l'emprise du législateur sur la matière.

Que la renonciation faite à personne dénommée soit désormais possible ne signifie pourtant pas qu'elle soit opportune. On relèvera ainsi que, faute de précisions, les nouvelles dispositions de l'article L. 526-4 C.com. risquent de bouleverser le classement traditionnel des créanciers. En effet, la prévalence des créanciers privilégiés fondée l'article 2285 C. civ. de même que le concours entre créanciers de même rang supposent que les créanciers munis de sûretés soient à même de saisir le bien en cause. Or, faite au profit d'un créancier chirographaire ou d'un privilégié de faible rang, la renonciation laisserait l'insaisissabilité produire ses effets à l'égard des créanciers de rang meilleur ou équivalent. Elle dérogerait et à la loi de l'égalité entre les créanciers prévue par l'article 2284 C.civ.[1] et au caractère limitatif des causes légitimes de préférence de l'article 2285 C.civ., ce qui augure de considérables difficultés d'application[2]…

1087. On s'aperçoit donc que la renonciation à l'insaisissabilité ne dément nullement l'omniprésence de la norme qui a déjà été constatée en matière de restrictions partielles au droit de disposer. Cette omniprésence commande bien souvent de s'en tenir à la lettre du texte[3]. Un tel constat demeure commun à tous les éléments du régime juridique des restrictions au droit de disposer. Ce constat n'est que la conséquence logique de cette qualification. On peut donc pronostiquer que ce fil directeur éclairera utilement le domaine qu'il convient d'assigner à chacune des dérogations spécifiques à l'insaisissabilité.

---

[1] Voir *supra* n° 683 & suiv.

[2] Tout d'abord, en pratique, la renonciation " individuelle " permettra à celui qui l'obtient d'obtenir un simili-privilège qui lui permettra le cas échéant de passer avant un créancier professionnel même doté d'un privilège. On imagine en effet mal comment le Fisc, qui bénéficie d'avantageux privilèges, pourrait faire pression sur un débiteur *in bonis* pour obtenir une renonciation à son profit. Un dispensateur de crédits, lui, n'aura pas ce genre de problème puisqu'il pourra toujours subordonner son concours à la renonciation de l'entrepreneur à son profit, y compris peut-être à propos de ces créances antérieures. D'un point de vue théorique, cette mise en échec de l'organisation classique des causes légitimes de préférence révèle, une fois de plus, que la question des dérogations à l'insaisissabilité repose elle aussi sur une logique de classement entre les créanciers : en cas de renonciations successives au profit de créanciers particuliers, il faudra bien établir un ordre de paiement entre eux ! Dès lors que la renonciation à personne dénommée ruine le système habituel de classement des causes légitimes de préférence, on ne voit pas comment on pourrait classer les bénéficiaires de renonciation si ce n'est en fonction des dates respectives des renonciations sur lesquelles ils se fondent. Il y a heureusement fort à parier que ces difficultés seront promptement solutionnées si l'on songe que la première victime du système instauré risque d'être le Fisc. Pour lui éviter d'être lésé par les créanciers ayant obtenu des renonciations " individuelles ", il suffira de prévoir que la renonciation à l'insaisissabilité ne peut remettre en cause l'ordre entre les créanciers. Mais on comprend immédiatement que dans ce cas, dès la moindre renonciation " individuelle ", le bien devra être liquidé et sa valeur répartie entre tous les créanciers saisissants. On remarquera alors qu'une répartition de la valeur du bien entre tous les créanciers saisissants se serait de toute façon produite en présence d'une renonciation globale. On pourrait peut-être en déduire que le législateur aurait pu s'épargner la réforme de la renonciation opérée par la Loi du 4 août 2008.

[3] Voir *supra* n° 230 & suiv.

B) Le domaine restrictif des dérogations à l'insaisissabilité

1088. Lors de l'étude des restrictions complètes au droit de disposer, il était apparu que certains mécanismes pouvaient être rendus inefficaces par la mise en œuvre volontaire de procédures spécifiques[1]. Il semblerait qu'au moins un mécanisme similaire existe en ce qui concerne l'insaisissabilité puisque l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991 permet à certains créanciers d'obtenir du juge de l'exécution qu'il lève l'insaisissabilité frappant un bien faisant l'objet d'une clause d'insaisissabilité. L'étude de ce mécanisme nécessite d'en déterminer précisément le champ d'application. Pour ce faire, il est possible de se référer au caractère dérogatoire de cette procédure.

Il sera alors possible de démontrer que le domaine substantiel des dérogations à l'insaisissabilité peut être délimité aussi restrictivement (1) que les personnes susceptibles d'en bénéficier (2).

1) Un domaine substantiel limité

1089. La procédure de mainlevée judiciaire de l'insaisissabilité est prévue par l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991. Or cette disposition n'est relative qu'aux clauses d'insaisissabilité insérées dans les libéralités[2]. On s'est donc demandé si la procédure de mainlevée de l'insaisissabilité pouvait être mise en œuvre dans d'autres hypothèses d'insaisissabilité. La question s'est notamment posée en ce qui concerne l'insaisissabilité accessoire à une inaliénabilité.

L'intérêt pratique de la question est évident. En effet, l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991 laisse toute latitude aux créanciers pour demander au juge la cessation de l'insaisissabilité. En revanche, il est désormais acquis que les créanciers sont infondés à demander la mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité prévue par l'article 900-1 al. 1 *in fine*[3]. Ces créanciers auraient donc tout intérêt à obtenir directement la cessation de l'insaisissabilité au titre de l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991.

1090. La question reste discutée en doctrine[4]. Pourtant, une décision récente de la Cour de cassation du 20 octobre 2005[5] semble y répondre. Dans cette espèce, un bien immobilier

---

[1] Voir *supra* n° 468 & suiv.
[2] Sur ces dernières sont aussi permises par l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991.
[3] Sur cette question, voir *supra* n° 470 & suiv.
[4] Voir envisageant cette possibilité, M. GRIMALDI, *Libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 2000, p. 170, note de bas de page n° 437-4°.
[5] Cass. Civ. 2ème, 20 octobre 2005, inédit, pourvoi n° 03-19579.

situé en Alsace était frappé d'une clause d'inaliénabilité régulièrement inscrite au Livre Foncier[1]. Les créanciers du propriétaire avaient obtenu du juge de l'exécution qu'il lève l'insaisissabilité du bien sur le fondement de l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991. Sur recours du propriétaire, cette décision a été invalidée. Les créanciers formèrent donc un pourvoi en cassation. Ce dernier fut rejeté en ces termes par la Haute Juridiction : " Mais attendu que l'arrêt retient que l'immeuble étant grevé d'une interdiction d'aliéner régulièrement inscrite au livre foncier, l'inscription faisait obstacle à la saisie, nonobstant l'ordonnance d'autorisation de saisie rendue par le juge de l'exécution sur le fondement de l'article 14.3 , de la loi du 9 juillet 1991 ; que par ce seul motif, la cour d'appel, qui n'était pas saisie d'une demande de mainlevée de la restriction au droit de disposer, a légalement justifié sa décision (...) ".

Quant à la question qui nous retient, l'apport de cette décision est précieux. En effet, se conformant à une opinion doctrinale déjà ancienne[2], la Cour de cassation affirme nettement que l'insaisissabilité accessoire résultant nécessairement[3] d'une clause d'inaliénabilité n'est pas justiciable de la procédure prévue par l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991. Pour faire obstacle à une clause d'inaliénabilité, qualifiée ici de restriction au droit de disposer conformément aux dispositions régissant la publicité foncière[4], seule la procédure de mainlevée judiciaire prévue par l'article 900-1 C.civ. est envisageable.

1091. Il résulte donc de cette décision, qu'en pratique le contentieux résultant de l'insaisissabilité consécutive à une clause d'inaliénabilité se distingue nettement de celui résultant d'une simple clause d'insaisissabilité. On ne saurait s'en étonner dans la mesure où l'un et l'autre ne sont pas attribués à la même juridiction. L'action en mainlevée de l'inaliénabilité est du ressort global du Tribunal de Grande Instance[5] tandis que l'autorisation de saisir un bien stipulé simplement insaisissable est de la compétence spécifique du juge de

---

[1] Pour une étude spécifique des clauses d'inaliénabilité sous le régime foncier de l'Alsace-Lorraine, voir, REISACHER, *Les restrictions au droit de disposer relatives au régime foncier d'Alsace-Lorraine*, Thèse, Strasbourg, 1933, *passim*.

[2] Voir en ce sens, VASILESCO, *Des clauses d'inaliénabilité - De leur validité et de leurs effets*, Thèse, Paris, 1920, p. 120. L'auteur estime que la portée de l'insaisissabilité accessoire à une clause d'inaliénabilité dépasse celle de l'insaisissabilité stipulée à titre principal dans la mesure où la première n'est pas justiciable d'une autorisation de saisir.

[3] Si l'on admet que l'inaliénabilité d'un bien entraîne nécessairement son insaisissabilité, on pourrait d'ailleurs défendre que l'insaisissabilité accessoire à une inaliénabilité est bien plus proche d'une insaisissabilité involontaire que d'une insaisissabilité volontaire. De ce point de vue, il n'est pas surprenant que l'insaisissabilité accessoire à une inaliénabilité échappe à la procédure de mainlevée de l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991 car celle-ci concerne une insaisissabilité volontaire.

[4] Sur le sens de cette appellation en matière de publicité foncière, voir *supra* n° 527 & suiv.

[5] Sur la procédure de mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité, voir *supra* n° 468 & suiv.

l'exécution. Substantiellement, l'apport de cette décision ne doit pas être exagéré dans la mesure où elle n'a pas eu les honneurs d'une publication au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation.

1092. Il semble donc nécessaire de fournir une autre justification que l'autorité de cette décision à la distinction nette existant entre la procédure de mainlevée de l'inaliénabilité et la procédure d'autorisation de la saisie d'un bien simplement stipulé insaisissable.

Cette justification peut être trouvée dans la qualification de restriction partielle au droit de disposer. Cette qualification suppose l'emprise d'une norme sur la relation d'appartenance unissant une personne à l'un de ses biens. Par conséquent, cette relation d'appartenance ne peut être étudiée et ses effets déterminés qu'en considération de la norme la redéfinissant. Cette omniprésence de la norme impose une interprétation restrictive de cette dernière. Cette interprétation restrictive commandait la détermination du champ d'application de la restriction, elle commande aussi la détermination du champ d'application des dérogations à ces restrictions[1].

Ce constat avait déjà pu être formulé quant au domaine d'application de la mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité[2], il peut être repris en ce qui concerne l'autorisation judiciaire de saisir un bien insaisissable. Cette procédure ne peut être mise en œuvre pour contrecarrer l'insaisissabilité résultant d'une inaliénabilité.

Au-delà de cette insaisissabilité, il faut admettre qu'en l'absence de mécanisme général permettant de déroger à toutes les insaisissabilités, il ne peut jamais être fait obstacle à ces dernières sur le fondement de l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991. La procédure prévue par cette disposition n'est envisageable que pour faire obstacle à l'insaisissabilité résultant des clauses d'insaisissabilité insérées dans les libéralités sur le fondement de cette même disposition.

1093. L'article 14 de la Loi du 9 juillet 1991 prévoit deux autres hypothèses dérogatoires à une insaisissabilité. Il s'agit d'une part de la possibilité pour le fournisseur d'aliments de saisir les " provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire " pour le paiement d'aliments déjà fournis "[3] et d'autre part de la possibilité offerte au vendeur de meubles indispensables à la survie du débiteur de saisir ces derniers pour le paiement de leur prix[4].

---

[1] Voir sur ce point, à propos de la renonciation, *supra* n° 1087.
[2] Voir *supra* n° 463 & suiv.
[3] Article 14-2° de la Loi du 9 juillet 1991.
[4] Article 14-4° de la Loi du 9 juillet 1991.

Le caractère nécessairement restrictif de ces dispositions commande de limiter ces dérogations aux insaisissabilités pour lesquelles elles ont été établies. Ainsi, il n'est pas question de permettre au fournisseur d'aliments de se payer sur d'autres biens insaisissables que sur les " provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire ". De la même manière, le vendeur de meubles ne saurait être payé sur d'autres biens insaisissables que les meubles indispensables à la survie du débiteur qu'il a vendus.

1094. Ces dispositions reposent toutes deux sur l'idée que le créancier qui contracte avec un débiteur en état de nécessité doit bénéficier d'une " promotion " vis à vis des autres créanciers, quant aux biens qui, grâce à lui, figurent désormais dans le patrimoine du débiteur. En effet, ces dispositions ne se conçoivent que si le créancier a accepté de faire crédit au débiteur[1] puisque s'il y a eu paiement comptant la question de la créance impayée du fournisseur ne se pose plus.

Il ne faut pourtant pas s'y tromper. Cette considération d'équité pour le créancier[2] relève de la politique législative et non de la technique juridique[3]. Seule une norme, ici l'article 14 de la Loi du 9 juillet 1991, est en mesure de fonder une dérogation à l'insaisissabilité. L'emprise de la norme sur cette dérogation est particulièrement manifeste si l'on songe à la précision de l'article 14 al. 2 qui exclut le vendeur de meubles indispensables à la survie du saisi du bénéfice de l'article 14-4° de la Loi du 9 juillet 1991 lorsque ce dernier est le bénéficiaire de

---

[1] R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 207, p. 218.

[2] Cette mesure permet d'ailleurs de relativiser les considérations d'humanité qui sont censées innerver l'article 14-4° de la Loi du 9 juillet 1991. En effet, ce n'est pas parce que le créancier saisissant est le fournisseur des meubles que ces derniers sont moins indispensables au débiteur. A bien y réfléchir d'ailleurs, il semblerait même que cette mesure s'apparente à une faveur pour le créancier qui daigne faire crédit à un débiteur nécessiteux. Dès lors que le créancier pouvait toujours exiger un paiement comptant ou refuser de conclure la vente en cas de refus du débiteur de payer comptant, on peut supposer que faire crédit ne risquait pas de lui causer un préjudice démesuré. Il n'y a donc pas de risque que le créancier soit lui aussi précipité dans la misère en cas de défaillance du débiteur. Cette disposition ne se justifie donc pas par les risques encourus par le créancier. S'il fallait en chercher une justification ce n'est d'ailleurs pas non plus du coté de la crainte commune mais fallacieuse que le débiteur n'abuse de son insolvabilité pour se meubler à moindre coût qu'il faudrait chercher. L'article 14-4° de la Loi du 9 juillet 1991 précise que l'insaisissabilité des meubles indispensables à la survie du débiteur cesse lorsque ces meubles " se trouvent dans un lieu autre que celui où le saisi demeure ou travaille habituellement, s'ils sont des biens de valeur, en raison de notamment de leur importance, de leur matière, de leur rareté, de leur ancienneté ou de leur caractère luxueux ". Surtout que l'article précise immédiatement que l'insaisissabilité cesse si les meubles " perdent leur caractère de nécessité en raison de leur quantité ou s'ils constituent des éléments corporels d'un fonds de commerce ". Aucun risque donc, qu'un débiteur ne bénéficie d'une insaisissabilité dont il puisse tirer un profit autre que celui de survivre. Sur l'interprétation de cette disposition, quant à l'éventuelle saisissabilité des biens inclus dans un fonds agricole ou artisanal, voir M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Thèse, Toulouse, Préface M.-H. MONTSERIE-BON, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Tome n° 59, Litec, 2002, p. 381, n° 361.

[3] Voir ainsi, Fr. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théories du droit. Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004, p. 151 & suiv. Expliquant l'indisponibilité réelle, laquelle entraine une inaliénabilité, par son affectation, l'auteur justifie les dérogations à l'insaisissabilité selon le même fondement. Une telle justification n'est pas contestable, elle n'a cependant rien d'une justification technique.

l'aide sociale à l'enfance prévue aux articles 150 à 155 du Code de la famille et de l'aide sociale.

1095. L'étude du champ d'application des dérogations à l'insaisissabilité s'apparente donc à une étude de législation. La même fidélité aux textes commandait l'étude du régime des restrictions au droit de disposer[1]. Il est donc naturel que le régime juridique de ces dérogations soit lui aussi totalement dépendant de la lettre des normes établissant ces dérogations. Il n'est pas surprenant que la détermination des personnes aptes à se prévaloir de ses dérogations confine elle aussi au littéralisme tant la matière suppose l'omniprésence de normes.

2) Un domaine personnel restrictif

1096. L'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991 dispose que ne peuvent être saisis les biens stipulés insaisissables à l'occasion d'une libéralité, " si ce n'est, avec la permission du juge et pour la permission qu'il détermine, par les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs ".

Il reviendra ici au juge de vérifier que les créanciers qui requièrent son intervention peuvent se prévaloir d'une créance née postérieurement à l'introduction du bien insaisissable dans le patrimoine du débiteur. La justification de cette disposition favorable aux créanciers peut être trouvée dans l'apparence de solvabilité du débiteur par laquelle ils ont pu être abusés[2].

1097. En effet, contrairement aux clauses d'inaliénabilité, les clauses d'insaisissabilité ne sont pas nécessairement publiées à peine d'inopposabilité lorsqu'elles portent sur des immeubles. Bien entendu, si elles sont incluses dans une donation portant sur un immeuble, elles seront de fait publiées en vertu de l'article 28-1° du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955. De la même manière, incluses dans un testament et grevant un immeuble, elles seront *de facto* publiées au titre de l'article 29 al. 1 du même Décret.

En revanche, il ne semble pas que les clauses d'insaisissabilité constatées dans des actes distincts soient nécessairement publiées alors qu'une telle exigence ne fait point de doute pour les clauses d'inaliénabilité[3]. Pourtant la publicité des clauses d'insaisissabilité serait envisageable au titre de la publicité obligatoire des " restrictions au droit de disposer " tant

---

[1] Voir *supra* n° 1055.

[2] Voir en ce sens, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 219, p. 230. Voir sur ce point, *supra* n° 754. Voir de même, Fr. PLANCKEEL, *Le créancier face à une clause d'inaliénabilité*, mémoire de D.EA., Lille II, 1999, p. 103 & 104.

[3] Article 28-2° du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955.

lorsqu'elles sont contenues dans des donations[1] que lorsqu'elles sont contenues dans des testaments[2]. Une telle interprétation du Décret du 4 janvier 1955 serait opportune pour au moins deux raisons.

1098. D'une part, il en résulterait que les clauses d'inaliénabilité et les clauses d'insaisissabilité seraient soumises à un régime identique quant à leur opposabilité en matière immobilière. Cela est souhaitable tant les unes et les autres opèrent de façon similaire, en restreignant, par l'effet d'une norme, le droit de disposer de qui les subit. Au-delà, il faut rappeler que l'inaliénabilité entraîne, et ce n'est pas le moindre de ses effets, l'insaisissabilité. Celle-ci n'est guère moins gênante lorsqu'elle est stipulée à titre principal dans une clause d'insaisissabilité.

D'autre part, on relèvera que la publicité à peine d'inopposabilité des clauses d'inaliénabilité[3] est le pendant de la nécessaire publicité des actes entre vifs portant mutation de droits réels immobiliers[4]. Il aurait été injuste que les acquéreurs de droits immobiliers soient astreints à la publicité foncière alors que les clauses d'inaliénabilité en mesure de faire obstacle à leurs droits échappaient à cette formalité. Les clauses d'insaisissabilité ne font certes pas obstacle à la mutation des droits réels immobiliers[5]. Elles interdisent simplement la saisie des biens qu'elles grèvent. Or, la saisie des biens immobiliers a lieu selon les règles de la saisie immobilière et le commandement valant saisie doit forcément être publié[6].

Sans doute serait-il équitable de prescrire la publicité de ces clauses d'insaisissabilité qui peuvent faire obstacle à la saisie immobilière qui, elle, est soumise à publicité. S'il en était ainsi, il serait alors justifié de faire cesser la possibilité dont bénéficient les créanciers postérieurs au titre de l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991.

1099. En l'état actuel du droit positif, cette possibilité leur reste offerte. Le juge de l'exécution déterminera donc la " portion " des biens insaisissables qu'il estime pouvoir être saisie. L'emploi du terme " portion " suggère que le juge serait à même de permettre la saisie partielle des biens insaisissables. Une telle interprétation doit être rejetée. L'insaisissabilité

---

[1] Article 28-2° du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955.
[2] Article 29 al. 3 du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955.
[3] Article 30-1° al. 3 du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955. Sur cette disposition, voir *supra* n° 518.
[4] Article 28-1° du Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955.
[5] Sur la possibilité des actes translatifs des biens insaisissables, voir *supra* n° 991 & suiv.
[6] L'article 18 du Décret du 27 juillet 2006 dispose que la publicité du commandement doit intervenir, à peine de caducité, dans les deux mois de sa signification.

qui concerne un droit est " indivisible " et l'on sait d'ailleurs les critiques que suscite l'idée d'une saisissabilité partielle[1].

Cette saisissabilité d'une simple portion du bien ne peut se concevoir que dans deux hypothèses. Soit l'objet matériel du droit insaisissable est divisible en plusieurs portions, dans ce cas, à compter de la division matérielle de la chose objet du droit, naissent autant de droits sur les portions. Le juge peut ainsi décider que seules certaines portions, donc seuls certains droits sur ces portions sont saisissables.

Soit la clause d'insaisissabilité concerne un ensemble de biens. Cette hypothèse n'est pas forcément à exclure dans la mesure où la clause peut accompagner un acte de disposition à cause de mort. Ces derniers concernent fréquemment un ensemble de biens. Dans ce cas, le juge peut décider de réduire l'insaisissabilité à tel ou tel bien[2] au profit des seuls créanciers postérieurs, ainsi qu'en dispose l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991.

1100. Concernant les articles 14-2° et 14-4° de la Loi du 9 juillet 1991, la même interprétation restrictive doit présider à la détermination des créanciers susceptibles de saisir les créances alimentaires ou les biens meubles corporels indispensables à la survie du débiteur. Ainsi seuls les fournisseurs d'aliments peuvent saisir les créances alimentaires encore que la créance dont ils se prévalent soit une créance de fourniture d'aliments. Par ailleurs, seuls les vendeurs de meubles indispensables au débiteur peuvent les saisir pour le paiement de leur prix.

Sur ce point, une précision est nécessaire puisque l'on sait que cette disposition est étendue au fabriquant et au réparateur de ses objets[3]. Se pourrait-il que le principe d'interprétation stricte présidant à la détermination du régime des dérogations à l'insaisissabilité soit pris en défaut ? Aucunement.

L'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991 renvoie pour la détermination des modalités de l'autorisation de saisie à un Décret en Conseil d'Etat. L'article 41 du Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 dispose donc que les meubles indispensables au débiteur peuvent être saisis pour le " paiement des sommes dues à leur fabriquant ou vendeur ou à celui qui aura prêté pour

---

[1] Voir ainsi pour la " saisissabilité partielle " du bien immobilier acquis en remplacement d'un bien de même nature ayant fait l'objet d'une déclaration notariée d'insaisissabilité, voir *supra* n° 995.

[2] Voir, envisageant implicitement cette hypothèse, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 219, p. 230, " (...) les créanciers postérieurs peuvent être admis à pratiquer une saisie sur tout ou partie des biens déclarés insaisissables. "

[3] Voir en ce sens, R. PERROT, Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005, n° 207, p. 217 & 218.

les acheter, fabriquer ou réparer "[1]. Là encore, c'est un strict légalisme qui prévaut. En définitive, la détermination des bénéficiaires de dérogations à l'insaisissabilité résulte bien d'une norme.

1101. Ainsi, seuls les créanciers expressément désignés par cette norme peuvent se prévaloir d'une dérogation à l'insaisissabilité. Quant aux personnes, le domaine de ces dérogations ne trahit pas le principe du strict légalisme qui prévaut dans la matière des restrictions au droit de disposer. Sur le fond, la détermination précise des créanciers pouvant outrepasser l'insaisissabilité aboutit à les favoriser par rapport à ceux qui ne peuvent prétendre bénéficier de ces dérogations. Il s'agit alors d'aborder la question des effets des dérogations à l'insaisissabilité.

§2: Les effets de la cessation contingente de l'insaisissabilité

1102. En principe, les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers[2]. Que l'un de ces biens soit insaisissable et il ne fait plus partie de ce gage commun, il n'y a rien ici que de très logique. En revanche, dès lors qu'un bien insaisissable pour la plupart des créanciers peut néanmoins être saisis par certains, ces derniers bénéficient d'une sorte de " gage réservé ". Eux-seuls sont à même de concourir sur la valeur de ce bien pour être payés[3]. *De facto* ces créanciers sont donc privilégiés puisqu'ils pourront obtenir en paiement de leur créance un émolument supérieur à celui qui aurait été leur si tous les créanciers avaient concouru sur chaque bien du débiteur.

La cessation accidentelle de l'insaisissabilité place donc les bénéficiaires de dérogations dans une situation privilégiée (A) sans pour autant qu'il s'agisse d'un véritable privilège pour ces créanciers dans la mesure où l'insaisissabilité, qu'il y soit dérogé ou non, ne change absolument pas les qualités de la créance contre laquelle on s'en prévaut (B).

---

[1] On s'aperçoit donc que l'insaisissabilité de l'article 14-4° de la Loi du 9 juillet 1991 est entamée par un grand nombre de dérogations dont on constatera qu'elles profitent à toute personne ayant fait crédit au débiteur nécessiteux pour l'achat d'un bien de première nécessité. Si l'on remarque en outre que la liste de ces biens, figurant à l'article 39 du Décret n° 92-755, comprend essentiellement des biens de consommation, on peut être amené à voir d'un œil plus critique la facilité avec laquelle un crédit à la consommation peut être obtenu.

[2] Article 2285 C.civ.

[3] Voir en ce sens, M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Thèse, Toulouse, Préface M.-H. MONTSERIE-BON, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Tome n° 59, Litec, 2002, p. 381, n° 362, l'auteur relève que pour les créanciers bénéficiant des dérogations à l'insaisissabilité, les biens insaisissables sont l'objet " d'un droit de gage exclusif ".

A) La situation privilégiée des bénéficiaires de dérogations à l'insaisissabilité

1103. Dès lors que l'insaisissabilité n'est plus opposable à tous les créanciers, ceux qui conservent la possibilité de saisir les biens insaisissables sont dans une situation privilégiée. Un constat similaire avait pu être formulé lorsque de l'étude des restrictions partielles au droit de disposer établies sur un bien déjà approprié[1]. Celles-ci ne portaient aucune atteinte au droit de poursuite, déjà existant, des créanciers antérieurs[2]. Ces derniers étaient donc dans une situation privilégiée puisqu'ils ne souffraient pas de concourir avec les créanciers postérieurs sur le bien insaisissable.

Bien que le législateur ne puisse pas restreindre les droits de poursuite déjà existants des créanciers antérieurs, il a été constaté que l'emprise de la norme sur la relation d'appartenance était tout de même manifeste. En effet, le législateur a prévu que la déclaration notariée d'insaisissabilité ne serait pas opposable aux créanciers personnels du déclarant[3] et aux créanciers bénéficiaires de renonciations individualisées[4]. De ce point de vue, on s'aperçoit donc que l'insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié ne se distingue guère de l'insaisissabilité établie sur un bien en cours d'appropriation à laquelle il a été dérogé. Dans l'un et l'autre cas, l'emprise de la norme peut aboutir à favoriser certains créanciers.

1104. Cette faveur dont bénéficient les créanciers est cependant susceptible de degrés. A un premier stade, la saisie des biens demeure possible pour une communauté de créanciers. Il s'agit ici des créanciers antérieurs dans le cas d'une insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié[5]. De la même manière, il peut s'agir d'une catégorie particulière de créanciers si l'on songe à la possibilité de saisir le bien objet d'une déclaration notariée d'insaisissabilité dont bénéficient les créanciers personnels du déclarant[6].

L'idée d'une situation privilégiée bénéficiant à une communauté de créanciers existe aussi en présence d'une clause d'insaisissabilité stipulée dans une libéralité[7]. En effet, l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991 dispose que le juge peut permettre, pour la portion qu'il

---

[1] Il s'agit essentiellement de la déclaration notariée d'insaisissabilité, prévue aux articles L. 526-1 & suiv. C.com.
[2] Voir *supra* n° 812 & suiv.
[3] Article L. 526-1 al. 1 C.com.
[4] Article L. 526-4 C.com. Sur cette disposition, voir *supra* n° 1085 & suiv.
[5] Sur lesquels, voir *supra* n° 812 & suiv.
[6] Il s'agit en réalité de tous les créanciers " non-professionnels " du déclarant ", sur la détermination des créanciers professionnels, voir *supra* n° 774 & suiv.
[7] Article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991.

détermine[1], aux créanciers postérieurs de saisir le bien stipulé insaisissable. Les modalités de l'autorisation du juge demeurent cependant obscures. En effet, on ne sait si le juge pourrait simplement permettre à un créancier particulier de saisir le bien stipulé insaisissable ou si son autorisation vaut pour tous les créanciers postérieurs. La question ne semble pas avoir été envisagée en doctrine.

Par ailleurs, à notre connaissance, la question ne semble pas avoir fait l'objet de décisions jurisprudentielles. Les clauses d'insaisissabilités font rarement l'objet d'un litige ! Dans une décision récente du 20 octobre 2005[2], la Cour de cassation a cependant eu à connaître d'une espèce dans laquelle il avait été fait application de l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991. Le juge de l'exécution avait en effet autorisé un créancier privilégié à saisir le bien immobilier en cause[3]. On pourrait déduire que de cette décision que le juge peut lever l'insaisissabilité à l'égard de certains créanciers postérieurs seulement.

Une telle déduction serait contestable. En effet, en l'espèce, le créancier en cause bénéficiait sans doute d'un droit de préférence sur le bien insaisissable puisqu'il s'agissait du Trésor Public. Par conséquent, les autres créanciers n'avaient de toute façon aucun intérêt à demander à bénéficier eux aussi de la levée de l'insaisissabilité dès lors qu'ils étaient primés par le créancier saisissant. On ne peut donc rien tirer de cette décision sur ce point.

1105. En revanche, l'existence de créanciers privilégiés permet d'opter en faveur de l'impossibilité pour le juge d'autoriser seulement un créancier postérieur particulier à saisir. En effet, on sait que les biens insaisissables peuvent être l'objet de privilèges ou de droits de préférence résultant de sûretés réelles[4]. Par conséquent, si l'on reconnaissait au juge la possibilité de favoriser l'un quelconque des créanciers, on aboutirait dans certaines hypothèses à ce que l'autorisation faite à personne dénommée par le juge ruine la cause légitime de préférence dont d'autres créanciers postérieurs pouvaient se prévaloir sur le bien. Il semble donc préférable d'admettre que le juge donne l'autorisation de saisir de façon globale sans favoriser spécifiquement l'un ou l'autre des créanciers. Cette interprétation peut se réclamer de la lettre de l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991 qui permet au juge

---

[1] Sur le sens qu'il convient d'attribuer à cette formule, voir *supra* n° 1099.

[2] Cass. Civ. 2ème, 20 octobre 2005, inédit, pourvoi n° 03-19579, sur cette décision, voir *supra* n° 1090 & suiv.

[3] En l'espèce cependant, le juge de l'exécution avait cru pouvoir exercer la faculté qu'il tenait de l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991 sur un bien qui était l'objet non pas d'une clause d'insaisissabilité mais d'une clause d'inaliénabilité. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a décidé que cette autorisation de saisir ne pouvait pas produire effet.

[4] Sur la possibilité de constituer un droit réel accessoire ayant pour objet un bien insaisissable, voir *supra* n° 1010 & suiv.

d'autoriser " les créanciers postérieurs ", sans plus de précision, à saisir le bien stipulé insaisissable.

Enfin cette interprétation est conforme au mécanisme de la plupart des saisies portant sur des biens " corporels " puisqu'il est souvent possible à d'autres créanciers que le saisissant initial de se joindre à la procédure pour participer aux répartitions. Ainsi l'autorisation de pratiquer l'une de ces saisies sur un bien insaisissable laissera toujours la possibilité aux autres créanciers postérieurs de se greffer sur la procédure.

1106. Le bien insaisissable peut donc constituer un " gage commun " réservé à une communauté restreinte de créanciers, il s'agira alors d'un véritable " gage réservé ". Cette communauté est parfois si restreinte que seul un créancier peut saisir le bien insaisissable. Tel sera le cas en présence de la renonciation à une déclaration d'insaisissabilité au profit d'un seul créancier[1]. Une telle situation résulte aussi des articles 14-2° et 14-4° de la Loi du 9 juillet 1991. La première de ces dispositions prévoit que le fournisseur d'aliments peut saisir les créances alimentaires de son débiteur afin d'être payés des aliments fournis.

La seconde dispose que le vendeur de meubles[2] indispensables à la survie du débiteur peut les saisir bien qu'ils soient en principe insaisissables lorsqu'il s'agit pour lui d'être payé du prix de vente. L'un et l'autre de ces créanciers peuvent donc être les seuls à pouvoir saisir, respectivement, les créances alimentaires du débiteur ou les meubles corporels indispensables à sa survie. Ils sont donc évidemment dans une situation extrêmement favorable puisque tout concours avec d'autres créanciers est exclu. Les biens en cause constituent leur " gage exclusif "[3].

1107. Gage réservé et gage exclusif, ces deux appellations rappellent que les bénéficiaires de dérogations à l'insaisissabilité sont dans une situation privilégiée, encore plus avérée dans le second cas que dans le premier. Ces situations privilégiées résultent du fait que le bien insaisissable semble affecté au règlement de certaines dettes dont peuvent se prévaloir les bénéficiaires des dérogations à l'insaisissabilité[4].

---

[1] Article L. 526-4 C.com., sur cette disposition voir *supra* n° 1085 & suiv.

[2] Sur la détermination du vendeur de meubles, voir *supra* n° 1100 et les références citées.

[3] M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Thèse, Toulouse, Préface M.-H. MONTSERIE-BON, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Tome n° 59, Litec, 2002, p. 381, n° 362.

[4] Ces dérogations à l'insaisissabilité, qu'elles concernent une communauté de créanciers ou un seul d'entre eux, présentent indubitablement un caractère personnel. En l'absence de précisions légales sur ce point, on peut se demander si ce caractère personnel exclut que le bénéfice de ces dérogations soit transmis avec la créance en cause, par exemple à l'occasion d'une saisie ou d'une cession de celle-ci. Plusieurs arguments militent pourtant en sens

Emerge donc, petit à petit, l'idée d'une certaine corrélation entre un actif que représente le bien insaisissable et un certain passif, les dettes dont les bénéficiaires des dérogations sont créanciers. On en vient donc naturellement à se poser la question se savoir si les dérogations à l'insaisissabilité ne constituent pas des atteintes à l'unité du patrimoine voire de véritables patrimoines d'affectation[1]. Cela paraît douteux.

1108. Premièrement, s'agissant des atteintes à l'unité du patrimoine, tout dépend de ce que l'on entend par ce principe. S'il s'agit du principe selon lequel chaque bien du débiteur répond de chacune de ses dettes, il faut convenir que les dérogations à l'insaisissabilité ne constituent pas les seules exceptions à ce principe ! La loi de la course[2] qui constitue l'une des directives déterminantes des droits d'un créancier chirographaire constituerait alors une dérogation à l'unité du patrimoine. Elle aboutit en effet à ce que le bien saisi ne serve qu'à désintéresser le premier saisissant. De ce point de vue, l'unité du patrimoine ne serait véritablement respectée qu'en présence d'une procédure collective organisant un règlement global des créanciers, ce qui suppose qu'individuellement chacun des créanciers se voit privé de la possibilité de se payer en saisissant l'un quelconque des biens de son débiteur[3].

---

contraire. D'une part, d'un point de vue théorique, la dérogation à l'insaisissabilité suppose l'existence du droit de disposer par saisie du bien insaisissable. Or ce droit de disposer nous semble résulter de la créance même. C'est la naissance de la dette elle-même qui, sauf lorsque l'exécution de la créance est incertaine (sur ce point, voir *supra* n° 779 & suiv.) provoque la modification de la relation d'appartenance unissant le débiteur à son bien. Ainsi, à compter de la naissance de la dette, le débiteur doit laisser saisir son bien pour le paiement de cette dette. On comprend alors que la personne du créancier importe peu. Tant que cette dette n'a pas été payée, le débiteur est donc tenu de supporter la saisie du bien. La circonstance que le bien en question ne puisse être saisi pour le paiement d'autres dettes est donc totalement indifférente. Il en résulte que la créance bénéficiant d'une dérogation à l'insaisissabilité permet à son titulaire, quel qu'il soit, de saisir le bien. En opportunité, cette solution se justifie parfaitement. La dérogation à l'insaisissabilité manifeste indubitablement l'affectation du bien insaisissable au paiement d'une créance spécialement identifiée. Il ne serait donc pas opportun de ruiner cette affectation en interdisant la saisie du bien insaisissable au cessionnaire d'une créance bénéficiant d'une dérogation à l'insaisissabilité. Ainsi faut-il admettre en présence d'une déclaration notariée d'insaisissabilité que le cessionnaire d'une créance personnelle ou d'une créance bénéficiant d'une renonciation de la part du déclarant peut saisir les droits immobiliers déclarés insaisissables. La transmission du bénéfice d'une renonciation à l'insaisissabilité a d'ailleurs été expressément consacrée par la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 à l'article L. 526-3 al. 4 *in fine* du Code de commerce.

[1] Voir, se posant la question à propos de la déclaration notariée d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, L. GROSCLAUDE, Voyage au centre de la Terre - A propos de l'insaisissabilité des droits sur la résidence principale, *Dr. fam.*, 2004, n° 1, p. 4 & suiv., spéc. p. 4.

[2] Sur l'article 2284 C.civ. fondement conjoint de la loi de la course et de la loi dite de l'égalité, voir *supra* n° 687 & suiv.

[3] Comp. A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine*, Thèse, Toulouse, préf. D. THOMASSIN, Doctorat et Notariat, Tome 25, Defrénois, 2008, n° 138. Estimant que l'unité du patrimoine recouvre en réalité et l'unicité du patrimoine et son indivisibilité laquelle entraine l'indivisibilité du droit de gage des créanciers (*op. cit.* n° 166 & suiv.), l'auteur estime que les divisions du droit de gage général sont autant de dérogations indirectes à l'unité du patrimoine (*op. cit.* n° 310). Ces divisions du droit de gage général consistent pour l'auteur dans la disparition du caractère indistinctement fongible de certains biens. Cette analyse suppose que l'on admette que les créanciers disposent d'une prérogative globale sur l'actif patrimonial de leur débiteur pris *dans son ensemble*. A la réflexion, il ne nous semble pas qu'une telle prérogative existe. En revanche, il est certain que les créanciers disposent par

En réalité, on peut défendre une lecture beaucoup plus souple du principe de l'unité du patrimoine. Il signifie simplement qu'une personne ne peut être à la tête que d'un seul ensemble constitué par la corrélation d'un actif et d'un passif. Dans ce cas, la question posée par les dérogations à l'insaisissabilité est dorénavant celle du patrimoine d'affectation[1].

1109. Dans un patrimoine d'affectation justement, l'ensemble des biens composant l'actif de ce patrimoine est affecté à un but particulier. En raison de cette affectation particulière, seuls ces biens répondent des dettes nées de la poursuite de ce but. Dans le patrimoine d'affectation, il y a donc l'idée que certains biens répondent de certaines dettes. On retrouve d'ailleurs cette idée dans toutes les hypothèses de dérogations accidentelles à l'insaisissabilité[2].

1110. Cependant le patrimoine d'affectation, en tant qu'universalité de droit suppose une corrélation exacte entre l'actif et le passif. Ainsi, dans un patrimoine d'affectation, les dettes nées de la poursuite de l'activité en cause ne peuvent être payées *que* sur les biens affectés à la poursuite de cette activité[3]. Or cet élément fait irrémédiablement défaut pour les hypothèses de dérogations à l'insaisissabilité. Les créanciers bénéficiant de ces dérogations peuvent saisir les biens insaisissables, certes, mais ils conservent la possibilité de saisir les autres biens du débiteur, les biens qui ne sont pas frappés par l'insaisissabilité.

---

principe du droit de saisir *chacun* des biens de leur débiteur. De ce point de vue, le droit de poursuite des créanciers est donc indubitablement fractionné, il n'est même que la juxtaposition de droits de poursuite distincts portant sur chacun des biens du débiteur. Il ne nous semble donc pas qu'existe un principe d'indivisibilité du droit de gage des créanciers. Le terme même d'indivisibilité opine en notre sens. En effet, si l'on admet l'existence d'une prérogative autonome, le droit de gage général, l'indivisibilité de ce dernier n'apporte rien puisque par essence un droit, sauf le mystérieux concept de démembrement, ne se divise pas. En revanche ce qui peut se diviser et éventuellement être indivisible c'est l'objet d'un droit. Or, l'objet du droit de gage général des créanciers est justement l'actif patrimonial du débiteur. Encore faut-il immédiatement préciser que l'actif patrimonial ne peut-être l'objet d'un droit qu'à un instant donné, à l'instant où l'on envisage la saisie. Ce droit de gage général du créancier n'est donc que son droit de poursuite. Sur ce point, voir *supra* n° 256 & suiv., spéc. n° 258. Et justement l'objet de ce droit de poursuite n'est point indivisible puisque d'ordinaire, sauf l'*exception* des procédures collectives et l'éventuelle possibilité de se joindre à certaines procédures civiles d'exécution, le créancier exerce son droit de poursuite sur un bien individualisé. L'inexistence de l'indivisibilité du " gage " des créanciers peut alors se comprendre comme le reflet d'une indivisibilité du patrimoine peut-être surestimée. Là encore, le terme d'indivisibilité suppose que l'on s'attache à l'objet d'un droit et non point à sa substance. Or, selon nous, il n'est point de droit dont l'objet soit le patrimoine ni même d'ailleurs l'actif du patrimoine. Il n'est qu'une prérogative, l'appartenance, dont la personne dispose sur chacun de ses biens, ses droits, pris de façon divise. L'indivisibilité du patrimoine peut donc être réduite à l'impossibilité pour la personne de compartimenter son patrimoine en différentes corrélations entre un certain actif et un certain passif. L'indivisibilité du patrimoine nous paraît donc recouper le principe de l'unité du patrimoine.

[1] Sur cette distinction entre les atteintes à l'unité du patrimoine, voir A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine*, Thèse, Toulouse, préf. D. THOMASSIN, Doctorat et Notariat, Tome 25, Defrénois, 2008, n° 308 & suiv. et *supra* note précédente.

[2] Sur lesquelles, voir *supra* n° 1043 & suiv.

[3] Voir en ce sens, Ch. LARRROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, Droit civil, Tome I, Economica, 5ème édition, 2006, p. 281, n° 419, " (...) seuls les éléments actifs affectés à une activité déterminée répondent du passif créé à l'occasion de la poursuite de cette activité. "

Il n'y a pas de corrélation exacte de l'actif et du passif entre les dettes grevant les biens insaisissables et ces biens insaisissables. Il n'y a donc pas de patrimoine d'affectation en présence d'une dérogation à l'insaisissabilité[1].

1111. En présence d'une dérogation à l'insaisissabilité, la seule difficulté suscitée en pratique concerne la situation privilégiée des créanciers aptes à se prévaloir de cette dérogation. Cette situation privilégiée n'est pourtant pas constitutive d'un véritable privilège. Restriction partielle au droit de disposer, l'insaisissabilité n'a absolument rien à voir avec la substance du droit de créance s'exerçant contre le bénéficiaire de la restriction.

B) L'absence de modification du droit de créance des saisissants

1112. Si l'on admet que l'insaisissabilité se présente comme une redéfinition de la relation d'appartenance unissant le titulaire du bien insaisissable à ce bien, on dispose d'un outil efficace pour comprendre le mode opératoire des dérogations à l'insaisissabilité. Ainsi, en principe la norme établissant l'insaisissabilité prive les créanciers de la possibilité de disposer du bien insaisissable au nom de leur débiteur.

Encore faut-il préciser que cette norme ne peut opérer que pour l'avenir puisqu'en toute hypothèse, une restriction au droit de disposer ne peut jamais avoir pour effet de remettre en cause le droit de disposer d'un bien déjà existant, qu'il s'agisse du droit de disposer qu'exerce le débiteur[2], ou celui qu'exercent ses créanciers en son nom[3]. En outre, les créanciers confrontés à l'insaisissabilité conservent toutefois la possibilité de disposer par saisie de tous les biens du débiteur qui demeurent saisissables.

1113. En présence d'une dérogation à l'insaisissabilité, la norme établissant cette dérogation permet aux créanciers concernés de disposer par saisie, au nom du débiteur, du bien insaisissable. A ce stade une précision s'impose. L'octroi de cette possibilité à certains créanciers ne doit pas être confondu avec le maintien pour les créanciers antérieurs de la possibilité de disposer par saisie, au nom du débiteur, du bien déjà approprié ayant fait l'objet *a posteriori* d'une insaisissabilité.

Le maintien du droit de poursuite des créanciers antérieurs marque l'impuissance de la norme à défaire une relation d'appartenance déjà constituée. L'octroi d'un nouveau droit de

---

[1] Voir sur ce point, A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine*, Thèse, Toulouse, préf. D. THOMASSIN, Doctorat et Notariat, Tome 25, Defrénois, 2008, n° 420. Comp. S. PIEDELIEVRE, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *J.C.P.*, G, 2003, I, n° 165, p. 1717 & suiv., spéc. n° 4 & suiv.

[2] Sur la caractérisation de ce principe, voir *supra* n° 255 & suiv.

[3] Voir *supra* n° 728 & suiv.

disposer du bien par saisie marque au contraire l'emprise de la norme sur tous les aspects de la relation d'appartenance. La norme peut ainsi restreindre le droit de disposer aussi bien en ce qu'il permet l'aliénation qu'en ce qu'il permet la saisie des biens appartenant au débiteur. Dans cette dernière hypothèse, la norme peut moduler son intervention en octroyant tout de même à certains créanciers la possibilité de saisir les biens insaisissables.

Le maintien et l'octroi du droit de poursuite sur un bien insaisissable ressortissent pourtant d'une même logique dans la mesure où ils placent les créanciers qui en bénéficient dans une situation privilégiée. Pourtant, cette situation privilégiée, qui justifie que l'insaisissabilité constitue une dérogation à la loi de l'égalité[1], ne consiste que dans l'exercice d'un droit de poursuite ordinaire. L'insaisissabilité d'un bien et les dérogations qu'elle supporte ne modifie en rien le droit de créance du saisissant.

La possibilité de saisir un bien insaisissable ne doit donc pas s'analyser techniquement comme un privilège (1).

Par ailleurs, s'agissant de l'*adjonction* du droit de disposer du bien par saisie dont profite le créancier bénéficiaire de la dérogation, il faut relever qu'avant cette adjonction du droit de disposer, le droit de créance était déjà complet. La créance de celui qui subit l'insaisissabilité n'est donc pas une créance diminuée (2).

1) L'absence de privilège des créanciers saisissants

1114. Restriction partielle au droit de disposer, l'insaisissabilité partage avec toutes les autres restrictions au droit de disposer de ne pouvoir être établie que par une norme qui la prescrit ou l'autorise[2]. Cette norme empêche en principe que le droit de poursuite des créanciers s'exerce sur un bien insaisissable. Cependant, elle laisse d'une part subsister les droits de poursuite déjà existants tandis qu'elle permet parfois, par exception, à certains créanciers de saisir le bien insaisissable. Ils peuvent alors en disposer au nom du débiteur afin d'éteindre la dette de ce dernier à leur égard.

1115. Du point de vue de ces créanciers, le bien insaisissable ne se distingue nullement des autres éléments de l'actif patrimonial du débiteur. Le seul effet que l'on puisse ici reconnaître à l'insaisissabilité est de placer ces créanciers dans une situation privilégiée. Le constat n'est

---

[1] Sur cette question, voir *supra* n° 687 & suiv.

[2] Voir sur ce point la formulation de l'article 38 du Décret du 31 juillet 1992: " Tous les biens mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels appartenant au débiteur peuvent faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou d'une mesure conservatoire, si ce n'est dans les cas où la loi *prescrit ou permet* leur insaisissabilité (nous soulignons). "

pas nouveau[1]. On le sait, en principe, l'assiette du droit de poursuite des créanciers, leur droit de gage général, est constituée par l'actif patrimonial du débiteur. L'article 2284 C.civ. ne dit pas autre chose lorsqu'il dispose que chacun est tenu de remplir ses engagements personnels sur tous ses biens, mobiliers et immobiliers, *présents et à venir*. Cela signifie qu'en principe aucune distinction n'est établie entre les créanciers d'une même personne selon la date de naissance de leur créance.

Autrement dit, chaque créancier, à un instant donné, s'expose à subir sur un bien donné du débiteur la concurrence des autres créanciers quand bien même leurs créances seraient nées après la sienne. Heureusement, la rançon de ce concours entre les créanciers, au-delà du temps, est la possibilité pour ce premier créancier d'exercer son droit de poursuite sur les nouveaux biens recueillis par son débiteur, quand bien même ces biens seraient recueillis largement après la date de naissance de sa créance.

1116. L'insaisissabilité établie " cristallise " les droits de poursuite pouvant être exercés sur le bien insaisissable[2]. Seuls subsisteront les droits de poursuite présentant un caractère certain lors de l'établissement de l'insaisissabilité. S'il n'existe qu'un seul créancier dont le droit de poursuite est certain lors de l'établissement de l'insaisissabilité, ce créancier conservera donc seul, la possibilité de saisir le bien malgré l'insaisissabilité. Il sera alors le seul à pouvoir disposer du bien par saisie au nom du débiteur pour pouvoir se désintéresser. Il en va exactement de même lorsque certains créanciers se voient offrir la possibilité de disposer par saisie au nom du débiteur du bien insaisissable, eux seuls pourront saisir le bien insaisissable et se payer sur sa valeur.

1117. Tous ces créanciers pourront obtenir paiement en saisissant un bien demeurant hors d'atteinte de ceux des autres créanciers avec qui ils devaient concourir. Les effets de l'insaisissabilité sont ici très proches de ceux d'un privilège qui constitue le droit pour un créancier, compte tenu de la qualité de sa créance, d'être payé par préférence aux autres créanciers. Cependant, si l'insaisissabilité produit des effets comparables à ceux d'un privilège, elle n'en établit pas un pour autant.

---

[1] M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Thèse, Toulouse, Préface M.-H. MONTSERIE-BON, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Tome n° 59, Litec, 2002, p. 381, n° 362.

[2] A propos de l'idée selon laquelle l'insaisissabilité fige les droits de poursuite s'exerçant sur un bien insaisissable, voir M. SENECHAL, *op. cit.*, n° 400.

Là où le privilège conduit à favoriser certains créanciers à d'autres par égard pour la nature particulière de la créance des premiers[1], les créanciers pouvant surmonter l'insaisissabilité n'exercent qu'un droit de poursuite ordinaire maintenu ou octroyé par la loi.

1118. S'agissant premièrement du maintien d'un droit de poursuite antérieurement acquis, celui-ci ressortit du respect des droits acquis et non de l'octroi d'une faveur par rapport aux autres créanciers comme dans le cas d'un privilège. Il n'y a donc pas de qualité de la créance qui mérite ici une considération particulière, n'importe quelle créance aurait pu être une créance antérieure. La Cour de cassation a d'ailleurs déjà eu l'occasion de trancher une question voisine dans des circonstances pourtant bien plus favorables à la qualification de privilège. L'article 40 de la Loi du 25 janvier 1985, devenu par la suite l'article L. 621-32 C.com. prévoyait que les créanciers dont la créance est née postérieurement à la date du jugement d'ouverture collective bénéficiaient d'une priorité de paiement.

La question s'est posée devant la Cour de cassation de savoir si cette priorité de paiement constituait un privilège au sens où on l'entend traditionnellement. La Cour de cassation ne l'a pas admis[2], estimant que la priorité de paiement en cause " ne dépend pas de la qualité de la créance ", elle " ne constitue donc pas un privilège " au sens de l'article 2095 C.civ, devenu depuis l'article 2324 C.civ. La Cour de cassation a refusé de considérer que la date de naissance de la créance soit cette " qualité de la créance " en considération de laquelle le privilège est octroyé[3].

Concernant le maintien du droit de poursuite des créanciers antérieurs, la date de naissance de la créance ne peut donc pas plus constituer un privilège[4] qu'elle ne le permet à propos de la priorité de paiement autrefois prévue à l'article L. 621-32 C.com[5].

---

[1] Voir en ce sens, l'article 2324 C.civ.: " Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires. "

[2] Cass. Com., 5 janvier 2002, *Bull. civ.*, IV, n° 27.

[3] Voir en ce sens, P. CROCQ, obs. sous Cass. Com., 5 janvier 2002, *R.T.D.civ.*, 2002, p. 337 & 338, spéc. p. 338.

[4] Bien que la jurisprudence ait refusé de considérer la date de naissance de la créance comme une qualité de la créance au sens où l'on entend cette expression lorsque l'on définit les privilèges, il faut bien comprendre que malgré tout, dans d'autres hypothèses, la date de naissance de la créance permet d'individualiser celle-ci par rapport à d'autres. On veut signifier par là qu'une créance antérieure demeure comme telle tant qu'elle n'a pas été payée. Ainsi la circonstance qu'une créance antérieure soit obtenue par cession à titre onéreux, saisie ou n'importe quel autre mode d'acquisition dérivé ne change rien à sa date de naissance : il s'agit toujours d'une créance antérieure. Par conséquent, d'un point de vue juridique, on peut en déduire que le cessionnaire d'une créance antérieure conserve, comme son auteur, la possibilité de saisir le bien insaisissable. Cette solution est par ailleurs opportune puisque l'on ne voit pas en quoi la cession d'une créance change quoi ce soit à la situation du bénéficiaire de l'insaisissabilité : il pouvait de toute façon s'attendre à subir une saisie du bien insaisissable en raison du non-paiement de la créance antérieure.

[5] Cette priorité de paiement est désormais reprise à l'article L. 622-17 & suiv. C.com. ainsi qu'aux articles L. 641-13 & suiv. C.com. Cependant, ces dispositions subordonnent la priorité de paiement au fait que la créance soit née

1119. Si le maintien du droit de poursuite des créanciers antérieurs n'est pas techniquement un privilège, il n'en va pas différemment lorsque certains créanciers se voient octroyer le droit de saisir un bien insaisissable. D'une part, il faut constater que ces créanciers s'ils sont multiples concourent forcément au marc le franc sur le bien insaisissable. Tous bénéficient d'une même adjonction du droit de disposer par saisie au nom du débiteur du bien insaisissable. Il en va notamment ainsi à pour les créanciers personnels de la personne ayant établi une déclaration notariée d'insaisissabilité sur un de ses biens. On en déduit alors que s'il existe des causes légitimes de préférence entre ces créanciers, elles s'appliqueront évidemment : étaient bénéficiaires de dérogations à l'insaisissabilité, ces créanciers sont les uns par rapport aux autres en concours sur le bien[1].

Par ailleurs, et c'est là l'essentiel, le privilège, dérogation à la loi du concours, ne peut se concevoir que pour autant qu'un concours entre les créanciers est envisageable. Or s'agissant tant du maintien d'un droit de poursuite que de l'octroi d'un nouveau droit de poursuite sur le bien insaisissable, il faut constater que les créanciers placés dans une situation privilégiée n'avaient pas vocation à concourir avec les créanciers subissant l'insaisissabilité.

Ainsi, il ne viendrait l'idée à personne de prétendre que les créanciers d'un débiteur bénéficient d'un privilège par rapport aux créanciers du voisin du débiteur. Ici, il en va de même, les créanciers qui subissent l'insaisissabilité n'ont pas de droit de poursuite sur le bien insaisissable, ils n'entrent donc pas en concours avec ceux qui conservent ou qui obtiennent par l'effet de la loi le droit de saisir le bien insaisissable.

1120. Les créanciers antérieurs ne concourent pas avec les créanciers postérieurs à l'insaisissabilité, il n'y a donc point de privilège ! Par ailleurs, les créanciers bénéficiant d'une dérogation à l'insaisissabilité ne bénéficient pas d'un privilège puisqu'il n'était pas envisageable qu'un concours les oppose aux créanciers à qui l'insaisissabilité demeure opposable. Sans concours, il n'y a donc pas de privilège qui vaille. Il n'y a qu'une situation privilégiée. Aucune spécificité ne marque donc la créance générant le droit de poursuite ordinaire exercé sur le bien insaisissable.

" pour les besoins de la procédure (...) ou en contrepartie d'une prestation fournie au cours de cette période ". Elle dépend dorénavant d'une qualité particulière de la créance, il apparaît donc que la définition du privilège fournie à l'article 2324 C.civ. est désormais satisfaite. Voir en ce sens L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés, La Publicité foncière*, Defrénois, 3ème édition, 2008, n° 465. On ne peut toujours pas en dire autant de la faveur, purement contingente, dont bénéficient les créanciers antérieurs en présence d'une insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié.

[1] Sur ce point, voir *supra* n° 1105.

2) Le caractère complet de la créance des saisissants

1121. S'agissant du maintien du droit de poursuite des créanciers antérieurs, dès lors que l'insaisissabilité n'a absolument aucun effet à leur égard, la question d'une éventuelle atteinte à leur droit de créance ne se pose même pas. De la même manière, l'insaisissabilité n'ajoute absolument rien à leur créance qui demeure telle qu'elle était avant l'insaisissabilité, chirographaire ou privilégiée. Cela ne suscite aucune difficulté.

1122. Dans l'hypothèse d'une dérogation à l'insaisissabilité, les créanciers bénéficiant de la dérogation se voient reconnaître la possibilité de poursuivre le débiteur en paiement sur le bien insaisissable. Cet octroi peut lui-même avoir lieu de plein droit ou à l'issue d'une décision judiciaire.

L'octroi de cette possibilité de saisir les biens insaisissables caractérise trois des hypothèses de dérogations à l'insaisissabilité rencontrées. Il s'agit tout d'abord du cas des créanciers personnels du déclarant. Leur droit de poursuite s'exercera ici sur les droits immobiliers[1] ayant fait l'objet de la déclaration notariée d'insaisissabilité. Il s'agit ensuite du créancier d'aliments qui pour le paiement du prix de ceux-ci peut, en vertu de l'article 14-2° de la Loi du 9 juillet 1991, saisir les sommes ou créances à caractère alimentaire. Là encore, on constate que la faculté reconnue aux créanciers ne concerne que le bien dont l'appartenance avait été réduite par l'article 14-2° de la Loi du 9 juillet 1991 : les créances alimentaires. Enfin, bénéficient aussi de cette possibilité de saisir un bien insaisissable les créanciers du prix de vente[2] d'un bien indispensable au débiteur. En vertu de l'article 14-4° de la Loi du 9 juillet 1991, ces derniers peuvent saisir les meubles indispensables au débiteur qu'ils ont eux-mêmes fournis bien que ceux-ci soient en principe insaisissables[3].

L'octroi de la possibilité d'obtenir un paiement par la saisie d'un bien insaisissable peut aussi résulter de l'intervention du juge. C'est notamment ce qui se produit lorsque le juge autorise les " créanciers postérieurs " à saisir un bien stipulé insaisissable[4]. Ce dernier cas est particulièrement stimulant puisqu'il permet d'affiner notre compréhension du mode opératoire de l'insaisissabilité.

---

[1] Sur l'objet de la déclaration notariée d'insaisissabilité, voir *supra* n° 647.
[2] Sur la détermination de ces créanciers, voir *supra* n° 1106.
[3] Article 14-4° de la Loi du 9 juillet 1991.
[4] Rappelons que cette possibilité est offerte par l'article 14-4° de la Loi du 9 juillet 1991.

1123. L'autorisation du juge permet aux créanciers postérieurs de saisir un bien qui demeurait jusque là hors de l'atteinte de leur droit de poursuite[1]. Pourtant, il faut convenir de ce qu'ils étaient déjà créanciers du bénéficiaire de l'insaisissabilité bien avant que le juge n'autorise la saisie du bien insaisissable. Que-veut-on dire par là ? Tout simplement que l'adjonction du droit de disposer par saisie d'un bien particulier, ici le bien insaisissable, est une opération totalement transparente du point de vue du droit de créance dont les créanciers se prévalent. Finalement les créanciers obtenant l'autorisation de saisir un bien insaisissable sont exactement dans la situation des créanciers du débiteur qui reçoit un bien par libéralité. Brusquement, ils obtiennent la possibilité d'exercer leur droit de poursuite sur le bien nouvellement saisissable ou nouvellement entré dans le patrimoine du débiteur. La situation n'est d'ailleurs pas différente lorsque l'insaisissabilité cesse à l'égard de tous les créanciers, pour ces derniers, là encore, c'est comme si le débiteur recevait par libéralité un nouveau bien[2]. Les dérogations à l'insaisissabilité comme les cas de cessation de l'insaisissabilité correspondent donc pour le débiteur à des adjonctions du droit de disposer par saisie du bien insaisissable. Ces adjonctions du droit de disposer du bien par saisie profitent alors à chacun des bénéficiaires de la dérogation ou à tous les créanciers en cas de cessation de l'insaisissabilité.

1124. Cette idée de l'adjonction de droits de disposer par saisie du bien insaisissable suggère elle-même deux remarques. S'agissant tout d'abord d'une reconstitution de la relation d'appartenance unissant le débiteur à son bien, on comprend qu'avant celle-ci les créanciers bénéficiaient déjà de l'intégralité des prérogatives résultant de leur droit de créance. L'insaisissabilité d'un bien ne signifie nullement que le droit de poursuite des créanciers auxquels l'insaisissabilité est opposable soit restreint ou incomplet. Ainsi, les créanciers, malgré l'insaisissabilité d'un bien, peuvent se prévaloir à l'égard de ce bien des garanties générales d'exécution[3]. Il faut donc admettre qu'un créancier peut toujours contester

---

[1] Il résulte de l'article 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991 que le juge n'est pas tenu d'autoriser la saisie des biens stipulés insaisissables. L'article précise en effet que les biens ne peuvent être saisis qu'avec la " permission du juge ".

[2] Voir en ce sens, BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse, Paris, 1902, p. 249, étudiant les effets de la cessation de l'inaliénabilité, l'auteur estime qu'elle entraîne la cessation de l'insaisissabilité, ce qui n'est d'ailleurs guère contestable. Analysant les effets de la cessation de l'insaisissabilité, l'auteur relève alors que " les créanciers retrouvent le plein exercice de leurs droits sur les biens qui en étaient jadis affranchis. C'est comme une acquisition de biens nouveaux dont ils profitent. "

[3] Voir en ce sens, RONGIER, *Les clauses d'insaisissabilité et d'inaliénabilité*, Thèse, Lyon, 1902, p. 44, l'auteur estime ainsi que les créanciers " conservent intact le droit de surveillance et de contrôle sur les actes de leur débiteur, sur le sort qu'il fera subir à ses biens, même à ceux qui sont soustraits à leurs poursuites. Ils peuvent

l'aliénation frauduleuse d'un bien insaisissable. Cela semble logique dans la mesure où l'insaisissabilité d'un bien ne prohibe nullement les actes translatifs relatifs à ce bien[1]. De la même manière, les biens insaisissables ne sont nullement situés en dehors du domaine de l'action oblique[2].

L'insaisissabilité consiste simplement en l'impossibilité pour un créancier de saisir le bien insaisissable en raison de la redéfinition, opérée par une norme, de la relation d'appartenance unissant son débiteur à ce bien. L'insaisissabilité ne fait donc que priver d'objet le droit de poursuite du créancier sans que ce droit de poursuite ne subisse d'autre restriction que celle de n'avoir point pour objet le bien insaisissable.

1125. L'idée de l'adjonction du droit de disposer consécutive à l'avènement d'une dérogation ou à la remise en cause de l'insaisissabilité suggère alors en définitive que l'insaisissabilité n'est techniquement que l'affaire du débiteur. L'insaisissabilité d'un bien concerne uniquement la relation d'appartenance existant entre ce bien et le débiteur. C'est une simple immunité du bien quant au droit de poursuite qu'exercent en principe les créanciers sur les biens de leur débiteur. Insaisissable, un bien ne peut se laisser saisir. Il échappe alors au droit de poursuite des créanciers.

En raison d'une dérogation à l'insaisissabilité, ce bien peut n'être saisissable que par certains créanciers tandis que si l'insaisissabilité cesse, il redeviendra complètement saisissable. La cessation de l'insaisissabilité au profit d'un créancier ou de tous marque la réintégration du bien en cause dans l'assiette du droit de poursuite des créanciers : le bien est désormais susceptible de faire l'objet d'une saisie en raison de la reconstitution de la relation d'appartenance de ce bien. La cessation complète de l'insaisissabilité est un retour à la

---

veiller à ce qu'ils ne soient pas dissipés frauduleusement. " Maintenir un bien insaisissable à l'actif du patrimoine du débiteur permet aux créanciers d'éviter que le débiteur ne grève son patrimoine des dépenses auxquelles les biens insaisissables étaient affectés. Au-delà, on s'aperçoit que le mécanisme de l'action oblique tel que l'auteur le définit justement a vocation à concerner des biens qui sont objectivement en dehors du patrimoine du débiteur. Simple droit de surveillance pouvant s'exercer sur un bien qui n'est même pas encore dans le patrimoine du débiteur on conçoit alors facilement qu'il puisse s'exercer sur un bien qui pour insaisissable qu'il soit n'en est pas moins déjà l'objet d'une relation d'appartenance.

[1] Sur cette question, voir *supra* n° 991 & suiv.

[2] Voir en ce sens, S. CIMAMONTI, *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*, Thèse, Aix-Marseille III, 1990, p. 323. L'auteur relève que l'action oblique, nettement distincte de la saisie, permet de faire entrer dans le patrimoine du débiteur un certain nombre de biens. Cette augmentation de l'actif patrimonial profite alors indirectement mais forcément au créancier. En augmentant l'actif patrimonial, le créancier s'évite en effet que le débiteur ne diminue l'actif saisissable au moyen de dépenses auxquelles étaient normalement affectés les biens insaisissables. On le comprend immédiatement, une telle argumentation ne vaut que pour les biens insaisissables rapides à liquider : les créances de sommes d'argent. En pratique, il est au demeurant fort rare que le débiteur néglige de faire valoir sa qualité de créancier alimentaire. Il y a donc très peu de chances pour que la jurisprudence ait un jour à connaître d'une espèce dans laquelle une action oblique permettrait d'intégrer un bien insaisissable dans le patrimoine du débiteur.

normalité de la relation d'appartenance qui comprend désormais pour le débiteur le droit de disposer de son bien par l'effet d'une saisie que diligenterait n'importe lequel de ses créanciers en exerçant son droit de poursuite.

L'insaisissabilité ne commande donc aucune nature particulière de la créance dont le bénéficiaire de l'insaisissabilité est le débiteur. C'est une créance ordinaire. Il n'y a donc point de créanciers dont la créance soit spécifique en raison de l'insaisissabilité qui frappe les biens de leur débiteur[1]. L'insaisissabilité n'est que l'affaire de leur débiteur et de la relation d'appartenance qui l'unit à chacun des biens composant l'actif de son patrimoine.

[1] Lorsque l'insaisissabilité cesse, le bien *redevient* donc totalement saisissable et les créanciers recouvrent tous sans exception le droit de saisir le bien. Il n'y a donc aucune raison de " classer " les créanciers selon qu'ils ont subi ou non l'insaisissabilité. L'article 2284 C.civ. retrouve donc sa vocation naturelle à s'appliquer avec toutes les dérogations qu'on lui connait !

Conclusion de la Section II

1126. Le plus souvent naturelle, la cessation de l'insaisissabilité est parfois aussi contingente. Il en va ainsi lorsque l'insaisissabilité fait l'objet d'une dérogation.

1127. Les dérogations à l'insaisissabilité ont systématiquement un fondement normatif. Ce fondement normatif des dérogations à l'insaisissabilité découle directement de la qualification qui en est proposée. S'agissant de restrictions au droit de disposer, les insaisissabilités reposent systématiquement sur une norme[1]. Et ce qu'une norme a restreint, seule une norme peut à nouveau l'étendre. Par conséquent, la remise en cause de l'insaisissabilité ne peut résulter d'une simple manifestation de volonté[2]. Ainsi la renonciation à l'insaisissabilité ne peut-elle être mise en œuvre que lorsqu'elle a été prévue et aux conditions auxquelles elle a été prévue[3].

1128. Le caractère normatif de toute dérogation à l'insaisissabilité préside alors naturellement à la détermination du champ d'application des différentes hypothèses de dérogations. En l'absence d'une procédure générale permettant d'obtenir la remise en cause de l'insaisissabilité, la procédure de mainlevée judiciaire de l'insaisissabilité doit rester cantonnée aux seules clauses d'insaisissabilité pour lesquelles elle a été prévue[4]. De la même manière, la faveur bénéficiant à certains créanciers relativement à certains biens insaisissables doit être interprétée restrictivement tant quant aux biens saisissables qu'aux personnes susceptibles de saisir ces biens[5].

1129. Limitativement définis, les bénéficiaires de ces dérogations à l'insaisissabilité sont en revanche placés dans une situation particulièrement favorable. Si une communauté de créanciers peut se prévaloir d'une telle dérogation, le bien insaisissable concerné constituera alors son gage réservé. Si la dérogation ne concerne qu'un créancier, celui-ci bénéficiera alors d'un gage exclusif[6].

1130. La situation de faveur dans laquelle sont placés les créanciers bénéficiant d'un gage réservé ou d'un gage exclusif ne change pourtant absolument rien à la teneur de leur droit de créance. N'étant point en concours avec les créanciers subissant l'insaisissabilité, les

---

[1] Voir *supra* n° 1071 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 1077 & suiv.
[3] Voir *supra* n° 1081 & suiv.
[4] Voir *supra* n° 1089 & suiv.
[5] Voir *supra* n° 1094 & suiv.
[6] Voir *supra* n° 1106.

créanciers bénéficiant de la possibilité de saisir un bien insaisissable ne sont pas techniquement des créanciers privilégiés[1]. Ils concourent d'ailleurs entre eux selon les règles du droit commun telles qu'elles figurent aux articles 2284 et 2285 C.civ.

1131. Si l'existence d'une dérogation à l'insaisissabilité ne constitue pas un privilège à l'égard des créanciers saisissants, il faut par ailleurs constater que l'établissement d'une dérogation à l'insaisissabilité, lorsqu'elle n'est point obtenue de plein droit, n'a nullement pour effet de finaliser un droit de créance par ailleurs incomplet[2]. Malgré l'insaisissabilité, les créanciers conservent une créance ordinaire. La dérogation à l'insaisissabilité ne manifeste que l'adjonction du droit de disposer par la saisie, au nom du débiteur, du bien insaisissable. L'insaisissabilité ne concerne donc aucunement le droit de créance, elle est l'affaire de la relation d'appartenance unissant le débiteur à son bien.

[1] Voir *supra* n° 1114 & suiv.
[2] Voir *supra* n° 1120 & suiv.

Conclusion du Chapitre 2 : L'inefficacité de l'insaisissabilité

1132. L'inefficacité de l'insaisissabilité, point important du régime juridique de celle-ci, peut avoir deux séries de causes distinctes, l'une comme l'autre trouvent leur justification dans la qualification de restriction au droit de disposer.

1133. Ainsi l'insaisissabilité peut-elle s'éteindre naturellement. Ce n'est pas pourtant que sa durée soit intrinsèquement limitée, bien au contraire, l'insaisissabilité, à la différence de l'inaliénabilité, est une restriction au droit de disposer ayant vocation à la perpétuité.
Cela ne signifie pas qu'elle soit systématiquement perpétuelle. Accessoire à une inaliénabilité, elle a vocation à cesser avec celle-ci. Par ailleurs, accessoire ou non, l'insaisissabilité, restriction partielle au droit de disposer, a vocation a disparaître avec la relation d'appartenance qu'elle restreint. Ainsi l'insaisissabilité cesse-t-elle en cas de transmission du bien par décès ou par aliénation entre vifs.

1134. Manifestation de l'emprise d'une norme sur la relation d'appartenance unissant la personne au bien insaisissable, l'insaisissabilité, restriction partielle au droit de disposer, est en outre susceptible d'être remise en cause de façon contingente. La norme ayant établi l'insaisissabilité peut ainsi, de façon exclusive, prévoir un certain nombre de dérogations à celle-ci.
Strictement limitatives, ces dérogations manifestent l'octroi, à ceux qui en bénéficient, de la possibilité de disposer par la voie d'une saisie pour le compte du débiteur de biens pourtant insaisissables. La dérogation à l'insaisissabilité apparaît alors comme la reconstitution partielle ou complète de la relation d'appartenance auparavant amputée. Cette reconstitution de la relation d'appartenance permet subséquemment la réintégration du bien insaisissable au sein de l'assiette du droit de poursuite des créanciers concernés. Il est donc parfaitement logique que ceux-ci soient apparus comme étant placés dans une situation privilégiée : les bénéficiaires de dérogations à l'insaisissabilité peuvent saisir le bien insaisissable sans craindre de concours avec les créanciers auxquels l'insaisissabilité demeure opposable. S'agissant d'une opération ne concernant que la relation d'appartenance unissant le débiteur à son bien, cette dérogation n'a aucune incidence sur la teneur de la créance de celui qui aurait dû subir l'insaisissabilité.

CONCLUSION DU TITRE II

1135. Mécanisme ressortissant de la catégorie des restrictions au droit de disposer, l'insaisissabilité voit son régime juridique innervé par cette qualification. Tout comme l'inaliénabilité, l'insaisissabilité a donc des effets puissants mais ciblés.

A la différence de l'inaliénabilité, simple restriction partielle au droit de disposer, l'insaisissabilité n'est qu'un obstacle à la réalisation d'une saisie. Il a ainsi pu être constaté que l'insaisissabilité, quelle que soit la procédure de saisie en cause, ne pouvait jamais être prise en défaut. Manifestant une atteinte à la relation d'appartenance qui unit la personne à ses biens, l'insaisissabilité prohibe toute aliénation du bien par une saisie qui servirait à désintéresser les créanciers.

Restriction simplement partielle au droit de disposer, l'insaisissabilité n'interdit nullement que le bien insaisissable soit transmis volontairement par le débiteur à un tiers. Le droit de disposer du débiteur est incomplet, il n'est point inexistant. Restriction au droit de disposer, l'insaisissabilité opère au niveau de l'appartenance des biens, des droits. Elle tolère la libre constitution de droits réels ou de droits personnels relatifs au bien insaisissable. D'une efficacité puissante mais ciblée, l'insaisissabilité est aussi un mécanisme susceptible d'être remis en cause.

1136. Bien qu'elle ait vocation à la perpétuité, l'insaisissabilité, cette privation du droit pour le créancier de disposer par saisie des biens du débiteur au nom de ce dernier, cesse pourtant lorsque la relation d'appartenance qu'elle restreint disparaît. Ainsi faut-il constater que la transmission du bien entraîne la disparition de l'insaisissabilité.

Manifestant l'emprise d'une norme sur la relation d'appartenance unissant la personne à ses biens, l'insaisissabilité peut être librement modulée par cette norme. Ainsi est-il possible que la norme établissant l'insaisissabilité lui oppose un certain nombre de dérogations. Ces dérogations s'analysent comme la reconstitution de la relation d'appartenance unissant le débiteur à son bien, ce dont profitent les créanciers bénéficiaires puisque le bien est réintégré au sein de l'assiette de leur droit de poursuite : il devient alors possible qu'une opération de disposition par saisie frappe ce bien. Concernant la simple relation d'appartenance unissant la personne à son bien, l'insaisissabilité n'a par conséquent absolument aucune incidence sur la créance dont la personne serait débitrice.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

1137. L'étude de l'inaliénabilité a révélé l'existence d'une catégorie, les restrictions au droit de disposer, de laquelle il a été possible d'extraire une qualification efficace de l'insaisissabilité. Là où l'inaliénabilité prive celui qui la subit de la totalité de son droit de disposer, il est possible d'admettre que l'insaisissabilité, restriction partielle au droit de disposer, manifeste la privation d'un aspect particulier du droit de disposer, celui que les créanciers, au titre de leur droit de poursuite, mettent en œuvre, disposant ainsi par saisie, au nom de leur débiteur, d'un bien lui appartenant. Admettre la nature spécifique de l'insaisissabilité supposait pourtant par souci méthodologique[1] de vérifier qu'elle méritait d'être tenue pour une restriction au droit de disposer.

1138. Une telle vérification imposait d'abord de caractériser le fondement normatif de l'insaisissabilité. Il est alors apparu que l'insaisissabilité, comme les restrictions au droit de disposer, et ainsi que le suggère l'article 537 C.civ., trouvait systématiquement son fondement dans une norme à caractère législatif. L'insaisissabilité, accessoire d'une inaliénabilité reposait ainsi mécaniquement sur une norme tout comme l'inaliénabilité dont elle dérive. Ce constat ne pouvait être démenti s'agissant des insaisissabilités autonomes. Tantôt prescrites, tantôt simplement permises, les insaisissabilités reposent toujours sur une norme. Vérifier le fondement normatif de l'insaisissabilité imposait pourtant de ne point se contenter d'invoquer le texte sur lequel elle repose. Asseoir la qualification de restriction au droit de disposer supposait d'exclure que l'insaisissabilité puisse avoir un fondement conventionnel. Il est alors apparu que l'insaisissabilité purement conventionnelle n'avait jamais fait l'objet de la moindre consécration jurisprudentielle. Cela n'a pas pu étonner. L'insaisissabilité, dérogation à une disposition impérative, l'article 2284 C.civ., ne pouvait pas reposer sur une simple manifestation de volonté. Le fondement normatif de l'insaisissabilité était désormais assuré.

1139. Reprendre la qualification de restriction au droit de disposer imposait ensuite de vérifier que l'insaisissabilité n'établissait aucune atteinte au droit de poursuite des créanciers. A ce titre, s'agissant des insaisissabilités établies lors de l'appropriation d'un bien, en raison de leur grande proximité avec le mécanisme de l'inaliénabilité, l'absence d'atteinte au droit de poursuite des créanciers a pu être facilement vérifiée. L'existence d'insaisissabilités

[1] Sur la méthodologie ayant guidée notre propos, voir *supra* Introduction, n° X & suiv.

portant sur des biens déjà appropriés aurait pu compliquer l'entreprise. Il n'en a rien été. En effet, s'agissant d'abord des créanciers postérieurs à l'établissement de l'insaisissabilité, ceux-ci ne subissaient pas plus d'atteinte à leur droit de poursuite que les créanciers confrontés à une insaisissabilité établie lors de l'appropriation d'un bien. S'agissant ensuite des créanciers antérieurs, il est apparu qu'en tout état de cause, ceux-ci conservaient la possibilité d'exercer leur droit de poursuite sur le bien insaisissable. Aucune atteinte à leur droit de poursuite n'ayant été caractérisée, la nature de l'insaisissabilité devait désormais être tenue pour certaine.

1140. Ainsi établie, la nature spécifique de l'insaisissabilité pouvait déployer toute ses potentialités, fournissant une explication rationnelle au régime juridique de l'insaisissabilité. Il a donc été constaté que l'insaisissabilité, laquelle ne pouvait jamais permettre qu'une procédure civile d'exécution parvienne à son terme, manifestait l'impossibilité de mettre en œuvre le doit de disposer par le biais d'une saisie du bien insaisissable. Restriction de ce fait partielle au droit de disposer, l'insaisissabilité voit pourtant ses effets puissants concentrés sur la mise en œuvre de cet aspect du droit de disposer. Ainsi n'interdit-elle pas l'aliénation du bien. De la même manière, opérant au stade de la relation d'appartenance, l'insaisissabilité n'a aucune vocation à perturber la libre constitution de droits réels ou personnels relatifs au bien insaisissable.

1141. Restriction au droit de disposer efficace, l'insaisissabilité peut pourtant être réduite à néant. Ainsi, la disparition de la relation d'appartenance dont le droit de disposer est restreint marque indubitablement la fin de l'insaisissabilité. Il ne faut donc pas chercher ailleurs la justification de la cessation naturelle de l'insaisissabilité en cas d'aliénation entre vifs ou à cause de mort. Parfois contingente, l'inefficacité de l'insaisissabilité résulte alors de la mise en œuvre de dérogations à celles-ci. Le fondement des dérogations à l'insaisissabilité repose le caractère normatif de la restriction au droit de disposer. Manifestant l'emprise d'une norme sur la relation d'appartenance unissant la personne à son bien, l'insaisissabilité peut être librement modulée par cette norme. Celle-ci octroira alors aux bénéficiaires des dérogations à l'insaisissabilité, par l'entremise de l'augmentation de l'assiette de leur droit de poursuite, la possibilité de mettre en œuvre le droit de disposer par saisie du bien insaisissable. Une telle dérogation à l'insaisissabilité révèle qu'en définitive, celle-ci ne concerne que le débiteur et la relation d'appartenance qui l'unit à son bien.

CONCLUSION GENERALE

1142. D'un parti pris méthodologique certain[1], cette étude imposait un mouvement dialectique constant et réciproque entre la matérialité des mécanismes étudiés et les qualifications qu'il convenait d'y découvrir. Ce mouvement dialectique constant a permis l'élaboration d'une nouvelle catégorie de mécanismes réunissant deux qualifications distinctes apposées successivement à l'inaliénabilité et à l'insaisissabilité.

1143. Cette nouvelle catégorie n'est autre que celle des restrictions au droit de disposer. Fondée sur le texte même de l'article 537 C.civ., cette nouvelle catégorie en permet une compréhension renouvelée. De cette disposition, on peut tirer que le droit de disposer, en principe complet, peut être modifié par la loi. Une restriction au droit de disposer est donc l'atteinte par l'effet d'une norme à caractère législatif au droit de disposer d'un bien.

Une telle définition suppose alors un parti pris de dogmatique juridique. Il faut admettre que les biens sont l'ensemble des droits patrimoniaux de la personne qui figurent par conséquent à l'actif de son patrimoine. Le droit de propriété, les droits réels, les droits personnels, sont, en tant que droits patrimoniaux, appropriés en vertu d'une relation d'appartenance qui outre l'appropriation va justifier toutes les opérations juridiques qui ont les droits pour objets.

Le droit de disposer, parfois nommé l'*abusus* juridique, est l'un des éléments de la relation d'appartenance qui unit la personne à chacun de ses droits. Le droit de disposer permet la réalisation de l'aliénation et de la saisie, opérations juridiques ayant un droit pour objet. Aliénation et saisie, voilà les deux opérations juridiques qu'interdisent respectivement l'inaliénabilité et l'insaisissabilité.

1144. L'inaliénabilité relève de la catégorie des restrictions au droit de disposer mais parce que le bien inaliénable ne peut être ni aliéné ni saisi, elle est une restriction complète au droit de disposer. En présence d'une inaliénabilité, la relation d'appartenance est donc totalement amputée du droit de disposer.

L'insaisissabilité appartient aussi à la catégorie des restrictions au droit de disposer mais parce que le bien insaisissable ne peut être saisi, elle n'est qu'une restriction partielle au droit au droit de disposer. Le droit de disposer du bien insaisissable subsiste mais il est amputé du droit de disposer du bien par saisie.

---

[1] Voir *supra* Introduction n° X & suiv.

Dans l'un et l'autre cas, bien qu'elle soit diminuée, la relation d'appartenance unissant la personne au bien inaliénable ou insaisissable subsiste sinon le bien ne serait plus dans le patrimoine de la personne.

1145. En vertu de l'article 537 C.civ., de telles atteintes à la relation d'appartenance unissant la personne à son bien résultent systématiquement d'une norme qui prescrit ou permet simplement la restriction au droit de disposer.

En outre, ces atteintes à la relation d'appartenance ne peuvent porter atteinte au droit de poursuite des créanciers. Il en résulte qu'en raison de l'insaisissabilité qui l'accompagne forcément l'inaliénabilité ne peut être établie qu'au moment où la relation d'appartenance se constitue : lors de l'acquisition du bien.

Il n'en va pas différemment en matière d'insaisissabilité. Cette restriction partielle au droit de disposer ne remet nullement en cause le droit de poursuite des créanciers lorsqu'elle est établie au moment de l'appropriation d'un bien. Lorsqu'elle est établie sur un bien déjà approprié, les mécanismes de garantie du droit de poursuite des créanciers antérieurs conduisent au même constat. Ainsi lorsque l'insaisissabilité est établie alors que ceux-ci ont déjà acquis un droit de poursuite sur le bien insaisissable, aucune insaisissabilité ne les prive de celui-ci car la relation d'appartenance du débiteur contenait déjà, à leur profit, le droit de disposer par saisie du bien concerné.

1146. Une fois établies, ces restrictions au droit de disposer relèvent de régimes juridiques spécifiques. Restriction complète au droit de disposer, l'inaliénabilité interdit tous les actes de mise en œuvre du droit de disposer. Ces actes de mise en œuvre du droit de disposer sont frappés de nullité en raison de l'absence de droit de disposer de leur auteur. L'inaliénabilité n'interdit pourtant que les actes de mise en œuvre du droit de disposer. Elle n'interdit donc pas la prescription extinctive ou acquisitive du droit inaliénable. Elle n'interdit pas plus l'abandon du droit inaliénable.

Restriction partielle au droit de disposer, l'insaisissabilité interdit simplement mais totalement la saisie. Le droit de disposer incomplet qui demeure justifie qu'à la différence d'une inaliénabilité, l'insaisissabilité n'interdise pas l'aliénation du bien.

Opérant toutes deux au stade de la relation d'appartenance, l'inaliénabilité et l'insaisissabilité n'interdisent pas la constitution de droits personnels ou de droits réels, tant principaux qu'accessoires, qui eux, relèvent de la mise en œuvre du droit inaliénable.

1147. Lorsque leur durée n'est pas limitée, l'inaliénabilité et l'insaisissabilité cessent à la mort de la personne dont l'appartenance est réduite. La mort marque la fin de la relation

d'appartenance unissant la personne à ses biens, elle entraîne donc la disparition de la relation d'appartenance amputée par la restriction au droit de disposer. Il en va de même en cas d'aliénation du bien simplement insaisissable, l'aliénation imposant la constitution d'une nouvelle relation d'appartenance, en l'absence de norme restreignant celle-ci, l'insaisissabilité disparaît.

1148. Au-delà de ces causes naturelles de cessation des restrictions au droit de disposer, celles-ci cessent en outre lorsqu'elles sont remises en cause par le biais de procédures spécifiques. Ces procédures contredisant le commandement de la norme ayant établi la restriction au droit de disposer doivent elles aussi être fondées sur une norme et interprétées restrictivement.

Ainsi l'action en mainlevée des clauses d'inaliénabilité conduit-elle à la reconstitution intégrale de la relation d'appartenance unissant la personne à son bien.

De la même manière, l'insaisissabilité peut être remise en cause ponctuellement. Ainsi certains créanciers bénéficient-ils de dérogations à l'insaisissabilité. Ces dérogations à l'insaisissabilité révèlent l'emprise de la norme sur la relation d'appartenance, permettant ainsi à certains créanciers de disposer par saisie, au nom du débiteur du bien insaisissable. Placés dans une situation privilégiée, ces créanciers restent cependant des créanciers ordinaires, l'insaisissabilité ne modifie en rien leur créance, elle reste l'affaire de la relation d'appartenance unissant le débiteur à son bien.

1149. Inaliénabilité et insaisissabilité manifestent donc toutes deux une restriction au droit de disposer, ce que révèlent les convergences que l'on peut constater tant du point de vue de leur mode opératoire que de leurs effets. Cette convergence demeure cependant mesurée, bien qu'appartenant à la même catégorie, inaliénabilité et insaisissabilité constituent deux restrictions au droit de disposer distinctes, là où la première est complète, la seconde n'est que partielle.

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITES, OUVRAGES GENERAUX ET MANUELS CITES

ATIAS (Ch.), *Les biens*, Droit civil, Litec, 9ème édition, 2007

AUBERT (J.L.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, U-Droit, Armand Colin, 11ème édition, Paris, 2006

AUBRY et RAU, *Droit civil Français*, T. IX, par ESMEIN, 6ème édition, Librairies techniques, 1953

AYNES (L.), P. CROCQ, *les sûretés, La publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 3ème édition, 2008

AZEMA (J.), J-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis, Dalloz, 6ème édition, 2006

BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique*, Thémis, Droit privé, PUF, 2001

BERGEL (J.-L.), M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Les biens*, Traité de droit civil, Dir. J. GHESTIN, L.G.D.J., 2000

CABRILLAC (M.), Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 7ème édition, 2007

CARBONNIER,

-*Les biens*, Droit civil, Tome 3, PUF, 18ème édition refondue, 1998

-*Les biens*, Droit civil, Tome 3, PUF, 19ème édition refondue, 2000

-*Les obligations*, Droit civil, Tome 4, PUF, 22ème édition refondue, 2000

CARON (Ch.), H. LECUYER, *Le droit des biens*, Connaissance du droit, Dalloz, 1ère édition, 2002

CHABAS (Fr.), *Introduction à l'étude du droit*, Leçons de droit civil, Tome I, vol. 1, Montchrestien, 11ème édition, 1996

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Tome 2, Domat, Droit public, Montchrestien, 14ème édition, 2000

CORNU (G.), *Droit civil - Les biens*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 13ème édition, 2007

COUCHEZ (G.),

-*Voies d'exécution*, U-Droit, Armand Colin, 8ème édition, 2005

-*Voies d'exécution*, U-Droit, Armand Colin, 9ème édition, 2007

COZIAN (M.), A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Manuel, Litec, 20ème édition, 2007

CUCHE, *Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution*, Petits Précis, Dalloz, 6ème édition, 1949

DELEBECQUE (Ph.), M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, Tome 2, L.G.D.J., 16ème édition, 2000

DEMOGUE,

-*Traité des obligations en général*, Tome 1, Rousseau, Paris, 1921

-*Traité des obligations en général*, Tome 2, Rousseau, Paris, 1923

DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon,* Tome IX, 4ème édition, Durand-Hachette, 1870

DONNIER (M.), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, 4ème édition, 1996

FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations*, Thémis, Droit privé, PUF, 2004

FAVOREU (L.), L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13ème édition, 2005

FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, Litec, 4ème édition, 2006

FLOUR (J.), G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, P.U.F., 2ème éd., 2001

FLOUR (J.), J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Le rapport d'obligation*, Les obligations, Tome 3, Droit civil, U-Droit, Armand Colin, 5ème édition, 2007

FRANÇOIS (J.), *Les obligations, Régime général,* Droit civil, Tome IV, Economica, 1ère édition, 2000

FRISON-ROCHE (M.-A.), M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Précis, Dalloz, 1ère édition, 2006

GARSONNET, Ch. CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Tome 4, Volume I, Sirey, 3ème édition, Paris, 1913

GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, réédition, Dalloz, 2002

GAUTIER (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, Droit civil, PUF, 6ème édition, 2007

GERMAIN (M.), L. VOGEL, *Traité de droit commercial*, Tome 1, L.G.D.J., 17ème édition, 1998

GLASSON, R. MOREL, A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Tome IV, Sirey, 3ème édition, 1932

G**RIMALDI (M.)**,

-*Libéralités, Partages d'ascendants*, Droit civil, Litec, 1ère édition, 2000

-*Successions*, Droit civil, Litec, 6ème édition, 2001

GUYON (Y.), *Les sociétés - Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Traité des contrats, L.G.D.J., 5ème édition, 2002

HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Tome IV, Pichon, Paris, 1893

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Méthodes du droit, Dalloz, 6ème édition, 2006

JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français,* Tome I, Sirey, 3ème édition, 1938

JOURDAIN (P.), *Les biens*, Dalloz, 1995

LARROUMET (Ch.),

-*Introduction à l'étude du droit privé*, Droit civil, Tome I, Economica, 5ème édition, 2006

-*Les biens - Droits réels principaux*, Droit civil, Tome II, Economica, 5ème édition, 2006

-*Les obligations, Le contrat, Conditions de formation*, Droit civil, Tome III, 1ère Partie, Economica, 6ème édition, 2007

-*Les obligations, Le contrat, Effets*, Droit civil, Tome III, 2ème Partie, Economica, 6ème édition, 2007

LEVY (J.-P.), A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis, Dalloz, 1ère édition, 2002

MALAURIE (Ph.),

-*Les personnes - Les incapacités*, Defrénois, 3ème édition, 2007

-*Les successions - Les libéralités*, Droit civil, Defrénois, 2ème édition, 2006

MALAURIE (Ph.), L. AYNES, *Les biens*, Droit civil, Defrénois, 3ème édition, 2007

MALAURIE (Ph.), L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Droit civil, 3ème édition, 2007

MALAURIE-VIGNAL (M.),

-*Droit de la concurrence interne et communautaire*, Sirey Université, 4ème édition, 2008

-*Droit de la distribution*, Sirey Université, 1ère édition, 2006

MARTY (G.), P. RAYNAUD,

-*Les biens*, Droit civil, Sirey, 2ème édition, 1980

-*Les successions et les libéralités*, Droit civil, Sirey, 1ère édition, 1983

-*Les sûretés, La publicité foncière*, Droit civil, 1er volume, Sirey, 1971

MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *Les biens*, Sirey, 2006

MERLE (Ph.), *Droit commercial, sociétés commerciales*, Précis, Dalloz, 10ème édition, 2005

OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Précis, Dalloz, 1999

PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, 2ème édition, PUF, 1997

PERROT (R.), Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2ème édition, 2005

PICOD (Y.), *Sûretés, Publicité foncière*, Leçons de droit civil, Tome III, volume 1er, Montchrestien, 7ème édition, 1999

PIEDELIEVRE (S.), *La publicité foncière*, Traité de droit civil, Dir. J. GHESTIN, L.G.D.J., 1ère édition, 1999

PLANIOL,

-*Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, Pichon, 1ère édition, 1900

-*Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, L.G.D.J., 4ème édition, 1906

ROLAND (H.), L. BOYER,

-*Adages du droit français*, Litec, 4ème édition, 1999

-*Introduction au droit*, Litec, 1ère édition, 2002

SEUBE (J.-B.), *Droit des sûretés*, Cours, Dalloz, 3ème édition, 2006

SIMLER (Ph.), Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière,* Précis, Dalloz, 5ème édition, 2007

STRICKLER (Y.), *Les biens*, Thémis, PUF, 1ère édition, 2006, p. 365, n° 258.

SUDRE (Fr.), J-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINOVA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Thémis, PUF, 2003

TERRE (Fr.), *Introduction générale au droit*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006

TERRE (Fr.), D. FENOUILLET, *Les personnes, La famille, Les incapacités*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2005

TERRE (Fr.), Y. LEQUETTE,

-*Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, Dalloz, 12ème édition, 2007

-*Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 11ème édition, 2000

TERRE (Fr.), Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis, Dalloz, 7ème édition, 2006

TERRE (Fr.), Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis, Dalloz, 9ème édition, 2005

THERY (Ph.), *Sûretés et publicité foncière*, P.U.F., 2ème édition, 1997

VINCENT (J.), S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, *Les institutions judiciaires*, Précis, Dalloz, 8ème édition, 2005

WEIL, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 1971

ZENATI-CASTAING (Fr.), Th. REVET,

-*Les biens*, PUF, 3ème édition, 2008

-*Manuel de droit des personnes*, PUF, 1ère édition, 2006

II. THESES, MONOGRAPHIES CITEES

ACHARD, *Des clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors des cas où la loi le permet expressément*, Thèse, Grenoble, 1910

ANSAULT (J.-J.), *Le cautionnement réel*, Thèse Paris II, 2006

AVOUT (d') (L.), *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens,* Thèse Paris II, Préf. H. SYNVET, Recherches juridiques, Tome 12, Economica, 2006

AYNES (A.), *Le droit de rétention - Unité ou pluralité,* Thèse Paris II, Préf. Ch. LARROUMET, Recherches juridiques, Tome 11, Economica, 2005

BANDRAC (M.), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Thèse Paris II, Economica, 1986

BERLIOZ (P.), *La notion de bien*, Thèse Paris I, Préf. L. AYNES, L.G.D.J., 2007

BERRA (D.), *Le principe de libre disposition des biens en droit civil - Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, Thèse, Nancy, 1969

BEYNEIX (I.), *Contribution à l'étude de la notion d'indisponibilité en droit patrimonial*, Thèse, Paris I, 2004

BLANLUET (G.), *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit civil et du droit fiscal*, Thèse Paris II, Préf. P. CATALA, Av.-propos M. COZIAN, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 313, L.G.D.J., 1999

BOFFA (R.), *La destination de la chose*, Thèse Montpellier I, Préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Doctorat et Notariat, Tome 32, Defrénois, 2008

BRENNER (C.) (Dir.), *Le droit de l'exécution forcée entre mythe et réalité*, Editions juridiques et techniques, 2007

BRETONNEAU, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, Thèse Paris, 1902

CAMENSULI-FEUILLARD (L.), *La dimension collective des procédures civiles d'exécution – Contribution à la définition de la notion de procédure collective*, Thèse Nantes, 2006, Préf. Y. DESDEVISES, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Tome 73, Dalloz, 2008

CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, 3ème édition, 1927

CARBONNIER, (Dir.), *Travaux de l'association Henri Capitant*, 1963, Journées Françaises, Les renonciations au bénéfice de la loi, p. 264 & suiv.

CHAABAN (R.), *La caducité des actes juridiques – Etude de droit civil*, Thèse, Paris II, Préf. Y. LEQUETTE, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 445, L.G.D.J., 2006

CHENEDE (Fr.), *Les commutations en droit privé - Contribution à la théorie générale des obligations*, Thèse Paris II, préf. A. GHOZI, Recherches juridiques, Tome 17, Economica, 2008

CIMAMONTI (S.), *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*, Thèse, Aix-Marseille III, 1990

CROCQ (P.), *Propriété et garantie*, Thèse, Paris II, Préf. M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 248, L.G.D.J., 1995

DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952

DANOS (Fr.), *Propriété, possession et opposabilité*, Thèse Paris I, Préf. L. AYNES, Recherches juridiques, Tome 15, Economica, 2007.

DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, L.G.D.J., 1911, rééd., Editions La mémoire du droit, 2001

DESHAYES (O.), *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, Thèse Paris I, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Tome 5, L.G.D.J., 2004

DREYFUS-NETTER (I.), *Les manifestations de volonté abdicatives*, Thèse, Strasbourg, Préf. A. RIEG, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 185, L.G.D.J., 1985

DUPICHOT (Ph.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Thèse, Paris II, Préf. M. GRIMALDI, Editions Panthéon-Assas, 2005

EMERICH (Y.), *La propriété des créances - Approche comparative*, Thèse, Lyon III, Préf. Fr. ZENATI-CASTAING, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 469, L.G.D.J., 2007

FROMION-HEBRARD (B.), *Essai sur le patrimoine en droit privé*, Thèse, Paris II, 1998

GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, Thèse, Paris I, Préf. G. CORNU, Economica, 1985

GINOSSAR (Sh.),

-Droit réel, propriété et créance – Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, L.G.D.J., 1960

-Liberté contractuelle et respect des droits des tiers – Emergence du délit civil de fraude, L.G.D.J., 1963.

GOYARD-FABRE (S.), *Philosophie critique et raison juridique*, Thémis, Philosophie, PUF, 2004

GRIMALDI (M.), *La nature juridique de l'institution contractuelle*, Thèse dactylographiée, Paris II, 1977

GUINCHARD (S.), *L'affectation des biens en droit privé français*, Thèse, Lyon III, Préf. R. NERSON, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 145, L.G.D.J., 1976

HEGEL, *La phénoménologie de l'esprit - Préface Introduction*, Trad. B. BOURGEOIS, Bibliothèque des textes philosophiques, Librairie philosophique J. Vrin, 1997

HIEZ (D.), *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, Thèse, Paris XII, Préf. Ph. JESTAZ, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 399, L.G.D.J., 2003

HUGUENEY, *Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, Thèse, Dijon, 1910

HUSSERL,

-*Idées directrices pour une phénoménologie*, Trad. P. RICOEUR, Gallimard, 1985, p. 1.

-*L'idée de la phénoménologie*, Trad. A. LOWIT, Epiméthée, PUF, 2004

JESTAZ (Ph.), *Autour du droit civil - Ecrits dispersés, Idées convergentes*, Dalloz, 2005

JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit* privé, Dalloz, 1928

JUILLET (Ch.), *Les accessoires de la créance*, Thèse Paris II, 2007

KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 2007

LEVIS (M.), *L'opposabilité du droit réel*, Thèse Paris II, préface P. RAYNAUD, Economica, 1989

LOTTI (B.), *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte*, Thèse dactylographiée, Paris XI, 1999

LUCAS (F.-X.) et H. LECUYER (Dir.), *La réforme des procédures collectives*, L.G.D.J., 2006

MALRIC, *De la défense d'aliéner ou clause d'inaliénabilité dans les transmissions de propriété*, Thèse, Toulouse, 1908

MERLAUT, *La clause d'insaisissabilité - Ses rapports avec la clause d'inaliénabilité*, Thèse, Bordeaux, 1907

MOINE (I.), *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, Thèse Paris I, Préface E. LOQUIN, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 271, L.G.D.J, 1997

MOLFESSIS (N.), *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, Thèse, Paris II, Préf. M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 287, L.G.D.J., 1997

MOLFESSIS (N.) (dir.), *Les revirements de jurisprudence - Rapport remis à Monsieur le premier Président Guy Canivet*, Litec, 2005

MONTAGNE (L.), *Le principe de libre circulation des biens en droit civil* (*Contribution à son étude*), Thèse, Montpellier I, 2000

MOYSAN (H.), *Le droit de propriété des personnes publiques*, Thèse, Paris II, Préf. D. TRUCHET, Bibliothèque de droit public, Tome n° 291, 1999

PARIENTE-BUTTERLIN (I.), *Le droit, la norme et le réel*, Quadrige, PUF, 1ère édition, 2005

PLANCKEEL (Fr.),

-*Le créancier face à une clause d'inaliénabilité*, mémoire de D.EA., Lille II, 1999

-*Indisponibilités et théories du droit*. *Contribution à la redéfinition du système juridique*, Thèse, Lille II, 2004

PAUL (Fr.), *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, Thèse, Paris I, Préf. J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 377, L.G.D.J., 2002

PRODAN, *Essai d'une théorie générale des droits réels*, Thèse dactylographiée, Paris, 1909

RAYNAUD (B.), *La stipulation d'indisponibilité*, Thèse, Clermont Ferrand, Préf. Y CHAPUT, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2004

REINACH, *Les fondements* a priori *du droit civil*, Trad. R. De CALAN, Vrin, 2004

REISACHER, *Les restrictions au droit de disposer relatives au régime foncier d'Alsace-Lorraine*, Thèse, Strasbourg, 1934

RICOEUR, *A l'école de la phénoménologie*, Bibliothèque de l'histoire de la philosophie, Vrin, 2004

RONGIER, *Clauses d'insaisissabilité et d'inaliénabilité*, Thèse, Paris, 1902

SAIGNAT, *De la clause portant défense d'aliéner*, Thèse, Bordeaux, 1896

SEKFALI (Z.), *Droit des financements structurés*, Préf. J.-M. MATTOUT, Revue Banque Edition, 2004

SENECHAL (M.), *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Thèse, Toulouse, Préf. M.-H. MONTSERIE-BON, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Tome n° 59, Litec, 2002

THOMAT-RAYNAUD (A.-L.), *L'unité du patrimoine*, Thèse, Toulouse, préf. D. THOMASSIN, Doctorat et Notariat, Tome 25, Defrénois, 2008

TOSI (I.), *Acte translatif et titularité des droits*, Thèse, Montpellier I, Préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 471, L.G.D.J., 2006

VASILESCO, *Des clauses d'inaliénabilité - De leur validité et de leurs effets*, Thèse, Paris, 1920

VILLEY (M.),

-*Critique de la pensée juridique moderne - Douze autres essais*, Dalloz, 1976

-*La formation de la pensée juridique moderne*, Préf. S. RIALS, Léviathan, PUF, 2003

-*Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2nde édition, 1962, réédition, 2002

XIFARAS (M.), *La propriété - Etude de philosophie du droit*, PUF, 2004

YOLKA (Ph.), *La propriété publique - Eléments pour une théorie*, Thèse, Paris II, Préf. Y. GAUDEMET, Bibliothèque de Droit public, Tome n° 191, L.G.D.J., 1997

ZATTARA (A.-F.), *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, Thèse, Préf. R. CABRILLAC, Bibliothèque de droit privé, Tome n° 351, L.G.D.J., 2001

ZENATI (Fr.), *Essai sur la nature juridique de la propriété - Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Université Jean Moulin, 1981

III. ARTICLES ET CHRONIQUES CITES

AMSELEK (P.),

-La part de la science dans les activités des juristes, *D.*, 1997, Chr., p. 336 & suiv.

-La phénoménologie et le droit, *Arch. Phil. Droit*, Tome XVII, Sirey, 1972, p. 185 & suiv.

AUBERT (J.-L.), Le droit de disposer de l'immeuble, *Etudes Jacques Flour*, 1980, p. 1 & suiv.

AUTEM (D.), L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *Defrénois*, 2004, n° 37890, p. 327 & suiv.

AYNES (L.), Rapport de synthèse, *P.A.*, 9 novembre 2004, p. 61 & suiv.

BEGUIN (K.), Biens de tous, biens de personne – Approches historiques et juridiques de l'indisponibilité, Journées d'études de l'Ecole doctorale, Introduction, *Revue Hypothèses*, Publications de la Sorbonne, 2006, p. 371 & suiv.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive, *P.A.*, 9 novembre 2004, p. 41 & suiv.

BERAUD, L'indisponibilité juridique, *D.*, 1952, Chr., p 187 & suiv.

BERGEL (J.-L.), Différence de nature = différence de régime, *R.T.D.civ.*, 1984, p. 255 & suiv.

BOUCHARD (V.), Pour une définition de la notion de charge en droit privé, *P.A.*, 24 juillet 2002, n° 147, p. 4 & suiv.

BOUDOT (M.), *Rep. civ.*, Dalloz, *V°* Bien de famille, 2002.

BOURDILLAT (J.-J.), Les conditions de la saisie, Réforme de la saisie immobilière et de la distribution du prix de vente, Dossier spéc., *D.*, 2007, n° 4, p. 235 & suiv.

BRENNER (C.), La saisie immobilière version 2006, *Droit et patrimoine*, Février 2007, n° 157, p. 26 & suiv.

BRETON, Théorie générale de la renonciation aux droits réels - Le déguerpissement en droit civil Français, *R.T.D.civ.*, 1928, p. 261 & suiv.

CABRILLAC, Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers, *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 31 & suiv.,

CATALA (P.), La transformation du patrimoine en droit civil moderne, *R.T.D. civ.*, 1966, p. 185 & suiv.

CHAPUT (Y.),

-Les sûretés négatives, *Annales de la faculté de droit de Clermont-Ferrand*, 1974, Fasc. 11, p. 167 & suiv.

-Sûretés négatives, *Jurisclasseur Banque et crédit*, Fascicule 790, 1990

CHERON (A.), La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité : sa logique – ses limites, *R.T.D.civ.*, 1906, p. 339 & suiv.

CIMAMONTI (S.), *Jurisclasseur civil*, Biens insaisissables, Fascicule 2170, 1993

CORVEST (H.), L'inaliénabilité conventionnelle, *Defrénois*, 1979, n° 32126, p. 1377 & suiv.

CROCQ (P.),

-L'efficacité incertaine de la cession Dailly, *Dr. et Pat.*, 2002, n° 106, Juillet-Août, p. 80 & suiv.

-La collectivisation de l'exécution forcée, *in* C. BRENNER (Dir.), *Le droit de l'exécution forcée entre mythe et réalité*, Editions juridiques et techniques, 2007**,** p. 83 & suiv.

DABIN, Une nouvelle définition du droit réel, *R.T.D. civ.*, 1962, p. 20 & suiv.

DAGOT (M.), L'aliénation de la résidence principale et le report de l'insaisissabilité initiale, *J.C.P.*, (N), 2004, I, 1084, p. 323 & suiv.

DAURIAC (I.), Le sort de la créance du délégant sur le délégué au cours de la délégation, *Defrénois*, 1997, n° 36664, p. 1169 & suiv.

De BERMOND De VAUX (J.-M.), Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire, *Rev. soc.*,1990, p. 221 & suiv.

DELEBECQUE (Ph.), Les nouvelles procédures civiles d'exécution, *R.T.D.civ.*, *La réforme des procédures civiles d'exécution*, n° spécial, Sirey, 1993, p. 15 & suiv.

DELPECH (X.), Modernisation de l'économie : adoption du texte par les députés, *D.*, 2008, p. 1604 & suiv.

De VAREILLES-SOMMIERES, La définition et la notion juridique de propriété, *R.T.D.civ.*, 1905, p. 443 & suiv.

De VISSCHER, Du *jus abutendi*, *R.T.D.civ.*, 1913, p. 337 & suiv.

DROSS (W.), Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil, *R.T.D.civ.*, 2006, p. 27 & suiv.

ENDREO (G.), Fait générateur des créances et échanges économiques**,** *R.T.D.com.*, 1984, p. 224 & suiv.

FABRE-MAGNAN (M.), Propriété, patrimoine et lien social, *R.T.D.civ.*, 1997, p. 583 & suiv

FRISON-ROCHE (M.-A.), La théorie de l'action comme principe de l'application dans le temps des jurisprudences, *R.T.D.civ.*, 2005, p. 310 & suiv.

GARDIES (J.-L.), Le droit, l' " a priori " et l'expérience, *Arch. Philo. Droit.*, Tome VII, Sirey, 1962, 171 & suiv.

GOBERT (M.), La publicité foncière française, cette mal-aimée, *Etudes Jacques Flour*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 209 & suiv.

GROSCLAUDE (L.), Voyage au centre de la Terre, à propos de l'insaisissabilité des droits sur la résidence principale, *Dr. Fam.*, 2004, Chr., n° 1, p. 4 & suiv.

GUIHO (P.), Les actes de disposition sur la chose d'autrui, *R.T.D.civ.*, 1954, p. 1 & suiv.

GUYON (Y.), L'inaliénabilité en droit commercial, *Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 267 & suiv.

JEANTIN (M.), Les associés de la S.A.S., *Rev. soc.*, 1994, p. 233, n° 32 *in fine*.

LAVIALLE (Ch.), Regards sur l'appropriation publique, *Qu'en est-il de la propriété - L'appropriation en débat*, Colloque des 27 et 28 octobre 2005, Dir. D. TOMASIN, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 225 & suiv.

LE CORRE (P.-M.), Protection de l'entrepreneur individuel et déclaration d'insaisissabilité. A propos de la loi pour l'initiative économique du 1er août 2003, *A.J.D.I.*, 2004, p. 179 & suiv.

LEBORGNE (A.), Les formalités et actes préparatoires, Réforme de la saisie immobilière et de la distribution du prix de vente, Dossier spéc., *D.*, 2007, n° 4, p. 238 & suiv.

LECUYER (H.),

-Assurance-vie, libéralité et droit des successions, *Dr. famille*, mai 1998, Chr. n° 7, p. 4 & suiv.

-Le contrat, acte de prévision, *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 643 & suiv.

- Redéfinir et définir les biens ?, *J.C.P.* (G), Numéro historique, Hors-série, Cahier n° 2, 2008, p. 50

LIBCHABER (R.),

-L'usufruit des créances existe-t-il ?, *R.T.D.civ.*, 1997, p. 615 & suiv.

-Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés, *Rev. Sociétés*, 1995, p. 437 & suiv.

-La recodification du droit des biens, *Le Code civil 1804 – 2004, Livre du bicentenaire*, Litec, p. 297 & suiv.

LICARI (F.-X.), L'incessibilité conventionnelle de la créance, *R. J. Com.*, 2002, p. 66 & suiv. et p. 101 & suiv.

MARTIN (D.R.), De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux), *D.*, 1996, Chr., p. 47 & suiv.

MARKESINIS Sir (B.), Constructions de systèmes et résolution de problèmes concrets, *R.T.D.civ.*, 2005, p. 47 & suiv.

MAYER (D.), A propos d'un rajeunissement néfaste : celui des textes sur l'insaisissabilité, *D.*, 1977, Chr., p. 271 & 272.

MONEGER (J.), La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : libres propos et images marines, *R.T.D.civ.*, 2005, p. 323 & suiv.

MONSERIE-BON (M.-H.), L'insaisissabilité de la résidence principale : ordre et désordre dans le rôle de la publicité, *Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 387 & suiv.

NIORT (J.-Fr.), Le Code civil dans la mêlée politique et sociale – Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national, *R.T.D.civ.*, 2005, p. 257 & suiv.

ORTSCHEIDT (P.), *Jurisclasseur civil*, Prescription, Fascicule L, articles 2279 et 2280, 1984

PANSIER (F.-J.), L'audience d'orientation, Réforme de la saisie immobilière et de la distribution du prix de vente, Dossier spéc., *D.*, 2007, n° 4, p. 243 & suiv.

PEROCHON (Fr.), Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence..., *Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 409 & suiv.

PIEDELIEVRE (S.), L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *J.C.P.*, (G), 2003, I, n° 165, p. 1717 & suiv

POULANTZAS (N.R.), Notes sur la phénoménologie et l'existentialisme juridique, *Arch. Phil. Droit,* Tome VIII, Sirey, 1963, p. 213 & suiv.

PUTMAN (E.), Rapport introductif, *P.A.*, 9 novembre 2004, p. 3 & suiv.

RAISON (A.), Des clauses d'inaliénabilité dans les contrats à titre onéreux, *J. not.*, 1954, p. 121 & suiv.

RAYNAUD (P.), Les renonciations à un droit, *R.T.D.civ.*, 1936, p. 763 & suiv.

RIVERO, Apologie pour les " faiseurs de système ", *D.*, 1951, Chr., p. 99 & suiv.

RIVES-LANGE (J.-L.), La saisissabilité du compte-courant, *D.*, 1974, Chr., p. 101 & suiv.

ROSE-ACKERMAN (S.), L'inaliénabilité et la théorie des droits de propriété, Trad. A. LESZCZYNSKI et V. MONSO, *R.R.J*, 1987, n° 2, p. 533 & suiv.

SAINT-ALARY (C.), La date de naissance des créances en droit des procédures collectives, *P.A.*, 9 novembre 2004, p. 11 & suiv.

SALVAT (O.), La saisie-attribution d'une créance de sommes d'argent indisponible, *P.A.*, 19 avril 2001, p. 4 & suiv.

SERIAUX (A.), *Rép. civ.*, Dalloz, 2003, *V°* Propriété

SIMLER (Ph.),

-L'énigmatique sort de l'obligation du délégué envers le délégant tant que l'opération de délégation n'est pas dénouée, *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 295 & suiv.

-Les clauses d'inaliénabilité, *D.*, 1971, L., p. 416 & suiv.

TERRAT, Du régime de la Propriété dans le Code civil, *Livre du centenaire*, Dalloz, réédition, 2004, p. 327 & suiv.

THERY (Ph.),

-La place des procédures civiles d'exécution, *R.T.D.civ.*, *La réforme des procédures civiles d'exécution*, n° spécial, Sirey, 1993, p. 1 & suiv.

-Saisissabilité et limites, *Le 10ème anniversaire de la Loi du 9 juillet 1991*, Colloque du 9 juillet 2001, La Passerelle, 2002, p. 61 & suiv.

TORCK (S.), La date de naissance des créances en droit civil, *P.A.*, 9 novembre 2004, n° spéc., p. 25 & suiv.

TROPER (M.), *V°* Interprétation, *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (Dir.), PUF, 2003, p. 843 & suiv.

VAUVILLE (Fr.), La déclaration notariée d'insaisissabilité, *Defrénois*, 2003, n° 37813.

VILLEY (M.), Nos philosophes en face du droit - " Philosophies et théories générales du droit ", *Arch. Phil. Droit*, Tome XVII, Sirey, 1972, p. 285 & suiv.

WILLIATE-PELLITTERI (L.), L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel résultant de la loi du 1er août 2003 : la boîte de Pandore du monde des affaires ?, *P.A.*, 9 août 2004, p. 3 & suiv.

WITZ (C.), Privilèges, Droit de gage général, *Jurisclasseur civil*, Article 2092 à 2094, Fasc. 80, 1997

ZENATI-CASTAING (Fr.),

-La propriété, mécanisme fondamental du droit, *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, Colloque des 27 et 28 octobre 2005, Dir. D. TOMASIN, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 243 & suiv.

-La propriété, mécanisme fondamental du droit, *R.T.D.civ.*, 2006, p. 445 & suiv.

IV. NOTES ET OBSERVATIONS DE JURISPRUDENCE CITEES

ARDEEF (I.), obs. sous Cass. Civ. 1ère, 19 décembre 2000, *D.*, 2001, p. 3482

AYNES (L.), note sous Cass. Civ. 3ème, 19 juillet 1995, *Defrénois*, 1995, n° 36214, p. 1465 & suiv.

BARTHEZ (A-S.) note sous Cass. Com., 29 avril 2002, *J.C.P.*, G, 2003, II, n° 10154

BATIFFOL, note sous Cass. Civ. 1ère, 15 février 1972, I, n° 50, *Rev. Crit. Dr. International Privé*, 1973, p. 77 & suiv.

BERLIOZ (P.), L'insaisissabilité d'une chose peut porter atteinte au droit de propriété des créanciers de son propriétaire, obs. sous Cass. Civ. 2ème, 3 mai 2007, *P.A.*, 9 janvier 2008, n° 7, p. 10 & suiv.

BOUJEKA (A.), obs. sous Cass. Com, 7 décembre 2004, *D.*, 2005, p. 1427 & suiv.

BRENNER (C.), obs. sous T.G.I., Lyon, J.Ex., *Droit et procédures*, 2002, n° 39

CASEY (J.), note sous Cass. Civ. 1ère, 3 juin 1998, *J.C.P.*, (G), 1998, II, 10167.

CROCQ (P.),

-obs. sous Cass. Com., 5 janvier 2002, *R.T.D.civ.*, 2002, p. 337 & suiv.

-obs. sous Cass. Com. 14 février 2006, *Droit et Patrimoine*, n° 150, Juillet-Août, 2006, p. 95 & suiv.

DAGOT (M.), note sous C.A. REIMS, 10 mai 1992, *J.C.P.* (N), 1984, II, p. 26 & suiv.

DERRIDA, note sous Cass. Com., 8 février 1994, *D.*, 1994, J., p. 609 & suiv.

FLOUR (Y.), M. GRIMALDI, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 8 novembre 1982, *Defrénois*, 1983, n° 33032

GELOT (B.), note sous Cass. Civ. 1 ère, 14 mai 1996, *Defrénois*, 1997, n° 36682, p. 1257 & suiv.

GRIMALDI (M.),

-obs. sous Cass. Civ. 1ère, 23 juin 1987, *Defrénois*, 1988, n° 34133

-obs. Cass. Civ. 1ère, 15 juin 1994, *D.*, 1995, S.C., p.50

HOUTCIEFF (D.), note sous Cass. Com., 29 avril 2002, *D.*, 2002, J, p. 2673 & suiv.

JULIEN (P.), obs. sous Cass. Civ. 1ère, 2 février 1993, *D.*, 1993, S.C., p. 279

LABBE (J.-E.), obs. sous Cass. Req., 21 février 1883, *S.*, 1884, 1, p. 362 & suiv.

LAITHIER (Y.-M.), obs. sous Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2007, *Revue des contrats*, 2, 2008, p. 248 & suiv.

LARROUMET (Ch.),

-note sous Cass. Com., 16 avril 1996, *D.*, 1996, J., p. 571 & suiv.

-note sous Cass. Ch. Mixte, 22 novembre 2002, *D.*, 2003, J., p. 445 & suiv.

-note sous Cass. Com., 7 décembre 2004, *D.*, 2005, J., p. 230 & suiv.

LEBORGNE (A), note sous Cass. Civ. 1ère, 15 juin 1994, *D.*, 1995, J., p. 342 & suiv.

LIBCHABER (R.),

-obs. sous Cass. Civ. 1ère, 19 décembre 2000, *Defrénois*, 2001, p. 700

-obs. sous Cass. Com., 29 avril 2002, *Defrénois*, 2002, n° 37607, n° 63, p. 1239 & suiv.

-obs. sous Cass. Civ. 3ème, 31 janvier 2007 et Cass. Civ. 3ème, 14 février 2007, *Defrénois*, n° 13, 15 juillet 2007, p. 1048 & suiv.

LIENHARD (A.),

-obs. sous C.E., 9 février 2000, *D.*, 2000, A.J., p.136 & suiv.

-obs. sous Cass. Com., 12 juillet 2005, *D.*, 2005, p. 2071 & suiv.

MAGUET, note sous Cass. Req., 20 février 1939, *D. Crit.*., 1941, 1, p. 22 & suiv.

MARTIN (R.), note sous C.A. Douai, 18 novembre 1994, *D.*, 1995, J., p. 271 & suiv.

MAZEAUD (D.),

-note sous Cass. Com., 16 avril 1996, *Defrénois*, 1996, n° 36381, n° 104, p. 1018 & suiv.

-obs. sous Cass. Mix. 26 mai 2006, *R.D.C.*, 2006, n° 4, p. 1080 & suiv.

MOLFESSIS (N.), obs. sous D-C. n° 98-403, 29 juillet 1998, *R.T.D.civ.*, 1998, p. 799 & suiv.

MORTIER (R.), note sous Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2007, *J.C.P.*, (N), 2008, II, 1064, p. 26 & suiv.

PATARIN (J.), obs. sous Cass. Civ. 1ère, 8 décembre 1998, *Bull. civ.*, I, n° 351, *R.T.D. civ.*, 2000, p. 148

PLANIOL,

-note sous Cass. civ., 22 juillet 1896, *D.*, 1898, 1, p. 17 & suiv.

-note sous Cass. Req., 23 mars 1903, *D.P.*,1903, 1, p. 337 & suiv.

-obs. sous C.A. Rouen, 5 avril 1905, *D.P.*, 1905, 2, p. 241 & suiv.

REVET (Th.),

-obs. sous Cass. Civ. 1ère, 8 janvier 2002, *R.T.D. civ.*, 2002, p. 542 & suiv.

-obs. sous Cass. Com., 3 mai 2006, *R.T.D.civ.*, 2006, p. 585 & suiv.

-obs. sous Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2007, *R.T.D.civ.*, 2008, p. 126 & suiv.

SAVATIER (X.), note sous Cass. Civ. 1ère, 3 juin 1998, *Defrénois*, 1998, n° 35967, p. 51 & suiv.

SCORDOPOULOS (C.), obs. sous C.A. Nîmes, 16 janvier 2007, *Droit et procédures*, p. 290 & suiv.

SUDRE (Fr.), obs. sous Cour. E.D.H., 24 juin 1993, *Papamichalopoulos c/ Grèce*, *J.C.P.* (G), 1994, I, 3742, n° 25

THERY (Ph.),

-obs. sous Cass. Civ. 3ème, 2 novembre 1983, *Defrénois*, 1985, n° 33450

-obs. sous Cass. Com., 29 avril 2002, 2 arrêts, *Defrénois*, 2002, n° 37591, p. 1087 & suiv.

-obs. sous C.A. PARIS, 20 janvier 2005, *R.T.D.civ.*, 2005, p. 457

THOMAT-RAYNAUD (A.-L.), note sous Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2007, *D.*, 2008, p. 963 & suiv.

THUILIER (H.), note sous Cass. Civ. 1ère, 8 janvier 1975, *J.C.P.*, (G), 1976, II, 18240.

TISSIER, note sous C.A. Rouen, 9 avril 1905, *S.*, 1906, 2, p. 225 & suiv.

TUNC, note sous C.A. Paris, 10 juin 1953, *D.* 1954, p. 9

VOIRIN, note sous C.A. Guadeloupe, 29 avril 1935, *D.P.*, 1937, 2, p.1 & suiv.

WIEDERCKER (G.), obs. sous Cass. Civ. 1ère, 6 avril 1994, *J.C.P.*, (G), 1995, I, n° 3821

ZENATI (Fr.), obs. sous D-C. n° 98-403, 29 juillet 1998, *R.T.D.civ.*, 1999, p. 132 & suiv.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes dans le corps du texte, les chiffres romains aux paragraphes de l'introduction)

– A –

Abandon : 352 & suiv.

Actions détenues par les dirigeants sociaux (L. 631-10 C.com.) : 280.
- Restriction au droit de disposer (non) : 303 & suiv.

Affectation : 734.

Aliénation d'un bien inaliénable :
- Interdiction :
  - Principe : 333 & suiv.
  - Atténuations : 351 & suiv., 431 & suiv.
- Sanction :
  - Nature de la sanction : 402 & suiv.
  - Régime de la sanction : 416 & suiv.

Appartenance :
- Fondements
  - historiques : 120.
  - textuels : 167, 174, 194.
- Théorie :
- Décès du bénéficiaire : 502, 1060.
- Intangibilité du lien d'appartenance : 826 & suiv.
- Multiplicité des liens d'appartenance : 626.
- Présentation : 115 & suiv.
- Utilité de la théorie : 592.

Appropriation collective : XV.
- Saisie : 600 & suiv.

Assurance-vie : 599.

– B –

Biens :
- Définition : 116.

Bien inaliénable :
- Actes prohibés : 332 & suiv.
- Constitution de droits personnels : 378 & suiv.
- Constitution de droits réels : 384 & suiv.
- Décès du bénéficiaire : V. *Mort*.
- Effet attributif immédiat (non) : 929 & suiv.
- Insaisissabilité :
  - Principe : 252 & suiv., 614 & suiv.
  - Durée : 1043 & suiv.
- Prescription :
  - acquisitive : 367 & suiv., En matière mobilière, V. *Prescription acquisitive*.
  - extinctive : 360 & suiv.

Bien insaisissable :
- Constitution de droits personnels : 1008.
- Constitution de droits réels : 1009 & suiv.
- Décès du bénéficiaire : V. *Mort*.
- Durée de l'insaisissabilité :
  - Insaisissabilités autonomes : 1032 & suiv.
  - Insaisissabilités accessoires : 1043 & suiv.
- Effet attributif immédiat : 928.
- Opérations translatives : 991 & suiv.
- " Report " d'insaisissabilité : 994 & suiv.

– C –

Charge :
- Définition : 439, 445 & suiv.
- Sanction : V. *Révocation pour inexécution des charges*.

Clause d'inaliénabilité (article. 900-1 C.civ.):
- Caducité :
  - Absence de publication : 516.
  - Disparition de l'intérêt légitime : 495 & suiv.
  - Ecoulement du délai prévu : 499.
  - Mort : 500 & suiv.
- Conditions de validité
  - Caractère temporaire : 40, 87.
  - Intérêt sérieux et légitime : 46, 91.
  - Stipulation dans un acte translatif : 46, 91, 247 & suiv.
- Mainlevée judiciaire :
  - Conditions : 469 & suiv.
  - Effets : 473 & suiv.
- Prescription acquisitive en matière mobilière : 564 & suiv.
- Publicité foncière :
  - Effets des clauses publiées : 513 & suiv.
  - Effets des clauses occultes : 532 & suiv.
  - Obligation de publicité : 522, 528 & suiv.
- Sanction :
  - Principe : 428 & suiv.
  - Atténuations : 431, 437 & suiv.
- Source : 230 & suiv.

Clause d'inaliénabilité (acte à titre onéreux) :
- Absence d'atteinte au droit de poursuite : 269 & suiv.
- Mainlevée (non) : 463.
- Source : 232 & suiv.

Clause d'insaisissabilité (art. 14-3° de la Loi du 9 juillet 1991) :
- Durée : 1037.
- Dérogations :
  - Domaine : 1089 & suiv.
  - Effets : 1104 & suiv.
- Objet : 640
- Publicité foncière (non): 1097 & suiv.
- Renonciation (non) : 1082.
- Source : 639.

Condition résolutoire de ne pas aliéner :
- Au soutien d'une clause d'inaliénabilité : 439 & suiv.
- En remplacement d'une clause d'inaliénabilité : 443 & suiv.

Contrat de location-accession : 526.

Contrat de promotion immobilière : 526.

Créances postérieures :
- Détermination d'un critère : 781 & suiv.
- Mise en œuvre du critère :
  - Contrat à durée déterminée : 791.
  - Contrat à durée indéterminée : 790.
  - Contrat conclu *intuitu personae* : 792.
- Qualification de restriction au droit de disposer : 797 & suiv.

Créances professionnelles : 774 & suiv.
- Qualification de restriction au droit de disposer : 801 & suiv.

- D -

Déclaration notariée d'insaisissabilité (art. L. 526-1 & suiv. C.com.) :
- Constitution : 766 & suiv.
- Durée : 1038.
- Effets :
  - Créanciers postérieurs : 779 & suiv., 812 & suiv.
  - Créanciers professionnels : 774 & suiv.
  - " Report " d'insaisissabilité : 994 & suiv.
- Objet : 647 & suiv., 740.
- Qualification : 824.
- Renonciation : 1084 & suiv.
- Source : 645.

Déclaration unilatérale d'inaliénabilité : 237, 282 & suiv.

Délégation : 831 & suiv.

Dérogation à l'insaisissabilité :
- Effets :
  - Absence de privilège : 1114 & suiv.
  - Caractère complet de la créance des saisissants : 1121 & suiv.
  - Situation privilégiée : 1103 & suiv.
- Hypothèses : 808 & suiv., 814, 820, 1069 & suiv., 1089 & suiv.

Disposition à cause de mort : XV.

Disposition des meubles meublants : 556.

Disposition juridique : 621 & suiv.

Dominium : 120 & suiv.

Domaine public : XIV.

Droits extrapatrimoniaux : XV.

Droits patrimoniaux :
- Définition : V. *Biens*
- Organisation :
  - classique : 153 & suiv.
  - moderne : 149 & suiv.
  - proposée : 159 & suiv.

Droit de disposer :
- Définition
  - classique : 155.
  - moderne : 150.
  - proposée: 118 & suiv., 617 & suiv.
- Fondements textuels : 167, 174, 180, 194.

Droit de gage général : V. *Droit de poursuite*.

Droit de laisser saisir : 621 & suiv., V. aussi *Droit de disposer*.

Droit de poursuite : 256 & suiv.
- Faiblesse : 289.
- Mise en œuvre : 618.

Droit de propriété :
- Contenu : 186 & suiv.,
- Définition :
  - classique : VII.
  - moderne : VII.
  - proposée : 130 & suiv., 188.
- Fondements textuels : 168 & suiv. 185 & suiv.

Droit de saisir : V. *Droit de poursuite*.

- E -

Egalité entre les créanciers :
- Principe supplétif (non) : 677 & suiv.
- Principe impératif : 683 & suiv.

Engagement de ne pas saisir : 710 & suiv.

Expropriation pour cause d'utilité publique : 371 & suiv.

Extra-commercialité : 139 & suiv., 357 & suiv.

- F –

Fraude paulienne : 276 & suiv., 300.

- H –

Hypothèque :
- Bien inaliénable : 386 & suiv.
  - Intérêt : 388.
- Bien insaisissable : 1014 & suiv.
  - Intérêt : 1016.

- I -

Inaliénabilité (concept)
- Bien approprié (non) : 297 & suiv.
- Cessation : 494 & suiv.
  - à cause de mort : 500 & suiv.
- Effets :
  - Actes prohibés : 332 & suiv.
  - Effet attributif immédiat (non) : 929 & suiv.
  - Insaisissabilité : 252 & suiv., 614 & suiv., 1043 & suiv.
  - Opérations autorisées : 351 & suiv.
  - Sanction : 61, 403 & suiv.
- Qualification :
  - Bien (non) : 132.
  - Droit personnel (non) : 22 & suiv.
  - Droit réel (non) : 67 & suiv.
  - Extra-commercialité (non) : 139 & suiv.
  - Incapacité (non) : 16 & suiv.
  - Incessibilité : 135 & suiv.
  - Restriction au droit de disposer : 124 & suiv.
- Source :
  - Acte juridique (non) : 209 & suiv.
  - Affectation (non) : 231
  - Norme : 197 & suiv., 228 & suiv.
  - Rôle subsidiaire de la volonté : 240 & suiv.
- Traitement fiscal : 33.

Inaliénabilité conventionnelle : V. *Clause d'inaliénabilité* ou *Inaliénabilité statutaire des actions de S.A.S.*

Inaliénabilité des biens dans un plan de cession
- L. 642-9 al. 1 C.com. : 217.
  - Cessation : 499.
  - Procédure de mainlevée : 460, 466.
  - Prescription acquisitive en matière mobilière : 571.
  - Publicité foncière (non) : 537.
  - Sanction : 421 & suiv.
- L. 642-10 C.com. : 223.
  - Prescription acquisitive en matière mobilière : 569.
  - Publicité foncière : 523.
  - Sanction : 423.

Inaliénabilité des biens dans un plan de continuation (L. 626-14 C.com.) : 223.
- Prescription acquisitive en matière mobilière : 570.
- Publicité foncière : 523.
- Restriction au droit de disposer : 292 & suiv.
- Sanction : 423.

Inaliénabilité judiciaire :
- Caractérisation : 223 & suiv.
- Sanction : 423.

Inaliénabilité légale :
- Caractérisation : 216 & suiv.
- Sanction : 418 & suiv.

Inaliénabilité statutaire des actions de S.A.S.
- Absence d'atteinte au droit de poursuite : 278 & suiv.
- Prescription acquisitive : 568.
- Sanction : 62, 436.
- Source : 230.

Incessibilité
- Concept : 135 & suiv.

Incessibilité de l'usufruit des parents sur les biens de l'enfant mineur : 218.
- Publicité foncière (non) : 537.
- Sanction : 418.

Incessibilité du droit d'usage et d'habitation : 218.
- Publicité foncière (non) : 537.
- Sanction : 418.

Incessibilité des créances salariales : 219.
- Hypothèses : 906.
- Insaisissabilité accessoire : 904.
  - Fraction insaisissable : 905.
  - Procédure de saisie : V. *Saisie des rémunérations*.
- Intérêt.
- Sanction : 419.

Indisponibilité : 855 & suiv.,
- Dans les procédures civiles d'exécution : 939, 953, 973.

Indivision : V. *Appropriation collective*.

Insaisissabilité (concept) : 593, 622.
- accessoire à une inaliénabilité : 252 & suiv., 605 & suiv.
- Cessation à cause de mort : 1049 & suiv.
  - Justification : 1060 & suiv.
- Dérogation à l'égalité entre les créanciers : 684 & suiv.
- Dérogation à l'insaisissabilité :
  - Effets : 1103 & suiv.
  - Fondement normatif : 1071 & suiv.
  - Fondement conventionnel (non) : 1076 & suiv.
- Durée : 1032 & suiv.
- Qualification :
  - Droit personnel (non) : 698 & suiv.
  - Droit réel (non) 703 & suiv.
- Respect du droit de poursuite : 743 & suiv., 796 & suiv.
- Restriction partielle au droit de disposer : 622.
- Source : 670 & suiv.
  - Acte juridique (non) : 708.
  - Caractère légal : 694 & suiv.
- Utilité : 625 & suiv.

.

Insaisissabilité absolue : V. *Insaisissabilité relative*.

Insaisissabilité conventionnelle (non) : 657 & suiv.

Insaisissabilité légale : 629 & suiv., 732 & suiv.

Insaisissabilité relative :
- Distinction des insaisissabilités relatives et absolues : 802 & suiv.
- Effets : 808 & suiv.

Insaisissabilité des allocations familiales (L. 553-4 C. sécu. soc.) :
- Source 630.

Insaisissabilité des créances alimentaires (art. 14-2° de la Loi du 9 juillet 1991) :
- Durée : 1034.
- Dérogations :
  - Domaine : 1093, 1100.
  - Effets : 1106.
- Source : 631.

Insaisissabilité des rentes viagères : 639.

Insaisissabilité des revenus tirés de l'exploitation d'une œuvre de l'esprit (L. 333-2 C. prop. int.) :
- Maintien en cas de mort du bénéficiaire : 1052.
- Source : 630.

Insaisissabilité des sommes versées sur un compte :
- Source : 632.

Insaisissabilité du bien de famille :
- Constitution : 762 & suiv
- Durée : 1038.
- Effets :
  - Créanciers antérieurs : 779 & suiv., 816 & suiv.
  - Créanciers postérieurs : 762 & suiv., 800.
- Objet : 644, 740.
- Qualification : 824.
- Renonciation : 1084.
- Source : 644.

Insaisissabilité du mobilier nécessaire à la vie du saisi :
- Dérogations :
  - Domaine : 1093, 1100.
  - Effets : 1106.
- Durée : 1035.
- Source : 635 & suiv.

Institution contractuelle : 338 & suiv.

Interdiction de (revente) : V. *Obligation de ne pas aliéner*.

- M -

Mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité :
- Action oblique (non) : 470.
- Conditions : 468 & suiv.
- Domaine : 461 & suiv.
- Effets : 473 & suiv.
  - Fin de l'insaisissabilité : 1045.

Mainlevée judiciaire de l'insaisissabilité :
- Domaine : 1089 & suiv.
- Effets : 1104 & suiv.

Mort (Influence sur) :
- Inaliénabilité : 500.
  - Justification : 501 & suiv.
- Insaisissabilité : 1049 & suiv.
  - Justification : 1060 & suiv.

- O -

Obligation de ne pas aliéner :
- Définition : 43, 51, 55 & suiv., 297. 445,
  - Restriction au droit de disposer (non) 448.
- Durée : 43.
- Licéité : 447.
- Sanction : 446 & suiv.

Obligation de ne pas hypothéquer :
- Domaine
  - clause d'inaliénabilité : 390.
  - clause d'insaisissabilité : 1019.
- Sanction : V. *Révocation pour inexécution des charges*.

- P -

Pacte de préférence :
- Publicité foncière : 525 & suiv.

Patrimoine (théorie du) : 115 & suiv. V. aussi *Appartenance*, *Droits patrimoniaux*.

Phénoménologie :
- Présentation de la méthode : X & suiv.
- Critiques de la méthode : XIII & suiv., 10.

Prescription acquisitive : 367 & suiv.
- En matière mobilière :
  - Applicabilité de l'article 2276 C.civ. : 541 & suiv.
  - Effets de l'article 2276 C.civ. : 553 & suiv.

Prescription extinctive : 360 & suiv.

Proprietas : 120 & suiv.

Prohibition des engagements perpétuels : 40.

Promesse unilatérale de vente : 381 & suiv.

Publicité foncière :
- Effets traditionnels : 509 & suiv.
- Effets en matière de restrictions au droit de disposer : 513 & suiv.

- R -

Regressio in infinitum : 161

Renonciation à un droit : V. *Abandon*.

Report d'insaisissabilité :
- Domaine : 994.
- Effets : 995 & suiv.
- Inefficacité : 1002 & suiv.

Restriction à la disposition à cause mort : X.

Restriction au droit de disposer :
- Cessation à cause de mort : 500 & suiv., 1060 & suiv.
- Concept :
  - Fondements textuels : 192, 195 & suiv.
  - Présentation : 124 & suiv.
- Conditions d'efficacité :
  - Source : 197 & suiv., 207 & suiv., 670 & suiv.
  - Absence d'atteinte au droit de poursuite : 255 & suiv., 727 & suiv.
- Dérogations : 462 & suiv., 1069 & suiv.

Restriction complète au droit de disposer : V. *Inaliénabilité (concept)*.

Restriction partielle au droit de disposer : V. *Insaisissabilité (concept)*.

Révocation pour inexécution des charges :
- Conditions : 479 & suiv.
- Définition de la charge : V. *Charge*.
- Domaine : 480.
- Effets : 484 & suiv.
- Hypothèque : 391, 1019.

- S -

Saisie-attribution :
- Insaisissabilité :
  - Effets : 889 & suiv.
  - Hypothèses : 881.
  - Mention par le tiers saisi (non) : 884 & suiv.
- Procédure : 883.

Saisie de la chose d'autrui : 599.

Saisie des comptes bancaires :
- Effets : 921.
- Hypothèses : 911.
- Insaisissabilité :
  - Hypothèses : 919.
  - Mise à disposition des sommes insaisissables : 922 & suiv.
- Procédure : 912 & suiv.
  - Contrepassations : 915 & suiv.
  - Régularisations : 914.

Saisie des droits incorporels :
- Domaine : 965 & suiv.
- Indisponibilité : 973 & suiv.
- Insaisissabilité :
  - Effets : 979 & suiv.
  - Hypothèses : 976.
- Procédure : 971 & suiv.

Saisie des monopoles d'exploitation :
- Domaine 970.
- Procédure : 972 & suiv..

Saisie des rémunérations :
- Insaisissabilité :
  - Effets : 902 & suiv.
  - Hypothèses : 901, 906.
- Procédure : 899 & suiv.

Saisie du solde d'un compte-courant :
633 & suiv.
- Procédure : V. *Saisie des comptes bancaires*.

Saisie immobilière :
- Domaine : 951.
- Indisponibilité : 953.
- Insaisissabilité :
  - Effets : 958 & suiv.
  - Hypothèses : 959.
- Procédure : 948 & suiv.

Saisie-vente :
- Domaine : 936.
- Indisponibilité : 939.
- Insaisissabilité :
  - Effets : 944 & suiv.
  - Hypothèses : 947.
- Procédure : 937 & suiv.

- T -

Tontine : voir *Appropriation collective*.

- U -

Usucapion : V. *Prescription acquisitive*.

Usufruit causal (théorie de) : 385, 1013.

- V -

Vente de la chose d'autrui : 405 & suiv.

TABLE DES MATIERES

Remerciements **5**

Listes des abréviations **9**

Sommaire **11**

INTRODUCTION **13**

Partie I : L'INALIENABILITE, RESTRICTION COMPLETE AU DROIT DE DISPOSER **39**

TITRE I. La nature spécifique de l'inaliénabilité 42

CHAPITRE 1: L'impossibilité d'une qualification classique 48

Section I. Le rejet de la qualification de droit personnel 51

§1: L'incompatibilité des définitions de l'inaliénabilité conventionnelle et du droit personnel 51
A) L'autonomie irréductible du droit personnel 52
1) Les présupposés à la qualification de droit personnel 52
2) Des présupposés non vérifiés 53
a) L'inutile assimilation du créancier au bénéficiaire de la clause 54
b) L'impossible détermination du créancier de l'inaliénabilité 57
B) L'autonomie irréductible de l'inaliénabilité conventionnelle 60
1) L'autonomie des conditions de validité explicites des clauses d'inaliénabilité 60
a) Le caractère temporaire de la clause 61
b) La nécessité d'un intérêt sérieux et légitime 64
2) L'autonomie de la condition de validité implicite des clauses d'inaliénabilité 67

§2: Le caractère exorbitant des effets juridiques de l'inaliénabilité conventionnelle 71
A) L'incompatibilité ancienne des effets de l'inaliénabilité et du droit personnel 71
B) L'incompatibilité récente des effets de l'inaliénabilité et du droit personnel 77

Conclusion de la Section I..... 79

Section II. Le rejet de la qualification de droit réel..... 81

§1: L'incompatibilité des définitions de l'inaliénabilité conventionnelle et du droit réel 82
A) L'insatisfaction des critères de définition du droit réel.....82
1) L'insatisfaction des critères classiques de définition du droit réel 83
a) L'inaliénabilité conventionnelle ne peut consister en la réunion d'un droit de suite et d'un droit de préférence 83
b) L'inaliénabilité conventionnelle ne consiste pas en un pouvoir direct et immédiat sur une chose 86
2) L'inadéquation de la définition renouvelée du droit réel.....88
B) Le caractère inexplicable des conditions de validité des clauses d'inaliénabilité 91
1) Les conditions de validité explicites de l'inaliénabilité, obstacle à une qualification réelle.....91
2) L'incompréhensible exigence de la stipulation de la clause dans un acte translatif.....94

§2: L'apparente similitude des effets juridiques de l'inaliénabilité conventionnelle et du droit réel 95
A) Identification du conflit-type en matière d'inaliénabilité conventionnelle 96
B) Analyse du conflit-type d'inaliénabilité et distinction avec le conflit de droits réels concurrents 97

Conclusion de la Section II 99

Conclusion du Chapitre 1 : L'impossibilité d'une qualification classique 101

CHAPITRE 2: Le choix d'une qualification originale 102

Section I. L'établissement d'une qualification originale 102

§1: Une atteinte à la relation d'appropriation 104
A) La formulation positive d'une hypothèse de qualification 104
1) L'appartenance, relation d'appropriation des biens par la personne 105
2) L'inaliénabilité, une atteinte à la substance de l'appartenance 115
B) La négation de propositions traditionnelles en matière de clauses d'inaliénabilité 117
1) L'absence d'incidence sur le contenu du droit inaliénable 117
a) La complétude du droit inaliénable 118
b) L'identité de nature de l'incessibilité et de l'inaliénabilité 121
2) La distinction de l'inaliénabilité et de l'extra-commercialité 123

§2: L'opportunité de l'adoption d'une nouvelle qualification de l'inaliénabilité 125
A) L'absence de perturbation de la dogmatique juridique 126
1) Les propositions de la dogmatique juridique actuelle 127
a) Les propositions de GINOSSAR sur l'organisation des droits patrimoniaux 127
b) L'organisation classique des droits patrimoniaux 130
2) La restriction au droit de disposer face aux propositions de la dogmatique juridique actuelle 132
B) La compatibilité de l'analyse renouvelée de l'inaliénabilité et du droit positif 135
1) La conformité de l'analyse proposée au contenu des normes en vigueur 135
a) La conformité de la qualification proposée aux textes supra-législatifs 136
(i) La conformité aux textes constitutionnels 136
(ii) La conformité au droit européen 140
b) La conformité de la qualification proposée au Code civil 143
(i) L'indifférence de l'article 544 C.civ. 144
(ii) La congruence de l'article 537 C.civ. 150
2) Conformité de l'analyse proposée aux effets des normes en vigueur 152

Conclusion de la section I 154

Section II. La mise en œuvre d'une qualification adéquate 157

§1: La source de l'inaliénabilité 157
A) L'apparente dualité des sources des inaliénabilités 158
1) Les inaliénabilités choisies 158
2) Les inaliénabilités imposées 161
a) Les inaliénabilités légales 162
b) Les inaliénabilités judiciaires 166
B) L'unicité de la source de l'inaliénabilité 167
1) Le fondement nécessairement normatif de l'inaliénabilité 168
2) Le rôle nécessairement subsidiaire de la volonté dans les inaliénabilités choisies 177

§2: Le moment de l'établissement de l'inaliénabilité 179
A) La détermination d'un critère de qualification de la restriction au droit de disposer 180
1) La caractérisation d'un élément invariable de la restriction au droit de disposer 180
2) La justification de l'élément invariable de la restriction au droit de disposer 183
a) L'insaisissabilité, corollaire de l'inaliénabilité 183
b) Le respect du droit de poursuite des créanciers, principe directeur de la restriction au droit de disposer 185
(i) La définition du droit de poursuite 186
(ii) L'importance du droit de poursuite 189
B) La mise en œuvre d'un critère de qualification de la restriction au droit de disposer 191
1) La qualification de véritables restrictions au droit de disposer 191
a) L'absence directe d'atteinte au droit de poursuite des créanciers 192
(i) La qualification effective des clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre onéreux 192
(ii) La qualification prospective de la déclaration unilatérale d'inaliénabilité 200

b) L'absence indirecte d'atteinte au droit de poursuite des créanciers 206
2) La disqualification des fausses restrictions au droit de disposer 210
a) L'impossible restriction au droit de disposer d'un bien approprié 210
b) L'inexistante inaliénabilité des actions et parts sociales détenues par les dirigeants sociaux dans le cas d'une procédure collective 214

Conclusion de la Section II 220

Conclusion du Chapitre 2 : L'établissement d'une qualification originale 223

Conclusion du Titre I : La nature spécifique de l'inaliénabilité 224

TITRE II. Les spécificités du régime juridique de l'inaliénabilité 225
CHAPITRE 1: Les effets de l'inaliénabilité 228
Section I. Les actes prohibés par l'inaliénabilité 228
§1: La prohibition des actes emportant destruction de la relation d'appartenance 229
A) Etablissement de la prohibition : l'interdiction des actes de mise en œuvre du droit de disposer 230
1) Les actes indubitablement interdits 230
2) Les actes nécessairement interdits 232
B) Cantonnement de la prohibition 238
1) La possibilité des opérations unilatérales de disposition juridique 239
a) La faculté d'abandon 239
b) La prescription extinctive 243
2) La possibilité des opérations d'appropriation unilatérale 246
a) La prescription acquisitive 247
b) L'expropriation pour cause d'utilité publique 248
§2: La possibilité des actes de mise en œuvre du droit inaliénable 252
A) La libre constitution des droits personnels 252
B) La libre constitution des droits réels 256
Conclusion de la Section I 265
Section II. La sanction des actes prohibés par l'inaliénabilité 268
§1: La nullité, sanction naturelle des actes prohibés 268
A) La nullité, sanction adéquate de l'inaliénabilité 269
B) La nullité, sanction unique de l'inaliénabilité 272
§2: Le régime juridique de la sanction des actes prohibés 274
A) Le régime juridique de la nullité sanctionnant les actes prohibés 275
1) La nullité sanctionnant les inaliénabilités prescrites 276
2) La nullité sanctionnant les inaliénabilités permises 279
B) Les perturbations du régime juridique de la sanction des actes prohibés 286
1) L'aménagement de la sanction traditionnelle de l'inaliénabilité 287
2) L'évitement de la sanction traditionnelle de l'inaliénabilité 290
Conclusion de la Section II 295
Conclusion du Chapitre 1 : Les effets de l'inaliénabilité 297
CHAPITRE 2: L'inefficacité de l'inaliénabilité 299
Section I. L'inefficacité recherchée de l'inaliénabilité 300
§1: Le domaine de mise en œuvre des procédures d'inefficacité de l'inaliénabilité 300
§2: La mise en œuvre des procédures d'inefficacité d'une inaliénabilité 303
A) La mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité conventionnelle 304
1) Les conditions de la mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité conventionnelle 304
2) Les effets de la mainlevée judiciaire de l'inaliénabilité conventionnelle 306
B) La révision des conditions ou charges affectant les libéralités 308
1) Les conditions de mise en œuvre de la révision des conditions ou charges affectant les libéralités 308
2) Les effets de la révision judiciaire des conditions ou charges affectant les libéralités 311
Conclusion de la section I 313

Section II. L'inefficacité subie de l'inaliénabilité 315
§1: La cessation de l'inaliénabilité 315
A) La caducité, cause spécifique de disparition des inaliénabilités volontaires 316
B) La mort, cause générique de disparition de l'inaliénabilité 320
§2: L'inefficacité ponctuelle de l'inaliénabilité 323
A) L'inefficacité des restrictions au droit de disposer en matière immobilière 323
1) Les effets potentiels de la publicité foncière 324
a) Les effets traditionnels de la publicité foncière 324
b) Les effets spécifiques de la publicité foncière en matière de restrictions au droit de disposer 326
2) Les effets réels de la publicité foncière en matière de restrictions au droit de disposer 331
a) Les restrictions au droit de disposer expressément soumises à l'obligation de publication 332
b) Les restrictions au droit de disposer échappant expressément à l'obligation de publication 336
B) L'inefficacité des restrictions au droit de disposer en matière mobilière 340
1) L'applicabilité de l'article 2276 C.civ. à la matière des restrictions au droit de disposer 341
a) Position du problème, la dualité de l'article 2276 C.civ. 342
(i) La fonction probatoire de l'article 2276 C.civ. 342
(ii) La fonction acquisitive de l'article 2276 C.civ. 345
b) Solution du problème, l'applicabilité restreinte et originale de la fonction acquisitive de l'article 2276 C.civ. 347
2) L'application de l'article 2276 C.civ. en matière de restrictions au droit de disposer 352
Conclusion de la Section II 358
Conclusion du Chapitre 2 : L'inefficacité de l'inaliénabilité 361
Conclusion du Titre II : Le régime juridique spécifique de l'inaliénabilité 362
CONCLUSION DE LA PARTIE I **363**

Partie II : L'INSAISISSABILITE, RESTRICTION PARTIELLE AU DROIT DE DISPOSER **365**

TITRE I. La nature spécifique de l'insaisissabilité 369

CHAPITRE 1: La source de l'insaisissabilité 373

Section I. L'effet de la loi, essence de l'insaisissabilité 373

§1: L'insaisissabilité accessoire 374
A) L'insaisissabilité, limitation du pouvoir des créanciers 375
B) L'insaisissabilité accessoire, véritable restriction au droit de disposer accessoire 380

§2: L'insaisissabilité autonome, restriction partielle au droit de disposer 385
A) Les insaisissabilités involontaires, prescrites par la loi 387
B) Les insaisissabilités volontaires, permises par la loi 392
1) L'insaisissabilité volontaire d'un bien en cours d'appropriation 393
2) L'insaisissabilité volontaire d'un bien approprié 396

Conclusion de la Section I 402

Section II. L'inexistence de l'insaisissabilité purement conventionnelle 404

§1: La convention, fondement inadéquat de l'insaisissabilité 404
A) La convention, fondement inédit de l'insaisissabilité 405
1) Etablissement du caractère inédit de l'insaisissabilité conventionnelle 405
2) Fondement du caractère inédit de l'insaisissabilité conventionnelle 408
B) La convention, fondement impossible de l'insaisissabilité 410
1) La saisissabilité d'un bien échappe aux volontés individuelles 410
a) L'arrêt du 15 février 1972 ne confère pas de nature supplétive à l'article 2284 C.civ. 411
b) L'article 2284 C.civ. est une disposition impérative 413
(i) L'insaisissabilité, dérogation à la loi de l'égalité 414
(ii) L'impossible dérogation conventionnelle à la loi de l'égalité 418
2) L'insaisissabilité d'un bien n'est pas un effet des volontés individuelles 422
a) L'insaisissabilité ne résulte pas d'un droit personnel 422
b) L'insaisissabilité ne résulte pas d'un droit réel 424

§2: La convention, fondement adéquat d'un simple engagement de ne pas saisir dans l'arrêt du 15 février 1972 428

Conclusion de la Section II 433

Conclusion du Chapitre 1 : La source de l'insaisissabilité 435

CHAPITRE 2: Le moment de constitution de l'insaisissabilité 437

Section I. L'insaisissabilité établie lors de l'appropriation d'un bien 438

§1: La variété des insaisissabilités établies au cours de l'appropriation d'un bien 439
A) Les insaisissabilités involontaires, restrictions frappant naturellement un bien en cours d'appropriation 439
B) Les insaisissabilités volontaires, restrictions frappant artificiellement un bien en cours d'appropriation 442

§2: Le respect unitaire du droit de poursuite dans les insaisissabilités établies au cours de l'appropriation d'un bien 443
A) L'absence d'atteinte aux droits de poursuite des créanciers déjà existants 444
B) L'absence d'atteinte aux droits de poursuite des créanciers à venir 445

Conclusion de la Section I 447

Section II. L'insaisissabilité établie sur un bien déjà approprié 449

§1: L'absence d'atteinte au droit de poursuite des créanciers postérieurs 450
A) L'établissement de l'insaisissabilité 450
1) Une insaisissabilité avérée 450
a) L'insaisissabilité avérée du bien de famille 451
b) L'insaisissabilité avérée de la résidence principale de l'entrepreneur individuel 453
2) Une insaisissabilité limitée 457
a) Les créances professionnelles 458
b) Les créances postérieures 460
(i) La détermination d'un critère de qualification des créances postérieures 461
(ii) La mise en œuvre d'un critère de qualification des créances postérieures 465
B) La qualification de l'insaisissabilité 471
1) Restriction partielle au droit de disposer et créanciers postérieurs 471
2) Restriction partielle au droit de disposer et créanciers professionnels 472

§2: Le maintien du droit de poursuite des créanciers antérieurs 476
A) Les mécanismes de garanties du droit de poursuite des créanciers antérieurs 476
1) Le maintien explicite du droit de poursuite des créanciers antérieurs à la déclaration notariée d'insaisissabilité 476
2) Le maintien implicite du droit de poursuite des créanciers antérieurs à l'établissement d'un bien de famille 478
B) Les conséquences de l'absence d'atteinte au droit de poursuite des créanciers antérieurs 481
1) L'admission de la qualification de restriction partielle au droit de disposer 481
2) La mise en œuvre de la qualification de restriction partielle au droit de disposer 483
a) L'absence d'atteinte au droit de disposer du délégant sur sa créance à l'encontre du délégué 484
b) L'inexistence de l'insaisissabilité de la créance du délégant sur le délégué 489

Conclusion de la Section II 502

Conclusion du Chapitre 2 : Le moment de constitution de l'insaisissabilité 504

Conclusion du Titre I 505

TITRE II. Les spécificités du régime juridique de l'insaisissabilité.....506
CHAPITRE 1: Les effets de l'insaisissabilité 508
Section I. L'efficience de l'insaisissabilité.....508
§1: L'insaisissabilité, obstacle aux voies d'exécution portant sur les créances du débiteur 510
A) Les aspects généraux de l'insaisissabilité des créances de sommes d'argent.....513
1) L'impossibilité d'une cession forcée discutée en pratique 513
2) L'impossibilité d'une cession forcée respectée en théorie.....516
B) Les aspects spéciaux de l'insaisissabilité des créances de sommes d'argent 520
1) Insaisissabilité et saisie des rémunérations.....521
2) Insaisissabilité et saisie des comptes de dépôts 526
§2: L'insaisissabilité, obstacle aux voies d'exécution portant sur les autres biens du débiteur.....538
A) L'insaisissabilité des droits de propriété s'exerçant sur des choses corporelles.....539
1) L'insaisissabilité, obstacle à la réalisation d'une saisie-vente 539
2) L'insaisissabilité, obstacle à la réalisation d'une saisie immobilière 546
B) L'insaisissabilité des droits spécifiques 556
Conclusion de la Section I.....568
Section II. L'indifférence de l'insaisissabilité.....570
§1: La réalisation d'opérations juridiques translatives d'un bien insaisissable 570
A) La possibilité des opérations juridiques translatives.....571
B) Le " report " d'insaisissabilité, conséquence éventuelle d'une opération juridique translative.....572
§2: La réalisation d'opérations juridiques non translatives sur un bien insaisissable 580
A) L'établissement de la libre gestion patrimoniale du bien insaisissable 580
1) La libre constitution de droits personnels relatifs au bien insaisissable.....580
2) La libre constitution de droits réels relatifs au bien insaisissable 581
B) La justification de la libre gestion patrimoniale du bien insaisissable 587
Conclusion de la Section II 589
Conclusion du Chapitre 1 : Les effets de l'insaisissabilité..... 590
CHAPITRE 2: L'inefficacité de l'insaisissabilité..... 591
Section I. La fin naturelle de l'insaisissabilité.....592
§1: La durée intrinsèquement illimitée de l'insaisissabilité.....592
A) La durée intrinsèquement illimitée des insaisissabilités autonomes 592
1) La perpétuation des insaisissabilités involontaires 593
2) La perpétuation des insaisissabilités volontaires 595
B) La durée extrinsèquement limitée des insaisissabilités 596
1) La limitation extrinsèque de la durée des insaisissabilités accessoires 597
2) La transmission du bien insaisissable.....600
§2: La justification de la durée intrinsèquement illimitée de l'insaisissabilité 603
Conclusion de la Section I.....607
Section II. La fin contingente de l'insaisissabilité.....609
§1: Les hypothèses de cessation contingente de l'insaisissabilité 609
A) Les dérogations à l'insaisissabilité.....610
1) Le fondement nécessairement normatif des dérogations à l'insaisissabilité 610
2) L'impossible fondement volontaire des dérogations à l'insaisissabilité 612
a) L'étendue du principe 612
b) Le strict encadrement des renonciations à l'insaisissabilité 614

B) Le domaine restrictif des dérogations à l'insaisissabilité 619
1) Un domaine substantiel limité.....619
2) Un domaine personnel restrictif 623

§2: Les effets de la cessation contingente de l'insaisissabilité 626
A) La situation privilégiée des bénéficiaires de dérogations à l'insaisissabilité 627
B) L'absence de modification du droit de créance des saisissants 632
1) L'absence de privilège des créanciers saisissants 633
2) Le caractère complet de la créance des saisissants.....637

Conclusion de la Section II 641

Conclusion du Chapitre 2 : L'inefficacité de l'insaisissabilité 643

Conclusion du Titre II 644

CONCLUSION DE LA PARTIE II..... **645**

CONCLUSION GENERALE..... **647**

BIBLIOGRAPHIE..... **650**

INDEX ALPHABETIQUE..... **668**