HÉMIS
Droit privé

Droit civil

Tome 3

Les biens

19e édition refondue

Jean Carbonnier

puf

Droit civil

3

Les biens

THÉMIS

COLLECTION FONDÉE ET DIRIGÉE PAR MAURICE DUVERGER

THÉMIS DROIT PRIVÉ

SOUS LA DIRECTION DE CATHERINE LABRUSSE-RIOU

Professeur à l'Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne

JEAN CARBONNIER

Droit civil

3 / Les biens

Monnaie, immeubles, meubles

PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

ISBN 2 13 050584 8

Dépôt légal — 1re édition : 1956
19e édition refondue : 2000, janvier

© Presses Universitaires de France, 1956
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

Sommaire

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS IX

INTRODUCTION AU DROIT DU PATRIMOINE

CHAPITRE I. — **Théorie du patrimoine** 3

1. Composition du patrimoine 4

1. L'actif du patrimoine 4
2. Le passif du patrimoine 5

2. Caractères juridiques du patrimoine 6

1. Caractère principal : le lien avec la personnalité 6
2. Caractères dérivés 7

CHAPITRE II. — **Théorie de la monnaie** 15

1. Notion juridique de la monnaie 20

1. L'unité monétaire 21
2. Les instruments monétaires 39

2. Fonctions juridiques de la monnaie 48

1. La monnaie comme moyen de paiement 49
2. La monnaie comme instrument d'évaluation 56
3. La monnaie comme objet de propriété 59

CHAPITRE III. — **Distinction du droit réel et du droit personnel** 67

1. Analyse du droit réel et du droit personnel 67

1. Le droit réel 67
2. Le droit personnel 69

2. Parallèle du droit réel et du droit personnel 70

1. Antithèses 70
2. Catégories intermédiaires 72

LE DROIT DES BIENS

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — **La notion de bien** 83

1. Distinction des biens 86

1. La distinction des biens selon le Code civil : meubles et immeubles, soit corporels, soit incorporels 87
2. Les distinctions secondaires des biens 95

2. Groupement des biens 106

1. Les rapports juridiques entre les biens 106
2. Les universalités 111

TITRE I : Les biens en général

CHAPITRE I. — **Des rapports de droit concernant les biens** 127

1. La propriété 128

1. Le droit de propriété 128
2. Les restrictions au droit de propriété 131

2. Les modalités du droit de propriété 144

1. La copropriété ou indivision 145
2. La propriété conditionnelle 148
3. La propriété inaliénable 150
4. La propriété affectée 153

3. L'usufruit 164

1. L'usufruit en tant que bien 165
2. Les droits de l'usufruitier 170
3. Les obligations de l'usufruitier 172
4. L'usage et l'habitation 176

4. Les différentes manières dont on acquiert la propriété 185

1. Acquisition de la propriété par convention 186
2. Acquisition de la propriété en vertu de la loi 190

CHAPITRE II. — **Des rapports de fait concernant les biens** 201

1. La théorie de la possession 201

1. La notion de possession 201
2. Les effets juridiques de la possession 208
3. La distinction de la possession et de la détention 210

2. La théorie de la nécessité 218

TITRE II : Les immeubles

SOUS-TITRE I : Le droit privé de l'immeuble

CHAPITRE I. — **L'immeuble dans la communauté de voisinage** 229

1. Les frontières de l'immeuble 230

1. Délimitation de l'immeuble 230
2. Mise en défense de l'immeuble 234

2. Les servitudes 246

1. Les servitudes dérivant de la situation des lieux 248
2. Les servitudes légales 248
3. Les servitudes établies par le fait de l'homme 253

3. Les obligations de voisinage 271

1. Responsabilité du propriétaire pour abus du droit de propriété . . . 272
2. Responsabilité du propriétaire pour inconvénients anormaux de voisinage 273

4. La copropriété des immeubles bâtis 283

1. L'immeuble en copropriété 284
2. Le syndicat des copropriétaires 287

CHAPITRE II. — **L'immeuble dans les rapports du propriétaire avec le preneur à bail, le possesseur et le constructeur** 295

1. Propriétaire et preneur à bail 295
2. Propriétaire et possesseur 302

1. La prescription acquisitive des immeubles 302

1. Règles particulières à chacune des deux prescriptions acquisitives. . 303
2. Règles communes aux deux prescriptions acquisitives. 306

2. Le contentieux immobilier 317

1. Le possessoire. 318
2. Le pétitoire 322
   — Preuve exigée du demandeur 323
   — Éviction du défendeur 325

3. Propriétaire et constructeur 332

1. Des constructions élevées sur le terrain d'autrui en l'absence d'un lien de droit contractuel 333
2. Des constructions élevées sur le terrain d'autrui dans le cas où préexiste un lien de droit contractuel. 335

SOUS-TITRE II : **Le droit public de l'immeuble**

1. Restrictions aux droits des propriétaires fonciers 343
2. Expropriation pour cause d'utilité publique 345
3. Domaine immobilier des collectivités publiques. 346

TITRE III : **Les meubles**

CHAPITRE I. — **Les meubles corporels**. 353

1. La maxime « En fait de meubles, la possession vaut titre ». 357

1. Revendication intentée par le propriétaire dépossédé contre le possesseur (de bonne foi) qui a acquis le meuble d'un non-propriétaire : fonction acquisitive de la maxime. 358
2. Revendication intentée contre le possesseur par le propriétaire (ou les héritiers du propriétaire) de qui il prétend tenir ses droits : fonction probatoire de la maxime. 363

2. L'acquisition des meubles vacants 374

1. Acquisition des meubles qui n'ont pas de propriétaire 375
2. Acquisition des meubles dont le propriétaire ne se représente pas . 378

CHAPITRE II. — **Les meubles incorporels** 387

INDEX 395

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

a. = article.
al. = alinéa.
Arch. = Archives de Philosophie du droit.
Arg. = tirer argument de.
A.S. = L'Année sociologique.
B.G. = Bibliographie générale du sujet.
B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand de 1900).
Bull. = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles).
C. = Code
C. Just. = Code Justinien.
Codes français : C. Ass. = Code des assurances (1976).
C.C. ou C. Nap. = Code civil ou Code Napoléon (1804).
C. Com. = Code de commerce (1807).
C. Consom. = Code de la consommation (1993) ; cf. t. IV, n° 6).
C.C.H. = Code de la construction et de l'habitation (1978).
C.P. = Code pénal (1810), abrogé.
C. Fam. = Code de la famille et de l'aide sociale (1956).
C.G.I. = Code général des impôts (1975).
C.O.J. = Code de l'organisation judiciaire (1978).
C. Pr. C. = Nouveau Code de procédure civile (1975)*.
C. Pr. Intell = Code de la propriété intellectuelle (1992).
C. Pr. P. = Code de procédure pénale (1958), réformé en 1992, reréformé en 1993, sans être remplacé.
C. Ru. = Code rural (1955), et nouveau Code rural (N. C. Ru.), mis en vigueur par livres successifs (1983-1992).
C.S.P. = Code de la Santé publique (1953).
C.S.S. = Code de la Sécurité sociale (1956).
C. Tr. = Code du Travail (1973).
C. Urb. = Code de l'Urbanisme (1973).
C.C. It. = Code civil italien de 1942.
C.C.S. = Code civil suisse de 1907.
C.E.D.H. = Convention (ou Cour) européenne des droits de l'Homme.
C.O. = Code des obligations (suisse, 1911).

* Le nouveau C. Pr. C. n'étant pas encore complet, une partie de l'ancien (1806) demeure provisoirement en vigueur. Les références au C. Pr. C. sans autre précision visent le nouveau code ; les références à l'ancien sont signalées par la mention [ancien].

C.R.C.C. = Commission de révision du C.C. (v. Introduction, n° 145).
cf. = conférer, comparer.
d. = décret.
d.-l. = décret-loi.
D. = Dalloz ; Recueil Dalloz Sirey (v. Introduction, n° 145).
D. Aff. = Dalloz, Droit des Affaires.
D. *I.R.* = Dalloz, *Informations rapides.*
D. Somm. = Dalloz, Sommaires de jurisprudence.
Dig. = Digeste.
Droits = *Droits, revue française de théorie juridique.*
Dr. Pros. ou *R.R.J.* = *Droit prospectif, revue de la recherche juridique* (Aix-en-Provence).
et al. = *et alii,* et les autres auteurs d'un ouvrage collectif, qui nous pardonneront de ne pas les citer nommément.
ex. = exemple, par exemple
G.P. = *Gazette du Palais* (v. Introduction, n° 145).
J.C.P. = *Jurisclasseurs périodiques* (*Semaine juridique,* v. Introduction, n° 145).
l. = loi.
mod. = modifié (par un autre texte).
n. = note (de jurisprudence).
N.C.P. = Nouveau Code pénal, en vigueur depuis le 1er mars 1994.
o. = ordonnance.
opp. = opposer.
Pop. = *Population* (revue de l'I.N.E.D., Institut national d'Études démographiques).
R. = *Revue.*
R.H.D. = *Revue historique de droit.*
R.I.D.C. = *Revue internationale de droit comparé.*
R.T. = *Revue trimestrielle de droit civil.*
Rép. = Répertoire.
Rép. not. = *Répertoire du notariat Defrénois.*
S. = Sirey (v. Introduction, n° 145).
sol. impl. = solution implicite (d'un arrêt).
spéc. = spécialement à telle page.
Th. = Thèse de doctorat (en droit).
U.E. = Union européenne.
v. = voir.

Les articles cités sans autre référence se rapportent, en principe, au C.C.

Pour la commodité des renvois, les développements ont été divisés en numéros chiffres **gras** *entre crochets en début de ligne et en haut de pages.*

Introduction au droit du patrimoine

[1] On entend par droit du patrimoine l'ensemble que forment le droit des biens et celui des obligations – en contraste avec les matières extrapatrimoniales (personnes, incapacités, famille) qui font l'objet d'autres volumes.

La parenté qui unit le droit des biens et celui des obligations explique assez que certaines idées fondamentales leur soient communes. Il est bon d'essayer d'éclaircir ces idées communes : la *théorie du patrimoine*, puisque le patrimoine donne son nom à tout ce versant du droit civil, et qu'il fait, du reste, la transition avec le droit des personnes ; – la *théorie de la monnaie*, car n'est-ce pas le plus merveilleux outil de notre civilisation juridique ? ; – la *distinction du droit réel et du droit personnel*, enfin, où se reflète la division même entre les biens et les obligations.

Chapitre I

THÉORIE DU PATRIMOINE

Le patrimoine est l'ensemble des biens et des obligations d'une personne, envisagé comme formant une *universalité de droit* (cf. *infra*, n° 62), c'est-à-dire un tout, une unité juridique. Le mot, qui ne se rencontrait qu'incidemment dans le C. Nap. (ex. a. 878), est aujourd'hui franchement entré dans le vocabulaire juridique, celui du C.C. (ex. a. 1469, 1569 s.) et aussi du C. Com. (a. 8, le patrimoine de l'entreprise, a. 10, 12 ; v. en particulier l'a. 9, al. 5, les comptes de l'entreprise doivent donner une *image fidèle* de son patrimoine). Mais l'entreprise n'est pas toujours une personne (cf. t. I, n^{os} 214, 219), et à la vérité, c'est dans un article classique du C.C., l'a. 2092, que l'on trouvera la base la plus sûre de la théorie du patrimoine. Le texte est très riche, il suggère : que les biens d'une personne forment un tout ; que ce tout répond des dettes de la personne ; qu'obliger sa personne, c'est obliger ce tout ; que ce tout ne comprend pas seulement l'actualité des biens présents, mais le potentiel des biens futurs. Les dispositions relatives aux biens de l'absent (ex. a. 130), celles qui concernent la communauté de biens entre époux (que l'on regarde comme une sorte de patrimoine ; ex. a. 1401 et 1409), peuvent encore contribuer à éclairer la notion. C'est avec ces éléments qu'Aubry et Rau ont construit une théorie du patrimoine, qui demeure classique.

[2] 1 / Composition du patrimoine

Le patrimoine est un composé d'*actif* et de *passif*.

1 | L'ACTIF DU PATRIMOINE

C'est la notion des *biens* ayant un même propriétaire. Plus précisément (plus abstraitement aussi), la collection des *droits* ayant un même titulaire. Ainsi, une série d'*éléments*, d'où se dégage un tout, une *universalité*.

▶ *Les éléments*

Ce sont donc des biens, des droits – droits de créance autant que droits réels – et même ces droits d'une nature si particulière que sont les actions en justice. Le C.C., dans ses a. 517 à 536, en cherchant à faire un classement entre meubles et immeubles, a donné un catalogue des éléments actifs des patrimoines.

Il ne faut, cependant, comprendre dans le patrimoine que les droits qui ont une signification économique et sont susceptibles d'être évalués en argent. Les autres en sont exclus et sont dits, pour cette raison, *droits extrapatrimoniaux*. Ce sont non seulement les droits publics, politiques de l'individu (ex. son droit de vote), mais aussi certains de ses droits privés : ses droits de famille, les actions qui protègent son état, ses droits de la personnalité, le droit moral qui peut lui appartenir en tant qu'écrivain ou artiste (cf. *infra*, n° 251), etc. Mais des droits ne doivent pas être rejetés hors du patrimoine par cela seul qu'ils sont insaisissables (ex. les droits sur les biens qu'énumère l'a. 2092-2), ou exclusivement attachés à la personne au sens de l'a. 1166 (ex. le droit de faire révoquer une donation pour cause d'ingratitude).

Il ne semble pas que la force de travail en tant que telle (à la différence des salaires qui en dériveront) fasse partie du patrimoine. Elle a sans doute une signification économique ; sa lésion constitue un dommage matériel qui peut donner lieu à réparation, et même sous la

forme d'une indemnité en capital. Mais elle est étroitement liée au corps humain, et celui-ci est en dehors du patrimoine (a. 16-1, al. 3 ; cf. a. 16-5).

▶ *L'universalité*

Le patrimoine reste distinct des éléments actifs qui le composent à un moment déterminé de sa durée. Cette nature d'entité abstraite, de réceptacle indifférent au contenu, se manifeste sous un double point de vue.

1° *Le patrimoine demeure identique à lui-même malgré les fluctuations de ses éléments.* — Un bien peut être aliéné, un bien peut être acquis : le patrimoine demeure. La conséquence est que les tiers qui ont un droit sur le patrimoine, par ex. les créanciers chirographaires (non pourvus de sûretés spéciales), qui ont un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur (a. 2092, 2093), ne peuvent plus prétendre à rien sur le bien aliéné (du moins s'il n'y a pas eu fraude à leur égard, a. 1167), et peuvent, en revanche, s'attaquer au bien nouvellement acquis. C'est que leur droit ne porte pas sur des biens à titre particulier, mais sur une universalité, et celle-ci n'est pas stéréotypée (à leur profit ou à leur encontre) dans son état au jour où la créance est née, elle reste une masse mouvante, sujette à des transformations jusqu'au jour où la créance s'exécutera. Au sein de l'universalité, le prix succède à la chose aliénée, et la chose acquise avec ce prix succédera à la chose aliénée. On appelle *subrogation réelle,* cette substitution d'une *res* à une autre dans la même condition juridique (cf. a. 1406, al. 2).

2° *Le patrimoine, par-delà les biens présents, s'étend aux biens à venir,* à ceux que l'individu acquerra par la suite, à titre onéreux ou à titre gratuit. La proposition s'appuie sur l'a. 2092, et sur cette observation pratique que, bien souvent, on fait crédit à un individu impécunieux en considération de son aptitude à gagner de l'argent plus tard. Des auteurs, comme Aubry et Rau, en sont ainsi venus à voir dans le patrimoine le pouvoir d'acquérir autant que la fortune acquise.

[3] 2 | LE PASSIF DU PATRIMOINE

C'est la présence d'un passif qui fait du patrimoine une universalité de droit et non pas simplement une collection d'objets, une universalité de fait (cf. *infra*, n° 62). A l'actif constitué de droits, de créances, de biens, il amalgame des obligations, des dettes, des charges. Les

deux aspects sont indissociables : recueillir un patrimoine, ce n'est pas seulement devenir propriétaire des biens qui le constituent, c'est encore devenir débiteur des dettes qui le grèvent. C'est la caractéristique de la succession au patrimoine *(in universum jus)*, dont le type est donné par la succession de l'héritier au patrimoine du mort, que d'être, tout à la fois et indivisiblement, succession à l'actif et au passif (cf. a. 870, 873). L'héritier ne peut prétendre à l'un qu'à la condition d'assumer l'autre. Ce qu'on peut entendre dans la maxime *Bona non sunt, nisi deducto aere alieno*, qu'il n'y a de patrimoine que sous déduction des dettes. La maxime suggère aussi l'idée d'un patrimoine net. De fait, tous deux susceptibles d'une expression pécuniaire, l'actif et le passif peuvent constamment être mis en balance. Si le premier dépasse le second, on peut admettre que c'est le solde seul qui forme le patrimoine. Si le second l'emporte sur le premier, il ne faut pas dire que le patrimoine n'existe plus ; il existe, mais il est négatif.

[4] 2 / Caractères juridiques du patrimoine

La conception du patrimoine se ressent ici de vues théoriques. Aubry et Rau ont présenté avec une extrême rigueur certains caractères du patrimoine inscrits dans le droit positif, et ils ont laissé peu de place aux exceptions. Au contraire, la doctrine du début de ce siècle a insisté sur les exceptions et souvent contesté les caractères qu'Aubry et Rau avaient affirmés. Il est, cependant, utile de rappeler ces caractères.

1 | CARACTÈRE PRINCIPAL : LE LIEN AVEC LA PERSONNALITÉ

Le patrimoine, suivant Aubry et Rau, est une émanation de la personnalité. Les droits et les obligations qui le composent trouvent leur ciment dans la personne du titulaire. Si l'unité se dégage de l'hétérogène, ce n'est que parce que tous les éléments sont soumis au libre arbitre d'une seule et même volonté. Trois propositions reflètent cette idée fondamentale :

1° *Seules les personnes peuvent avoir un patrimoine*. Mais les personnes morales aussi bien que les personnes physiques (et même

l'existence d'un patrimoine autonome semble souvent l'essentiel de la personnalité morale).

2° *Toutes personne a un patrimoine,* n'eût-elle rien dedans, n'eût-elle que des dettes. La solution se conçoit dès lors que l'on analyse le patrimoine comme un potentiel, le pouvoir d'acquérir des droits, c'est-à-dire d'être soi-même sujet de droit. A cette solution, pourtant, une vieille institution du droit pénal, la confiscation générale, a longtemps apporté un démenti, car, par elle, le prince, l'État, pouvait s'emparer non seulement de tous les biens présents, mais aussi des biens à venir des condamnés : c'était leur puissance d'acquérir – partant la personne qui était ainsi confisquée. Or, dans la réaction autoritaire qu'avaient déterminée les deux guerres mondiales, la confiscation générale a été ressuscitée avec plus ou moins de persévérance. Et si, aujourd'hui, elle n'a plus ordinairement d'autre cible que les biens présents, des traces subsistent, néanmoins, de l'idée ancienne, dans le langage des textes (l. 21 mars 1947, toujours en vigueur, expression caractéristique, le « patrimoine confisqué »), voire dans une disposition exceptionnelle, en attente d'avenir, l'a. 310 du Code de la justice militaire, qu'expliquent les nécessités traditionnelles des armées en temps de guerre.

3° *La relation de la personne avec son propre patrimoine ne s'exprime pas dans un droit sur le patrimoine.* — On peut bien dire (parce que le mot est vague) que l'individu est *titulaire* de son patrimoine, non pas qu'il en est propriétaire, puisque le patrimoine, en un sens, c'est lui-même.

Ceux qui critiquent aujourd'hui la théorie d'Aubry et Rau partent de l'idée toute contraire que le patrimoine est indépendant de la personnalité. Ils le considèrent objectivement comme une *masse de biens* (à leurs yeux, il n'existe pas de patrimoine en l'absence de biens effectivement appropriés), et, faut-il préciser, comme une masse de biens *affectée à un but*. C'est la communauté d'affectation qui soude entre eux les éléments hétérogènes. Elle remplace la personne et en dispense, à telles enseignes que, dans cette conception, on admet volontiers qu'il puisse y avoir des patrimoines sans sujets, des *patrimoines-buts,* dont le type serait représenté par les fondations (cf. l. 23 juill. 1987, sur le mécénat, a. 18).

[5] 2 | CARACTÈRES DÉRIVÉS

Ce sont l'*incessibilité* et l'*indivisibilité*, corollaires longtemps jugés nécessaires, de l'idée que le patrimoine est une émanation de la personnalité.

▶ *Incessibilité du patrimoine*

Il faut, en toute hypothèse, faire une distinction entre la cession *à cause de mort* et la cession *entre vifs*.

1° *Cession à cause de mort.* — Il n'est pas douteux qu'elle est possible, qu'elle ait lieu par la volonté de la loi (succession *ab intestat*) ou même, ce qui est plus remarquable, par la volonté du titulaire du patrimoine (succession testamentaire). Et la transmission porte bien alors sur un patrimoine, dans sa substance, faite d'actif et de passif amalgamés, non pas sur des biens à titre particulier ; d'où cette conséquence significative que les dettes sont transmises avec les droits (cf. t. IV, n° 323). Mais c'est que, la mort ayant anéanti la personnalité, rien plus ne retient le patrimoine à son titulaire ; et que, au contraire, les héritiers ou (sous certaines conditions) les légataires universels paraissant faire revivre la personnalité du défunt, continuant (comme on dit) sa personne, il est tout naturel que le patrimoine désincarné soit, en quelque sorte, transfusé dans la leur.

2° *Cession entre vifs.* — Entre vivants, la cession du patrimoine est interdite, car ce serait annihiler la personnalité du cédant. Il est permis, sans doute, à un individu d'aliéner tous les biens dont il est actuellement propriétaire. C'est ainsi, notamment, qu'un père ou une mère peut d'avance, par une donation-partage (a. 1075 s.), partager tous ses biens entre ses enfants et prendre, pour ainsi dire, sa retraite de propriétaire (ce que l'on appelait jadis une démission de biens). Mais ce n'est pas, pour autant, aliéner son patrimoine, si le patrimoine est virtualité et pouvoir d'acquérir de nouveaux droits.

▶ *Indivisibilité du patrimoine*

La personnalité étant indivisible, si le patrimoine est une émanation de la personnalité, une même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine. C'est sur ce point que la critique de la théorie classique a été la plus forte. De fait, dans la loi elle-même, on rencontre d'assez fréquentes situations où un même individu semble titulaire de deux patrimoines distincts, une masse de biens, qui peut avoir son passif propre, se détachant du patrimoine général pour être soumise à des règles particulières d'administration ou de liquidation. Ainsi, sous les régimes matrimoniaux de communauté, les biens communs forment une sorte de patrimoine autonome ; quand une succession est acceptée

sous bénéfice d'inventaire, l'héritier se trouve à la tête de deux patrimoines qui ne se confondent pas (a. 802-2°). Mais c'est un problème tout différent que de savoir si un patrimoine pourrait être fractionné par la volonté de son titulaire, en dehors des cas prévus par la loi. Une solution de ce genre avait été proposée pour le fonds de commerce : on voulait en faire une universalité juridique, un patrimoine autonome du commerçant. La négative a prévalu, mais la loi du 11 juillet 1985 a fait davantage, en créant l'*entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* (a. 1832, al. 2) : la possibilité est ouverte (assez peu utilisée en fait) d'avoir, à côté du patrimoine général, un patrimoine spécialisé.

[6] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Il est remarquable que la notion du patrimoine (toutes interprétations du mot confondues) continue de susciter – malgré son rayonnement limité dans la pratique judiciaire – un vif intérêt doctrinal : ex. les *Travaux du laboratoire de sociologie juridique* de Paris II, 1995 ; Martine Rémond-Gouilloud, L'avenir du patrimoine, *Esprit*, nov. 1995 ; Frédérique Cohet-Cordey, La valeur explicative de la théorie du patrimoine, *R.T.*, 96, 819 ; Muriel Fabre-Magnan, Propriété, patrimoine et lien social, *R.T.*, 97, 583. Pour la théorie classique, on ne saurait mieux faire que de se reporter à la source, Aubry et Rau, IX, § 575-583, du moins dans les cinq premières éditions (c'était, quelque opinion qu'on ait du fond, un admirable morceau de littérature juridique). Pour la critique (dont le point de départ est dans Gény, *Méthode d'interprétation*, 1899, I, n° 67), ainsi que pour des idées qui furent nouvelles (objectives, réalistes), v. Plastara, *La notion juridique du patrimoine*, Th. Paris, 1903, et surtout H. Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Th. Dijon, 1911. Pour un commentaire philosophique, Sève, *Arch.* 79, 247 s. — Qui fouille plus profond rencontre les influences germaniques : Aubry et Rau imitaient Zachariæ (cf. *Introduction,* n° 152) ; et dans la réaction du début du XX^e^ s., c'est chez Brinz qu'on est allé chercher l'idée extrémiste du patrimoine sans sujet *(Zweckvermögen)*. — A notre époque, les recherches doctrinales portent, plutôt que sur la nature du patrimoine, sur les transformations de son contenu économique. V. notamment, P. Catala, *R.T.*, 1966, 185 ; Atias, Patrimonial et extrapatrimonial, *Droit prospectif*, Aix, 87 (2), 477. — Autre ligne de recherches, la vision comptable du patrimoine : R. Savatier, *Le droit comptable au service de l'homme*, 1969 ; Viandier et de Lauzainghéen, *Droit comptable*, 1993.

De nos jours, le mot *patrimoine* a reçu un emploi nouveau : il sert à désigner l'ensemble des biens culturels de la nation, des œuvres d'art, des monuments, des sites que renferme le territoire : il s'agit d'en faire l'inventaire et d'en assurer la conservation. Cf. A. Chastel, La notion de patrimoine, *in* P. Nora *et al.*, *Les lieux de mémoire*, II, 2, p. 405-450 ; Choay, *L'allégorie du patrimoine*, 1992. Cette transposition de la notion de droit privé est fidèle : elle retrouve la dimension verticale du patrimoine, l'héritage, la continuation de la personne, la personne France. Infidèle aussi, il est vrai :

le propre du patrimoine privé, c'est la mobilité, l'aliénation des éléments composants ; du patrimoine national, c'est l'inaliénabilité. Avec la même distorsion de sens – et peut-être la même légèreté d'esprit – nos gouvernements sont passés du patrimoine culturel au patrimoine naturel, envisagé sous son double aspect, le patrimoine géographique, le sol (C. Urb., a. L. 110), et le patrimoine biologique, la faune et la flore (Nouveau C. Ru., a. L. 211 s.). Il s'agit, comme toujours, de protéger. Dommage qu'il y faille tant de lois, et des incriminations (cf. *infra*, n° 223).

SOCIOLOGIE

J. Cuisenier, Institution familiale et société industrielle, *Mélanges Raymond Aron*, 1971, II, p. 153 (p. 161 : Formation et transformation des patrimoines) ; Christine Delphy, Le patrimoine et la double circulation des biens dans l'espace économique et le temps familial, *Revue française de sociologie*, 1969 (étude de la représentation du patrimoine dans l'esprit de ses détenteurs) ; Nerson *et al.*, *Patrimoine et familles*, Lyon, 1981.

E. Le Roy, *Le jeu des lois, une anthropologie « dynamique » du droit*, 1999, p. 312 s., distingue trois conceptions du patrimoine : 1° la conception archaïque (médiévale encore en Occident) qui privilégie la transmission des statuts d'une génération à l'autre, y compris le statut des biens (les *propres*, à conserver) ; 2° la conception moderne, individualiste, qui lie le patrimoine à la personne (et parmi les biens, les *acquêts* compteront plus que les propres) ; 3° la conception récente qui attribue un patrimoine à des entités mystico-abstraites, telles que l'Humanité ou la Nature, avec des contenus qui aspirent paradoxalement à être hors du commerce, extra-patrimoniaux. Cette analyse a l'intérêt d'apporter des arguments dans plus d'une question actuelle : ex. la distinction des propres et des acquêts, refoulée par le système successoral du C.C., mais que pourra faire ressurgir la réforme des droits du conjoint survivant ; la notion du patrimoine génétique ; du patrimoine de l'Humanité (cf. Terré, L'Humanité, un patrimoine sans personne, *Mélanges Ardant*, 1999.

ÉCONOMIE POLITIQUE

F. Morin, *Théorie économique du patrimoine*, 1984. — Sur la répartition, enquêtes : P. Cornut, *Répartition de la fortune privée en France par départements et des biens au cours de la première moitié du XX^e s.*, 1963 ; Ph. L'Hardy et Hoffmann, *Épargne des ménages et gestion du patrimoine* (« Coll. de l'INSEE », 1970, n° 32, M, n° 6) ; L'Hardy, *Structure de l'épargne et du patrimoine des ménages en 1966* (*ibid.*, 1972, n° 53, M, n° 13) ; L'Hardy, Les disparités du patrimoine, *Économie et statistique*, 1973, n° 42 ; D. Kessler et autres, *Accumulation et répartition des patrimoines*, CNRS, 1983 (et aussi méthodes d'estimation) ; Babeau, *Le patrimoine des Français*, 1989 ; D. Kessler et A. Masson, Le patrimoine des Français, faits et controverses, *Données sociales*, INSEE, 1990, p. 156 s.

[7] POLITIQUE LÉGISLATIVE

Le B.G.B. a souvent été préconisé comme modèle ; il s'inspire de la théorie objective ; il autorise, notamment, la cession du patrimoine entre vifs (§ 419). Mais cette combinaison n'a guère d'application, semble-t-il, que pour les personnes morales. Il s'agit pratiquement des fusions de sociétés commerciales. Or, en France, elles sont

aujourd'hui permises et réglementées par la l. 24 juill. 1966, a. 371 s. (v. Jeantin, *Mélanges Derruppé*, 1991, 287 ; cf. Civ.[1] 7 mars 1972, *J.C.P.*, 72, 2, 17270, n. Guyon). Et nous avons, articulée sur la procédure du redressement judiciaire (l. 25 janv. 1985, a. 81 s.), une cession d'entreprise qui apparaît comme une cession totale ou partielle du patrimoine. Pour aller plus loin, il faudrait autoriser une personne physique ou morale à distraire de son patrimoine un ensemble de biens pour en constituer un patrimoine distinct, affecté à une certaine finalité : patrimoine-but, *Zweckvermögen* des théoriciens germaniques, nous disons plutôt *patrimoine d'affectation*. Mais assez vite des obstacles surgissent, dans des données de fait ou de droit. 1° S'il s'agit d'une affectation *commerciale*, l'obstacle est le défaut de surface, donc de crédit. Témoin la société à responsabilité limitée (l. 24 juill. 1966, a. 34 s.) qui est, dans notre droit positif, par le biais de la personnalité morale, la combinaison pratiquée qui se rapproche le plus de la constitution d'un patrimoine autonome (il suffit d'être deux, et le second peut n'être qu'un figurant) : il est notoire que les tiers ne font guère crédit à ce patrimoine autonome, à moins que ne s'y ajoute l'engagement personnel du gérant sur son patrimoine global. 2° S'il s'agit d'une affectation *familiale*, dont il existe des modèles étrangers (le patrimoine familial du C.C. It. de 1942, a. 167 s. ; la fondation de famille du C.C.S., a. 87, 335, 493 ; et bien sûr, le *trust* anglo-américain, qui a son reflet dans nos projets actuels de fiducie ; cf. *infra*, n° 89), l'obstacle national se rencontrera dans les dispositions d'ordre public de notre droit successoral : l'interdiction des pactes sur succession future (a. 1130), les droits des héritiers réservataires (cf. t. II, n° 397).

[8] THÉORIE JURIDIQUE

a) *La théorie du patrimoine.* — Au début du siècle, on aurait pu croire que la thèse objective allait l'emporter. Et en termes de lutte des classes, un marxiste aurait pu imaginer que, la théorie d'Aubry et Rau ayant fait alliance avec le crédit chirographaire et la Banque, la théorie objective reflétait la forte pression de la classe montante des commerçants moyens. Le système d'Aubry et Rau, cependant, continue à tenir une place importante dans la pensée contemporaine. Il a, à tout le moins, une valeur didactique : il explique assez bien, notamment, les droits du créancier chirographaire et le mécanisme de la succession *in universum jus*. Qu'il soit abstrait, ce n'est guère niable. Mais, plus politiquement, on pourrait lui reprocher un certain égocentrisme. Les auteurs animés d'esprit social s'en étaient aperçus ; et quand ils ont proposé de remplacer, dans la théorie du patrimoine, « l'expression de la personnalité » par « l'affectation à un but », nul doute qu'ils espéraient ainsi amener le propriétaire, en quelque façon, à sortir de lui-même. Si Duguit aimait tant parler de *but* – influencé qu'il était par le *Zweck im Recht* qu'avait célébré Jhering dans un grand ouvrage – c'est qu'il y voyait un moteur, apte à secouer ces droits subjectifs qu'il n'aimait pas. Cependant, si but il y a, qui rassemble les biens et les dettes pour en faire un patrimoine, en quoi peut-il consister ? En un taux de croissance ? Cela se concevrait pour le patrimoine d'une entreprise, voire d'une œuvre, mais pour le patrimoine d'un simple particulier ? Pour celui-ci, c'est plutôt conserver qui est le principe. Mais si le patrimoine a, en droit civil, cette tendance à persévérer dans l'être, n'est-ce pas parce qu'il a pour support la personne ? On retourne à Aubry et Rau. Cependant, contre la vision personnaliste (individualiste, soit dit plus crûment) inhérente à leur théorie, l'étymologie suggère de reconnaître au patrimoine

une autre dimension. Non pas littéralement patriarcale – ce qui justifierait après coup la riposte du *Matrimoine*, roman grinçant d'Hervé Bazin (1967) – mais familiale, plus généreusement. Le patrimoine, c'est l'héritage, les biens qui viennent des pères et qui vont aux enfants (cf. en ce sens, très fortement, les notations d'un civiliste sur le verbe avoir, A. Sériaux, *R.T.*, 94, 801). Une institution telle que la réserve héréditaire (cf. t. II, n° 397) peut traduire cette idée que la famille est le véritable titulaire du patrimoine et tente de se conserver en lui, par lui (à confronter avec *infra*, n° 131, Sociologie).

b) *Les prolongements de la théorie.* — Certains aspects du patrimoine, qui n'étaient entrés ni dans la démonstration d'Aubry et Rau ni dans la critique qui en fut faite, ont été, par contrecoup, négligés. Ex. :

1° *Les rapports de la théorie civile et de la théorie fiscale.* C'est peut-être en matière fiscale que le concept du patrimoine trouverait aujourd'hui, paradoxalement, son utilité la plus marquée : à lui de déterminer l'assiette de ce que la théorie fiscale appelle les impôts sur le patrimoine (sur le capital), dont il existe des applications : les droits de mutation par décès et, plus net, quoique dans un champ plus limité, l'impôt sur les grandes fortunes (l. de finances, 30 déc. 1981, a. 2 s.), mort en 1986, ressuscité en 1988 comme impôt de solidarité sur la fortune (a. 885-A s. C.G.I.). A l'adresse d'une aristocratie foncière, ce dernier impôt adopte une conception familiale, communautaire et finalement patriarcale du patrimoine, puisque, faisant fi des délimitations individualistes du C.C., il fait masse de ce qui appartient en propre à chacun des époux et même à chacun des enfants mineurs.

2° *Le secret du patrimoine* (cf. Malaurie, Le secret et le droit, *Mélanges Chr. Mouly,* 1998, 103). Il n'existe guère sous le regard de l'État-fisc, en raison du droit de communication extrêmement vaste que celui-ci peut exercer dans les comptes bancaires, les livres de commerce, les archives notariales (Livre des procédures fiscales, a. L. 81 s.) ; joint que l'obligation – ou le développement *de facto* – du paiement par chèque (cf. t. IV, n° 331), la dématérialisation des titres au porteur (*infra*, n° 58) ont pour effet d'épingler des noms sur les mouvements de fonds, sur la propriété des valeurs mobilières. Sur le terrain du droit civil, au contraire, si le patrimoine est bien une émanation de la personnalité, il est naturel de le proclamer secret en principe, au même titre qu'incessible et indivisible, comme la vie personnelle de chacun. De fait, malgré l'engouement contemporain pour la transparence, il paraît admis que le titulaire d'un patrimoine peut en opposer le secret aux tiers, à ses créanciers comme au public. Ce qui signifie, en particulier, que, hors le cas de la faillite du commerçant, les créanciers chirographaires – dont on dit, pourtant, volontiers qu'ils ont un droit de regard sur le patrimoine qui leur est engagé – peuvent simplement saisir les biens dont ils connaissent l'existence, mais sont sans droit pour obliger le débiteur à leur présenter un inventaire général de son patrimoine (il peut en être autrement entre époux, a. 259-3, 1578, al. 3). Il a été jugé que même des dirigeants de sociétés, des acteurs de l'économie pouvaient, au nom du respect de la vie privée (a. 9), s'opposer à ce que fussent divulguées par la presse des informations, d'ailleurs obtenues licitement, sur l'importance de leur fortune. L'intérêt général et celui des actionnaires pourraient, pourtant, justifier ici qu'une atténuation fût apportée au secret du patrimoine (en ce sens, Paris, 23 janv. 1989, D. 89, 471, et Lindon, n. D. 87, 231). Une formule de la Cour de cassation paraît couvrir cette atténuation. Il y est dit que le respect dû à la vie privée de *chacun* n'est pas atteint par la publication de renseignements *d'ordre purement patrimonial* : Civ.[1] 20 nov. 1990, *Bull.*, n° 257 ; Civ.[1] 28 mai 1991, D. 92, 213, *J.C.P.*, 92, 2, 21845 ; Civ.[1] 20 oct. 1993, D. 94, 595, n. Picod ; Versailles, 17 mai 1995, D. 96, 409. Une décision de la C.E.D.H., 21 janv. 1999, *J.C.P.*, 99, 2, 10120, est plus explicite : les questions patrimoniales concernant une personne menant une vie publique, tel le dirigeant d'une grande entreprise, ne relèvent pas de la vie privée. Cependant, comme le relève P. Kayser, D. 92, 213, ce sont surtout les pauvres (et davantage encore les appauvris) qui ont besoin de tenir secret l'état de leur patrimoine.

3° *La distinction du capital et des revenus.* On se contente d'observer, dans la théorie classique, que les revenus des biens accroissent au patrimoine (*Fructus augent hereditatem* lorsque le patrimoine du défunt est ensuite réclamé par l'héritier). Mais là n'est pas la question. Ce qu'il faut dire, c'est que le patrimoine s'étend dans deux plans, distincts, celui du capital et celui des revenus (cf. a. 272, *in fine*). Il y a peut-être des conséquences à en tirer quant à la place du passif. L'idée du solde net, l'idée que le passif se déduit automatiquement de l'actif, est artificielle. Dans la psychologie des intéressés, et dans l'usage, il y a tout un passif courant dont la nature est d'être réglé sur les revenus (v. par ex. le début de l'a. 500), et pour lequel tout le monde trouverait extravagant d'entamer le capital. Inversement, à quel moment les revenus, non consommés, deviennent-ils économies, donc capital ? L'a. 1403, al. 2, évoque le (théoriquement) délicat passage.

4° *Le patrimoine du prolétaire.* Reconnaître avec la thèse objective que celui qui n'a pas de biens actuels n'a pas de patrimoine est certainement plus réaliste que d'affirmer qu'il en a un parce que toute personne doit en avoir. Mais, quelle que soit la bonne théorie, le malheureux n'en sera guère avancé. Au demeurant, on s'est parfois préoccupé de découvrir des biens actuels dans le patrimoine le plus vide. On songe à la *force de travail.* Le sentiment, cependant, prévaut (v. déjà, Demolombe, IX, n° 14) qu'elle est trop intimement personnelle pour être comprise dans le patrimoine (même s'il est émanation de la personnalité ?). On pourrait objecter que, suivant l'a. 1843-3, un associé peut apporter son industrie, c'est-à-dire son travail, en société, ce qui laisse supposer qu'il y a là une valeur patrimoniale, détachable de l'individu. La question a été posée, à l'occasion, sur le terrain des régimes matrimoniaux : faut-il comprendre dans la communauté la force de travail d'un époux et, par voie de conséquence, l'indemnité destinée à réparer une incapacité de travail ? Pour la négative, Req. 13 avr. 1921, S. 22, 1, 257, n. critique Demogue, D. 22, 1, 5, n. approbative Capitant, et c'est la solution qu'a consacrée (a. 1404) la l. 13 juill. 1965. A défaut de la force de travail, une créance d'aliments pourrait sembler constituer l'irréductible patrimoine du *have-not* intégral (le nouveau-né abandonné nu sur la terre), créancier alimentaire de ses parents ou, s'il n'en a point, de l'État. Le patrimoine du prolétaire se ramènerait ainsi, en dernière analyse, à une créance contre la société. Le revenu minimum d'insertion (R.M.I. ; l. 1er déc. 1988) pourrait en être la traduction imparfaite (cf. Castel et Leré, *Le R.M.I., une dette sociale*, 1992). Cette créance d'allocation est, d'ailleurs, grevée d'une obligation dont la nature juridique est indécise : l'obligation de s'insérer, au moins de faire effort pour s'insérer, dans quelque travail (a. 16, 37).

c) *La notion d'affectation.* — Elle est difficile à définir (v. Guinchard, *Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français,* Th. Lyon, 1974). C'est d'abord un acte juridique : l'acte par lequel le propriétaire d'un bien (d'une masse de

biens) détermine une finalité particulière, un but en vue duquel le bien sera utilisé. Par l'effet de cet acte, le bien est grevé d'une charge, d'un droit d'usage, de jouissance en faveur de tiers, la collectivité des utilisateurs à venir. Mais ce sont des personnes non identifiables d'avance, *personae incertae*. Cette indétermination des usagers ou bénéficiaires empêche de construire le rapport d'affectation comme un droit réel – sauf à constituer une personne morale qui en sera titulaire. L'a. 18 de la l. 23 juill. 1987 sur le mécénat n'en a pas moins décrit l'affectation, sans plus la définir, avant toute constitution de personne morale, dans le cas exemplaire de la fondation (cf. t. I, n° 213).

d) *Finalités des patrimoines.* — Il serait rationnel que la gestion d'un patrimoine – et, par réduction, celle d'une universalité – fût orientée par des normes différentes en fonction des objectifs que son titulaire se propose. Une trilogie a quelquefois été préconisée entre *patrimoine de conservation* (= de père de famille), *patrimoine de liquidation* et *patrimoine de spéculation.* Le patrimoine de conservation, dont le prototype est le patrimoine du mineur en tutelle, devrait être le royaume des actes conservatoires ou d'administration (cf. t. I, n° 103) ; au-delà, se méfier. Au patrimoine de liquidation, ce sont les actes de disposition qui sont le plus naturels : tel est le cas de la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, du surendettement quand tous les plans de redressement ont échoué. Le patrimoine de spéculation est d'une autre trempe : non seulement les actes de disposition lui sont habituels, mais les actes d'acquisition aussi, ainsi que l'alliance des deux par le crédit ; et l'on n'en exclura pas, quitte à les signaler de rouge, les contrats sur les *futures,* le pari, le jeu. En général, c'est une facilité de circonstances (la minorité, la mort) qui aura encadré le patrimoine dans une catégorie et non dans l'autre. Il est, néanmoins, des natures de biens qui appellent un type de patrimoine : certains portefeuilles de valeurs mobilières peuvent donner envie de spéculer (cf. *infra,* n° 66). Peut également intervenir la volonté d'un disposant, ou du titulaire lui-même. Un patrimoine peut changer d'orientation au cours d'une vie : le père de famille s'est fait spéculateur, mourra aux soins d'un liquidateur.

Chapitre II

[9] THÉORIE DE LA MONNAIE

Qui dit patrimonial dit pécuniaire, c'est-à-dire monétaire. Tout, dans notre civilisation juridique, s'exprime en monnaie, tout vaut tant (tout, sans doute, sauf l'essentiel, mais vous ne pourrez obtenir l'essentiel que parce que tout le reste peut être obtenu par de l'argent). Derrière chaque obligation (cf. a. 1142), chaque bien, et même chaque personne (que l'on songe à l'éventualité des accidents corporels), le droit aperçoit d'avance les dommages-intérêts qui pourront les représenter quelque jour, et les dommages-intérêts, ce sont des sommes d'argent. La *monnaie,* l'*argent,* l'*argent comptant,* disent parfois les textes (ex. a. 533, 536, 1905), ou encore les *deniers* (a. 2103-2°, 5°, expression archaïque, mais qui tient bon dans la pratique). Qu'est-ce donc que cette monnaie qui a le pouvoir unique de doubler toutes choses, comme l'ombre double les corps ?

Il faut commencer par affirmer le principe intemporel que la monnaie est une institution de droit public, un mécanisme régalien, étatique, un attribut de la souveraineté. Dans l'ordre français d'avant 1999, auquel il sera bon (pour un certain temps encore) de continuer à se référer, l'État avait le pouvoir, absolu et exclusif, d'émettre et de retirer les monnaies, comme d'en régler le cours. Cette *souveraineté monétaire* était une forme capitale de sa souveraineté. Le Conseil constitutionnel l'avait reconnu dans sa décision du 9 avril 1992 (*J.C.P.,* 92, 2, 21853), déclarant le traité de Maastricht (7 févr. 1992) incompatible avec le texte antérieur de la Constitution, la politique monétaire mettant en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Aussi a-t-il fallu un nouveau texte constitutionnel (a. 88-2, l. 25 juin 1992) pour couvrir les éven-

tuels transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'Union économique et monétaire européenne (U.E.).

L'établissement de cette Union s'est traduit par l'introduction, sur tous les territoires des onze États participants, d'une monnaie nouvelle, monnaie unique, l'euro, en deux étapes, dont la première s'est accomplie au 1er janvier 1999, dont la seconde est prévue pour le 1er janvier 2002. C'est un événement majeur.

Il l'est, à l'évidence négativement, en ce qu'il implique l'abolition à brève échéance, des monnaies nationales, donc en France du franc, la disparition des dernières traces qui subsistaient du franc de Germinal an XI (cf. Introd., n° 74).

Mais il l'est aussi positivement, car, bien que l'euro reproduise beaucoup des traits classiques de toute monnaie, par d'autres on assiste à une rupture éclatante.

— La *nature juridique de la monnaie* est bouleversée : ce n'est plus un mécanisme d'État, la raison en étant, toute simple, que l'U.E. est encore loin d'être un État ; pour une période encore indéterminée, l'euro est sous la souveraineté d'une entité abstraite, le Système européen des banques centrales (S.E.B.C.).

— Non moins profonde est la transformation que va subir la *politique monétaire,* l'ensemble des objectifs que le souverain assigne à son action. De toute antiquité, l'émission de monnaie a été conçue comme pouvant être, devant être, pour le prince, une source légitime de profit. Il n'est que de songer aux rois faux-monnayeurs ou aux assignats républicains, et en France comme ailleurs (plus qu'ailleurs peut-être), c'est par l'inflation qu'ont été financées les deux grandes guerres. Mais à ces habitudes invétérées, les économistes keynésiens avaient su appliquer un revêtement de science : ils démontraient que la monnaie est un instrument pour agir sur le marché et sur l'emploi, que l'inflation, la déflation, les taux d'intérêt peuvent être utilisés comme stimulants ou freins de la conjoncture, du commerce interne ou international : il y avait eu des dévaluations « compétitives ». D'autres y ajoutaient que, par une monnaie délibérément fondante, une nation peut se dispenser d'une réforme violente, les richesses glissant en douceur de classe à classe, des créanciers aux débiteurs, des propriétaires aux locataires, etc. Or, il faut bien se convaincre que la monnaie unique a répudié pour toujours ces sortilèges de politique monétaire. Le S.E.B.C., que hantent des souvenirs de 1929, de 1945, se veut rigoureux et ne se reconnaît d'autre raison d'être que d'assurer la stabilité, non pas même des changes, mais des prix, uniquement des prix. Le Système est allemand.

[9] Pour l'heure, le grand écart auquel la théorie de la monnaie doit se livrer entre le franc et l'euro est peu propice à un exposé sans complexité du droit en vigueur. Prenant, néanmoins, pour donnée incontestable du traité de Maastricht et des textes d'introduction que, dans les rapports entre particuliers (ou même entre professionnels et consommateurs), matière par excellence de ce droit civil qui est la vocation du présent volume, l'euro n'est encore que monnaie facultative, le franc seule monnaie obligatoire – une méthode mixte paraît ici plausible : le droit national sera maintenu comme base de l'étude, les novations du droit européen n'intervenant qu'en contrepoint. Sans surprise, cette méthode nous conduit à une division dont les énoncés sont assez généraux pour que l'euro comme le franc s'en accommodent : la *notion* et les *fonctions* de la monnaie.

[10] ÉTAT DE LA QUESTION

Il n'y a qu'une question, sous divers angles de vue : l'introduction de l'euro. Texte européen de base pour la période transitoire, le Règlement du Conseil (de l'U.E.) 974-98 du 3 mai 1998 (cf. D. 98, L. 191, *J.C.P,* 98, 3, 20079).

B.G. — Quelques exemples seulement d'une production surabondante autour de 1998 : ouvrages d'information, G. Milési, *Le roman de l'euro,* 1998 ; de polémique, tantôt *pour,* P. Kauffmann, *L'euro,* 1997, tantôt *contre* la monnaie unique, J.-J. Rosa, *L'erreur européenne,* 1998.

HISTOIRE

Le roman de l'euro est en trois épisodes :

a) *L'écu-panier.* — L'idée d'une monnaie composite qui serait commune aux pays de la Communauté économique européenne avait eu plus ou moins pour instigateur l'économiste belge (américanisé) Robert Triffin (1911-1993). La réalisation – en mars 1979, à l'occasion de la création du S.M.E. (Système monétaire européen) prit la forme d'un panier de monnaies, chacun des États membres mettant dans le panier sa monnaie, affectée d'un coefficient correspondant au poids économique du pays concerné. L'unité monétaire qui en sortait prit nom en anglais : *European Currency Unit.* La France ne retint que le sigle : E.C.U., qui sonnait monétairement (l'écu avait été une vieille unité de compte, sous l'Ancien Régime et encore au XIXe s., l'équivalent de 3 livres ou de 3 francs). L'écu européen, lui aussi, n'est qu'une monnaie de compte, sans instruments monétaires (billets ou pièces) pour la représenter. A l'origine, il avait été institué à l'usage exclusif des organes de la Communauté. C'est l'écu *officiel,* appelé à fonctionner dans les relations entre banques centrales, ou pour l'établissement du budget communautaire. Mais, par la suite, s'est créé un écu *privé* ou commercial, qui a cette singularité de ne pouvoir s'exprimer que dans des instruments submonétaires (chèques et virements). Cf. Th. Lefèvre, *L'E.C.U.,* 1985 :

D. Cahen, *L'usage privé de l'E.C.U.,* 1985 : Emerson et Huhne, *L'écu,* 1991 ; Bekerman et Saint-Marc, *L'écu,* 1993. Une décision du ministre de l'Économie du 9 mars 1989 autorise les particuliers à se faire ouvrir des comptes bancaires en écus. En fait, à l'échelle individuelle, les frais qui grèvent les opérations courantes en écus restent dissuasifs. Ce sont les grandes entreprises qui s'intéressent à cette monnaie, où elles croient voir une monnaie privée, échappant à l'emprise étatique, plus stable, par conséquent. Pourtant, l'écu n'est pas une monnaie purement privée, il dépend d'une constellation de souverainetés monétaires, et le souverain national lui-même pourrait agir unilatéralement sur elle en altérant sa propre unité. De fait, dès 1992, plusieurs souverains ont agi, les uns, en dévaluant, un autre (l'Angleterre) en sortant du système des parités fixes. Au 1er juin 1992, l'écu était coté à Paris 6,90 F ; au 21 mars 1995, 6,44 F ; au 10 août 1998, 6,64 F.

b) *L'écu de Maastricht.* — Le traité cite en bonne place parmi les objectifs de l'U.E. l'établissement « à terme » d'une monnaie unique et il nomme celle-ci : la monnaie unique, l'*écu*... (a. G. - 3 A ; et plus loin a. 109-1). Il n'empêche que, les 15-16 décembre 1995, le Conseil de l'U.E. va débaptiser la monnaie unique et la rebaptiser *euro.* A la demande de l'Allemagne. Pour quels motifs ? Explication vaseuse dans le Préambule (2) du Règlement 974. La similitude de nom avec l'écu-panier pouvait nuire à l'image de la monnaie européenne auprès du public allemand, car le panier, ayant embarqué des monnaies faibles, avait donné des signes d'instabilité. Et puis, *ein Ecu* sonnait un peu comme *eine Kuh,* coïncidence fâcheuse. A ceux qui soutinrent que, le traité étant changé, le référendum d'approbation était caduc, on rétorqua que le changement ne touchait pas à la substance. Mais cette réponse elle-même était superficielle : le nom monétaire est le support du nominalisme, qui est un principe de droit ; joint que, pour certains électeurs français, le mot qui avait une signification historiquement rassurante, avait pu être la cause de la décision. L'U.E. n'en a pas moins passé outre, et même par un renversement de position, elle a finalement admis que les obligations libellées en écu-panier seraient convertibles en euros à parité.

c) *L'euro monnaie unique.* — C'est un sens plus fort que monnaie commune. Sous un régime de monnaie commune (dont le désir a souvent été imputé aux gouvernements anglais), l'euro et les monnaies nationales auraient concomitamment cours légal. La pratique réserverait sans doute l'euro au commerce et surtout au commerce international, tandis que, dans chaque pays, la monnaie nationale continuerait de dominer les rapports de droit civil. Cette cohabitation est admise, il est vrai, pour la période transitoire 1999-2002. Mais, à partir de 2002, l'euro aura le monopole du cours légal, le franc sera aboli en tant qu'unité monétaire, et les billets ou pièces qui le représentaient ne seront plus que des objets sans nature de monnaie. Il est vraisemblable, à en juger par ce qui s'est passé dans le cas des deux francs (cf. *infra,* n° 21), que longtemps encore après 2002 des Français rédigeront des contrats, des testaments en monnaie française. La sanction équitable devrait être non pas la nullité de l'acte pour violation d'un ordre public (européen), mais la conversion de plein droit des francs en euros au taux de conversion arrêté par le Conseil de l'U.E. (selon l'a. 109 L.-4 du traité).

[11] THÉORIE JURIDIQUE

V. S. Tamburini-Kender, *La notion de monnaie européenne ; aspects juridiques et institutionnels,* Th. Aix, 1998.

a) *Du côté français.* — La loi constitutionnelle (a. 88-2) suppose un transfert de *compétences.* A l'école de Duguit, qui se voulait réaliste, on évite de parler de la souveraineté, qui serait une sorte de droit subjectif de l'État, purement métaphysique. Les adversaires de l'euro, à l'inverse, se plairont à stigmatiser l'*abandon* de souveraineté. C'est tout au plus une *délégation,* corrigeront les esprits modérés. Durant la période transitoire (1999-2002), nul doute, il y a partage : le franc conserve la généralité du cours légal, l'euro n'acquiert qu'un cours facultatif (encouragé) en monnaie scripturale. On pourrait prétendre que, même après 2002, un certain partage subsistera d'une autre manière, puisque, l'émission des billets passant à la B.C.E., la fabrication des pièces divisionnaires n'en demeurera pas moins à la Banque de France ; mais cette souveraineté du billon serait assez dérisoire, rappellerait par trop le roi d'Yvetot.

b) *Du côté européen.* — La compétence ou la souveraineté monétaire est, à première vue, transférée à l'U.E. Mais il n'est pas sûr que celle-ci soit un État, qui serait un État fédéral : c'est plutôt une confédération d'États en marche vers la fédération (cf. E. Zoller, *Droit constitutionnel,* 1998, p. 26, 30). Elle a plusieurs caractères étatiques, la monnaie par hypothèse, la justice (la Cour de justice de Luxembourg), la législation très visiblement, mais pas d'exécutif à proportion (distorsion qui peut expliquer la maladie infantile dont elle souffre, une frénésie légiférante à laquelle ne fait contrepoids aucun sentiment d'une responsabilité dans l'application des textes). Ce qui accroît la perplexité, c'est qu'à y regarder de plus près, il semble que ce n'est pas à l'U.E. elle-même qu'est opéré le transfert, mais, assez étrangement, à un *système,* le Système européen des banques centrales (S.E.B.C.). C'est un ensemble constitué par la Banque centrale européenne, sise à Francfort (B.C.E.) et les banques centrales nationales (B.C.N.) des pays membres – une entité abstraite, un réseau plutôt qu'un groupe. On ne peut se tenir de croire que les B.C.N. ne sont là que pour faire écran devant la B.C.E., à qui seule une personnalité morale est reconnue, avec sans doute l'essentiel du pouvoir. Ce qui conduit à se poser une question de principe : si, en transférant la compétence monétaire à une banque, d'ailleurs déclarée indépendante du pouvoir politique, le traité n'a pas substitué un mécanisme bancaire à un mécanisme d'État, si l'euro n'est pas en définitive une *monnaie privée.* La Banque de France a été intégrée au S.E.B.C. par une loi du 12 mai 1998, modifiant profondément le statut (national) qu'elle avait reçu de la l. 4 août 1993, et il lui est rappelé que, dans l'exercice des missions qu'elle accomplira à raison de cette participation au Système, elle ne pourra solliciter ni accepter d'instructions du Gouvernement (français) ni de toute autre personne.

[12] POLITIQUE LÉGISLATIVE

Dans le parcours haché qui mènera à la monnaie unique, chaque phase nouvelle paraît s'enclencher sur la précédente par une nécessité irrécusable et, le terme atteint, tout retour en arrière, dit-on, sera impossible – de sorte qu'à aucun moment les décideurs n'ont eu, n'auront quoi que ce soit à décider. Plus exactement, la décision a été prise une fois pour toutes dans le *big-bang* du référendum sur Maastricht. Après quoi

la porte de la politique législative en matière monétaire a été fermée. Et pourtant, à l'occasion de chaque étape, un euroscepticisme ressurgit – entendons par là, non pas comme à l'ordinaire un doute raisonné sur l'utilité d'une monnaie unique, mais une espèce de pressentiment que l'euro ne pourra se faire complètement (avec des billets de banque) ou, s'il se fait, ne durera pas. Ce pessimisme s'explique aisément pour peu qu'à une conception dogmatique de la législation on substitue une vision sociologique. L'observation peut déjà en être faite à propos de Maastricht. Qu'importe la validité constitutionnelle de ce traité (d'ailleurs violenté à plusieurs reprises) si l'incapacité intellectuelle d'appréhender un texte aussi compliqué, la présentation obreptice et subreptice qui en a été faite (cf. Introd., n° 119) laissent soupçonner un vice du consentement collectif ? Et anticipant la conclusion, la sociologie ne peut que protester dès maintenant contre l'irrévocabilité que s'attribuerait le Système. L'édit de Nantes (1598), le traité de Francfort (1871) avaient été eux aussi irrévocables : la clause *rebus sic stantibus* est un minimum de sociologie inclus dans tous les traités. Plus généralement, on ne peut que reprocher un manque d'esprit sociologique – psycho-sociologique – à un système qui se préoccupe aussi peu de ses usagers. Un chemin n'est voie publique qu'autant que le public y circule ; de même, un nom monétaire ne deviendra monnaie que si les contractants le font circuler effectivement dans leurs contrats. Une résistance passive, dispersée et molle, telle que celle qu'avait rencontrée le nouveau franc, ne suffirait probablement pas à faire capoter l'euro. Mais on ne saurait préjuger des résultats d'une colère plus bruyante comme celle qui contraignit la S.N.C.F. en 1995 à retirer son système Socrate, technique de billetterie trop complexe pour la moyenne des voyageurs. Chez les financiers et les diplomates, ce sont des supputations de géopolitique qui peuvent nourrir l'euroscepticisme : entre les onze États de la zone euro, il ne serait pas inattendu, malgré les professions de foi concordantes des gouvernants, que réapparaisse une de ces divergences d'intérêts qui minent les coalitions (surtout lorsque l'Angleterre est en dehors).

[13] 1 / Notion juridique de la monnaie

L'essence de la monnaie, dit-on aujourd'hui, est d'être un *pouvoir d'achat indifférencié* : c'est un bien en échange duquel il est possible d'acquérir indifféremment toute sorte de biens. Cette indifférenciation totale, qui est pour son possesseur une prodigieuse liberté, confère à la monnaie des caractères juridiques qui n'appartiennent qu'à elle : la *fongibilité absolue,* qui la rend apte, au moins par le jeu des dommages-intérêts (ex. a. 1142), à remplacer toutes choses dans les paiements (cf. *infra,* n° 53) ; la parfaite *neutralité,* qui fait qu'elle ne peut jamais être illicite ou immorale par elle-même (cf. t. IV, n° 55) ; la *liquidité* congénitale, qui explique qu'elle n'ait jamais besoin d'évaluation.

Ces caractères juridiques étonnants n'appartiendraient pas à la monnaie, si elle n'était qu'un objet de papier ou de métal. Mais c'est que, par-delà les espèces concrètes (un billet de cent francs, neuf pièces d'un franc, etc.), par-delà les *corpora,* il y a dans la monnaie une mesure abstraite, une *quantitas* (ce livre vaut 200 F). Au vrai, la notion de monnaie est double ; elle recouvre *l'unité monétaire* et *les instruments monétaires.*

Avec cette dualité coïncide une distinction, venue de l'Ancien Droit, entre *monnaie de compte et monnaie de paiement* (l'Ancien Droit disait : *monnaie réelle*). La jurisprudence s'en est parfois servie pour apporter une restriction à l'exclusivité de la souveraineté monétaire, même dans les rapports internes (pour ne rien dire des rapports internationaux) : même dans cet ordre interne, des arrêts sans lendemain ont tenu pour licite une stipulation en monnaie étrangère, lorsque cette monnaie avait été prévue non pas comme instrument de paiement, mais seulement comme unité de compte (cf. *infra,* n° 36, *b,* 1°).

[14] 1 | L'UNITÉ MONÉTAIRE

Ce qui confère à une chose (pièce métallique ou billet de papier) le caractère juridique de monnaie, c'est qu'elle est reçue dans les paiements non pas pour ce qu'elle représente matériellement, mais en tant qu'équivalent, fraction ou multiple d'une unité idéale. Cette unité idéale est le fondement du système monétaire. Dans le système français, établi à la veille du C.C. par la loi de Germinal (l. 17 germ. An XI), la seule unité monétaire légale était le *franc* (cf. l. 4 juill. 1834, sur les poids et mesures, a. 5 et tableau annexe ; l. 1er oct. 1936, a. 2). L'o. 27 déc. 1958 et le d. 22 déc. 1959 lui ont substitué, à compter du 1er janvier 1960, une unité monétaire nouvelle, désignée d'abord sous l'appellation de *nouveau franc,* puis derechef sous celle de *franc* sans spécification (d. 9 nov. 1962). Ce franc d'aujourd'hui est le centuple du franc de 1959 – ou, si l'on préfère, le franc de 1959 était le centième, *le centime* du franc d'aujourd'hui.

Depuis le 1er janvier 1999, tout habitant du territoire français dispose mentalement de deux unités monétaires, tel le bilingue qui dispose de deux langues. Il peut penser indifféremment dans chacune d'elles, parler, stipuler, pour peu qu'il rencontre une autre personne capable de le comprendre. Il en sera ainsi jusqu'au 1er janvier 2002.

Nous passerons aisément d'une unité à l'autre si nous concevons entre elles un certain rapport mathématique, si nous portons en nous un taux implicite de conversion. Mais comment faire une première estimation de l'euro, cet inconnu sans ancrage ? Il fallait qu'une valeur lui fût attribuée par ses créateurs. C'est ce qu'a fait la Banque centrale européenne, à la veille de 1999, et elle a, d'autorité, fixé pays par pays des taux de conversion *ne varietur.*

Soit, pour la France, 1 euro = 6,55957 F, et réciproquement : 1 F = 0,15245 euro.

Ces taux doivent être transposés aux divisions de chaque unité monétaire, le franc se divisant en 100 centimes, l'euro en 100 *cents* (ou, pour meilleure euphonie, 100 *centimes* d'euro). Comme ces taux à décimales multiples aboutissaient à des résultats trop complexes, l'administration française les a assortis de règles d'*arrondissement* pour la protection du consommateur, dans la perspective d'un (double) affichage des prix (v. l'Arrêté 25 nov. 1998).

L'unité monétaire, cependant, ne se résume pas dans un constat d'existence. Autour du constat une théorie s'est constituée qui, dans la théorie générale de la monnaie, représente la partie où, loin des technicités du « monnayage », l'analyse proprement juridique a été la plus approfondie, en symbiose intime avec le droit privé des obligations et des contrats. Suivant la méthode de transition précédemment adoptée, c'est sur le modèle national qu'est construite la théorie de l'unité monétaire ici présentée. C'est une théorie du franc – sauf à signaler, çà et là, les possibles divergences de la monnaie unique (laquelle, à la vérité, n'a peut-être pas dévoilé encore tous ses problèmes de fond).

▶ *Nature de l'unité monétaire*

C'est avant tout un mot, le nom monétaire (franc, comme ailleurs livre sterling ou dollar). Sur ce postulat repose le principe du *nominalisme monétaire,* selon lequel une unité monétaire reste toujours égale à elle-même dès lors que son appellation n'a pas changé.

En même temps qu'il impose un nom à l'unité monétaire, l'État pourrait la définir par rapport à quelque étalon (comme le mètre a été défini par rapport au méridien terrestre). C'est ainsi que le franc a été successivement défini comme 5 grammes d'argent au titre de 9/10 (franc de Germinal), puis comme 65,5 mg d'or au titre de 900/1 000 (franc Poincaré, l. 25 juin 1928, a. 2). Mais cette dernière définition fut

supprimée, sans être immédiatement remplacée, par l'a. 2 de la l. 1er oct. 1936. Le d.-l. 30 juin 1937 qui avait, à son tour, modifié le texte de 1936, prévoyait que la nouvelle teneur en or du franc serait fixée ultérieurement par décret. Rien ne fut fait, et le nouveau franc de 1960 n'étant lui-même qu'un paquet de cent francs anciens, sans modification de substance, nous avons gardé une *unité monétaire qui n'a pas de définition légale.* C'est une *monnaie absolue,* détachée de toute contre-valeur dont elle serait la représentation : elle n'a de valeur que celle qui lui est assignée par un acte de volonté de l'autorité publique.

Celle-ci, cependant, pour sortir de l'abstraction, s'efforcera d'établir une comparaison entre l'unité monétaire et quelque autre bien, de l'encadrer de quelques points fixes. C'est une loi de psychologie monétaire : une monnaie ne peut être pensée que par *référence à...* Le plus couramment ; en supposant une altération : ... à la monnaie précédente. Mais aussi bien ... à une monnaie étrangère, aisément connue et réputée stable (le mark, le dollar), ou à un ensemble de monnaies. Telle était la situation du franc en 1998 : dans le désert laissé par l'absence de définition légale, des actes administratifs venaient fixer des taux de change (avec une marge de fluctuation qui avait été étendue en 1993, rétrécie depuis) entre la monnaie nationale et les devises étrangères, plus spécialement celles d'entre elles qui formaient le Système monétaire européen (S.M.E.). Aucune des monnaies du Système n'était capable de se définir elle-même (du moins d'une définition qui ne fût pas lettre morte). Mais, toutes s'insérant dans un réseau de parités internationalement reconnues – même si elles devaient être fréquemment renégociées – chacune était définie par les autres.

La loi 93-980 du 4 août 1993, qui a donné à la Banque de France un nouveau statut (une indépendance limitée), avait disposé en son a. 2, al. 1er, que c'était au gouvernement (sous-entendu : par décret) de déterminer le régime des changes (il aurait pu en rétablir le contrôle), ainsi que la parité du franc. Mais compétence était attribuée à la Banque de France pour *régulariser* les rapports entre le franc et les devises étrangères (par ex. en maniant les taux d'intérêt). Ses *décisions* publiées au *Journal officiel,* avaient valeur de normes professionnelles, s'imposant aux banquiers et aux changeurs.

Du fonctionnement du S.M.E. on tirait quelquefois la conclusion que le franc était désormais une monnaie convertible, puisqu'en échange d'une somme ou d'un crédit en francs il était possible d'obtenir la contre-valeur en une monnaie étrangère relevant du système. Mais c'était faire l'impasse sur le préalable des formalités admi-

nistratives à accomplir (au-dessus d'un certain montant, une autorisation ou à tout le moins une déclaration nominative). Une véritable convertibilité monétaire supposerait l'instantanéité et l'anonymat (cf. *infra,* n° 112).

Du franc à l'euro la similitude de nature et de statut est grande. L'euro est une monnaie absolue, qui n'a de valeur que celle qui lui est assignée d'autorité par l'U.E. Plus précisément, observant que, dans l'U.E., c'est le S.E.B.C. et même, plus étroitement, la B.C.E. qui a la compétence monétaire, on doit introduire dans la comparaison cette nuance que, pour l'euro, la valeur est moins une affaire d'autorité publique que de crédibilité bancaire. Cela dit, la monnaie unique est, elle aussi, une unité monétaire sans définition directe ; indirectement évaluable cependant par référence à d'autres monnaies, au dollar notamment. C'est par rapport au dollar que les spéculations se préparent à faire des paris : euro fort ou euro faible ?

[15] ▶ *Altérations de l'unité monétaire*

L'unité monétaire n'a pas l'immutabilité du mètre-étalon. Elle peut subir des altérations, soit en vertu d'une décision souveraine de l'État, soit par l'effet d'un phénomène économique. Ces altérations de droit et de fait, souvent, se combinent et se surajoutent : l'altération de fait précède l'altération de droit et la rend inévitable ; celle-ci, à son tour, provoque de nouvelles altérations de fait.

L'altération peut, *a priori,* se produire dans les deux sens : appréciation ou dépréciation de l'unité monétaire, celle-ci se trouvant valoir plus ou moins qu'avant, selon qu'elle permet de payer plus ou moins de choses (sans se dissimuler, au demeurant, ce qu'a d'un peu vague cette notion de valeur de la monnaie). Mais il est notoire que la dépréciation est une hypothèse beaucoup plus fréquente que l'appréciation, et que, lorsqu'elle a lieu, elle est généralement beaucoup plus profonde.

a) *Altérations de droit.* — La loi substitue une définition de l'unité monétaire à une autre (ex. l. 25 juin 1928 substituant le franc Poincaré au franc de Germinal avec une *dévaluation* des 4/5) ou abolit la définition existante sans la remplacer (l. 1er oct. 1936). Dans la période contemporaine, les dévaluations du franc ont été accomplies par les avis de l'Office des Changes, ultérieurement par des *décisions* de la Banque de France, modifiant les taux de parité entre la monnaie nationale et les monnaies étrangères.

La réforme monétaire, accomplie par l'o. 27 déc. 1958, a eu une portée différente. On pourrait y voir une mesure de revalorisation de la monnaie, puisque le nouveau franc équivaut à 100 francs anciens. Mais c'est un trompe-l'œil, car le passage de la monnaie faible à la monnaie forte s'est accompagné d'une norme de réduction applicable à toutes les créances antérieures (o. 27 déc. 1958, a. 3, al. 2) : il est bien exact que chaque unité monétaire reçue par le créancier vaut 100 fois plus, mais comme il en reçoit 100 fois moins, l'opération est blanche.

b) *Altérations de fait.* — Ces altérations sont révélées par les variations des prix sur les marchés commerciaux, voire dans les magasins que fréquente la ménagère : si les prix, qui s'expriment en unités monétaires, baissent ou montent, c'est, en un sens, que l'unité monétaire s'apprécie ou se déprécie. Spécialement, la hausse des indices du coût de la vie permet de mesurer la dégradation de fait (en pouvoir d'achat) éprouvée par le franc.

Le résultat de ces mutations juridiques et de ces accidents économiques s'inscrit dans des proportions que le juriste doit garder présentes à l'esprit, si grossièrement approximatives qu'elles soient, parce que, sans s'y référer, on ne peut comprendre ce qu'a été le fonctionnement pratique du droit du patrimoine, du droit des contrats en particulier, au cours du XXe s. :

1 franc ancien (d'avant 1960) représentait à peine en pouvoir d'achat
- 1/5 du franc de 1946
- 1/100 du franc de 1920
- 1/200 du franc de 1913

Le nouveau franc (issu de la réforme, « franc lourd », « hectofranc ») fait certes meilleure figure : à son départ, il représentait en pouvoir d'achat 10 francs de 1946, 1 franc de 1920, 0,50 F de 1913. Mais cela n'atténuait en rien la dégradation qu'avait subie chacun des centièmes composants. Et, par la suite, cette dégradation, loin de s'arrêter, s'était installée dans le système, était devenue une institution – institution de droit public à effets de droit privé. Les pouvoirs publics, dans leurs prévisions économiques, budgétaires, salariales, tablaient – ne tablent-ils pas toujours ? – sur une *érosion monétaire* régulière, dont le taux avoué a oscillé, selon les années, de 2 à 5 % en eaux calmes, de 10 à 20 % dans les tempêtes (1 % enfin, ce sera la récompense de la récession venue). Le système monétaire est ainsi devenu essentiellement mobile, d'un mouvement qui est non moins essentiellement à sens unique. De mémoire de créancier, et c'est un être qui vit vieux, on n'a jamais vu de retour.

Cette mobilité se communique, par voie de conséquence, à tout le droit patrimonial d'expression monétaire. Car, malgré la profonde diminution de sa valeur intrinsèque, un franc à la veille de 1960 n'en restait pas moins un franc, et un centime du franc lourd d'aujourd'hui n'en reste pas moins, juridiquement égal à un franc de 1913, apte notamment à éteindre, unité pour unité, une dette monétaire contractée en 1913. Telle est la conséquence d'une *continuité nominale* que rien n'a rompue depuis la loi de Germinal, ni le changement de définition légale survenu en 1928, ni le changement (apparent) d'unité monétaire opéré en 1960, ni, bien sûr, la perte de pouvoir d'achat éprouvée.

La perte de pouvoir d'achat n'a pas de mesure légale, et elle est évaluée différemment selon la catégorie d'objet à laquelle on se réfère (lingot d'or ou tarif des coiffeurs, coût de la vie ou coût de la construction, sur celui-ci, v. *infra,* n° 19, *a,* 2°). Séculairement, la perte a été considérable. Le franc (lourd) de 1994 ne représente guère que 0,10 F de 1913. Et même, pour être sincère, en intégrant au processus de dépréciation la contraction comptable de 1958-1959, il faut reconnaître que le franc de 1913 s'est réduit à son *millième* (= 0,001 F), peut-être encore moins. Par deux victoires militaires à la Pyrrhus et maintes prodigalités civiles, l'État, qui avait la responsabilité de la monnaie, lui a laissé perdre, lui a fait perdre des 999/1 000 de sa valeur en sept ou huit décennies.

Le postulat de la *monnaie unique* est qu'elle est destinée à ne subir aucune altération, ni de droit ni de fait : c'est, de vocation, une monnaie *immuable* (insusceptible de mutation), bien que ne soient pas exclues des variations de change, trahissant des variations de valeur, entre l'euro et les monnaies extérieures au système. Il s'en est produit dès 1999 : on y a vu une hypertrophie du dollar, non une faiblesse de l'euro.

[16] ▶ *Principe du nominalisme monétaire*

Sous son aspect élémentaire, il signifie que l'identité de nom d'une monnaie fait présumer irréfragablement l'identité de sa valeur intrinsèque (en pouvoir d'achat) à travers le temps. Sous un aspect plus mordant, il signifie qu'il n'y a jamais à prendre en compte la valeur intrinsèque de la monnaie, et que le taux de conversion affirmé par le souverain entre deux monnaies successives fait présumer irréfragablement le rapport de leurs valeurs. C'est une véritable règle de droit, règle d'origine coutumière, mais consacrée de surcroît dans une de ses applications principales par l'a. 1895 C.C. (... la somme numérique énoncée au contrat). Au nominalisme s'oppose la thèse du *valorisme* (réalisme), suivant laquelle l'identité de monnaie disparaît, lorsque la

valeur intrinsèque de l'unité monétaire, en droit ou en fait, a été altérée (de sorte que le débiteur aurait le devoir de payer davantage au créancier en unités monétaires nouvelles, afin de lui rendre raison de la diminution constatée dans la valeur). Ainsi, pour se référer à l'hypothèse la plus courante (une dépréciation monétaire), le principe nominaliste est favorable aux débiteurs de sommes d'argent, tandis que la thèse valoriste serait favorable aux créanciers. La réduction au centième imposée à tous les créanciers antérieurs montre que, si l'o. 27 déc. 1958 a interrompu le nominalisme en la forme, elle y est demeurée fidèle quant au fond.

Il est hors de doute que le principe nominaliste régit de plein droit les obligations de sommes d'argent ; mais c'est une question qui a été controversée que de savoir s'il est d'ordre public, s'il ne pourrait être écarté par des conventions particulières, qui organiseraient une sorte de valorisme conventionnel, en obligeant les parties à rééquilibrer leurs rapports en fonction des variations de valeur de l'unité monétaire – ou, pour parler plus carrément, relèveraient le montant de la créance à proportion de la chute de la monnaie. Cette question de la validité des *clauses de garantie contre la dépréciation monétaire* devrait rationnellement appartenir au droit du crédit. Car le droit du crédit, dans le style du XX^e^ s., présente deux faces : à la protection contre le risque d'insolvabilité, sa mission classique, il lui a fallu ajouter la protection contre le risque monétaire. Et l'observation banale qu'il est permis, voire recommandé, aux créanciers de se mettre à l'abri de l'insolvabilité en stipulant des sûretés (ex. hypothèque, cautionnement) n'a pas été sans influencer le droit des obligations en faveur d'une validité parallèle des garanties contre la dépréciation.

Les taux de conversion édictés par la B.C.E. ont d'emblée inséré la monnaie unique dans le jeu du principe nominaliste, en ce sens que, malgré le changement de nom, l'euro a été déclaré continuateur du franc dans la proposition fixée. Mais ceci ne règle que le passé ; pour l'avenir, il semble que la monnaie nouvelle, au contraire, s'est détachée du nominalisme. Plus exactement, elle n'a plus besoin de lui, puisqu'elle est présumée immuable.

[17] ▶ *Principe de la continuité des contrats*

L'idée générale, empreinte de libéralisme économique, est que le changement de système monétaire, opération de droit public, ne doit pas porter atteinte aux obligations de sommes d'argent contenues dans des contrats entre particuliers. Si d'un système à l'autre, le nom moné-

taire demeure exactement le même, la continuité des contrats est assurée mécaniquement par la seule application du principe nominaliste : l'objet de l'obligation n'appelle aucune mesure d'adaptation (ainsi, en 1928 et après, les francs de Germinal se sont transformés sans le savoir en francs Poincaré). Pour peu, au contraire, que diffèrent entre eux les noms successifs, le souverain doit intervenir pour fixer un rapport entre la monnaie nouvelle qui seule aura cours légal au jour du paiement et la monnaie ancienne, qui n'aura plus cours (en 1958, le passage du franc au *nouveau* franc, comme on le nomma d'abord, fut ainsi accompagné d'une norme de conversion, de réduction à 1/100, de tous les libellés contractuels antérieurs).

A plus forte raison une norme de conversion est nécessaire quand, à la monnaie nationale, est substituée une monnaie étrangère ou à tout le moins inédite. Nous avons rencontré plus haut cette norme : pratiquement, elle a jeté un pont des contrats en francs aux contrats en euros ; mais, de surcroît, le principe de la continuité des contrats a été affirmé par les a. 6-2 et 7 du Règlement 974 de l'U.E.

[18] ÉTAT DES QUESTIONS

B. G. — A. Mater, *Traité juridique de la monnaie et du change,* 1925 (de préjugé anti-nominaliste, mais ce fut, pour le régime du C.C., le premier exposé systématique du droit monétaire). L'ouvrage le plus considérable ici fut celui de l'Allemand Arthur Nussbaum, *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts,* 1925. L'auteur, émigré aux États-Unis, en publia une réédition en langue anglaise, dont l'esprit est moins étatique, plus libéral, *Money in the Law national and international,* 1950. V. aussi Ascarelli, *La moneta, considerazioni di diritto privato,* 1928 ; F. A. Mann, *The legal Aspects of Money,* 4e éd. 1982.

Pour suivre l'évolution des idées sous la Ve République, on pourra consulter : 1° L'ouvrage collectif *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée,* 1961 ; 2° Les *Travaux de l'Association Capitant* (XXIII), 1971, Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels, spéc. p. 335-607 (pour le droit civil) ; 3° Malaurie, *Etudes P. Azard,* 1980 ; 4° *Droit et monnaie,* Actes du Colloque de l'Association internat. de dr. économique, 1988 ; 5° B. Starck, *Introduction au droit,* 2e éd. par Roland et Boyer, 1988, nos 1250 s. ; 6° de R. Libchaber, d'importantes *Recherches sur la monnaie en droit privé,* 1992.

HISTOIRE

V. Gonnard, *Histoire des doctrines monétaires,* 1935 ; Hubrecht, *La dépréciation monétaire et la stabilisation ; leurs effets sur l'exécution des obligations,* Th. Strasbourg, 1928, p. 66 s., et Quelques observations sur l'évolution des doctrines concernant les paiements monétaires du XIIe au XVIIIe s., *Festgabe Simonius,* Bâle, 1955, p. 133 s. ; Timbal, *Les obligations contractuelles d'après la jurisprudence du Parlement (XIIIe-XIVe s.),* I, 1973, 335 s. ; Vilar, *Or et monnaie dans l'histoire,* 1978 ; M.-Thérèse Boyer-Xamben, *Monnaie privée et pouvoir des princes,* 1986. Le rôle du droit romain a surtout consisté à pourvoir le Moyen Age et les siècles postérieurs de textes antinomiques ; les plus fameux, cependant, à n'en pas douter, sont d'accent nominaliste (Dig. 46, 3, 94, 1, où Papinien met en formule la fongibilité absolue de la monnaie : *In pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem,* et la loi *Origo* de Paul, Dig. 18, 1, 1, pr., affirmation d'une théorie étatique). Le Moyen Age pratiqua une conception féodale de la monnaie : comme tant d'autres attributs de la souveraineté, celui-ci fut patrimonialisé ; le prince avait le droit de tirer profit de son domaine des monnaies, en fixant et, au besoin, en changeant la valeur des espèces. Les mutations monétaires s'opéraient soit par diminution du poids de métal précieux contenu dans les pièces en circulation (d'où la légende de Philippe le Bel le roi faux-monnayeur, nous dirions aujourd'hui dévaluateur, et de Charles IX encore, v. le *Discours* 88 de Brantôme), soit par un procédé plus intellectuel (le plus courant à partir du XVIe s.), l'augmentation du cours des monnaies réelles (le louis, l'écu) exprimé en monnaie de compte (en livres ; les obligations étant libellées en livres, si un édit vient décider un matin que le louis d'or qui valait précédemment 20 livres en vaudra 24, tout se passe comme si la livre était dévaluée de 20 % ; un créancier de 24 000 livres recevra 1 000 louis d'or là où il aurait dû en recevoir 1 200). Le XVIe s. fut une période très active pour le droit monétaire (cf. Szlechter, La monnaie en France au XVIe s., *R.H.D.,* 1951, 500 et 1952, 80). Après un repos, l'attention fut ramenée sur ces questions par le système de Law.

Daguesseau (*Considérations sur les monnaies,* 1718) nous découvre très nettement la pratique du droit monarchique en la matière. Ce n'est pas un témoin suspect : adversaire acharné de Law, il décrit avec complaisance les ruines que ne peut manquer de semer toute manipulation monétaire (cf. Hubrecht, in *Le chancelier Henri-François d'Aguesseau,* Limoges, 1953, p. 103 s.). Mais, sur le principe du droit positif, il est formel : sauf une courte période (1577-1602), tous les Rois ont regardé les « stipulations par livres imaginaires [qui permettaient de dévaluer les créances de sommes d'argent] comme l'*Arcanum imperii,* le secret d'État, dont ils ont tous été également jaloux ». L'explication est que l'État est le plus grand débiteur : « C'est sur ce principe que les débiteurs ont gagné leur cause contre les créanciers par un *usage qui tient lieu de loi.* » La même thèse se retrouve chez Pothier, notamment dans le passage (*Prêts de consomption,* nos 36 s.) qui a inspiré l'a. 1895, C.C.

Pendant la Révolution, la crise des assignats fit clairement sentir à l'opinion publique, comme aux juristes, l'incidence des phénomènes monétaires sur les rapports de droit privé. V. F. Crouzet, *La grande inflation, la monnaie en France de Louis XVI à Napoléon,* 1993 (sévère pour la Révolution). Le retour à une monnaie forte suscita (l. 15 germinal an IV et 5 messidor an V) une législation, techniquement très remarquable, de conversion des obligations. De toute cette expérience monétaire, le C.C. n'a rien retenu, parce que l'on crut en 1804 – et avec raison – que la stabilité monétaire était restaurée pour un long temps. Il y a plus qu'une coïncidence, il y a un rapport causal entre la loi du 17 germinal an XI (qui définit le franc de germinal) et la codification civile de l'an XII : il eût été vain de prétendre stabiliser les relations sociales dans l'instabilité monétaire. L'existence de la loi de germinal explique que le C.C. ait pu se

contenter pour la monnaie de quelques dispositions fragmentaires (comme la loi du 22 germinal an XI sur les manufactures a pu le dispenser de s'occuper de la condition ouvrière ; au demeurant, tout cela paraissait relever du droit public).

De 1804 à 1914, l'exceptionnelle stabilité du franc masqua le rôle de la monnaie dans les institutions civiles (v. cep. G. Thuillier, *La monnaie en France au début du XIX^e^ s.*, 1983, cf., du même, *La Réforme monétaire de l'an XI,* 1993). Rien n'est plus stimulant pour la science monétaire que le désordre des monnaies. De 1914 à 1990 environ, la France a eu la science et le désordre. Aucun événement, depuis la codification, n'a exercé une action aussi bouleversante sur notre droit patrimonial. Cette action a été aggravée par deux circonstances – contradictoires en apparence seulement. La chute de la monnaie a été trop rapide et trop profonde pour que les victimes aient le temps de mourir avant d'en avoir souffert – mais trop lente et trop graduelle pour que l'on se décide jamais aux mesures radicales qui y mettraient fin, comme on l'avait fait ailleurs, en Allemagne, en Russie (et plus tard, dans les années 80-90, en Argentine), là où la chute avait été un anéantissement brusqué (sur la grande inflation allemande de 1923, v. G.-E. Bonnet, *Les expériences monétaires contemporaines,* 1926, et W. Baumgartner, *Le Rentenmark,* 1925). La nation s'est ainsi installée – mal excusée par deux grandes guerres – dans un système d'inflation chronique et de dépréciation, non point sans arrêt, du moins sans retour. Le véritable régime politique de la France depuis 1914 a été un régime débitorial ; il a son droit civil à lui (cf. René Maury, *La société d'inflation,* 1973). Un temps d'arrêt mérite d'être relevé : celui qui a commencé vers 1990, où, en synergie avec la politique du « franc fort », l'inflation a été ramenée au chiffre toléré de 2 %. Il est vrai que ce taux modéré, ainsi que d'autres « fondamentaux » pareillement favorables, n'ont pas empêché que ne se déclenche, à diverses reprises, sur le marché des changes, une spéculation à la baisse du franc. Mais c'est que toute unité monétaire porte en elle une mémoire. Du passé d'une monnaie, les spéculateurs, à tort ou à raison, induisent des traits permanents d'ethno-psychologie monétaire, et il leur semble que la peur, la haine des dévaluations, est plus profondement ancrée chez les Allemands que chez les Français. L'instauration de la monnaie unique, en 1999, pourra avoir l'effet bénéfique de purger le passé tumultueux. A moins que chaque pays ne reporte sur l'euro un peu de son expérience nationale.

PHILOSOPHIE

V. L'argent et le droit, *Arch.,* 1998 ; Revet, L'argent et la personne, *Mélanges Chr. Mouly,* 1998. Dans le rôle ingrat du Mammon d'iniquité, l'argent prend souvent le relais du droit de propriété (cf. *infra,* n° 70). Il existe, cependant, une opposition d'attitude à l'égard de l'argent. Deux textes, également célèbres, permettront de la saisir. La *Philosophie de l'argent* de Georg Simmel fut publiée en 1900 (trad. Fr., 1987 ; cf. J. Freund, *A.S.,* 89, 271 s.) ; et elle reflète bien l'enthousiasme économique non seulement de l'Allemagne wilhelmienne, mais de l'univers libéral tout entier au tournant du siècle. Simmel exalte le passage de l'argent-substance (le tas des pièces d'or) à l'argent-fonction (l'instrument des échanges). Il salue dans l'argent le moteur bienfaisant qui fait progresser à la fois la liberté individuelle et l'interdépendance collective et impersonnelle de tous les membres de la société. En regard on placera un discours de chez nous, théologique autant que politique, dont le souffle prophétique n'a pas été oublié depuis 1971 : « Le véritable adversaire, le seul... cet argent qui tue, qui achète, qui ruine, qui pourrit jusqu'à la conscience des hommes... » Plutôt qu'à travers le temps, c'est à travers l'espace que la comparaison doit être menée. Le contraste est celui de deux cultures, l'une nordique, l'autre latine – avec peut-être, par-derrière, le clivage hérité du XVI^e^ s. : là-bas les témérités d'une liberté sans confesseurs, ici la défiance canonique à l'égard de l'usure et du trafic d'argent.

SOCIOLOGIE

La sociologie n'accepte plus aujourd'hui le schéma d'évolution si souvent reproduit depuis la loi *Origo* (Dig. 18, 1, 1, pr.) : la vente sortant peu à peu du troc par l'insertion d'une tierce marchandise qui jouerait d'abord le rôle de monnaie, puis en prendrait le nom. Elle met en relief, au contraire, l'irréductible originalité de la monnaie, qui, dès le début, apparaît comme tout autre chose qu'une marchandise : comme un symbole, lié à des représentations mythiques, à la notion de prestige, de pouvoir, mais aussi de médiation (cf. J. Reiss-Schimmel, *La psychanalyse et l'argent,* 1993). La monnaie implique une croyance et une foi sociale, elle a une valeur sociale plutôt qu'économique (sur l'imagerie des monnaies, v. *Études H. Cabrillac,* 1968, p. 47 s. ; Ch. Pérez, *Une pratique discursive originale, le discours figuratif monétaire* [à Rome], 1987 ; Gardas, *Argent et symbolique,* Th. Paris V, 1987 ; Daspre, *Trois siècles de billets français,* 1990). Il serait peu pratique pour un juriste de fonder le nominalisme monétaire là-dessus. Ce n'en est pas moins un fait indéniable que des éléments affectifs persistent dans les monnaies modernes, et l'étrange pouvoir de séduction des milliers et des millions purement nominaux sur toutes les classes sociales (cf. pour les salaires, Simiand, *Le salaire, l'évolution sociale et la monnaie,* 1932) est une donnée psychologique avec laquelle le souverain monétaire est obligé de compter (elle explique la grande difficulté qu'a rencontrée le franc lourd pour pénétrer dans l'usage). Cf. G. Schmölders, *Psychologie des Geldes,* 1966 ; Joachim Schacht, *Anthropologie culturelle de l'argent* (trad. Fr., 1973) ; Orléan, The Origin of Money, *in* J.-P. Dupuy *et al., Understanding Origins,* 1992 ; A. Maesler, *Sociologie de l'argent et postmodernité,* Genève, 1995.

V. du père du *monétarisme,* Milton Friedman, *Essais d'économie positive,* 1995 (trad. par G. Millière de l'ouvrage américain de 1950, qui avait prophétisé les explosions menaçant les politiques de taux de change fixes) ; P. Berger, *La monnaie et ses mécanismes,* 1986 ; B. Gosse et J. Issoulié, *La monnaie,* 1992 ; J. Fau, *Monnaie et richesses,* 1993 ; H. Guitton et G. Bramoullé, *La monnaie,* 7^e^ éd., 1994 ; Aglietta, *Macroéconomie financière,* 1995 ; Orléan et Aglietta, *La violence de la monnaie,* 1984. — Le droit civil peut demander ici à l'économie politique de lui fournir des faits : par ex. de mesurer pour lui les variations de valeur subies par l'unité monétaire ; v. ainsi conjecturalement, R. Sédillot, *Histoire du franc,* 1979, et *Histoire morale et immorale de la monnaie,* 1989 ; Valance, *La légende du franc,* 1996 ; et d'un économiste, M. Saint-Marc, *Histoire monétaire de la France (1800-1980),* 1983. Pour une étude statistique de la notion de *pouvoir d'achat,* devenue essentielle à une définition de la monnaie, A. Poisson, *Le pouvoir d'achat,* 1973. Mais c'est surtout par ses doctrines que l'économie est politique. Pendant longtemps, l'*économie politique libérale* a eu une influence maîtresse sur les civilistes français, les imprégnant de l'idée que la monnaie est une marchandise comme les autres, chose des particuliers et non du prince (le *Traité*

précité de Mater était tout entier construit sur ce postulat de la monnaie-marchandise). D'où, au lendemain de la guerre de 1914, un fort courant doctrinal pour la validité de la clause-or et de ses succédanés. A l'opposé, la *réaction antilibérale* a contribué à détacher de l'or le droit monétaire contemporain, à l'orienter vers la notion de pouvoir d'achat (et vers l'échelle mobile) ; cependant qu'en montrant dans la monnaie un moyen de diriger l'économie nationale, elle rajeunissait les fondements de la souveraineté monétaire. La célèbre *Théorie étatique de la monnaie* du professeur allemand Knapp (1905), qui a mis en lumière l'efficacité économique du pouvoir créateur de l'État, aurait pu servir de pont entre l'économie et le droit ; mais, trop souvent abstruse, elle n'a guère eu d'écho juridique en France (v. cep. Nogaro, Les principes fondamentaux du droit monétaire français, *R.T.*, 1929, 949 ; l'auteur ne fut pas sans influence sur la décision monétaire de Poincaré en 1928, cf. Weiller et Carrier, *L'économie non conformiste,* 1994, p. 58).

Il reste, dans le monde d'avant l'euro (pour ne pas tenter de s'interroger sur ce qui suivra), que le jugement des économistes ne pouvait pas coïncider avec celui des civilistes. Les économistes modernes sont souvent favorables à une dépréciation même prononcée de la monnaie, parce qu'ils y voient un stimulant de la production et des exportations. Au contraire, son appréciation leur paraît redoutable, parce qu'elle traduit une baisse des prix à l'intérieur, une hausse vers l'extérieur, donc un état de crise. Cette inquiétude a ressurgi violemment à partir de 1984, lorsque la récession a mis à vif l'endettement du Tiers Monde et des fermiers américains – plus modestement, en France, l'endettement des acheteurs d'appartements à crédit. Les craintes des civilistes étaient ailleurs : la ruine du créancier de sommes fixes par la chute de la monnaie, la perversion du droit privé, spécialement du droit des contrats, par l'érosion monétaire ; l'ébranlement sournois d'une société par l'esprit d'instabilité, de fuite que lui communique, intimement mêlée à la vie quotidienne, une monnaie instable, fuyante.

[19] POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *Nominalisme et valorisme.* — l'antithèse recouvre plusieurs problèmes législatifs, correspondant à plusieurs conceptions possibles du valorisme. On remarque qu'en Allemagne ces conceptions ont été plus approfondies que chez nous, et se sont traduites par des solutions mieux équilibrées (cf. M. Pédamon, *La réforme monétaire de 1948 en Allemagne occidentale et le droit des obligations,* 1956 ; Reinecker, *L'influence de la dépréciation monétaire sur les droits des obligations,* C.N.R.S., 1982). Le goût français s'est porté par prédilection sur le valorisme contractuel (les clauses d'indexation), où l'on peut voir pourtant une contradiction de principe à tout ce qu'il y a de général et de public dans la monnaie. Un valorisme législatif n'en est pas moins concevable, en amont ou en aval de la dépréciation.

1° *Valorisme automatique.* — Le montant nominal de l'obligation de somme d'argent varierait *de plein droit* (sans qu'il fût besoin de clauses spéciales) en fonction des variations de valeur de la monnaie, ces variations étant appréciées par rapport à tel ou tel point fixe (or, devise étrangère, et surtout marchandises, coût de la vie). En d'autres termes, toutes les obligations de sommes d'argent seraient affectées d'une échelle mobile *légale.*

Des valorismes automatiques et surtout semi-automatiques *partiels* (ex. pour les fermages, notre a. L. 411-11 C. Ru. (nouveau]) peuvent fonctionner correctement. Un *valorisme automatique général* encourt des objections graves d'ordre pratique : la gêne résultant de la nécessité d'un calcul avant chaque paiement est contraire au génie de la monnaie, qui est fluidité, rapidité (allez greffer une indexation sur des comptes payables à vue, sur des billets circulant de la main à la main). Mais surtout on peut s'interroger, dans la théorie économique, sur la possibilité rationnelle du système, et s'il n'est pas absolument indispensable qu'il y ait quelque part des créanciers nominalistes sacrifiés pour que d'autres puissent jouir de leur valorisme. Fût-il théoriquement possible, le système serait, du reste, humainement improbable, car, opérant parfaitement, il annihilerait dans ses effets la dépréciation monétaire. Or, il est des circonstances extraordinaires (guerre, crise économique profonde) où la dépréciation monétaire, comme moyen de financer les dépenses de l'État, de soulager les débiteurs, etc., peut être commandée par un intérêt vital de la nation. Celle-ci ne peut abdiquer d'avance le droit d'y recourir. Il est vrai que les manipulations monétaires peuvent devenir, au service d'un gouvernement faible ou malhonnête, un moyen de facilité. Mais, plutôt que de construire le droit civil en considération d'un État décadent, ne vaudrait-il pas mieux faire effort pour empêcher la décadence de l'État ? D'autant que, sur ce fait des monnaies, les peuples ont, d'ordinaire, les gouvernements que secrètement ils se souhaitent.

2° *Valorisme contractuel.* — Le créancier de somme d'argent court deux risques : insolvabilité du débiteur et dépréciation de la monnaie. Le valorisme contractuel lui permet de stipuler des clauses d'indexation qui sont des sûretés contre la dépréciation monétaire. Critique essentielle : ces clauses tendent à créer une monnaie parallèle, une monnaie privée, dont le souverain n'est plus maître. D'un point de vue économique, on leur reproche d'avoir des effets inflationnistes. C'était, en temps de franc faible, la fameuse course entre les salaires et les prix. Il convient d'observer, toutefois, que lors même que les salaires ne seraient pas indexés contractuellement (par ex. dans les conventions collectives), on n'empêchera jamais une indexation morale, de fait ou de force, en réponse à la vie chère : il faut bien que le salarié vive. Le valorisme contractuel, en tout cas, est inégalitaire (il ne peut, d'ailleurs, fonctionner qu'à condition de n'être pas général) : ce sont les malins qui prennent leurs sûretés. A malin, il est vrai, malin et demi. Lorsque l'inflation s'accélère, tout gouvernement a la tentation d'en accuser les indexations, et sans les interdire, il s'efforce de les neutraliser subrepticement. En principe, les indices auxquels les clauses se réfèrent sont établis, à partir de données objectives, par des organismes indépendants. Mais, indirectement, par le contrôle des prix, s'il subsiste, par des accords de modération, par une influence diffuse, l'État a toujours un moyen de freiner le mécanisme. Et les gouvernements ont tellement d'intérêt à ne pas attiser les revendications haussières qu'ils sont facilement soupçonnés de tirer les indices vers le bas. Deux exemples de ces distorsions critiquées :

— L'*indice des prix* ou indice du coût de la vie. Cf. J.-P. Piriou, *L'indice des prix,* 1992 (ouvrage remarquable). L'indice officiel est établi par l'I.N.S.E.E. Tel que restructuré en 1993, il a sa morale (il se refuse à intégrer le coût du tabac) ; son réalisme aussi : à la différence d'indices étrangers, il prend en compte le facteur qualité (car une amélioration du produit équivaut à une baisse de son prix). Mais non pas le facteur temps sous ses aspects très divers : la durée de l'objet (le progrès d'un objet a souvent pour rançon la rapidité de son usure), ni le temps requis pour l'obtenir (si 5 jours sur 7, il faut recourir à

un plombier S.O.S., le prix moyen des réparations est sensiblement majoré). C'est de cet indice que se servent les pouvoirs publics pour mesurer l'inflation (ce qui n'est pas tout à fait la même chose, l'inflation se mesurant plus directement sur l'accroissement de la masse monétaire). En 1972, la C.G.T. avait établi son propre indice, qu'elle s'efforçait de pousser dans les négociations salariales ; et comme il avait une contexture différente, prenant davantage en compte certains besoins populaires, on ne s'étonnait pas qu'il fût en avance sur celui de l'I.N.S.E.E. (25 % environ pour 1993). Il a maintenant disparu.

— *L'indice du coût de la construction.* L'indice que l'I.N.S.E.E. publie au *J.O.* est le seul auquel puissent se référer licitement les baux à usage d'habitation pour faire varier le prix du loyer (l. 6 juill. 1989, a. 17 *d* ; d. 19 oct. 1982). Mais il existe d'autres indices, celui des professionnels du bâtiment (BT 01), celui de l'Académie d'Architecture. La comparaison des tableaux (ex. *Rev. des loyers,* 99, 354-356) montre, sans surprendre, qu'ils ont constamment et assez sensiblement dépassé l'indice officiel. L'indice précité de l'Académie est le seul à faire apparaître en base 1 le coût de 1914, passé à 6 081 en décembre 1998. Même divisée par 100 pour éliminer le passage au franc nouveau, l'augmentation est propre à expliquer les « crises du logement » au XX^e^ s. (et la nécessité d'un logement plus ou moins subventionné par la collectivité).

3° *Valorisme* a posteriori *ou valorisation.* — Le principe étant le nominalisme, et étant supposé qu'il n'y a pas eu de clauses d'indexation stipulées, ou qu'elles n'étaient point valables, l'une des parties dans le rapport d'obligation (singulièrement le créancier) peut subir un préjudice si le paiement porte sur le montant nominal de la créance alors que l'unité monétaire a été altérée ; cette partie, victime de l'application du principe nominaliste, aura droit à une compensation ; et notamment, le créancier pourra demander une valorisation (revalorisation) de sa créance dépréciée. Ce n'est pas la même chose qu'un valorisme automatique. La valorisation n'est jamais garantie d'avance ; elle n'est qu'une faveur de la loi, dosée suivant les circonstances. D'ordinaire, elle ne répare pas entièrement le préjudice causé par la dépréciation de la monnaie, et elle ne le répare pas de la même manière pour les créanciers de toutes les catégories. Elle peut tenir compte des besoins des créanciers, comme aussi des facultés des débiteurs, ceux-ci pouvant se trouver appauvris de leur côté par les contrecoups de la dépréciation. Une technique très savante de valorisation avait été mise en œuvre par la législation allemande de 1924-1925 après la chute catastrophique du mark impérial (cf. Kerlsonaïde, *Influence de la stabilisation sur les contrats en France et en Allemagne,* Th. Paris, 1931). Au contraire, le reproche le plus grave que l'on peut faire au droit monétaire français est d'avoir toujours négligé la valorisation – sous prétexte que les dévaluations successives du franc n'étaient jamais des anéantissements.

On n'a commencé à valoriser qu'en 1949, et encore d'une manière très fragmentaire, puisqu'il ne s'est agi que des rentes viagères, considérées comme répondant à un besoin quasi alimentaire (l. 25 mars et 2 août 1949, remaniée annuellement depuis 1971 (ex. l. finances, 30 déc. 1998, a. 125)). Cf. Bergel, *R.T.,* 73, 45. Ces lois successives sont intéressantes en ce qu'elles apportent (bien que toujours avec retard et réticence) l'aveu, par les responsables, de l'ampleur de la chute (ex. en 1999, il y a lieu d'*ajouter* 346,1 F à une rente de 100 F constituée en 1964).

b) *Conclusion.* — L'inflation, à une dose estimée « convenable », est maintenant intégrée au discours officiel. On se contente de surveiller le « différentiel d'inflation » avec l'Allemagne (sans précision, du reste, sur les incertitudes des comparaisons transnationales : la structure des indices est-elle identique ? Ont-ils la même signification en régime de liberté des prix ou de semi-contrôle ? Les deux gouvernements sont-ils également menteurs ?). Toute hypocrisie monétaire n'a pas disparu ; mais la remise à plat attendue de l'euro dispense de s'appesantir sur le passé et même de penser à l'avenir.

[20] THÉORIE JURIDIQUE

I. — *Le droit monétaire*

a) Sur les caractères propres du *droit monétaire,* cf. Nomos, nomisma, *Flexible droit,* 1998, 357. — Des définitions plus ou moins larges en ont été proposées : ex. « l'ensemble des règles de droit dans lesquelles la monnaie intervient, soit comme objet immédiat ou médiat, soit comme instrument ou ressort » ; ou encore « l'ensemble des rapports de droit dans lesquels entre un élément monétaire » (donc un prix), de même que l'on a défini le droit international (privé) comme les rapports de droit où entre un élément d'extranéité. Cependant, il est probable que les recherches sur le contenu du droit monétaire en droit *français* seront bientôt périmées, refoulées par l'attention que devrait susciter le droit monétaire en droit *communautaire.* Que la Communauté ait compétence en matière monétaire, compétence exclusive, excluant totalement les droits nationaux à partir de 2002, ce n'est guère discutable (cf. Libchaber, *in* Sousi *et al., Les aspects juridiques du passage à l'euro,* Lyon, 1996, p. 1-11). Mais une question délicate se pose, qui est interne à la Communauté : au sein de celle-ci, le droit monétaire ne forme-t-il pas un îlot de droit autonome ? Car, au lieu que, de droit commun, le pouvoir d'édicter des règlements communautaires appartient à la Commission de l'U.E., la Commission de Bruxelles (et au Conseil des ministres), la compétence pour réglementer « le fait des monnaies » paraît bien avoir été réservée à la seule Commission de la Banque centrale européenne, la Commission de Francfort.

b) Il existe un *Code* des instruments monétaires et des médailles (d. 26 juin 1952, D. 52, l. 221). Mais il est loin d'être la synthèse du droit monétaire : c'est une compilation des dispositions antérieures concernant la fabrication et la circulation des instruments, ainsi que la répression pénale de leur contrefaçon (adaptée au N.C.P. par la l. 92-1336 du 16 déc. 1992).

c) *Compétence respective de la loi et du règlement.* — L'a. 34 de la Constitution de 1958 inclut dans les matières législatives le *régime d'émission de la monnaie.* Si la formule devait être restreinte, suivant sa lettre, au monopole d'émission, ou même à l'autorisation d'émettre, en telle ou telle quantité, les divers types d'instruments monétaires, elle n'aurait pas grand intérêt à notre époque. Il serait plus rationnel, et plus démocratique, d'entendre que, désormais, le droit monétaire dans sa totalité relève de la loi : ainsi, la définition de l'unité monétaire, la détermination de sa parité, donc de sa valeur, et, en fait, sa dévaluation. Toute dévaluation ne se traduit-elle pas par un impôt sur certaines formes de capital, un prélèvement empirique et, partant, inégalitaire ? Or, les impositions de toute nature sont du domaine de la loi. Mais la pratique n'est point en ce sens. C'est par décret que le contrôle des changes fut rétabli en 1968, et c'est par des *avis* de la Banque de France, qualifiés plus tard de *décisions,* que la valeur extérieure du franc s'est trouvée périodiquement fixée (sur la nature de ces avis, simples cir-

culaires administratives ? règlements par délégation ? normes professionnelle ? V. Plaisant, D. 47, chr. 129 ; Quermonne, D. 52, 454 ; Vasseur, D. 81, chr. 25 ; cf. Com. 22 avr. 1980, D. 81, 48). Or, toutes ces mesures ont des incidences très lourdes sur le droit, même le droit interne, des obligations. Les sénateurs et députés qui avaient attaqué la future loi (8 août 1993) réformant la Banque de France invoquaient, entre autres griefs, la violation de l'a. 34. Mais ce grief fut écarté (C. const., 4 août 1993, *J.C.P.*, 94, 2, 22193). A la vérité, les requérants auraient pu frapper plus fort. Pour eux, il y avait atteinte aux droits du Parlement parce qu'une part de la politique monétaire était confiée à la Banque ; ils négligeaient (sans doute parce qu'elle était ancienne, mais cette fois-ci elle allait être solennisée) l'atteinte bien plus grave résultant de ce que le pouvoir d'instituer le régime (le contrôle) des changes et de fixer les parités était entièrement remis aux mains du gouvernement. Du reste, ils se faisaient de la politique monétaire – et le Conseil s'est empressé de les suivre sur ce terrain – une conception réductrice qui ne pouvait que tourner au maintien des solutions contestées. La politique monétaire, ce n'était pas la politique générale de la monnaie ; c'était la politique monétaire au sens étroit de la technique bancaire, l'intervention sur le marché des capitaux, notamment par le maniement des taux d'intérêt. La Banque de France était tout à fait à sa place dans cette mission technique.

[21] II. — *La monnaie*

On s'interroge sur la *nature de la monnaie.* La question est trop générale. Il faut, pour plus de clarté, séparer l'*unité monétaire,* les *instruments monétaires* (proprement dits) et la *monnaie scripturale.*

a) *L'unité monétaire.* — C'est avant tout un *nom,* imposé par le souverain monétaire (d'où le nominalisme), derrière le nom une idée. Elle vient à nous à travers les choses où elle est exprimée, inscrite : les instruments monétaires, mais également les créances de sommes d'argent, les évaluations pécuniaires, etc. En elle-même, il nous est difficile, presque impossible de la saisir. Nussbaum a mis en relief cette impossibilité d'appréhender mentalement l'unité monétaire. Nous ne pouvons la concevoir que par référence à quelque chose d'extérieur, référence historique, verticale, à l'unité qui l'a précédée et dont elle est une fraction ou un multiple, référence horizontale aussi à quelque devise étrangère.

Bien que purement idéale, l'unité monétaire peut donner lieu à un marché. Ainsi est née une théorie de la monnaie-marchandise, en stmpathie avec le libéralisme économique. La pratique des taux de change flottants, qui abandonne la devise nationale aux lois du marché, paraît s'inspirer de cette théorie. C'est un retrait de la souveraineté monétaire, mais qui ne saurait aller très loin. A la vérité, il serait juste de nuancer le débat en y introduisant la distinction (venue d'Allemagne) entre monnaie générique et spécifique. La *monnaie générique,* c'est l'unité monétaire sous sa forme la plus abstraite. La *monnaie spécifique,* c'est d'abord l'unité monétaire quand elle est affectée d'avance d'une précision quant au type d'instrument qui devra la concrétiser (ex., avant 1914, un créancier stipulait qu'il voulait être payé en napoléons). Mais c'est encore, application plus importante, le cas de toutes les devises étrangères : elles sont par elles-mêmes des monnaies spécifiques. L'unité monétaire, sujet du souverain dans son pays natal, devient marchandise en passant la frontière.

Il arrive qu'un nom monétaire soit commun à plusieurs monnaies. Ce phénomène des *noms monétaires à sens multiples* (cf. *Mélanges Roger Secrétan,* Lausanne, 1964, p. 9) ne se situe plus seulement dans le plan international (ex. fr. français, fr. belge, fr. suisse). Depuis la réforme de 1960, il est apparu aussi à l'intérieur de la société française. Le même individu compte tantôt en francs anciens, tantôt en francs nouveaux : il vit alternativement dans deux systèmes monétaires (qui sont comme deux systèmes juridiques). D'où des ambiguïtés possibles, et des malentendus, lorsqu'il exprime sa volonté, dans un contrat ou un testament. De 1 à 100, la différence est trop forte pour que le juge puisse jamais éprouver des doutes sérieux. Encore faut-il justifier en droit la manière d'en sortir. Civ.[1] 21 mai 1968, *J.C.P.*, 68, 2, 15617, semble raisonner à partir de la notion d'erreur matérielle, erreur de plume, erreur de compte (a. 541 [ancien] C. Pr. C.), qui doit être simplement redressée, sans qu'il y ait nullité de l'acte. Civ.[1] 27 oct. 1970, D. 70, 458, n. Pédamon, *R..T.,* 71, 625, n. Loussouarn, adopte une position plus psychologique, en faisant appel à la théorie de l'erreur sur la substance (a. 1110). Dans la même ligne, Civ.[1] 28 nov. 1973, D. 75, 21, n. Rodière, parle d'un malentendu fondamental. Mais il est plus rationnel, plus conforme à la spécificité du droit monétaire, de chercher à rattacher le nom employé aux *habitudes* de l'intéressé, c'est-à-dire, plus objectivement, au système monétaire sous lequel il se plaçait à titre principal (cf. Dig. 30, 50, 3 : ... *patris familias consuetudo*). Ce qui reste une question de fait : le nouveau franc l'emporte dans le doute (Civ.[1] 12 janv. 1970, *J.C.P.*, 70, 2, 16261, à propos d'un testament), ou si le débiteur était une personne rompue aux affaires (Pau, 3 mars 1981, *J.C.P.*, 82, 2, 19706, à propos d'un chèque) ; en revanche, l'ancienne unité reprend sa compétence si le créancier est dépeint comme une personne âgée et habituée à compter en anciens francs (Com. 17 juin 1970, *J.C.P.*, 70, 2, 16504 de nouveau à propos d'un chèque).

III. — *Une somme d'argent*

Le droit civil n'offre guère d'occasion pratique pour méditer sur l'unité monétaire isolément considérée. Mais que l'unité se multiplie, il recouvre son intelligence : 100 000 F, c'est une somme d'argent, un actif (ou un passif) dans son patrimoine. Quand un individu dit avoir 100 000 F, cela peut signifier qu'il a dans un tiroir 200 billets de 500 F, ou un compte en banque, qui est une créance, d'un égal montant. On ne sait, et peu importe en l'état. La somme d'argent existe indépendamment des instruments monétaires dont elle fait l'addition, ou de la créance qui lui sert de véhicule dans le commerce juridique. C'est, pour l'instant, une quantité, *quantitas* (au sens de Papinien, *supra,* n° 17). Il est des cas où son existence se détache très clairement : ainsi, lorsqu'un testateur fait un legs particulier de somme d'argent à prélever sur l'actif successoral.

On prête, on dépose une somme d'argent : des obligations de somme d'argent vont en naître, il est vrai que la *quantitas* préexistait. Mais d'un dépôt d'instruments monétaires sortira une obligation de somme d'argent (cf. Grua, *Le dépôt de monnaie en banque,* D. 98, chr., 259 ; *Qu'est-ce qu'un compte en banque ?,* D. 99, chr. 255). Plus remarquablement, on peut mettre une somme d'argent en gage, non pas des instruments monétaires, mais par diverses combinaisons (cf. M. Cabrillac, Les sûretés conventionnelles sur l'argent, *Mélanges Derruppé,* 1991, 333 ; Com. 9 avr. 1996, D. 96, 399, n. Larroumet ; Com. 3 juin 1997, D. 98, 61, *J.C.P.*, 97, 2, 22891), la somme qu'ils représentent : le gage

est, pourtant, un droit réel (cf. *infra,* n° 38). Dans la banale opération de virement, enfin, la notion atteint l'extrême de son dépouillement : les créances et cessions de créances qui en sont le support s'effacent, c'est une somme d'argent qui est transférée.

[22] IV. — *L'obligation de somme d'argent*

a) *Généralités.* — Ce type d'obligation, l'obligation pécuniaire, par opposition à l'obligation en nature, tire son originalité de l'originalité même de la monnaie. C'est une étude qui relève de la théorie des obligations (v. t. IV, n^{os} 9, 11 [pour la notion particulière de dette de valeur], 169, 285 [évaluation des dommages-intérêts], 331 [paiement]). Cf. Sousi, La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent, *R.T.,* 82, 514. Une analyse de l'obligation de somme d'argent devrait être complétée par une théorie de l'*intérêt* (cf. A. Robert, L'intérêt de l'argent, *Études J. Lambert,* 1975, 437 s.). L'unité monétaire a l'originalité d'être, à travers l'obligation de somme d'argent, un bien immatériel frugifère. L'intérêt est l'enfant naturel de la monnaie. Si la première monnaie a été le troupeau (*pecunia* venant décidément de *pecus* malgré Benveniste), le croît du troupeau a été le premier intérêt : le grec avait le même mot τόκος pour désigner l'un et l'autre. Ce n'est pas la faute de cet enfant naturel s'il a été longtemps jugé illégitime par l'Église. Contre le droit canonique, l'a. 1905 a été un des textes révolutionnaires du C. Nap.

b) *Hypothèses*

1° *Le créancier monétairement chirographaire.* — De même que le créancier chirographaire est celui qui n'a pas de sûretés contre le risque d'insolvabilité, on pourrait appeler créancier monétairement chirographaire celui qui est dépourvu de garanties contre le risque de dépréciation. Le nominalisme n'est pas sans évoquer la théorie classique, qui voyait dans le créancier chirographaire un ayant cause à titre universel (cf. t. IV, n° 129), dont les droits portaient sur la masse fluctuante, fuyante du patrimoine du débiteur (le patrimoine a d'ailleurs été défini comme une expression pécuniaire). Le valorisme, au contraire, pourrait correspondre à la théorie plus moderne qui fait du créancier chirographaire un ayant cause à titre particulier, lequel peut être en contact préférentiel avec tel ou tel élément concret du patrimoine du débiteur (ainsi dans l'action paulienne ou le droit de rétention).

2° *Droit de préférence et droit de suite monétaires.* — Élément concret du patrimoine du débiteur, cela pourrait, sous l'angle monétaire, se traduire par l'expression de *valeur réelle.* Dans un langage économique sans prétention scientifique, on désigne ainsi les biens qui échappent au risque de dépréciation de la monnaie (ex. immeubles, fonds de commerce, actions), parce que leur valeur vénale tend à croître au fur et à mesure que le franc se déprécie. A des créanciers monétairement chirographaires, ne pourrait-on, par un effort de théorie, reconnaître des droits de préférence ou de suite, comme il en existe contre le risque d'insolvabilité, en conséquence du contact qu'ils peuvent avoir avec des valeurs réelles appartenant à leurs débiteurs ? Ce seraient des sortes de privilèges monétaires. Deux critères :

— Une idée de *gage spécialisé* et d'*affectation.* Il faudrait s'inspirer de la théorie du fonds de couverture *(Deckungsfondtheorie)* qui avait été proposée, en 1924, par l'Autrichien Wahle : certaines créances sont plus ou moins liées à un fonds, à des biens sur lesquels il est rationnel de les régler. Wahle avait raisonné sur l'hypothèse, parce que celle-ci, dans le droit germanique du XVIII^{e} s., avait été regardée comme une espèce de copropriété, et il soutenait que les créanciers hypothécaires, plutôt qu'à une somme d'argent, avaient droit à une quote-part de l'immeuble grevé (ce qui ne resta pas sans influence sur les lois allemandes de revalorisation, cf. *supra,* n° 19 b 3°, où ces créanciers bénéficièrent d'un traitement préférentiel). Mais il est d'autres fonds de couverture (ex. réserves des compagnies d'assurances pour les assurés ; actif social de la société anonyme pour les obligataires) : la plus-value constatée dans ces fonds devrait justifier la valorisation des créances dont ils sont le gage.

— L'idée que le créancier *a mis une valeur réelle dans le patrimoine du débiteur* (idée utilisée couramment pour expliquer par ex. que le vendeur de meuble ait un privilège contre l'insolvabilité de l'acheteur, a. 2102-4° ; cf. Marty-Raynaud-Jestaz, *Sûretés,* n° 435). Si l'argent du créancier a été *employé* à acquérir une valeur réelle, il serait rationnel et juste de reconnaître à ce créancier un privilège de droit monétaire sur la valeur acquise. La subrogation réelle pourrait servir de base technique à la solution (cf. *infra,* n^{os} 65, 114) ; la fonction de protection qu'elle exerce contre le risque d'insolvabilité serait étendue au risque monétaire. La maxime fondatrice, *res succedit loco pretii,* a une signification antimonétaire : elle substitue une valeur réelle à la créance de somme d'argent. Le raisonnement est latent dans l'économie de la loi du 25 mars 1949 sur la révision des rentes viagères entre particuliers (a. 2 *bis,* 3 ; ou à l'inverse, a. 2 et 4). On le retrouve sous des textes tels que les a. 860, al. 2, 869, 1099-1, 1469 *in fine,* par lesquels le législateur contemporain a ouvert les yeux sur la dépréciation monétaire, et sans remettre en question le principe consensualiste qui veut que, dans la vente, l'origine des deniers soit sans incidence sur le transfert de la propriété à l'acheteur (cf. *infra,* n° 114), l'a néanmoins corrigé en articulant les droits de celui qui a fourni l'argent sur la valeur du bien que son argent a servi à acheter. Un arrêt rendu à propos de l'a. 869 (Civ.^{1} 18 janv. 1989, D. 89, 305, n. Morin, *J.C.P.,* 90, 2, 21465, n. Vigneau, *R.T.,* 89, 794, n. Patarin) est très significatif. Il décide que le texte a vocation à s'appliquer à un prêt aussi bien qu'à une donation, ce qui le conduit à reconnaître qu'il y a là une dérogation à l'a. 1895, al. 1, c'est-à-dire à une norme de nominalisme monétaire.

[23] 2 | LES INSTRUMENTS MONÉTAIRES

L'unité idéale n'accède à l'existence pratique qu'incorporée dans des instruments monétaires (« signes monétaires », dit l'a. 442-4 N.C.P.) : billets de banque et pièces métalliques. Ce sont les *instruments monétaires proprement dits.* A côté, une autre sorte d'instruments de paiement s'est considérablement développée, ce que l'on appelle génériquement la *monnaie scripturale,* dont on peut toutefois se demander, en se livrant à une *comparaison,* si elle constitue bien une monnaie véritable, à l'égal de l'autre.

Le système européen, tel qu'il doit fonctionner à partir de 2002, disposera concurremment, lui aussi, d'instruments proprement monétaires (billets de banque, de la B.C.E., pièces métalliques) et de monnaie scripturale. Il aurait pu être conçu autrement : comme un pur système de monnaie de compte, à l'usage des banques et du com-

merce : il n'aurait eu alors besoin que de monnaie scripturale, chaque nation conservant sa monnaie nationale avec l'ensemble de ses instruments habituels pour le règlement des transactions banales. C'était probablement la conception que les gouvernants britanniques se faisaient de la monnaie européenne vers 1990 : une monnaie commune (pour la facilité du commerce international), non pas une monnaie unique. Et c'est ainsi, du reste, qu'entre 1999 et 2002 opère l'euro : monnaie facultative, véhiculée seulement par des moyens scripturaux. Mais ce n'est qu'un état provisoire : au 1er janvier 2002 (au 1er juillet, s'il faut tenir compte de quelques mois requis pour échanger les espèces anciennes contre les nouvelles), l'euro sera matérialisé dans toute une gamme d'instruments, qui auront, et auront seuls, cours légal.

▶ *Instruments monétaires proprement dits*

Dans le système monétaire actuel, tous les instruments en circulation ont le caractère d'une monnaie absolue, sont détachés d'un support quelconque de métal précieux, actuel ou virtuel, d'où ils tireraient leur valeur ; toute la valeur qu'ils peuvent avoir leur vient de l'État (d'où, parfois, l'expression de monnaie *fiduciaire,* monnaie de confiance, de confiance faite à l'État). En outre, étant considérés par le droit, non pas pour leur matière, mais pour le nombre d'unités idéales qu'ils représentent – non pas comme corps, mais comme quantités – ils ont, malgré leurs dissemblances extérieures, une fongibilité absolue (cf. *infra,* n° 53).

a) *Billets de banque.* — La Banque de France (l. 4 août 1993, a. 5) a le monopole d'émission sur le territoire métropolitain – et le conservera jusqu'en 2002 (à cette date, le monopole sera transféré à la Banque centrale européenne, B.C.E.). Avant 1914, le billet était *convertible* : la Banque avait l'obligation de le rembourser en pièces d'or à la demande du porteur. Aussi était-il analysé comme un droit de créance contre la Banque, droit de créance à vue et *au porteur* (par conséquent, le droit était *incorporé* dans le titre ; le billet de banque a toujours été un meuble *corporel*). Mais, depuis 1914 (sauf une courte période de 1928 à 1936), le billet a cessé d'être convertible en or, le *cours forcé* ayant été proclamé. Les billets en circulation de nos jours sont tous nés avec le cours forcé ; l'inconvertibilité est de leur essence. Il ne peut plus être question d'y sous-entendre une promesse de payer (en métal précieux ou en devises fortes) contractée par l'émetteur envers les porteurs successifs. Le billet de banque est devenu un papier-monnaie, une monnaie absolue, qui tire toute sa valeur de la souveraineté de l'émetteur. Seul vestige

d'un passé fabuleux : la Banque de France détient et gère les réserves de change de l'État en or et en devises (l. 4 août 1993, a. 2), et en 1999 elle s'est fait remarquer par une répugnance de principe à s'en séparer, alors que dans les banques-sœurs et au Fonds monétaire international s'était esquissé un mouvement pour liquider une part des stocks. A l'établissement du cours forcé, la jurisprudence avait rattaché, dans les années 20, une conséquence importante : la nullité des clauses-or et valeur or, c'est-à-dire des conventions tendant à imposer au débiteur de sommes d'argent le paiement en pièces d'or ou même en billets de banque mais sur la base du cours de l'or. Le sens du cours forcé, a-t-elle déclaré, est que le billet de banque ne peut subir aucune infériorité par rapport au métal précieux. Ce sont là des questions qui n'auront pas de sens pour l'euro : il est né comme monnaie absolue.

b) *Pièces métalliques.* — Le métal dont elles sont faites (métal commun, billon) a une valeur commerciale très inférieure à leur valeur nominale : ce sont, comme les billets de banque, des monnaies absolues, tirant toute leur valeur de l'empreinte et de l'autorité de l'émetteur. Elles ont, cependant, un caractère juridique qui les distingue du billet : ce sont toutes des *monnaies d'appoint* (ayant pour fonction de faire l'appoint dans les paiements) ; en conséquence, leur pouvoir libératoire est limité à une somme assez faible (ex. 250 F pour les pièces de 5 F ; 50 F pour les pièces de 1 F ; d. 22 déc. 1959).

▶ *Monnaie scripturale*

Ce sont des moyens de paiement qui consistent en des jeux d'écritures (d'où le nom) sans déplacement d'instruments monétaires matériels. Tout se passe par inscriptions au débit et au crédit de comptes en banque ; il pourra bien y avoir un papier, un titre destiné à constater l'opération, et même, en théorie, si la loi le permet, un titre apte à circuler (à ordre ou au porteur). Mais ce n'est pas la transmission du titre qui est le moment essentiel : le paiement n'est réalisé que lorsque le compte du créancier est crédité. Les comptes qui servent de pivots à la monnaie scripturale sont tenus par des banques ou par des administrations, telle la Poste, assimilées sous ce rapport à des banques. La loi du 24 janv. 1984 sur les établissements de crédit fait entrer dans leur activité la mise à la disposition de la clientèle et la gestion des *moyens de paiement* (a. 1er), et elle définit comme moyens de paiement tous les *instruments* qui permettent à toute per-

sonne de transférer des fonds, quel que soit le support ou le procédé technique utilisé (a. 4).

Historiquement, il existe deux familles de monnaie scripturale. La plus ancienne comprend le chèque (introduit en droit français dès 1865), chèque bancaire, puis postal ; l'*ordre de virement* et, plus récent, l'*avis de prélèvement bancaire,* en usage pour le règlement de factures, telles que celles de l'électricité ou du téléphone, qui se représentent périodiquement (c'est, au fond, un ordre de virement donné par anticipation, en aveugle). La technique de ces moyens de paiement relève du droit commercial. A s'en tenir au paiement par chèque, qui est le prototype, il faut l'analyser comme un paiement par cession de créance (cession dont les formes sont plus simples qu'en droit civil, a. 1690) : le débiteur cède à son créancier en paiement sa propre créance contre une banque où, par hypothèse, il dispose, sur son compte, d'un solde créditeur. Le chèque n'est donc pas une monnaie absolue : sa force libératoire dépend de la réalité d'une créance sur autrui. Cependant, le législateur s'est efforcé d'en faire le rival du billet de banque, et à cette fin il a rendu son emploi obligatoire pour l'acquittement de certaines dettes, à partir d'un montant qui a d'ailleurs été abaissé en 1998 de 150 000 F à 50 000, en même temps qu'était chanté l'épanouissement de la liberté économique (cf. t. IV, n° 331).

Une seconde famille de monnaie scripturale est constituée par les *cartes de paiement* ou *de crédit,* qui nous sont arrivées d'Amérique après 1970 et se sont énormément répandues depuis, avec le soutien du droit commercial. La banque délivre une carte à son client. Celui-ci se dispensera de payer comptant en la présentant à ses créanciers (ses fournisseurs) et en signant leurs factures (le postulat étant que ces créanciers, ces fournisseurs ont accepté d'avance d'entrer dans le circuit de l'établissement émetteur de cartes). Les factures sont transmises à la banque, qui procède aux virements correspondants du compte du client aux comptes des créanciers. Ici encore se retrouvent les éléments d'un paiement par cession de créance. Mais, sur ce schéma élémentaire, peuvent se greffer des opérations de crédit. Par la délivrance de la carte, la banque garantit aux créanciers à venir qu'ils seront payés même à défaut d'un compte suffisamment approvisionné, et au client elle peut promettre qu'il bénéficiera d'un certain délai pour approvisionner son compte. Le paiement par carte suppose tout un jeu de transmissions qui est normalement informatisé. Aussi parle-t-on, à ce propos, de *monnaie informatique,* voire *électronique.* Mais l'électronique ne change rien au moyen de paiement lui-même, qui reste à base de virement ; elle porte seulement sur l'information réciproque des acteurs.

▶ *Comparaison des deux sortes d'instruments*

Si toute monnaie est un moyen de paiement, tout moyen de paiement n'est pas une monnaie. Qu'est-ce qui fait la monnaie ? La faculté (la liberté) de la réutiliser, de la remettre en circulation immédiatement. Le créancier qui reçoit des billets de banque en paiement peut s'en servir sur-le-champ pour régler ses propres dettes. Tout autre est sa situation quand il est payé en monnaie scripturale, que ce soit chèque ou carte de crédit. Un différé inéluctable s'impose à lui, un intervalle formaliste d'information et de vérification entre le crédit annoncé et le crédit disponible. L'électronique réduit l'intervalle, mais, en l'état actuel de ses possibilités pratiques, elle ne le supprime pas : la monnaie reçue ne redevient pas instantanément monnaie.

L'aptitude à circuler indéfiniment sans rupture de charge converge avec ces autres caractéristiques de la monnaie véritable que l'on pourrait résumer sous l'idée d'une totale matérialité. Le billet de banque porte en lui, sur lui, sans qu'il soit besoin d'autre information, tout ce qu'il faut savoir de sa force libératoire. Il est anonyme, tandis que derrière la carte ou sur le chèque il y a toujours un nom repérable ; il ne se souvient pas d'avoir été perdu ou volé, tandis qu'en pareil cas les chèques et les cartes donnent lieu à opposition (d.-l. 30 oct. 1935, a. 32 et l. 3 janv. 1975 ; l. 11 juill. 1985, a. 22). La monnaie scripturale est congénitalement *traçable,* susceptible d'être suivie à la trace, ce qui peut être ressenti comme une vulnérabilité en régime de harcèlement fiscal ou d'inquisition policière. Ajoutons qu'à la différence de la monnaie fiduciaire qui est gratuite, il ne l'est pas réellement : la carte est grevée de frais et le chèque est payé (au moins invisiblement) par un dépôt d'argent peu ou pas rémunéré. Les traits qui impriment sa fluidité à une circulation proprement monétaire manquent à la monnaie scripturale, ce qui conduit à ne voir en elle qu'une monnaie d'analogie et dans les moyens de paiement qu'elle met en œuvre des instruments *submonétaires.*

La banque qui délivre des chéquiers ou des cartes à ses clients exerce une activité comparable à celle d'une banque d'émission – nommément, de la Banque de France (l. 4 août 1993, a. 5, al. 1er). Mais la création de monnaie ne se situe pas dans la remise des formules, elle était déjà virtuellement dans l'ouverture de crédit, et elle achèvera de se réaliser par l'emploi que le client en fera. La monnaie aura été l'œuvre commune du tiré et du tireur. C'est une monnaie privée, dépourvue de cours légal, et dans sa fonction d'émettrice, la banque

demeure une société commerciale de droit privé. Cependant, elle collabore à un service public, en assurant la fiabilité et la liquidité des paiements. Aussi des prérogatives de puissance publique lui ont-elles été conférées : à tout *incident de paiement* pour défaut ou insuffisance de la provision, elle a le pouvoir de réagir en prononçant contre le défaillant une interdiction de chéquier ou de carte, avec inscription au fichier central des chèques que tient la Banque de France (d.-l. 30 oct. 1935 sur le chèque, a. 65-2, mod. l. 30 déc. 1991, d. 22 mai 1992). C'est une sorte de juridiction pénale *extra ordinem.*

[24] ÉTAT DES QUESTIONS

Deux systèmes d'instruments monétaires, le premier appelé à s'effacer devant le second par le retrait plus ou moins rapide des espèces dans les premiers mois de 2002.

I. — *Les instruments monétaires dans le système du franc*

Ce sont surtout des vues de *théorie juridique.*

a) *Les instruments monétaires proprement dits.* — Commençons par éliminer les monnaies envisagées comme *corps certains,* les pièces rares prêtées à un changeur *ad pompam et ostentationem* (encore devrait-on, si elles étaient très anciennes, les regarder plutôt comme des médailles ; cf. Civ.[1] 1er juill. 1969, *J.C.P.,* 70, 2, 16171). Il reste assez à faire avec les monnaies qui ont une fonction monétaire. Ne parlons que des vraies, pièces d'or jadis, billets de banque aujourd'hui. Apparemment, ce sont des choses, et classiquement le droit les fait entrer dans les classifications ordinaires des biens. Il faut se demander, pourtant, si leur fonction monétaire n'imprime pas à leur statut une originalité, qu'accentue, pour le billet de banque, le caractère de créance qui fut le sien au temps jadis.

1° Qu'est-ce donc, *en général,* qu'un instrument monétaire ? Sa nature a des aspects de droit privé et de droit public, selon que l'on se place du côté de l'usager ou de l'émetteur.

— *Aspects de droit privé :*

C'est une *chose mobilière.* — On méditera, cependant, sur l'a. 536 : les instruments monétaires sont assimilés aux créances et aux droits, dissociés des meubles corporels. Or, en 1804, le législateur a pensé, bien plus qu'aux billets de banque, aux pièces d'or et d'argent. Pourquoi donc les a-t-il considérées comme si elles n'avaient pas d'assiette matérielle ? Parce qu'il a aperçu en elles le signe et non la matière, *quantitas* et non *corpora.*

C'est une *chose consomptible par le premier usage* (a. 587, 1238, al. 2). — Néanmoins, on observera que, pour elle, la consommation ne s'entend point de la même manière que pour les denrées : c'est la consommation juridique, l'aliénation, parce que l'utilité propre de la monnaie est d'être aliénée.

C'est une *chose fongible.* — V. l'étude capitale de Hamel, Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie (*Mélanges Sugiyama,* 1940, p. 83 s.). C'est, en réalité, plus que la fongibilité au sens ordinaire. Toutes monnaies sont fongibles malgré l'hétérogénéité matérielle des types d'instruments ; fongibles à travers l'espace et le temps, sans qu'il y

ait à se préoccuper de la qualité de la chose ou de ses défauts (même pas de ce défaut universel qu'est le vieillissement : la monnaie est imprescriptible ; elle peut bien être démonétisée, mais c'est par un effet de droit public) ; plus extraordinaire encore, fongibles avec toutes autres choses, parce que pouvant, en dernière instance, les remplacer toutes.

— *Aspects de droit public.* Le souverain monétaire retient un droit (les légistes du Moyen Age féodal disaient : une propriété éminente) sur les instruments monétaires qu'il émet, ce qui justifie son pouvoir de les démonétiser en leur retirant par décret le cours légal (l. 8 août 1993, a. 5, al. 2). On lui reconnaît aussi un droit sur la masse monétaire en tant que telle, qui est, entre les mains du public, masse fluctuante qui englobe même les espèces faussées (a. R. 645-9 N.C.P., car elles concourent par l'apparence à grossir la circulation). De son droit sur la masse monétaire résulte qu'il puisse agir sur elle par déflation et surtout inflation, altérant ainsi la valeur de chaque instrument en particulier.

Ce droit du souverain est, pour lui, une source de profit, qui devrait avoir pour contrepartie des obligations (obligations de droit public), il est vrai, de sanction incertaine : d'abord l'obligation d'assurer l'échange des instruments démonétisés contre des instruments nouveaux à égalité de valeur et sans délai de forclusion autre qu'une prescription raisonnable (dix ans, l. 8 août 1993, a. 5, al. 2) ; ensuite, l'obligation de supporter le risque de la fausse monnaie à l'égard des porteurs de bonne foi (d'autant que la faute peut lui être reprochée de n'avoir pas su émettre des espèces infalsifiables ; l. 8 août 1993, a. 4, 5, l'émetteur doit veiller à la sécurité des systèmes de paiement, à la bonne qualité de la circulation fiduciaire). Cependant, la crainte que les complices des faux-monnayeurs ne prissent trop aisément le masque d'usagers de bonne foi a de tout temps amené la législation à la solution contraire : non seulement le souverain ne reprend pas la fausse monnaie, mais il punit, quoique d'une main légère, celui qui, l'ayant reçue pour bonne, essaie après s'en être aperçu de la remettre en circulation (a. 442-7, 442-8 N.C.P.) ; et pour être sûr que personne n'éprouvera de tentations, il enjoint de ne pas la conserver par-devers soi (a. R. 645-9 N.C.P.). Une exception serait, tout de même, justifiée dans le cas où il a créé une fausse sécurité en proclamant son nouveau billet infalsifiable (ex. le Cézanne de 100 F en 1997).

2° C'est avant 1914 que fut élaboré, pour des billets qui en valaient la peine, un *régime juridique du billet de banque.* Cf. J. Marchal et M. O. Piquet-Marchal, Essai sur la nature et l'évolution du billet de banque, *Rev. internat. d'histoire de la banque,* 1979, et *Hommage R. Besnier,* 1980, 201. — 1° Le billet est *imprescriptible.* Civ. 8 juill. 1867, motifs, S. 67, 1, 317, dit qu'il ne peut y avoir de prescription là où l'obligation n'a pas de point de départ ni d'échéance. Mais les billets continuent d'être datés, et cette date (de la fabrication) pourrait servir de point de départ. Néanmoins, l'imprescriptibilité, qui s'expliquerait mal si le billet de banque était, comme on l'avait jadis soutenu (Perroud, *Essai sur le billet de banque,* Th. Lyon, 1901), un droit de créance du porteur contre l'émetteur, est en harmonie avec l'idée qu'il est une monnaie valant par elle-même. Il est vrai qu'en période de récession les économistes se prennent à penser que la prescriptibilité aurait du bon comme moyen de lutter contre une thésaurisation jugée malfaisante : quelques-uns ont préconisé une *monnaie fondante* qui serait une monnaie graduellement prescriptible, mais la dépréciation lente de la monnaie joue empiriquement ce rôle. Si nous en restons au droit positif, il nous apparaîtra que l'imprescriptibilité est un bon critère pour juger de ce qui est ou n'est pas monnaie privée. Ainsi, la l. 3 janv. 1975 (modifiant l'a. 73-1 de la loi sur le chèque) n'a pas été, comme les premières apparences le fai-

saient craindre, jusqu'à autoriser les particuliers à battre monnaie en coupures de 100 F, lorsqu'elle a imposé aux banques le paiement de ces petits chèques malgré le défaut de provision : l'obligation du banquier cesse, en effet, un mois après l'émission. — 2° Le billet ne peut être reconstitué s'il a été, par *force majeure,* soit totalement *détruit,* soit si gravement *mutilé* qu'il n'a plus forme de monnaie : Civ. 8 juill. 1867, S. 67, 1, 290, D. 67, 1, 289 ; Civ. 12 mars 1869, D. 69, 1, 470. S'il s'agissait d'un droit de créance, l'a. 1348 autoriserait le créancier à suppléer par la preuve testimoniale au titre écrit. Mais il s'agit d'une monnaie absolue, sa reconstitution n'est pas plus possible que celle d'une pièce métallique. — 3° Le billet peut-il être l'objet d'une *revendication* en cas de perte ou de vol ? La législation sur les titres au porteur perdus ou volés lui est inapplicable (l. 8 août 1993, a. 4, *in fine* ; cf. *infra,* n° 231), ce qui donne à croire qu'il est autre chose qu'un titre au porteur incorporant un droit de créance contre l'émetteur, mais n'exclut pas *a priori* la possibilité de le soumettre, comme un meuble corporel quelconque, au droit commun des a. 2279-2280. L'a. 1238, al. 2, atteste que, pour une monnaie même absolue (car les rédacteurs de ce texte avaient dû songer aux pièces métalliques), la revendication n'est pas inconcevable. Encore faut-il que les billets puissent être identifiés. Jadis, quand on craignait de les perdre ou de se les faire voler, on en relevait les numéros. C'est une pratique à laquelle les prises d'otages ont rendu quelque actualité, car il y a là un moyen de suivre les rançons à la trace. Il semble, cependant, que la revendication, du moins contre un tiers porteur de bonne foi, soit à rejeter par principe : elle irait contre les exigences de la circulation monétaire, plus fortes assurément que celles de la circulation commerciale ou même boursière (cf. a. 935 C.S.S.).

b) *La monnaie scripturale.* — V. Y. Chaput et M.-D. Schödermeier, *Effets de commerce, chèques et instruments de paiement,* 1998 ; J. Devèze et Ph. Petel, *Instruments de paiement et de crédit,* 1999 ; J. Dupichot et D. Guével, *Effets de commerce et chèques,* 1996 ; Gavalda et Stoufflet, *Effets de commerce, chèques, cartes de paiement et de crédit,* 1998 ; M. Jeantin et P. Le Cannu, *Instruments de paiement et de crédit,* 1999 ; Putman, *Moyens de paiement et de crédit,* 1995 ; Ripert, Roblot, M. Germain et P. Delebecque, *Traité de droit commercial,* t. 2, 1996 ; Krimmer, La carte de paiement en France, *Rev. internationale de droit économique,* 1994 (2), 217. On se laisse aisément entraîner à traiter le chèque et le virement comme des monnaies, tant que l'on considère tout ce qui les sépare des cessions de créance du droit civil ou même des effets de commerce, lettre de change et billet à ordre. Cf. J.-L. Rives-Lange, *Études H. Cabrillac,* 1968, 405 ; Gavalda, *J.C.P.,* 78, 2, 18806 (par ce rapprochement avec la monnaie peut s'expliquer, notamment, la jurisprudence qui a admis le don manuel par chèque ou virement ; cf. *infra,* n° 239, *g*). Mais, quand on les compare au billet de banque, on voit trop ce qui leur fait défaut en instantanéité et fluidité pour devenir des monnaies au sens plein du terme. Outre le phénomène de psychologie sociale qui est inséparable de la pratique du chèque : non pas le chèque sans provision, mais la fréquence (française) des chèques sans provision, devant laquelle en 1992 la répression pénale a baissé les bras, se déchargeant sur les banques. C'est le vice caché de la monnaie scripturale. — Les cartes de crédit ont fait rebondir la recherche dans une autre direction : v. M. Cabrillac, Monétique et droit de paiement, *Aspects du droit privé en fin du XX^e^ s. (Études M. de Juglart),* 1986, 83 s. ; Vasseur, Le paiement électronique, aspects juridiques, *J.C.P.,* 85, 1, 2206, où il est lumineusement démontré que la monnaie électronique n'est qu'une monnaie scripturale – pas tout à fait monnaie – gérée électroniquement ; D. Martin, *Analyse juridique du règlement par carte de paiement,* D. 87, chr., 51 ; Matres et Sabatier, *La monnaie électronique* (« Que sais-je ? »), 1987. La carte de crédit est peut-être même moins monnaie que le chèque, à cause des responsabilités plus prononcées qui pèsent sur les titulaires (cf. Vasseur, n. D. 89, Somm. 331) ; Toernig, *Les systèmes électroniques de paiement,* 1991.

En marge de la monnaie scripturale, il faut placer l'espèce de police de la circulation qu'exercent sur elles les banques, ainsi que la sanction qui peut s'ensuivre, creusant la différence d'avec les instruments proprement monétaires. Tandis que ceux-ci sont accessibles à quiconque – on pourrait dire que c'est la double face du cours légal, une monnaie s'imposant à tout *accipiens* comme elle est ouverte à tout *solvens* – les moyens de paiement bancaire sont fermés à toute une catégorie d'individus : ils peuvent bien avoir un compte en banque, où leur seront versées leurs ressources, mais ils ne pourront tirer dessus que des chèques de retrait. La sociologie, notamment un rapport du *Crédoc* au Conseil national du Crédit en juin 1999, a appelé l'attention sur cette population des *interdits de chéquier ou de carte.* Ils sont, estime-t-on, 2 400 000 (dans la moitié des cas, il est vrai, l'interdiction n'est que temporaire, l'incident de paiement étant assez rapidement régularisé). Comment viennent ces incidents ? Par insouciance, inexpérience : l'acculturation économique ne s'est pas développée à parité avec la bancarisation du pays, et chez les débutants, le chéquier peut être inconsciemment vécu comme instrument de crédit plutôt que de paiement. Cependant, la cause la plus flagrante des incidents – celle qui va enkyster les défaillants dans l'interdiction – c'est un état d'extrême précarité financière, souvent aggravé par une dislocation familiale. L'interdiction de chèque reflète une marginalité et la transforme en exclusion. La l. 29 juill. 1998, relative à la lutte contre l'exclusion a vu la relation entre toutes ces misères : l'effacement d'une créance dans le cadre d'une procédure pour surendettement pourra valoir levée de l'interdiction bancaire (a. L. 332-4 C. Consom.). Mais ce n'est qu'un palliatif.

c) *Concurrence entre les instruments monétaires.* — Notoire est la faveur des pouvoirs publics, à notre époque, pour la monnaie scripturale. Elle se manifeste dans l'obligation du paiement par chèque (cf. t. IV, n° 129) ; elle se dissimule sous une pratique de limitation des coupures (500 F contre 1 000 F avant 1914, qui feraient au moins 10 000 en 1988). Les banques trouvent leur compte, quoi qu'elles disent de l'onérosité des petits chèques, dans le développement d'une monnaie privée. L'idéologie libérale aussi, bien que le résultat puisse être totalitaire. Car le motif le plus certain de la politique dominante est que des monnaies nominatives facilitent un contrôle de la vie économique : le paiement « en liquide » alimente les circuits de l'économie « souterraine ». Un autre motif s'y ajoute, moins assuré : le paiement par chèque pousse à la consommation : le tireur est sujet à l'ivresse du créateur de monnaie, de l'État inflationniste. La carte de crédit et le paiement par prélèvement automatique annihilent plus profondément encore la réflexion du *solvens* : le paiement se faisant de manière différée et indolore, il perd la conscience de la réciprocité de l'échange, c'est une *asocialisation.*

[25] II. — *Les instruments monétaires dans le système de l'euro*

a) Le *tableau* est très riche :

— Billets de 5, 10, 20, 50, 100, 200, 500 euros. On relève que la valeur faciale peut être 65 fois plus forte que le maximum actuel du système français, pari implicite que la thésaurisation (d'épargne ou de clandestinité) n'est plus à craindre.

— Pièces de 1 ou 2 euros, 1, 2, 5, 10, 20, 50 *cents* ou centimes d'euro (1 euro = 100 *cents*). Nul n'est tenu d'accepter plus de 50 pièces lors d'un seul paiement (Règl. 974, a. 11).

Il se peut que la surabondance d'instruments nuise à l'acclimation d'un système déjà senti comme *baroque* faute d'un taux *arrondi* de conversion dans la plupart des monnaies nationales. La collection hétéroclite des petites monnaies métalliques a visiblement fait peur, et le projet a été ébauché de s'en passer le plus possible, en leur substituant pour le règlement des menues dépenses une carte à puce à pouvoir d'achat limité (ex. 100 euros), mais rechargeable. Ce serait le « porte-monnaie électronique » : succès incertain.

b) *Remarques théoriques.* — 1° Dans la période transitoire (1999-2002), un privilège est conféré à la monnaie scripturale, seule capable de véhiculer l'euro aussi bien que le franc. Il ne semble pas que le libellé en euros suffise à soumettre le chèque au droit de l'U.E., plus précisément aux règlements (à venir) de la B.C.E. du moins durant la période transitoire. Au-delà, il en sera différemment, sauf à se demander si l'interdiction de chéquier, en raison de son caractère pénal, ne devrait pas continuer d'être régie par le droit et la juridiction de la banque émettrice.

2° Dans le système définitif, tandis que les billets seront émis par la B.C.E., la fabrication des pièces continuera de dépendre des banques nationales, sauf à la B.C.E. à contrôler (freiner) le volume de l'émission.

3° Si, à l'instar des pièces, les billets devaient comporter, avec une face commune, une face propre à chaque État, il ne serait pas impensable que, malgré la fongibilité de toutes les émissions, une préférence s'établisse *de facto* dans chaque pays en faveur des instruments supposés (à tort) nationaux. Il ne faudrait pas y voir une réaction chauvine, mais plutôt la conclusion d'un raisonnement intuitif : qu'en cas de débâcle, la France dédommagerait en priorité les porteurs des billets apparemment français.

[26] 2 / Fonctions juridiques de la monnaie

Les trois fonctions que l'économie politique assigne à la monnaie quand elle la définit comme intermédiaire des échanges, mesure des valeurs, réservoir des liquidités – se traduisent par autant de fonctions juridiques : la monnaie est *moyen de paiement, instrument d'évaluation, objet de propriété.* Quoique l'accomplissement de ces fonctions intéresse au premier chef les individus et les droits individuels, le souverain monétaire ne saurait s'en désintéresser, et le principe que la monnaie est la chose de l'État vient souvent, dans ce domaine, infléchir les règles générales du droit civil.

Les fonctions économiques et juridiques assignées à la monnaie sont souvent transcendées en une fonction plus générale de psychosociologie : la monnaie est un moyen de *communication.* Non essentiel comme le langage et moins important, assurément, que les nombres, il est l'instrument d'une sociabilité vitale dans l'insociabilité qu'engendre fatalement la rareté des biens. Ce rôle de socialisation est évident lorsque

la monnaie, moyen de paiement, préside à la circulation des biens et des services. Mais il est aussi présent dans l'évaluation : l'homme pourrait se contenter de classer les choses suivant ses préférences intuitives s'il vivait en autarcie : c'est à l'égard des autres qu'il lui faut un étalon. Et que dire de l'appropriation ? Le trésor de l'avare n'a de sens que par la convoitise des autres.

1 | LA MONNAIE COMME MOYEN DE PAIEMENT

Les obligations de sommes d'argent constituent la catégorie d'obligations pratiquement la plus importante : c'est en monnaie qu'elles doivent être payées. Plus précisément, pour s'acquitter d'une obligation dont l'objet est une quantité d'unités monétaires idéales, le débiteur transférera au créancier la propriété d'instruments monétaires représentant un certain nombre de ces unités. Quel nombre ? Le même, en principe : c'est l'effet du *cours légal* des instruments monétaires. Mais éventuellement un nombre supérieur ou inférieur, par l'effet d'*indexations.* Toutefois, l'indexation est un mécanisme abstrait, qui peut être mis en place par l'*autorité publique* aussi bien que par la *volonté privée* : ce sont deux sortes assez différentes d'indexation.

▶ *Cours légal*

C'est l'obligation imposée par la loi à un créancier de recevoir un instrument monétaire déterminé en paiement d'une quantité déterminée d'unités monétaires. Il y a donc, à l'origine du cours légal, une injonction de l'État. Il faut bien comprendre sur quoi elle porte exactement. S'il ne s'agissait que de contraindre les créanciers de sommes d'argent à recevoir en paiement l'instrument monétaire, ce serait assez des règles générales du droit civil sur l'objet des créances. Ce qui fait la difficulté, c'est l'établissement d'une équivalence entre l'instrument effectif offert en paiement et les unités idéales dues. Le cours légal est l'affirmation de cette équivalence : la loi donne cours à l'instrument monétaire *pour une valeur* (cf. a. R. 642-3 N.C.P.), qui est sa valeur nominale, faciale (inscrite sur la face de la pièce ou le recto du billet). La valeur nominale ou faciale s'oppose à la valeur intrinsèque ou commerciale, qui se dégage notamment d'une estimation du pouvoir d'achat contenu dans l'instrument monétaire. L'hypothèse est que la valeur commerciale est tombée au-dessous de la valeur faciale, la monnaie ayant perdu, par ex., la moitié de son pouvoir d'achat. Le

sens du cours légal est alors que le créancier de 100 F est obligé d'accepter un billet de 100 F en paiement pour 100 F et non pas seulement pour 50 F. Le cours légal contribue ainsi à l'application pratique du principe nominaliste : le créancier ne peut prétendre recevoir plus d'unités monétaires sous prétexte que l'unité monétaire s'est dépréciée depuis la naissance de l'obligation.

Le cours légal trouve une sanction civile dans la procédure des offres réelles et de la consignation (v. t. IV, n° 329) : le débiteur consignera, après avoir fait des offres réelles, les instruments monétaires refusés par le créancier, et il sera libéré. Cette sanction civile, comme la sanction pénale de l'a. R. 642-3 précité, a surtout une vertu comminatoire.

Le Règlement 974 n'annonce pas (cf. a. 12) quelles seront les sanctions du cours légal de l'euro.

[27] ▶ *Indexations par voie d'autorité*

Leur apparition même a trahi un certain recul (remords) du souverain monétaire devant les conséquences du principe nominaliste qu'il avait lui-même posé. Le mécanisme de variation est tantôt institué directement par la loi, tantôt inséré dans un jugement.

1° La *loi* peut disposer que le montant d'une dette monétaire augmentera ou diminuera de plein droit à proportion des variations de prix d'un autre bien ou service. Ainsi, les dettes de fermage sont accrochées au prix des denrées agricoles, sans que le bailleur et le preneur aient besoin de le stipuler (a. L. 411-11, al. 5, C. Ru. [nouveau]) ; certaines rentes privées, allouées en réparation du préjudice causé par un véhicule terrestre à moteur, sont de plein droit majorées en fonction des majorations apportées aux pensions d'invalidité de la Sécurité sociale (l. 27 déc. 1974, a. 1, combinée avec les a. 341-6 et 434-17, C.S.S.). Toutefois, ces indexations légales sont loin d'être automatiques, car les valeurs auxquelles elles se réfèrent (le cours des denrées, le coefficient de majoration des pensions) ne peuvent elles-mêmes être déterminées que par l'intervention d'un acte administratif (arrêté préfectoral, arrêté ministériel). L'autorité publique se réserve ainsi des facultés de freinage dans le fonctionnement du système valoriste.

2° Les tribunaux avaient d'abord hésité à s'arroger le pouvoir d'indexer leurs *jugements* : il pouvait sembler contradictoire qu'un acte de l'autorité publique eût l'air de traiter en suspecte la monnaie émise par cette même autorité. La Cour de cassation n'en a pas moins vaincu ces hésitations dans le cas très pratique des condamnations à dommages-intérêts : partant du principe que la réparation doit être intégrale (v. t. IV, n° 285), elle a affirmé que les juges avaient le pouvoir et même le devoir d'indexer les rentes viagères allouées aux victimes. Parallèlement, la loi, en 1972 et 1975 (a. 208, al. 2, 276-1, al. 2), a légitimé l'indexation judiciaire des pensions alimentaires. On remarquera, toutefois, que, dans ces différents cas, il s'agit moins d'obligations monétaires que de dettes de valeur (cf. t. IV, n° 12) : le débiteur doit *faire vivre* le créancier, ce qui donne à l'obligation un contenu naturellement variable.

[28] ▶ *Indexations par volonté privée*

Ce sont les indexations par excellence, celles qui mettent le plus clairement en relief les limites du principe nominaliste, le caractère d'intérêt privé (de simple protection du débiteur) qui a été finalement attribué par la jurisprudence à ce principe. La pratique de l'indexation conventionnelle s'était considérablement développée après la seconde guerre mondiale et les vagues de dépréciation qui s'en étaient suivies : aussi avait-elle donné naissance à toute une technique de rédaction et d'interprétation, au travers de laquelle la notion s'était beaucoup affinée. Pour s'en tenir à une définition sommaire, on peut dire que les clauses d'indexation sont des modalités de l'obligation de somme d'argent qui tendent à en faire varier le montant de plein droit en fonction des variations de certains indices, c'est-à-dire en fonction des variations, statistiquement constatées, qui pourront affecter, dans l'avenir, le prix de certains biens ou services. Si, par ex., la statistique révèle que le prix de la viande de bœuf (français), retenue pour indice, est passé de 100 à 200 entre la naissance et l'échéance de la dette, ce qui laisse supposer que l'unité monétaire s'est dépréciée de moitié par rapport à cette catégorie de biens, le débiteur ne pourra se libérer qu'en transférant au créancier une quantité double d'instruments monétaires.

Toutes les conventions qui prévoient une variation de l'obligation de somme d'argent ne sont pas, pour autant, des clauses d'indexations. Ce qui caractérise celles-ci, c'est leur automatisme : au départ, il est besoin de la volonté contractuelle pour les mettre en place, mais, par la suite, pour leur fonctionnement, cette volonté n'est plus nécessaire (cf. dans le vieil a. 1291, al. 2, l'automatisme de la compensation, lorsque le prix des prestations « est réglé par les mercuriales »). C'est la statistique (étymologiquement, un mécanisme d'*État*) qui détermine les variations des indices, en enregistrant des prix sur lesquels les contractants n'ont pas d'action perceptible. Supposons, différemment, qu'il ait été convenu, dans un bail commercial, que le loyer variera à proportion du chiffre d'affaires, il y a participation à l'entreprise, non pas clause

d'indexation. Dans une indexation, dès que la variation de l'indice a été publiée, elle s'incorpore à l'obligation et en modifie mathématiquement le contenu – sans formalités en théorie, sans que soit indispensable une nouvelle concertation. C'est pourquoi on ne saurait regarder comme clauses d'indexation les clauses de révision qui sont insérées dans beaucoup de contrats successifs pour le cas où les circonstances économiques viendraient à changer (cf. t. IV, n° 144) : lors même que les critères et les effets du changement auraient été fixés d'avance, l'adaptation du contrat appellera une renégociation entre les parties.

[29] Les premières clauses d'indexation qui émergèrent au contentieux après 1914 étaient des clauses valeur-or (se référant au cours du métal précieux) ou valeur-devise étrangère (autrement dites clauses de garantie de change). L'intention monétaire était manifeste : les contractants voulaient fuir les périls que courait la monnaie nationale. La jurisprudence se montra patriotiquement nominaliste en leur opposant la loi de cours forcé qui interdisait tout discrédit du billet de banque. Du moins dans l'ordre interne, le seul qui relève de notre étude. Dans les rapports internationaux, au contraire, elle avait manifesté aux indexations les plus ouvertement monétaires une faveur qui procédait du même esprit patriotique, en conjonction avec les vieilles doctrines économiquess du mercantilisme : c'est que, la France d'avant 1914 étant fortement créancière de l'étranger, du libre jeu des clauses pouvaient être escomptées globalement des rentrées d'or et de devises.

Puis, apparurent des clauses se référant au prix de denrées ou de marchandises. La licéité de ces clauses dites d'*échelle mobile* fut assez aisément acceptée. On pouvait les analyser comme des dations en paiement (cf. t. IV, n° 328) convenues d'avance et s'achevant dans des ventes fictives des objets donnés. Jointes à cela, les traditions rurales de l'économie en nature. Et l'inflation galopait, qui, en menaçant de spoliation les créanciers, les justifiait en morale à prendre leurs sûretés. Longtemps, les adversaires des clauses menèrent un combat d'arrière-garde pour le contrat de prêt. Ils s'appuyaient sur l'a. 1895. A l'évidence (bien qu'en style d'Ancien Droit), c'est un texte nominaliste : ne devait-il pas être tenu pour impératif ? Ce barrage même finit par être emporté, et à la veille de la grande réforme monétaire de la V^e^ République (*supra,* n° 14) la pratique de l'échelle mobile s'était librement propagée.

Or, les financiers monétaristes en charge de la réforme (Rueff et Armand) imputaient à l'indexation des effets seconds inflationnistes et, en conséquence, une part de responsabilité dans les malheurs monétaires du pays. Aussi décidèrent-ils de la réglementer dans un sens restrictif. Ce qui fut fait par l'ordonnance du 4 février 1959 (dont l'a. 14 a été imbriqué dans l'a. 79 d'une o. 30 déc. 1958). A la vérité, créant au même moment une nouvelle monnaie, un franc régénéré après regonflement, ils auraient pu penser qu'il y avait là une promesse de stabilité qui rendait inutiles pour un siècle au moins les clauses d'échelle mobile. Mais sans doute ne nourrissaient-ils pas eux-mêmes trop d'illusions. Le fait est qu'après dissipation des brumes matinales on vit réapparaître la hideuse inflation. Du coup l'indexation conventionnelle n'eut pas le temps de s'assoupir. Mais elle dut s'accommoder du cadre de l'ordonnance. Tout n'est pas permis.

[30] a) *Limites de validité de l'indexation.* — Il faut distinguer trois types principaux de clauses suivant la nature de la référence convenue.

— Clauses à référence *monétaire.* Ce sont celles qui retiennent pour indice le cours d'une pièce d'or ou d'une devise étrangère : substituant à la monnaie nationale, dans les rapports entre parties, une autre monnaie, elles devraient, semble-t-il, être condamnées sans ambages au nom de l'ordre public. La jurisprudence n'en est pas moins flottante. Pour ce qui est de l'or, tantôt elle est impressionnée de le voir objet d'un marché comme une marchandise quelconque ; tantôt elle se rappelle brusquement qu'il a été monnaie. Quant à la monnaie étrangère, puisque les contractants ont été autorisés à s'en servir (intellectuellement) comme d'une monnaie de compte (v. *supra,* n° 13), on s'attendrait *a fortiori* à ce qu'il leur fût permis de s'en servir comme d'un indice. Le contraire a, pourtant, été jugé.

— Clauses à référence *quasi monétaire.* Ce sont celles où les indices, par leur généralité, font abstraction des variations particulières qui peuvent affecter telle ou telle catégorie concrète de biens, produits ou services. Ces indices-là donnent une image inversée de la monnaie en tant que pouvoir d'achat *indifférencié.* L'ordonnance les énumère pour les interdire : le niveau général des prix, très directement, et par réfraction le niveau général des salaires et le salaire minimum de croissance (S.M.I.C.). L'interdiction comporte une exception rationnelle pour les dettes d'aliments (faire vivre est une obligation indifférenciée). Cette exception englobe de plein droit les rentes viagères entre particuliers (l. 13 juill. 1963, a. 4).

— Clauses à référence *économique* (ou commerciale). Ce sont celles où l'indice est donné par une catégorie concrète de biens, produits ou services, ce qui suppose qu'une publication en soit faite périodiquement par un organisme professionnel. Mais un indice n'est licitement employé qu'autant qu'il a une relation directe soit avec l'objet du con-

trat, soit avec l'activité de l'une (ou l'autre) des parties. Cette relation laisse présumer, en effet, que la hausse de l'indice bénéficiera d'ailleurs au débiteur ou qu'elle rééquilibrera une perte que le créancier aura d'ailleurs supportée. Par référence à l'objet, entre deux particuliers, la promesse de vendre une maison pourra être indexée sur le prix de la pierre. Par référence à son activité (professionnelle, commerciale, pourra-t-on dire le plus souvent), le fabricant pourra indexer le prix des produits sur celui de la matière première. L'existence de la relation directe est une question de fait. D'où une casuistique des juges du fond. Dans le prêt d'argent, l'objet du contrat ne pouvait être entendu que comme sa cause : la destination des deniers prêtés (ex. un emprunt en vue d'acheter une maison est indexable sur le coût de la construction). La loi a établi une présomption de relation directe entre ce coût et toutes les « conventions relatives à un immeuble bâti » (formule vague ; l. 2 juill. 1970, incluse dans l'o. 4 févr. 1959), et pour les chiffres, elle a conféré privilège, sinon exclusivité, à l'indice de l'I.N.S.E.E., institution d'État dont la modération est connue.

b) *Inefficacité de l'indexation.* — Les clauses interdites, étant contraires à l'ordre public, sont frappées de nullité absolue. D'avoir été appliquées en fait pendant un certain temps, ne leur vaudrait pas confirmation.

Mais même licite, l'indexation peut être paralysée par un incident de parcours : si par ex. l'indice choisi cesse d'être publié. Il arrive, cependant, que les tribunaux, en pareil cas, substituent à l'indice disparu l'indice disponible le plus analogue (cf. a. 1157). Une loi (99-546) du 17 juill. 1998, a. 24, al. 2, a conféré compétence à des arrêtés ministériels pour procéder d'autorité à une substitution de cette sorte, quand elle est rendue nécessaire par l'introduction de l'euro (c'est à la marge de la correction constitutionnelle). Il ne paraît pas, en revanche, que les juges aient jamais admis une partie à critiquer l'adéquation de l'indice choisi à la réalité des prix. Il est pourtant excessif de prêter à des statistiques, même officielles, la même présomption irréfragable de vérité que le cours légal imprime à la monnaie.

➤ *L'indexation conventionnelle dans le système de l'euro*

Pour y voir plus clair, il est bon de se placer par anticipation dans la période qui connaîtra la monnaie unique de plein exercice : à partir de 2002.

Par nécesité rationnelle, la monnaie unique postule une gestion unitaire, et celle-ci doit relever non pas de la compétence générale de l'U.E. et de sa Commission, mais, plus spécifiquement, de la banque d'émission, la B.C.E., compétence exclusive et indépendante des instances politiques. Sans doute une autonomie a-t-elle été concédée aux banques centrales nationales (telle la Banque de France), mais elle ne concerne que la fabrication des instruments monétaires. Toute autre est l'exigence de l'unité monétaire : il lui faut un monopole d'émission, alors que la reconnaissance de l'indexation dans un État membre tendrait à y implanter une monnaie rivale de la monnaie du Système, inférieure même peut-être, parce que plus adéquate à la réalité.

Il est vrai que ce risque n'avait pas dissuadé les gouvernants successifs de la France, et que la défense de la monnaie nominale leur avait semblé compatible avec la liberté contractuelle, quitte à contrôler, restreindre celle-ci, judiciairement, voire légalement. En rétrospective, néanmoins, la solution française laisse une impression de chaos, et il n'est guère probable que la B.C.E. s'en inspire. La vérité de Francfort, ce sera l'ordre public monétaire, plutôt que l'autonomie de la volonté. Là-dessus s'articule une justification empirique : qu'il serait absurde d'imposer aux créanciers le souci de se protéger individuellement contre la dépréciation monétaire par des clauses tâtonnantes d'indexation, alors que cette protection est déjà assurée collectivement par le statut même de l'euro, monnaie insusceptible de dépréciation. L'indexation est vouée à disparaître par défaut d'intérêt.

Le raisonnement est persuasif ; on peut, pourtant, lui opposer deux objections :

— La politique monétaire de la B.C.E. a pour finalité statutaire de maintenir la stabilité des prix. Mais c'est des prix en général qu'il s'agit, d'un amalgame formé par les prix – retenus à des doses variables, sociologiquement étudiées – d'une multiplicité de produits et de services. Or, l'immobilité (ou presque) de l'indice synthétique ainsi constitué n'exclut pas qu'à l'intérieur une variation notable se soit manifestée affectant tel produit ou tel service en particulier ; que cette variation soit préjudiciable à un contractant (ou à un ensemble de contractants ; et qu'il veuille s'en couvrir en stipulant une indexation de sens inverse. La pratique qu'a suscitée l'ordonnance de 1959 montre des exemples de ces clauses à usage professionnel d'amortisseur.

— La mission propre de la monnaie unique est de garantir la stabilité des prix, non pas celle des changes, et le fait est que, dès les premiers mois de sa création, l'euro a pu subir une dépréciation de 14 % par rapport au dollar sans provoquer d'intervention en réponse sur le

marché des devises. Non pas que la B.C.E. se désintéresse de ce marché, et elle ne manquerait pas d'y intervenir si une dépréciation trop accentuée, déterminant une surévaluation des produits importés, mettait son aise en péril d'inflation. Mais, en attendant, les importateurs sont exposés à un risque de change, et il est naturel qu'ils cherchent à s'en couvrir. Il existe un marché à terme des devises : le maniement, toutefois, peut n'en être pas à leur portée. Pourquoi, plus simplement, ne stipuleraient-ils pas de leurs propres clients une indexation sur la devise mobile ?

[31] 2 | LA MONNAIE COMME INSTRUMENT D'ÉVALUATION

L'évaluation (ou estimation) pécuniaire est un des mécanismes les plus généraux du droit. C'est qu'il est souvent nécessaire, pour le fonctionnement des institutions juridiques, de donner une expression pécuniaire aux biens qui n'en ont pas (c'est-à-dire aux biens *en nature,* qui sont tous les biens autres que les instruments monétaires et les créances de sommes d'argent). Ex. :

— Aux fins de *remplacement* d'un bien. C'est le domaine immense des réparations. Les dommages sont normalement réparés par l'allocation d'une somme d'argent équivalente (dommages-intérêts). La fixation des dommages-intérêts requiert donc une évaluation monétaire du dommage, ce qui suppose ordinairement une évaluation du patrimoine de la victime avant et après l'événement. C'est pourquoi il arrive que l'évaluation de certains biens se fasse d'avance, à titre préventif, afin que, si quelque jour il y a lieu au remplacement de l'un d'entre eux, le calcul en soit facilité : tel est le sens de beaucoup d'*états estimatifs,* obligatoires (ex. a. 948) ou facultatifs (ex. a. 1822 s.).

— Aux fins de *comparaison,* l'expression pécuniaire étant la seule commune mesure entre deux biens hétérogènes. C'est ainsi qu'il faut estimer les biens d'une succession pour constituer les lots en vue du partage (a. 824 s.). La comparaison peut, d'ailleurs, être exigée, non pas entre deux biens en nature, mais entre un bien en nature et un bien qui a d'ores et déjà une expression monétaire. C'est ainsi qu'il faut évaluer l'immeuble vendu pour comparer sa valeur avec le prix de vente, lorsque le vendeur allègue une lésion (a. 1675).

— Aux fins d'*application d'une règle légale quantitative,* quand cette règle a un libellé monétaire (ainsi dans l'a. 1341, qui renvoie du reste à un décret).

A quelque nécessité qu'elle réponde, l'évaluation est régie par des principes qui relèvent tantôt d'une *technique* propre, tantôt du droit *monétaire.*

[32] ▶ *Principes techniques de l'évaluation*

Ils concernent son *mécanisme* et ses *bases.*

1° *Mécanisme de l'évaluation.* — Parfois, l'évaluation est *péremptoire* (automatique) et ne laisse place à aucune appréciation, parce qu'elle résulte soit d'une donnée que fixe impérativement l'autorité publique (ex. dans la l. 1er sept. 1948, a. 27, 30, les loyers des immeubles à usage d'habitation sont déterminés, à défaut d'accord amiable, en fonction d'un taux de base du mètre carré, taux fixé par décret), soit d'un cours constaté officiellement sur un marché (ex. les valeurs mobilières cotées sont toujours évaluées d'après leur cours de bourse ; cf. a. 1291, sur l'automatisme des mercuriales). Le plus souvent, cependant, l'évaluation dépend d'une appréciation ; on la dit *facultative* (volontaire). Quoiqu'elle puisse être l'œuvre des parties dans la convention, ou même, très exceptionnellement, l'œuvre d'une seule partie – sous le frein, il est vrai, du serment (a. 1366, 1369) – l'évaluation facultative est, en thèse générale, une *évaluation judiciaire.* Évaluer est un office traditionnel des juges, sauf à observer qu'ils peuvent – et même, doivent, en certains cas (ex. a. 834) – recourir à une expertise préalable.

2° *Bases de l'évaluation.* — La loi (a. 971 [ancien] C. Pr. C.) fait allusion à cette notion, mais n'en précise pas le sens. On admet qu'il n'y aurait pas à tenir compte d'une valeur subjective (d'affection, de convenance) qu'un intéressé attacherait à la chose pour des motifs personnels. Seule peut être retenue la valeur objective, découlant de l'opinion commune. Mais, de la valeur objective, plusieurs formules sont concevables (cf. C. Com., a. 12) : la recherche du *prix de revient* ; la *capitalisation du revenu* (valeur de rendement) ; la détermination de la *valeur vénale.* C'est le critère de la valeur vénale qui paraît représenter le droit commun de l'évaluation (cf. C.G.I., a. 761). La valeur vénale est celle à laquelle on présume que le bien se vendrait (par comparaison, notamment, avec des ventes réellement intervenues pour des biens semblables), s'il fallait le vendre au moment où l'évaluation doit être faite. En période d'inflation, ou plus simplement d'expansion économique, de spéculation financière, la valeur vénale des immeubles, le cours de bourse des actions peuvent excéder de beaucoup la valeur de rendement.

[33] ▶ *Principes monétaires de l'évaluation*

Le résultat de l'évaluation peut n'être pas le même suivant le moment où l'on se place pour évaluer, parce que la monnaie, qui sert de mesure à la valeur (de *valorimètre*), peut n'être pas restée constante. Les altérations de droit ou de fait dont la monnaie est passible confèrent une importance décisive au *moment de l'évaluation.* Le choix de ce moment est un problème monétaire. Si, après que la monnaie a été dépréciée, on fait remonter dans le passé la date d'évaluation d'une chose due, on tend à réduire l'expression monétaire de cette chose (car les prix étaient alors, sans doute, moins élevés), et, partant, on favorise le débiteur ; si, à l'inverse, on retarde la date d'évaluation jusqu'après l'accomplissement de la dépréciation, on tend à gonfler l'expression monétaire de la chose (car les prix ont dû monter) et, partant, on favorise le créancier.

Dans plusieurs hypothèses importantes, la *loi* a déterminé elle-même le moment de l'évaluation. Le C.C. de 1804 (a. 868, 922, 1675, anciens textes) l'avait fait en dehors de toute considération monétaire. C'est, au contraire, la dépréciation continue de la monnaie qui a conduit le législateur moderne à retarder, dans l'intérêt des créanciers, l'évaluation d'un certain nombre d'indemnités (ex. l. 17 mai 1960, modifiant a. 548, 549, 554, 555, 587, 660, 661 ; l. 13 juill. 1965, a. 1469 ; l. 28 déc. 1967, a. 1099-1 ; l. 3 juill. 1971, modifiant a. 860, 868, 922). La date d'évaluation peut encore être choisie par la volonté des parties, là où l'ordre public n'est pas en cause (arg. A. 860, al. 3). Enfin, dans le silence de la loi et de la convention, c'est au juge de décider : la *jurisprudence* de ces dernières années a été encline, en général, à retarder la date d'évaluation, afin de ne pas faire supporter aux créanciers les risques de la dépréciation monétaire (ainsi, pour l'évaluation des dommages-intérêts dans la responsabilité, délictuelle ou contractuelle ; cf. t. IV, n[os] 174, 289). L'effet est inverse de celui qui s'attache au principe nominaliste.

Les textes fondateurs de l'euro l'ont envisagé comme moyen de paiement plutôt qu'en tant que valorimètre. Il n'est pas dit qu'au 1[er] janvier 1999 les condamnations pécuniaires seront obligatoirement prononcées en euros. Il y aurait même de bonnes raisons pour que, dans cette sorte de contrat qu'est le procès civil, le franc demeure en vigueur jusqu'au 1[er] janvier 2002. Par la suite, du reste, les juges et les experts éprouveront des difficultés à évaluer les dommages-intérêts dans une monnaie qui n'existait pas encore à l'époque du fait générateur de la créance et qui est maintenant commune à des nations vivant sous des habitudes de prix très dissemblables. Il est probable que, pendant quelques années encore, ils commenceront par évaluer mentalement selon les normes françaises et n'appliqueront qu'après coup au résultat de leurs calculs le taux officiel de conversion.

[34] 3 | LA MONNAIE COMME OBJET DE PROPRIÉTÉ

Les instruments monétaires peuvent être l'objet d'un droit de propriété (plus généralement, d'un droit réel). Ils viennent se ranger dans les classifications des biens : ce sont des *meubles corporels, consomptibles* par le premier usage, *fongibles* entre eux (cf. *infra,* n[os] 53 s.). Mais la monnaie tirant son être de la volonté du souverain, la propriété privée ne peut avoir sur les instruments monétaires la même force, ni le même sens, que sur un meuble quelconque. Le souverain demeure en tiers dans le rapport de droit : c'est qu'il a retenu des prérogatives considérables dans les *instruments monétaires* qu'il a émis, et que les *unités idéales,* dont ces instruments sont le signe, restent sous sa dépendance totale.

1° L'émetteur exerce sa souveraineté sur les *instruments monétaires* dans les mains mêmes de leurs propriétaires, en leur retirant le cours légal et les fonctions de monnaie. C'est la *démonétisation,* qui opère comme une expropriation pour cause d'utilité publique (cf. a. 545), en ce sens que les instruments démonétisés seront d'ordinaire échangés valeur pour valeur (mais, il est vrai, pendant un délai préfix très bref) contre des instruments d'un autre type. Les instruments monétaires en circulation peuvent encore être soumis à un blocage (qui n'est qu'un retrait provisoire de cours légal), à un estampillage (qui peut être l'occasion de prélever un profit sur les propriétaires), etc. Il est interdit aux usagers, pourtant propriétaires, de les « difformer » et ridiculiser peut-être en les faisant circuler comme supports publicitaires (d. 11 août 1987).

2° Et surtout, le souverain atteint les instruments monétaires en agissant sur les *unités monétaires* qu'ils contiennent. C'est tout le mécanisme de la dépréciation de la monnaie. Le pouvoir d'achat indifférencié que représente chaque unité idéale est garanti dans son indifférenciation, non dans sa quantité. C'est ce qui fait l'extrême fragilité économique de la propriété monétaire, qui fragilise par contagion les créances de sommes d'argent.

On assure que ce ne sera pas le cas de l'euro. Et même, projetant son avenir dans le plan du commerce international, on prédit qu'il deviendra une *monnaie de réserve,* en concurrence avec le dollar.

[35] ÉTAT DES QUESTIONS

N'ont été retenues que des questions relatives à l'*indexation.* Elles ont été très actives jusqu'en 1990 ; et elles continuent à offrir un modèle de construction juridique, même si l'euro jette sur leur avenir une ombre, elle-même incertaine.

POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE

a) *Position de principe de la jurisprudence sur la monnaie.* — La jurisprudence française est nominaliste dans l'ensemble, parce que le principe du droit français, elle en a conscience, est le nominalisme. Bien que ce principe ne soit pas inscrit au C.C. (même dans l'a. 1895 elle a fini par ne voir qu'une disposition supplétive de volonté). Donc, 1 F sera toujours payé avec 1 F. V. Req. 25 juin 1934, D.H. 34, 426, qui affirme nettement la continuité nominale du franc malgré la nouvelle définition de 1928 (un débiteur de 100 francs-or de 1907 se libère valablement, après 1928, avec un billet de 100 francs). Lorsque l'État, en 1936, fit délibérément du franc une monnaie flottante, sans définition actuelle, on émit l'idée que, par là, il avait implicitement autorisé une évaluation commerciale de la monnaie, donc un valorisme automatique ; mais Lyon, 31 oct. 1938, D.H. 38, 604, condamne cette thèse. L'affirmation du nominalisme comme principe se trouve encore dans les *motifs* de beaucoup des premiers arrêts concernant le valorisme contractuel : la clause-or et ses succédanés ont encouru l'annulation parce que le billet de banque ne pouvait subir *aucune infériorité* par rapport au métal précieux (ex. Paris, 22 févr. 1924, S. 25-2-43) ; la clause d'échelle mobile est condamnée quand elle trahit une *intention monétaire,* quand la convention contient une allusion au pouvoir d'achat du franc ou à sa dévaluation éventuelle (ex. Civ. 24 juill. 1939, *G.P.,* 40, 1. Tables, V° *Paiement,* n° 4 ; Com. 15 nov. 1950, *J.C.P.,* 50, 2, 5972, *R.T.,* 51, 89), sorte de « blasphème » contre la monnaie nationale. La Cour de cassation eut l'air très « affranchie » le jour où elle affirma (Soc. 19 nov. 1953, D. 54, 361, n. Savatier) qu'il n'était pas interdit aux juges d'avoir égard dans leurs jugements à la dépréciation de la monnaie.

Mais la jurisprudence n'est pas toute d'une pièce. La constatation des injustices individuelles que couvre le nominalisme l'a amenée à des solutions fragmentairement, tacitement valoristes : ex. le report de la date d'évaluation du dommage dans le droit de la responsabilité (v. t. IV, n^{os} 76, 111) et surtout les faveurs dispensées à l'indexation conventionnelle. Le contrat, c'est la réponse française au drame de la monnaie.

b) La jurisprudence pouvait-elle faire davantage ? Ce ne sont que des *hypothèses.* En 1921-1923, avant l'introduction des lois de valorisation (v. *supra,* n° 19 *b* 3°), la jurisprudence allemande s'était efforcée, à l'aide des seuls principes généraux du B.G.B., de remédier au déséquilibre profond que la chute du mark avait déjà apporté dans les contrats synallagmatiques comportant une prestation monétaire : ex. le créancier de la prestation monétaire, débiteur de la prestation en nature, menacé *de ruine* par la hausse des prix put demander la résiliation du contrat, parce que l'exécution du contrat dans ces conditions ne correspondait plus à ce que les parties avaient pu raisonnablement avoir en vue, n'était plus compatible avec la loyauté, la bonne foi et les usages (B.G.B., § 157, 242) ; plus tard, on lui ouvrit une action en « rééquilibrage du contrat » *(Ausgleichverfahren),* dont les justifications furent diverses : le débiteur n'avait pas le droit de payer *aliud pro alio* (une monnaie par trop altérée est *aliud*) ; le contrat avait perdu son « fondement » (sa cause) ; et puis, il y avait la bonne foi, l'imprévision. La théorie de l'imprévision, en thèse générale, est repoussée par les tribunaux français de l'ordre judiciaire (v. t. IV, n° 144, et l'arrêt fondamental en la matière, Civ. 6 mars 1876, S. 76, 1, 161, est même relatif à l'imprévision monétaire). Mais, sous cette réserve, on observe que les outils qui avaient suffi à la jurisprudence allemande pour organiser une valorisation judiciaire étaient déjà à la disposition des juges français : la bonne foi et le respect de la volonté réelle des parties (a. 1134 et 1156), le changement d'objet, la disparition de la cause, et on pouvait y ajouter peut-être l'abus du droit (un débiteur qui, nanti lui-même des valeurs réelles et capable de payer intégralement, s'acquitte du seul montant nominal, n'abuse-t-il pas du droit que lui a donné le principe nominaliste ?). Pour se servir de ces moyens juridiques, il a manqué à nos tribunaux seulement un peu de hardiesse, et pour les y encourager, une dépréciation plus accélérée du franc. On pourrait encore imaginer d'autres correctifs à la dépréciation monétaire en se plaçant du côté du débiteur, qu'elle enrichit : l'obliger à restituer cet enrichissement sans cause (cf. t. IV, n° 307 ; mais l'enrichissement n'a-t-il pas une cause juridique dans le principe nominaliste lui-même ? V. cep. Trib. Civ. Gap, 5 mai 1922, motifs, D. 23, 2, 17, note critique Rouast) ; le déclarer tenu d'une obligation naturelle, de sorte que, s'il valorise spontanément, il ne puisse plus revenir sur le supplément ainsi payé (v. t. IV, n° 8).

PRATIQUE EXTRAJUDICIAIRE

Sur la *technique* de l'indexation, et ses difficultés, v. Boccara, Définir l'indexation, *J.C.P.,* 85, 1, 3187.

[36]

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Histoire de l'indexation.* — Le cours forcé de 1914 avait son archéologie dans l'éphémère cours forcé de 1870, qui avait donné à la Cour de cassation l'occasion (peu dramatique) de déclarer illicite une clause de paiement effectif en or : Civ. 11 févr. 1873, aff. *Do-Delattre,* S. 73, 1, 97, n. Labbé. Après la première guerre mondiale, la question avait pris une tout autre dimension. Aux clauses-or et devises étrangères, la Cour de cassation opposa patriotiquement un principe de nominalisme impératif : Civ. 17 mai 1927, aff. *Pélissier du Besset,* D. 28, 1, 25, n. Capitant ; Civ. 31 déc. 1928, aff. *Zeraffa,* S. 30, 1, 41, n. Hubert. Mais, devant les clauses d'échelle mobile, elle se montra beaucoup plus accommodante. La résistance nominaliste se situa longtemps autour du contrat de prêt et de l'a. 1895 ; mais ébranlée par Civ.[1] 3 nov. 1953, D. 54, 1, n. Savatier, *R.T.,* 54, 220, elle s'est effondrée dans Civ.[1] 27 juin 1957, D. 57, 649, *J.C.P.,* 57, 2, 10093 *bis, R.T.,* 57, 553. Cependant, nos gouvernants n'allaient pas tarder à s'effrayer de ce torrent d'indexations qu'ils avaient d'abord favorisé, et, sans aller jusqu'à une interdiction radicale, ils se sont efforcés, par les ordonnances de 1958-1959, d'empêcher les combinaisons réputées les plus inflationnistes. Cf. J. Ph. Lévy, *J.C.P.,* 59, 1, 1472 ; R. Savatier, D. 59, chr. 63, et D. 72, chr. 1 : Doucet, *L'indexation,* Th., Paris, 1965 ; S. de La Marnierre, *R.T.,* 77, 54 s. ; Tendler, *Indexation et ordre public,* D. 77, chr. 245, qui, après avoir fait le bilan de la jurisprudence (laxiste dans

l'ensemble), conclut à l'abrogation des ordonnances, leurs freins s'étant révélés désordonnés et impuissants ; L. Boyer, Du nominalisme monétaire à la justice contractuelle, *Mélanges Marty,* 1978, 87 ; Boccara, *J.C.P.,* 78, 1, 2905 ; J. Honorat, *Études Flour,* 1979, 251. Avec le ralentissement de l'inflation depuis 1990 (le franc fort de Bérégovoy), le contentieux s'est visiblement raréfié, d'autant qu'un seuil est couramment stipulé, en deçà duquel le mécanisme ne se déclenche pas.

Il est probable que, *sous le régime de l'euro,* l'indexation ne retrouvera pas (en tout cas, pas tout de suite) sa vogue française. Une première raison en est que l'influence nationale la plus forte qui s'exercera sur la pratique monétaire sera, sans doute, celle de l'Allemagne. Or – en contraste avec le droit anglais, très favorable par libéralisme économique aux stipulations indexées, voire directement libellées en monnaies étrangères (mais justement l'Angleterre est en dehors de l'euro) – le droit allemand a toujours été plutôt hostile à ce type de clauses, sans les prohiber complètement, se contentant parfois de les soumettre à une autorisation de la Bundesbank (cf. Pédamon, *Le contrat en droit allemand,* 1993, p. 126). C'est la conclusion à laquelle paraît aboutir une étude approfondie, G. Gruber, L'euro et les clauses d'indexation, D. 99, chr. 258. Aux arguments juridiques, certains ajoutent une raison de fait : que la parfaite stabilité des prix attendue de la monnaie unique rendra inutiles toutes les combinaisons de garantie. Mais c'est une promesse plus qu'un argument. Les dépenses publiques de l'U.E. peuvent un jour échapper à la maîtrise de la Banque centrale européenne, déterminant ainsi des phénomènes d'inflation ; et le dollar, qui y échappe par nature, pourra par son dynamisme devenir plus attractif que l'euro.

b) *Limites de validité de l'indexation.*

1° *Clauses à référence monétaire.* Laissons de côté les contrats internationaux, ceux qui donnent lieu à des mouvements de flux et reflux de fonds par-dessus les frontières (selon le critère de la *jurisprudence Matter,* du nom d'un avocat général de l'époque, D. 31, 1, 5) ou plus largement ceux qui sont destinés à financer des opérations du commerce international (ce serait le critère moderne ; cf. Civ.[1] 13 mai 1985, *Bull.,* n° 146) : la validité n'y est pas contestée. A l'opposé, dans l'ordre interne, auquel nous nous limitons, il y a toujours eu contestation. Et même à l'heure actuelle, où l'économie de marché paraît triomphante, ses appels à la liberté sont refoulés par une nostalgie de la défense du franc. D'où des oscillations en jurisprudence. Pour l'*or* : validité d'une clause valeur-or, dans un contrat purement interne (Civ.[1] 4 déc. 1962, D. 63, 698, n. Pédamon, *J.C.P.,* 63, 2, 13033, n. Esmein), mais nullité d'une indexation sur la valeur des pièces d'or (Civ.[2] 22 oct. 1970, *J.C.P.,* 71, 2, 16636 *bis*). Pour les devises étrangères, auxquelles la pratique s'intéresse davantage, un arrêt (Civ.[1] 10 mai 1966, D. 66, 497, n. Malaurie, *J.C.P.,* 66, 2, 14871, n. J.-Ph. Lévy ; cf. Com. 30 avr. 1969, D. 69, Somm. 98) avait paru consacrer une combinaison qui permettait d'échapper à la nullité, en utilisant la distinction entre monnaie de compte et monnaie de paiement (v. *supra,* n° 10) : il n'était pas interdit de stipuler directement en monnaie étrangère pourvu que le paiement effectif fût prévu exclusivement en monnaie française. Mais, vingt ans après avoir ouvert cette issue, la Cour de cassation l'a refermée par deux arrêts très nets, Civ.[1] 12 janv. 1988, D. 89, 80, n. Malaurie, *R.T.,* 88, 740, n. J. Mestre, et Civ.[1] 11 oct. 1989, D. 90, 167, n. E. S. de La Marnierre, *J.C.P.,* 90, 2, 21393, n. J.-Ph. Lévy : la combinaison imaginée n'est qu'une indexation déguisée ; portant sur des indices illicites parce que monétaires, elle est entachée de nullité. L'arrêt de 1988

semblait réserver le cas des banquiers et financiers : leur activité professionnelle ne consiste-t-elle pas à vendre et acheter des devises ? Mais cette réserve n'a pas été reprise par l'arrêt de 1989. Cf. A.-M. Morgan de Rivery-Guillaud, *G.P.,* 1991, 1, doctr. 243.

2° *Clauses à référence quasi monétaire.* Ex. de nullité, Com. 3 nov. 1988, D. 89, 93, qui relève le caractère *général* de l'indice choisi : les « taux des salaires horaires des ouvriers toutes activités série France entière » (cf. Lyon, 9 juill. 1990, D. 91, 47).

3° *Clauses à référence économique.* C'est sur ces clauses, clauses d'échelle mobile au sens strict, que se concentrent les contractants et, par contrecoup, le contentieux le plus courant. La Cour de cassation considère que, dérogeant à la liberté contractuelle, les règles de l'ordonnance de 1959 doivent être interprétées restrictivement : Civ.[3] 15 févr. 1972, *J.C.P.,* 72, 2, 17094, n. J.-Ph. Lévy, D. 73, 417, n. Ghestin. On est fondé à parler d'une faveur de l'indexation en jurisprudence (cf. J. Mestre, *R.T.,* 86, 599).

On s'interroge surtout sur le sens de la formule légale : une relation directe de l'indice avec l'*objet* de la convention ou l'*activité* de l'une des parties. Question de fait, selon la Cour de cassation : Com. 4 mars 1964, D. 64, 385 ; Civ.[3] 6 juin 1972, *J.C.P.,* 72, 2, 17255 ; Civ.[3] 16 juill. 1974, D. 74, 681 ; et dans le cas particulier des dettes d'aliments, Civ.[2] 18 févr. 1976, D. 76, *I.R.,* 136 (mais peut-être est-ce abdiquer un peu à la légère tout contrôle du prince sur des clauses qui tendent à se constituer, malgré tout, en un contre-système monétaire).

Il est assez facile de concevoir des indices reliés à l'activité des parties : ex. un imprimeur peut indexer ses obligations sur le salaire horaire des ouvriers d'imprimerie (Bordeaux, 20 déc. 1966, D. 67, 460) ; un bijoutier, la rente qui lui est due sur le cours des métaux précieux (Trib. Civ. Bayonne, 10 mars 1969, *J.C.P.,* 69, 2, 16007) ; un promoteur, ses emprunts sur le coût de la construction (Civ.[1] 12 avr. 1972, *J.C.P.,* 72, 2, 17235 ; Civ.[3] 22 janv. 1980, *R.T.,* 81, 850). Peu importe, disent des arrêts (Civ.[1] 7 mars 1984, *Bull.,* n° 91, *R.T.,* 85, 174, n. J. Mestre ; Paris, 28 mars 1990, D. 90, *I.R.,* 108), que l'activité à laquelle la clause se réfère ne soit pas l'activité principale du contractant (oui, mais à condition que les deniers aient été précisément employés dans l'activité principale, ou en procèdent). Peu importe, est-il dit encore (Civ.[1] 20 juill. 1971, *J.C.P.,* 72, 2, 16951 ; Civ.[1] 18 juin 1980, *ffiull.* n° 192 : Civ.[1] 6 juin 1984, *J.C.P.,* 85, 2, 20471, n. J.-Ph. Lévy), que le débiteur ait mis fin à son activité ou en ait changé en cours de contrat (il est logique, sans doute, que la validité d'un contrat soit appréciée au moment où il est formé : cependant, en analysant l'indexation moins comme un prix articulé sur des mercuriales que comme un *jus ad rem* concédé par le débiteur sur les profits supplémentaires qui accroîtront son patrimoine, on serait amené à conclure qu'elle peut cesser ou se modifier selon la fluctuation de ces profits).

Plus controversée : la relation à l'objet. Jugé par ex. qu'il n'existe pas de relation directe entre un loyer et le prix des matériaux de construction ou le salaire du maçon (Civ.[3] 6 juin 1972, D. 73, 151, n. Malaurie ; Paris, 28 juin 1962, *J.C.P.,* 62, 2, 12896 ; cf. Civ.[3] 13 févr. 1969, *J.C.P.,* 69, 2, 15942, 2[e] esp.). Mais un arrêt où se refléterait un certain souci de faire échapper la question au domaine du fait (Civ.[1] 9 janv. 1974, *J.C.P.,* 74, 2, 17806, n. J.-Ph. Lévy) déclare au contraire que l'objet de la convention, au sens du texte, doit s'entendre dans l'acception la plus large, et qu'en l'espèce l'emprunt contracté par des particuliers aux fins d'acheter ou de construire un immeuble a pu licitement être indexé sur le coût de la construction. Civ.[1] 18 févr. 1976, *J.C.P.,* 76, 2, 18465, avait recommandé aux juges de vérifier sur des documents écrits la

destination des deniers prêtés, sans se contenter de l'affirmation des parties (cf. trib. Le Mans, 1er mars 1983, *J.C.P.*, 83, 2, 19991). Mais, par la suite, Civ.[1] 27 oct. 1981, *Bull.*, n° 311, n'a pas renouvelé cette exigence.

[37] c) *Inefficacité de l'indexation*

1° *Sanction de l'illicéité des indices.* Des cours d'appel avaient décidé que la nullité encourue, étant fondée sur un ordre public de protection, était simplement relative : Toulouse, 5 mars 1975, D. 75, 772, n. Malaurie, *J.C.P.*, 75, 2, 18135 et 18034, n. J.-Ph. Lévy et Picard. Mais protection de qui ? L'indexation devant, comme préalable de validité, être conçue à double éventualité, pour la baisse comme pour la hausse de l'indice, on concevrait, en théorie, que l'interdiction d'indices trop sensibles pût, selon les circonstances, servir le créancier aussi bien que le débiteur. En fait, on s'en doute, si protection il y a, c'est du débiteur qu'il s'agit (cf. a. 1162). Mais le débat s'était déroulé sur un autre terrain : à l'ordre public de protection était opposé un ordre public de direction (d'économie dirigée), qui aurait appelé une nullité absolue (si l'indexation avait été réglementée en 1959, n'était-ce pas parce que lui étaient imputés des effets inflationnistes, néfastes pour l'économie ?). A la vérité, on aurait pu, transcendant protection et direction, évoquer directement l'ordre public monétaire, qui est un ordre public de politique nationale, pour ne point dire de jalousie (le franc est un dieu jaloux). La Cour de cassation, sans se prononcer nettement sur le caractère de la nullité, avait admis, à plusieurs reprises, que fût valable la renonciation du débiteur à l'application de l'ordonnance : Civ.[3] 27 oct. 1976, D. 76, *I.R.*, 5 ; Civ.[3] 18 déc. 1978 et 12 juin 1979, *J.C.P.*, 81, 2, 19494, n. L. Boyer. Mais, plus récemment, il semble que la Chambre commerciale (3 nov. 1988, D. 89, 94, n. Malaurie ; cf. Bordeaux, 8 mars 1990, D. 90, 550 ; Lyon, 9 juill. 1990, D. 91, 47) ait remis la question sur les rails de l'orthodoxie : l'indexation prohibée par la loi est atteinte d'une nullité absolue et n'est susceptible ni de confirmation ni de ratification.

Si une indexation est illicite, il ne s'ensuit pas forcément qu'elle entraînera dans sa nullité l'ensemble du contrat ; les tribunaux s'efforcent de la déclarer simplement non écrite : Civ.[3] 6 juin 1972, D. 73, 151 ; Civ.[3] 9 juill. 1973, D. 74, 24 – ce qui n'est, au fond, qu'un retour au primat de la monnaie nationale. Mais Com. 27 mars 1990, D. 91, 289, n. critique Testu, admet, au nom de l'a. 1134, que les parties ont pu valablement convenir d'une indivisibilité entre la clause d'indexation et le reste du contrat – ce qui est assurément affaiblir la sanction de l'illicéité, en faisant pression sur le contractant qui a subi la clause. En revanche, il ne semble pas que, pour sauver le contrat, les juges s'enhardiraient jusqu'à le refaire, en remplaçant l'indice illicite par l'indice licite le plus proche (par ex. l'indice des architectes par l'indice de la construction de l'I.N.S.E.E., réputé plus optimiste, parce que plus gouvernemental ; cf. Civ.[3] 7 mars 1973, D. 73, 519). Il en est autrement si, au lieu d'être illicite, l'indice choisi est inexistant : la volonté des parties est reportée sur l'indice le plus analogue, Civ.[3] 15 févr. 1972, D. 73, 417, n. Ghestin, *J.C.P.*, 72, 2, 17094, n. J.-Ph. Lévy, *R.T.*, 72, 616, n. Cornu ; si une erreur a été commise sur l'indice de base, elle est rectifiée, Civ.[3] 8 oct. 1974, D. 75, 189 ; si la clause mélange un indice licite à d'autres qui ne le sont pas, licence est donnée au juge de faire un tri et de concentrer l'indexation sur ce qui est valable, Civ.[3] 16 juill. 1974, D. 74, 681, n. Malaurie (cf. mais de très loin seulement, a. 1192 s.). Les arrêts témoignent, en somme, d'une faveur de principe pour l'échelle mobile. Mais ils dévoilent aussi l'infériorité congénitale de cette monnaie de substitution : nécessitant pour fonctionner un recours fréquent au juge, elle manque de la fluidité, de la liquidité qui fait la force de la monnaie véritable.

2° *Inefficacité d'indices licites.* Les difficultés de l'échelle mobile surgissent souvent en cours de contrat. Il arrive que l'indice qu'avaient choisi les contractants cesse d'être publié (ex. Civ.[1] 22 mai 1967, *J.C.P.*, 67, 2, 15214). C'est, en somme, un cas d'imprévision (cf. t. IV, n° 144). On est tenté de conclure à l'impossibilité d'exécution, qui est une cause d'extinction des obligations (arg. a. 1302 ; cf. t. IV, n° 4). Mais, raisonnant dans une conception plus monétaire, on se dira que, pour une obligation de somme d'argent, il ne peut jamais se produire une impossibilité d'exécution, tout au plus la nécessité d'une conversion de monnaie à monnaie. C'est en ce sens que se prononcent ici les arrêts : l'indice devenu impossible est converti dans le plus proche indice possible. Ainsi, après la suppression du S.M.I.G., Civ.[3] 6 mars 1974, D. 74, 249, n. Voulet, a transformé une échelle S.M.I.G., non pas en échelle S.M.I.C., mais en échelle « minimum garanti », jugée plus voisine de ce qu'avaient voulu les intéressés (cf. Com. 25 févr. 1963, *J.C.P.*, 63, 2, 13231 ; Civ.[3] 2 mai 1972, *Bull.*, n° 268). Il faut, en effet, que l'indice de substitution puisse se recommander d'une interprétation probable des volontés contractuelles (Com. 30 juin 1980, et Civ.[1] 9 nov. 1981, *R.T.*, 82, 142 et 601, n. Chabas). Une question ne semble pas avoir été soulevée en jurisprudence : une partie pourrait-elle, après un certain temps d'exécution, contester l'indice accepté par elle, sous prétexte qu'il ne fonctionne plus correctement ? Il n'est pas rare, en effet, qu'un indice, à la longue, perde de son mordant par un relâchement des méthodes, ou qu'il soit soupçonné d'être manipulé par le pouvoir ou par des groupes de pression (cf. les deux exemples cités *supra,* n° 19, *a,* 2°). En s'inspirant d'une analogie privatiste, l'institut qui élabore et publie des indices se laisserait aisément comparer à l'arbitre, *arbitrator,* qui, dans un contrat tel que la vente (a. 1592), peut être chargé de fixer le prix (cf. t. IV, n° 55). Or, il est de principe que le prix fixé par l'*arbitrator* est définitif et que les contractants ne peuvent le critiquer (Com. 12 nov. 1962, D. 63, Somm. 63). On réserve, toutefois, les cas d'erreur, de dol ou de violence, ce qui rouvre une faculté de critique qui ne serait pas absolument intransposable à l'hypothèse des indexations. Mais, si l'on voit dans l'échelle mobile une monnaie de substitution, elle doit, comme toute monnaie, être irrécusable.

Chapitre III

[38]

DISTINCTION DU DROIT RÉEL ET DU DROIT PERSONNEL

La distinction du droit réel et du droit personnel forme l'arête du droit du patrimoine : le droit réel étant le droit qu'une personne a sur une chose *(jus in re),* son étude conduit aux choses, c'est-à-dire aux *biens* ; le droit personnel, étant le droit qu'une personne a à l'encontre d'une autre personne, fait apparaître la seconde comme obligée envers la première, et c'est tout le droit des *obligations.*Il y a là deux notions élémentaires, qu'il est indispensable d'*analyser* successivement, et classique de *mettre en parallèle.*

1 / Analyse du droit réel et du droit personnel

Sous des dehors qui peuvent être semblables, les deux droits ont une nature très différente. Pour qui les regarde vivre, un usufruitier et un locataire habitent de la même manière une maison. Mais l'un a le droit d'en jouir (a. 578) ; l'autre a le droit que le bailleur l'en *fasse* jouir (a. 1709). L'un a un droit réel ; l'autre, un droit personnel.

1 | LE DROIT RÉEL

Le C.C. s'en étant tenu à une simple allusion (a. 543), c'est à la doctrine qu'il est revenu de *définir* le droit réel et d'en *classer* les variétés.

▶ *Définition du droit réel*

C'est le pouvoir juridique qu'a une personne de retirer *directement* tout ou partie des utilités économiques d'une chose. Dans ce rapport de droit qu'est le droit réel, le contact est *immédiat* entre la personne et la chose – immédiat, mais il faut ajouter : sous la garantie et le contrôle de l'État (c'est la loi commune de tous les droits subjectifs). La chose est *comme* assujettie à la personne, obligée de lui obéir ; c'est en quoi on peut parler d'un droit sur la chose, et faire, en quelque manière, de la chose un des deux termes du rapport de droit. Mais il est bien entendu que c'est seulement par image, une chose ne pouvant pas plus être le sujet passif que le sujet actif d'un droit.

▶ *Classification des droits réels*

On peut en distinguer deux grandes catégories, chacune d'elles se ramifiant à son tour : les *droits réels principaux* (ou du premier degré) et les *droits réels accessoires* (ou du second degré, ou encore droits réels de garantie). Les droits réels principaux portent sur la *matérialité* même de la chose, celle-ci étant mise au service du titulaire du droit ; les droits réels accessoires (accessoires de créances dont ils garantissent le paiement) portent sur la *valeur pécuniaire* de la chose, cette valeur étant mise en réserve dans l'intérêt du titulaire du droit.

- Droits réels principaux.
  - Propriété.
  - Droits réels démembrés de la propriété.
    - Usufruit, usage, habitation.
    - Servitudes.
    - Emphytéose.
    - Superficie.
    - Droit du preneur dans le bail à construction (l. 16 déc. 1964, a. 3).
- Droits réels accessoires (de garantie) ou sûretés réelles.
  - Sur les immeubles.
    - Hypothèque.
    - Privilège immobilier spécial (hypothèque privilégiée).
    - Antichrèse.
  - Sur les meubles.
    - Gage.
    - Privilège mobilier spécial (? Le caractère de droit réel en est contesté).

C'est le tableau traditionnel. Mais on s'est demandé s'il n'y avait pas d'autres droits réels. On se l'est demandé surtout pour le droit du preneur à bail, que l'a. 1743 a doté d'une certaine opposabilité aux tiers, donc d'un certain caractère de réalité. La Cour de cassation, au siècle dernier, s'est prononcée pour la négative, et elle paraît aujourd'hui persister dans cette attitude, bien que la législation spéciale des baux à loyer ou à ferme (v. *infra*, n° 186) ait notablement renforcé les liens du preneur avec la chose.

[39] 2 | LE DROIT PERSONNEL

Ici encore, c'est la doctrine qui a élaboré la *définition*, en s'aidant de quelques éléments légaux (ex. a. 1101, 1126, 2092). D'une classification, il n'y a pas à se préoccuper pour l'instant (cf. t. IV, n^{os} 9 s.), car, plutôt que la diversité, c'est l'*homogénéité* des droits personnels qu'il convient de souligner ici.

▶ *Définition du droit personnel*

Envisagé plus spécialement du côté actif, on l'appelle aussi *droit de créance* ; du côté passif, *obligation*.

Le droit de créance est le pouvoir juridique qui permet à une personne (le créancier) d'exiger d'une autre personne (le débiteur) une prestation, un *service*, consistant à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose (cf. a. 1101, 1126). Réciproquement, l'obligation est le *lien de droit* par lequel le débiteur est astreint – sous la garantie et le contrôle de l'État – à fournir une prestation au créancier.

Le droit personnel apparaît donc comme un certain assujettissement de la personne à la personne. Il faut comprendre, cependant, que, derrière la personne, c'est le patrimoine qui est assujetti : non seulement lorsque la prestation à fournir est de quelque objet patrimonial, mais même lorsqu'elle porte sur une activité personnelle, car, en cas d'inexécution, c'est toujours, en définitive, une somme d'argent qui sera due (a. 1142). Ce qu'exprime une maxime (paraphrasée dans l'a. 2092) « Qui s'oblige oblige le sien », c'est-à-dire son patrimoine. On dit encore, avec l'a. 2093, que le créancier chirographaire (le créancier ordinaire ; non muni de sûretés réelles) a un *droit de gage général* sur le patrimoine de son débiteur. Il ne s'agit pas d'un droit

de gage au sens technique usuel (a. 2073), qui constituerait un droit réel véritable. On veut dire simplement que le patrimoine, tel qu'il se trouvera au moment où le paiement sera poursuivi, est affecté à la satisfaction du créancier ; plus précisément, que celui-ci a sur le patrimoine un *droit de saisie* (le droit de mettre les biens sous la main de la justice, pour les faire vendre ensuite aux enchères publiques et se payer sur le prix). Vu à travers le droit de saisie qui en est l'attribut, le droit personnel se révèle ainsi comme un droit à une fraction de patrimoine.

▶ *Homogénéité des droits personnels*

Elle vient de ce que toutes créances sont réductibles au même dénominateur monétaire, soit que, dès l'origine, elles aient un libellé en argent, soit que, ayant originairement un autre objet, elles soient seulement susceptibles d'être converties en dommages-intérêts par suite d'inexécution. Cette homogénéité monétaire est de grande conséquence, parce qu'elle permet le fonctionnement de la *loi du concours* : si le prix provenant de la saisie et de la vente forcée des biens du débiteur est insuffisant pour désintéresser tous les créanciers chirographaires, ceux-ci seront payés au marc le franc (a. 2093), c'est-à-dire à proportion du montant nominal de leurs créances, ce qui postule entre celles-ci la monnaie pour commune mesure.

[40] 2 / Parallèle du droit réel et du droit personnel

Le parallèle fait apparaître des *antithèses* très marquées. Elles sont tempérées, cependant, par l'existence de *catégories intermédiaires*.

1 | ANTITHÈSES

Elles se manifestent soit dans la *structure*, soit dans *l'accomplissement* du droit.

▶ *Structure du droit*

Dans le droit personnel, deux personnes ; dans le droit réel, une seule, en face de la chose. D'où :

1° Le titulaire d'un droit réel peut, en principe, l'abandonner par volonté unilatérale (*déguerpissement* ; ex. a. 656) : il est seul ; cela ne dépend que de lui. Au contraire, le créancier ne peut renoncer unilatéralement à sa créance ; il lui faut l'accord du débiteur (la *remise de dette* est une convention ; cf. t. IV, n° 352) : c'est que tous les deux sont intéressés dans le rapport de droit.

2° Le droit personnel n'a d'effet que dans l'étroite relation qu'il suppose entre deux personnes : un effet *relatif* (cf. a. 1165). Il est inopposable aux tiers, qui peuvent en méconnaître l'existence (du moins, en principe ; par exception, il arrive que des tiers soient rendus responsables pour avoir méconnu intentionnellement le droit de créance d'autrui ; cf. t. IV, n° 122). Le droit réel, au contraire, portant directement sur la chose, s'incruste pour ainsi dire en elle et participe de son existence objective, qui s'impose à tout le monde : aussi est-il *opposable erga omnes* (absolu, dit-on quelquefois) ; toutes personnes sont tenues de le respecter, ont l'obligation négative de n'en point troubler l'exercice.

3° Dans le droit réel, pour que le rapport de droit se soutienne, il faut que la chose, qui en est un des deux termes, soit d'ores et déjà *existante et individualisée*. Dans le droit personnel, peu importent l'existence actuelle et l'individualisation de l'objet : les deux sujets suffisent à soutenir le rapport de droit. C'est pourquoi on ne peut être propriétaire de choses futures, ni de choses de genre non individualisées (d'une certaine quantité de marchandises à prélever sur un stock plus important, dont elles ne sont pas encore séparées ; cf. *infra*, n° 105). On peut seulement être créancier à l'égard de celui qui les fabriquera, ou du propriétaire actuel du stock.

▶ *Accomplissement du droit*

Le droit réel a, pour s'accomplir, une énergie beaucoup plus grande ; il est doté de deux attributs, *droit de suite* et *droit de préférence*, qui n'appartiennent pas au droit personnel.

1° *Droit de suite.* — C'est, pour le titulaire du droit réel, le pouvoir d'exercer son droit sur la chose entre quelques mains qu'elle se trouve,

en fait ou en droit (par là on rejoint, sous un autre aspect, l'idée que le droit réel est opposable aux tiers). Ainsi, le propriétaire d'un bien peut le revendiquer contre tout possesseur (du moins en matière immobilière, car, en matière mobilière, le droit de suite est généralement paralysé par la maxime de l'a. 2279) ; le titulaire d'une servitude prédiale peut la faire valoir à l'encontre de tous les propriétaires successifs du fonds servant. Mais c'est pour l'*hypothèque* que le droit de suite prend tout son relief, mettant une différence tangible entre la condition du créancier hypothécaire et celle du créancier chirographaire. Si un immeuble hypothéqué est aliéné par le débiteur, le créancier hypothécaire peut le saisir entre les mains du tiers acquéreur ; ce faisant, il exerce le droit de suite inhérent à son droit réel d'hypothèque. Au contraire, qu'un débiteur aliène un immeuble qui n'est pas grevé d'hypothèque, le tiers acquéreur ne saurait, hors le cas de fraude (a. 1167), être inquiété par les créanciers : l'immeuble est sorti du droit de gage des créanciers chirographaires en sortant du patrimoine du débiteur ; c'est que le créancier chirographaire n'a pas de droit de suite, n'ayant pas de droit réel.

2° *Droit de préférence.* — C'est, pour le titulaire d'un droit réel, le pouvoir d'exclure des utilités de la chose tous ceux qui ne peuvent se prévaloir que d'un droit de créance, ou d'un droit réel postérieur en date. Ainsi, un acheteur ne saurait craindre, si son vendeur est insolvable, d'avoir à partager avec les créanciers de celui-ci la valeur de la chose achetée, car, devenu propriétaire par le contrat, il a un droit réel qui est préférable à tous les droits personnels. Mais c'est surtout pour les droits réels de garantie, spécialement pour l'hypothèque, que le droit de préférence, comme le droit de suite, a sa portée pratique la plus considérable : quand il y aura lieu de répartir le prix de l'immeuble hypothéqué, les créanciers hypothécaires, grâce à leur droit réel, seront payés avant les créanciers chirographaires ; et entre les créanciers hypothécaires, les plus anciens passeront avant les plus récents *(prior tempore, potior jure)*.

[41] 2 | CATÉGORIES INTERMÉDIAIRES

Ces catégories – dont parfois on discute – participent des deux natures antithétiques.

1° Le cas le plus net est celui de l'*obligation réelle* ou obligation *propter rem*, dont le C.C. fournit un exemple dans les a. 698-699 (obligation imposée au propriétaire du fonds servant de faire à ses frais les ouvrages nécessaires à l'exercice d'une servitude ; cf. *infra*, n° 151). Il y a bien obligation : un service est dû au créancier. Mais cette obligation, au lieu de tenir à la personne et au patrimoine envisagé dans son ensemble, est liée à un bien particulier. Elle ne pèse sur le débiteur qu'en raison de sa propriété de la chose, de telle sorte qu'il s'en affranchit (au lieu qu'une obligation personnelle serait indélébile), en cessant d'être propriétaire – soit qu'il fasse abandon, déguerpissement (a. 699), soit qu'il aliène (l'obligation réelle se transmet alors à l'acquéreur à titre particulier).

2° On assimile souvent à l'obligation *propter rem* la situation du *tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué*. En effet, il n'est pas obligé personnellement à la dette ; il n'y est pas obligé de sa personne, ni sur l'ensemble de son patrimoine. Mais, tenu de subir la saisie de l'immeuble par le créancier hypothécaire, c'est comme s'il était obligé sur cet immeuble seulement et seulement en raison de cet immeuble (aussi pourrait-il en faire le délaissement, a. 2172).

3° Certains *droits personnels* sont *mélangés de réalité* : ainsi, la créance résultant pour le preneur du contrat de bail (elle est opposable à l'acquéreur de l'immeuble, a. 1743) ; le droit de rétention (en vertu duquel un créancier, s'il se trouve en possession d'un bien appartenant à son débiteur, est autorisé à ne pas s'en dessaisir avant paiement ; ex. a. 1612). Tout en ayant l'ensemble du patrimoine de son débiteur dans son gage général, le créancier chirographaire a ici un droit plus fort, et un contact immédiat, avec un élément concret de ce patrimoine. A l'inverse, les droits réels sont souvent *pénétrés de rapports personnels* : de l'exercice abusif ou anormal du droit de propriété naît une obligation personnelle de réparer le dommage causé aux voisins (v. *infra*, n° 167) ; la théorie des impenses met à la charge des propriétaires des obligations personnelles envers les possesseurs (v. *infra*, n° 209), etc.

[42] ÉTAT DES QUESTIONS

B. G. — Planiol-Picard, n^os^ 36 s. ; Bonnecase, *Supplément*, v. n^os^ 1 s. ; Aubry-Rau, II, 7^e^ éd. Par P. Esmein, § 172. Dans la doctrine contemporaine, importants apports théoriques : Hage-Chahine, *Essai d'une nouvelle classification des droits privés, R.T.*, 82, 705 ; Zénati, *Notion de droit réel, R.T.*, 89, 577 ; Levis, *L'opposabilité du droit réel*, 1989 (le trait essentiel en est l' « exclusivisme »).

HISTOIRE

C'est par l'opposition procédurale de l'*actio in rem* (où la formule ne contenait pas la désignation du défendeur) et de l'*actio in personam* (donnée contre un défendeur désigné) que le droit romain a pris conscience de la distinction (Monier, II, n^os^ 3 s. ; v. cep. M. Villey, *Mélanges de Visscher*, II, p. 417 s.). Il n'est pas, cependant, arrivé à une définition abstraite du droit réel (l'expression même n'apparaîtra que bien plus tard, chez les glossateurs). Pour l'obligation, au contraire, la définition des Institutes (3, 13, pr.) est célèbre : *Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura*, où il faut relever la notion si suggestive du *lien de droit*, ainsi que l'allusion à l'*État* toujours présent. L'époque féodale fit pulluler le droit réel, étouffa un peu le droit de créance (cf. Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padoue, 1968). D'elle vint aussi l'intermède du *jus ad rem* promis à une certaine fortune (Brissaud, p. 241 ; cf. *R.H.D.*, 1951, 275) : c'était, entre le droit réel et le droit personnel, le droit personnel de se faire transférer par le débiteur un droit réel (le créancier d'une obligation de donner, dans un système juridique qui ne la répute pas exécutée par le seul consentement, a un *jus ad rem*). Au XX^e^ s., les auteurs qui vont s'évertuer à objectiver le droit personnel se souviendront de la formule et s'en serviront pour rendre sensible l'idée que la créance tend à un morceau de patrimoine (cf. *infra*, Théorie juridique).

ÉCONOMIE POLITIQUE

L'importance attachée dans le parallèle au droit de suite et au droit de préférence montre que la distinction du droit réel et du droit personnel a surtout été envisagée en fonction du risque d'insolvabilité du débiteur : le droit réel permet d'y échapper, non le droit de créance, du moins s'il est démuni de sûretés réelles. Mais le risque d'insolvabilité n'est qu'un des deux risques avec lesquels le droit du crédit doit se mesurer. Le risque de dépréciation monétaire a pris, à côté, une place grandissante. Sous ce rapport, la distinction n'est pas directement utilisable. Sans doute, les droits réels principaux demeurent en dehors du risque monétaire (c'est l'intérêt que peut offrir, par ex., la clause de réserve de propriété, *infra*, n° 109). Mais les droits réels de garantie ne neutralisent en rien les effets de la dépréciation de la monnaie : l'hypothèque, par elle-même, n'est qu'une garantie contre l'insolvabilité, non contre la dépréciation. Réciproquement, les droits de créance ne sont pas *a priori* toujours soumis au risque monétaire. Ce risque concerne seulement les créances de sommes d'argent, non celles de prestations en nature (ex. une rente viagère en denrées, une prestation de travail). Dans un nouveau clivage des faits, il faudrait distinguer économiquement, plutôt que droit réel et droit personnel, les *valeurs réelles* (au sens devenu courant de l'expression), c'est-à-dire tous les biens soustraits (plus ou moins ?) à l'aléa de la monnaie, et les *valeurs monétaires*, qui y sont soumises à plein (créances fixes de sommes d'argent, mais aussi droit de propriété sur les instruments monétaires).

[43] THÉORIE JURIDIQUE

a) *La distinction du droit réel et de l'obligation.* — Elle a été mise en question au début du siècle.

1° *Le droit réel ramené à une obligation passivement universelle.* — Ce fut une théorie brillante de Planiol (*Traité élémentaire*, 1896, I, n° 2158). Le point de départ est l'affirmation qu'il est absurde de faire de la chose un sujet passif (Thon l'avait dit, en Allemagne, avant Planiol, et Kant avant Thon) ; que le contact immédiat de l'homme avec la chose n'est qu'un fait (la possession), non un droit ; qu'un droit ne peut être qu'un rapport entre deux ou plusieurs personnes. Dans le droit réel, un des termes du rapport est connu : c'est le titulaire du droit. Il faut chercher l'autre : ce n'est personne en particulier, c'est tout le monde sauf le titulaire (par là s'explique l'opposabilité du droit réel *erga omnes* ; cf. Levis, *L'opposabilité du droit réel*, 1989). A ces sujets passifs du rapport de droit, il n'est, du reste, imposé qu'une abstention : ils doivent s'abstenir de tout ce qui pourrait troubler la possession paisible de l'ayant droit. Le droit réel se résout ainsi en un rapport obligatoire où les débiteurs, en nombre illimité, ne se révèlent que le jour où ils ont manqué à leur obligation. – A la théorie de Planiol, on a objecté que la prétendue obligation passivement universelle n'est que le devoir général et vague qui s'impose à chacun de respecter la loi, les droits d'autrui : ce n'est pas une obligation au sens technique, qui impliquerait une restriction précise imposée aux débiteurs. Jointe à cela, une pétition de principe : le sujet actif peut exiger des sujets passifs qu'ils ne lui causent pas de troubles ; mais de troubles dans quoi ? dans une sphère d'action qui doit lui avoir été préalablement délimitée par rapport à la chose, et c'est là proprement le droit réel. La théorie de Planiol ne serait au fond qu'une exaspération de l'idéologie volontariste et individualiste du C.C. Elle est volontariste en ce qu'elle nie les choses et la matière, alors que celles-ci font partie de l'univers juridique. Elle est individualiste, parce qu'elle réduit le droit réel à un dialogue entre deux individus, le titulaire et le violateur du droit, et ne se préoccupe nullement d'y appeler l'État en tiers.

2° *L'obligation ramenée à un droit réel.* — Plusieurs auteurs, à la suite de Saleilles (*Obligation d'après le premier projet de C.C. allemand*, 1889, n° 82), partant de la constatation que la créance était regardée de plus en plus, dans le patrimoine du *créancier*, comme une valeur économique, un *bien*, susceptible de transmission, avaient essayé de « dépersonnaliser » l'obligation du côté du débiteur aussi, de l'objectiver complètement, et ils l'avaient analysée comme un droit sur les biens, non plus sur la personne (v. Gaudemet, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, Th. Dijon, 1898 ; Jallu, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, Th. Paris, 1902), parfois même comme un *droit réel indéterminé* (v. Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Th. Dijon, 1911). Le rapport de droit s'établissait entre deux patrimoines ; le créancier et le débiteur n'y intervenaient plus que comme représentants de leurs patrimoines respectifs. – Il a été utile de réagir ainsi contre l'excès d'abstraction inhérent à la notion d'un rapport de droit purement personnel. L'obligation a une indéniable substance patrimoniale. Toutefois, la personnalité du créancier et surtout du débiteur n'y sera jamais indifférente. Ce qui explique que, si la cession de créance peut fonctionner, la véritable cession de dette bute sur une impossibilité (cf. t. IV, n° 322), parce que ce n'est pas la même chose pour un créancier d'avoir tel ou tel débiteur (même à égalité dans la pesée actuelle des biens, l'avenir peut être dissemblable pour l'un et pour l'autre ; et la ponctualité à payer dépend de l'individu). Le droit contemporain a, du reste, manifesté une tendance remarquable à prendre en considération la personnalité concrète du débiteur, voire du créancier, pour fixer le régime de l'obligation (ex. la législation des loyers et des fermages fait dépendre d'une foule de qualités per-

sonnelles les droits et obligations des bailleurs et preneurs ; le droit de la consommation s'est construit sur l'opposition du non-professionnel au professionnel).

b) *La théorie de Ginossar* (*Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, 1960). — Elle a donné lieu à polémique (cf. Rigaud, *R.I.D.C.*, 1963, 557), critique de Jean Dabin, réplique de Ginossar (*R.T.*, 62, 20 et 573). Elle emprunte des éléments aux deux précédentes tentatives doctrinales et en fait la synthèse dans une notion clef, la propriété des créances – expression d'emblée peu orthodoxe, car, si l'on parle sans complexe de l'usufruit des créances (cf. *infra*, n° 103), le langage classique veut que le créancier ne soit pas dit propriétaire, mais *titulaire* de sa créance. Autour du droit de créance ainsi conçu apparaissent deux ordres distincts de rapport, l'un relatif, l'autre absolu, ayant le même sujet actif, mais des sujets passifs différents. Le rapport relatif, c'est la substance même (l'objet) de l'obligation (cf. Henriot, De l'obligation comme chose, *Arch.*, 79, 235) ; le rapport absolu, c'est l'obligation passive universelle pesant sur les tiers, tenus de respecter cette propriété-là comme les autres. Poursuivant son travail de rapprochement, Ginossar met en relief la présence, dans les droits réels sur la chose d'autrui, d'obligations à la charge du propriétaire, d'obligations qui peuvent n'être pas simplement passives, mais aussi bien actives (ex. a. 605, al. 2, 698, et la complaisance jurisprudentielle aux servitudes *in faciendo* ; cf. *infra*, n° 163). Et pareillement il s'empare de la notion d'obligation réelle ou *propter rem* (*infra*, n° 159) pour en tirer argument : souvent (et c'est une tendance moderne) ces obligations sont transmissibles aux acquéreurs successifs du droit réel (cf. t. IV, n° 323). — On pressent, cependant, les objections des Classiques : il ne faut pas hisser des obligations accessoires à la hauteur de l'essentiel ; les exceptions ne doivent pas être exagérées jusqu'à noyer le principe.

[44] PRATIQUE JUDICIAIRE

La volonté privée peut-elle créer de nouveaux types de droit réel ? — Au début du XIX^e^ s., la crainte d'une renaissance des droits féodaux, abolis par la Révolution et le C.C., pouvait incliner les esprits à la négative. Pourtant, dans un arrêt qui fut fameux, l'arrêt *Caquelard* (Req. 13 févr. 1834, *Dalloz, Jurispr. Génér.*, v. *Propriété*, n° 68, où est dépeint le paysage normand de l'affaire), l'affirmative avait été consacrée : « Ni les a. 544, 546 et 552, ni aucune loi n'excluent les diverses modifications et *décompositions* dont le droit ordinaire de propriété est susceptible ». La base était donc moins la liberté de contracter (a. 1134) que la liberté de disposer (a. 544) en démembrant. Mais la décision était moins décisive qu'elle n'en avait l'air, car, en fait, il s'agissait du fonctionnement d'une banale copropriété, plutôt que de l'invention d'un droit réel. C'est peut-être là, d'ailleurs, que gît l'obstacle le plus insidieux à la thèse libérale (et contre-révolutionnaire) : la difficulté d'inventer. Les combinaisons généralement citées paraissent se réduire à des copropriétés ou à des propriétés alternées (ex. sur l'étang, l'un aura le droit de pêcher pendant deux ans, l'autre de cultiver le sol pendant un an après vidange ; cf., pour le droit de seconde herbe, Civ.[3] 25 mars 1992, D. 93, 65, qui le reconnaît flegmatiquement comme un « droit réel immobilier d'une nature particulière »). En 1984, cependant, la question a été débattue dans toute son ampleur. Une cour d'appel avait qualifié d'usufruit le droit d'affichage que les propriétaires originaires s'étaient réservé à perpétuité sur l'immeuble mis en copropriété. La Cour de cassation (Civ.[3] 18 janv. 1984, D. 85, 504, n. Zénati, *J.C.P.*, 86, 2, 20547, n. Barbieri) a censuré cette qualification : ce ne pouvait être un usufruit, puisque le droit n'était pas viager ; ni, sans doute, une servitude, puisqu'il n'avait pas été conçu dans l'intérêt du fonds, ni une propriété puisqu'il n'absorbait pas toutes les utilités de la chose – donc un droit réel *sui generis* était implicitement reconnu. A la vérité, en cette espèce comme en une autre (Civ.[1] 19 nov. 1985, D. 86, 497, n. Zénati, et D. 86, 575, n. Marianne Saluden), l'interférence du régime de la copropriété, avec sa distinction des parties privatives et des parties communes, rendait plus obscure la nature de droit d'affichage, en répandant un brouillard sur ce qui en était le support. M. Zénati n'en a pas moins eu raison de reprendre les débats dès leur principe. Il les a repris (D. 85, 504), et comme l'avait fait Demolombe (t. IX, n^os^ 515 s.) au siècle dernier, il se prononce avec vigueur pour que reste close, scellée par la loi, la liste des droits réels. Ceux-ci étant autant d'entraves à la propriété, l'interprète a pour devoir d'en empêcher le pullulement *praeter legem*. Mais il y a fort à faire, car notre époque est plutôt féodale. Demolombe, toujours porté à ne laisser dans l'ombre aucun argument, fût-il mortel pour sa thèse, avait observé que, tout de même, une décomposition du domaine pouvait avoir un avantage social, en permettant de satisfaire sur le même bien aux intérêts de plusieurs personnes. C'est un argument qui pourrait bien faire mouche par le temps qui court : ... si avec un seul bien on pouvait régaler plusieurs catégories d'électeurs... Et les politiciens, sans cesse prêts à faire flèche du moindre droit comparé, ne se priveront pas de faire valoir que l'Angleterre n'a pas une économie moins moderne que la nôtre pour avoir un droit de propriété qui ne répugne pas à se décomposer (cf. Lawson et Rudden, *The Law of Property*, 1982, spéc. p. 76 s., « The Fragmentation of Ownership »). On notera, en tout cas, que, chez nous, celui des droits personnels qui semble le plus avancé dans l'ascension vers le droit réel – le droit du preneur à bail, locataire ou fermier – devrait échapper sans peine à l'objection de principe ; ce n'est pas la volonté privée qui aura créé le droit réel, si droit réel il y a un jour, ce sera la loi, ce seront les lois du XX^e^ s.

[45]

Le droit des biens

Le livre II du C.C. est consacré aux biens. Ce que nous appelons droit des biens, d'autres codifications l'appellent droit des choses. Et de fait, les biens sont les choses vues par le droit. Les choses ont, aux yeux du juriste, un double aspect : tantôt maléfique, parce qu'elles peuvent être sources de dommage et, partant, de responsabilité (c'est en ce sens que l'a. 1384, al. 1, envisage le fait des choses, l'a. 1790 le vice de la matière), tantôt bénéfique, parce qu'elles sont, pour l'individu, sources d'avantages et qu'elles peuvent, dès lors, faire l'objet de droits individuels. C'est sous ce second aspect qu'elles méritent vraiment le nom de biens et qu'elles seront étudiées ici.

I. — BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE DU DROIT CIVIL DES BIENS

a) Pour *l'histoire,* Monier, *Droit romain,* I ; Brissaud, *Histoire du droit privé* ; Ourliac et Malafosse, II, *Les biens,* 1971 ; A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens,* 1989 ; Gazzaniga, *Introduction historique au droit des biens.*

b) Pour la *philosophie* (et la *sociologie*), deux numéros spéciaux des *Arch.* : Les biens et les choses, 1979 ; Le droit et l'immatériel, 1999.

c) Pour le *Droit civil,* 1° *Traités :* Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil,* 2e éd., t. III : *Les biens,* par M. Picard, 1952 ; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français,* 1934, t. IV : *Les biens,* par Voirin ; Aubry et Rau, *Droit civil français,* t. II et III, 7e éd. par P. Esmein, 1961, Esmein et Ponsard, 1968.

2 *Manuels :* Atias, *Droit civil, les biens,* 4e éd., 1999 ; Cornu, *Droit civil, introduction, les personnes, les biens,* 8e éd., 1997 ; Larroumet, *Droit civil, les biens, droits réels principaux,* 3e éd., 1997 ; Malaurie et Aynès, *Droit civil, les biens et la publicité foncière,* 4e éd. par Ph. Théry, 1998 ; Marty et Raynaud, *Droit civil, les biens,* par P. Jourdain, 1995 ; Mazeaud, *Leçons de droit civil,* t. II, 2e vol., *Biens, droit de propriété et ses démembrements,* 8e éd., par Chabas et Gianviti, 1994 ; Piédelièvre, *Droit des biens,* 1977 ; Terré et Simler, *Droit civil, les biens,* 4e éd., 1992 ; Zénati et Revet, *Les biens,* 1997.

Cette liste ne sera pas reprise sous chacune des parties du présent ouvrage.

3° *Colloque : L'évolution contemporaine du droit des biens,* Poitiers, 1991 (spéc. synthèse, Catala, p. 181).

II. — VUES DE RÉFORME

a) *Spécialiser.* — Le droit a recouvert le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien, cette abstraction. Cf. Albert Grote, *Die Welt der Dinge,* Hambourg, 1948. C'est toujours une surprise de découvrir là-dessous, indifféremment, un œuf ou un bœuf, mais aussi les usines Renault, un billet de 100 F, l'étang de Ville-d'Avray, etc. Ce pourrait être un progrès, que de réintroduire dans le droit des biens une vision concrète des choses (cf. *infra,* n° 224). Il nous faudrait un droit des biens spéciaux, à côté de la théorie générale des biens – comme, ailleurs, il existe un droit des contrats spéciaux, qui refoule la théorie générale des obligations.

b) *Ouvrir un autre volet.* — Il se peut qu'auprès d'une partie de l'opinion publique – française du moins, on nous assure qu'aux États-Unis cette sorte de jalousie n'existe pas – le droit des biens souffre, dans son image, d'avoir une alliance objective avec le capitalisme. Plus abruptement, on lui reprochera d'être le droit des riches. Le C.C. n'ignorait pas les pauvres, puisqu'il évoquait pour eux (a. 910, 937) la possibilité d'aumônes collectives. Quant à l'aumône interpersonnelle (autre chose les dons modiques de l'a. 1083), il a bien eu raison de la laisser au non-droit. La mendicité (sauf interposition d'enfant, a. 237-20 N.C.P.) n'a-t-elle pas été dépénalisée ? En revanche, nous avons aujourd'hui une abondance de lois sur le R.M.I., le surendettement, l'exclusion, tout l'en-deçà de zéro. Ne serait-il pas temps de les rassembler pour en construire un droit de la misère ? Le *de jure miserabilium* avait été, dans l'Ancien droit, un genre littéraire comme un autre (plus clairsemé, sans doute, parce que moins prometteur). Ce *droit des manques* (cf. *Arch.,* 97, 8) viendrait s'accrocher au *droit des biens,* non point par remords, mais simplement par symétrie, et la symétrie peut être une approche de la justice par l'esthétique.

III. — LE DROIT CIVIL DES BIENS ET SON AVENIR

a) L'observation a été souvent faite à propos du droit civil des obligations (cf. t. IV, n° 3) que son domaine, au cours du XX^e^ s., n'a cessé de se rétrécir devant l'invasion de disciplines parallèles : le droit de la consommation, le droit des affaires, le droit social et, brochant sur le tout, le droit communautaire. Le *droit civil des biens* est justiciable d'une observation analogue. Lui aussi, quoique toujours ancré dans le C.C., est en passe d'être doublé, refoulé par des droits hétérogènes qui s'intéressent aux mêmes objets que lui.

Quels sont ces envahisseurs ? Le droit de l'environnement mérite d'être cité en premier, parce qu'il prétend embrasser la Création tout entière (cf. *infra,* n° 46 *d*). Il n'est pas codifié, mais il a conquis son autonomie à la faveur d'un romantisme vert à l'état diffus. Il y avait pas mal de droit rural dans le Code civil de 1804, et de son côté le Code rural était longtemps resté très près du droit civil ; mais, depuis lors, il s'est augmenté d'une partie nouvelle qui bouscule plus d'une position civiliste. Le droit de l'urbanisme, celui de la construction et de l'habitation, droits codifiés de dates relativement fraîches, ont déjà recouvert de leur pratique active une part considérable du droit des biens. Pour peu que s'y joignent le droit de la copropriété, celui des *loyers,* ils formeront un droit immobilier, mieux nommé droit du bâti, qui prétend vivre par lui-même. Qu'est-ce que ces droits nouveaux peuvent avoir encore de commun, dans leurs

réalités buissonnantes, avec la vérité pure et lisse de l'article 544 du Code civil, toujours debout ?

b) Devant la situation qui vient d'être dépeinte, il est permis de s'interroger sur l'*avenir du droit civil des biens.* Disons peut-être, plus modestement, l'avenir de la méthode à suivre pour l'exposer. Deux attitudes sont concevables.

1° La première est la plus facile, parce qu'elle se résume à poursuivre sur les errements antérieurs (une attitude dont le présent volume, du reste, avouons-le, n'a pas réussi pour l'heure à se déprendre). Le droit classique, le droit des biens selon le Code civil sera exposé à titre principal ; les droits particuliers, hétérogènes y seront insérés, mais par petites touches seulement, voire par simples allusions. La dextérité professionnelle des juristes à manier le couple principe/exceptions pourra assurer aux deux séries une cohabitation raisonnable. Inévitablement, néanmoins, les droits particuliers, tout en contribuant à réduire et brouiller l'image du droit classique, devront se contenter d'une analyse abrégée, superficielle : des deux côtés, on aura des motifs de se plaindre.

2° L'autre attitude serait de contestation radicale, et comme telle, il faut en convenir, malaisée à vivre sur le terrain. Ce serait un double mouvement.

— Les droits hétérogènes, pour leur plus grand profit, seraient renvoyés à cette part de la doctrine et de la jurisprudence qui, de métier, en a la pleine maîtrise et, de surcroît, éprouve pour eux ce minimum d'amour sans lequel les lois se dessèchent.

— Le droit civil des biens, épuré des alluvions que le XX^e^ s. y a déposées, se repliera de lui-même sur le Code civil. Non pas exactement le code de 1804 dans la nudité de ses textes, mais tel qu'il a été interprété, appliqué au XIX^e^ s. – disons, pour faire bonne mesure, jusqu'au grand basculement d'août 1914.

Ainsi amputé de tout l'apport postérieur, le droit des biens selon le Code civil ne pourrait prétendre représenter un droit positif. Il ne serait pas, pour autant, champ réservé à la science pure, car il demeure au service du droit positif, comme atelier d'affinement de notions, interprétations, modèles. Son avenir est de devenir ce que fut jadis le droit romain : raison écrite.

Chapitre préliminaire

LA NOTION DE BIEN

Si, en principe, les biens sont le décalque des choses – comme le monde juridique est le reflet du monde physique – en fait, cependant, la coïncidence n'est pas entière.

Toutes les choses ne sont pas des biens. C'est qu'il faut une possibilité d'*appropriation* pour faire un bien d'une chose. Or, il est des choses qui, par leur nature, répugnent à toute appropriation. Ce sont les choses communes *(res communes)*, auxquelles fait allusion l'a. 714 : l'air, la lumière, la mer, l'eau courante. L'usage en est commun à tous les hommes. On ne saurait y voir des biens.

A l'inverse, *tous les biens ne sont pas des choses* (à moins de prendre ce dernier terme dans son acception la plus vague). L'univers du juriste n'est pas celui que nous livrent les sens et le droit connaît des *biens immatériels.*

— Il en crée lui-même : les droits subjectifs et les actions en justice. Le C.C., en se préoccupant de les classer entre immeubles et meubles (a. 526, 529), reconnaît que ce sont des biens. Des biens qui ne sont ni imaginaires ni inefficaces, mais qui n'existent qu'intellectuellement.

— Intellectuellement, non pas corporellement. La notion du *bien incorporel* était déjà évoquée par le C.C. (cf. la rubrique précédant l'a. 1689), et il en faisait application par ex. (a. 529) aux « parts d'intérêt dans les sociétés de finance ». Il existe de nombreux autres types de biens incorporels, la propriété littéraire, la clientèle dans les fonds de commerce, les appellations d'origine, etc., que leur ancienneté a fait entrer dans les mœurs.

— Mais l'immatériel qui a envahi le droit en cette fin de siècle est d'une génération différente. Il ne nie pas la présence d'une réalité physique dans les biens de sa mouvance. Seulement, c'est d'une autre physique qu'il s'agit : l'énergie s'est substituée à la matière. Cependant, il

a fallu des progrès éclatants de la science et des techniques inédites – l'informatique, l'électronique, internet... – pour capter cette énergie, la rendre intelligente et la mettre au service du droit.

Car la finalité utilitaire est essentielle dans tous les cas. Que les choses soient corporelles ou incorporelles d'origine, ce n'est pas une analyse de leur nature intrinsèque qui détermine la loi à les transformer en biens : c'est leur adaptation aux besoins de l'homme. Les biens doivent être considérés moins *naturaliter* que *commercialiter,* écrivait Dumoulin au XVI^e^ s., c'est-à-dire : sous le point de vue des affaires, des relations économiques. De là de possibles discordances avec les réalités du monde sensible dans les *distinctions* ou, au contraire, les *groupements* que le droit se préoccupe d'établir entre les biens.

[46] ÉTAT DES QUESTIONS

B. G. — 1° Drago, Nature juridique de l'espace hertzien, *Mélanges M. de Juglart,* 1986 ; Ph. Kahn *et al., L'exploitation commerciale de l'espace, droit positif/prospectif,* Dijon, 1992 (où ne montera pas le droit ?).

2° Sur ce qui allait être l'*immatériel* de la troisième génération, René Savatier avait écrit des articles prophétiques, *R.T.,* 58, 1 et 331. Le relais fut pris par Pierre Catala, *R.T.,* 66, 195 (pour une synthèse récente de ses recherches, *Le droit à l'épreuve du numérique,* Jus ex machina, 1998). V. encore, *Arch.,* 99, Le droit et l'immatériel, et *infra,* n^os^ 58 et 254).

THÉORIE JURIDIQUE

a) *Choses communes.* — Martine Rémond-Gouilloud, Ressources naturelles et choses sans maître, D. 85, chr. 27 ; Sériaux, *La notion de choses communes,* Coll du Labo. de Théorie juridique d'Aix (7), 1995, 23. — L'a. 714, al. 2, ajoute que des lois de police règlent la manière d'en jouir. Un exemple spectaculaire en a été donné par la loi 96-1236 du 30 déc. 1996 sur l'air (D. 97, L. 99) : à la vérité, ce qu'elle a réglementé, ce n'est pas notre jouissance de l'air, ce sont les sources de pollution atmosphérique.

b) *Choses et biens.* — Sur l'origine de la notion de bien en droit romain (non sans rapport avec le bien moral, *bonum,* v. Le Marignier, *R.H.D.,* 42, 252). Sur la notion en droit germanique, A. Dufour, *Arch.,* 79, 95. — Sur les rapports de la notion juridique de bien avec son support physique, la chose, Demolombe, dans la doctrine classique, s'était peut-être attardé plus que d'autres (IX, n^os^ 15-26, et çà et là, XXII, n^os^ 346 s., et XXIII, n° 472 [distinction de la matière et de la forme], XXVI, n° 510 [notion de substance]. Mais sa définition du *bien* (« il n'y a de bien, pour nous jurisconsultes, que ce qui peut servir à l'homme, être employé à ses besoins ») donne à entendre que, pour lui, l'essentiel est surtout dans l'utilité économique. Et, de fait, nul n'a mieux montré comment le droit avait repétri la nature. — Toutefois, en antithèse radicale au mot *bien,* une part considérable de droit s'emploie à défendre l'homme contre la chose en

tant que source de mal, pouvoir maléfique : de là, dans le droit de la responsabilité civile, des notions telles que le *fait des choses,* le *vice de la chose* (cf. t. IV, n^os^ 106, 108, 109). Il y a une vie des choses (cf. d'un commissaire-priseur, M. Rheims, *La vie étrange des objets,* 1959). La vieillesse des choses, c'est la *vétusté* (a. 1755 ; cf. *R.T.,* 59, 116). Mais, à notre époque de mutations rapides (dit-on), les choses, avant même d'être frappées de vétusté, notion physique, peuvent être atteintes d'*obsolescence,* notion psychologique (votre auto est démodée) ou économique (le bâtiment ne répond plus aux normes de construction, quoiqu'il ne soit pas physiquement détérioré). Des textes prévoient la mort *(perte, destruction)* des choses (ex. a. 623, 624, 1302, 1722, 1809) pour en déduire la fin des droits réels ou des conventions dont elles faisaient l'objet.

c) *L'homme et les choses.* — Leurs relations ont été laissées sur le pied où les avaient mises le rationalisme romain et la Bible, ici convergents (c'est la civilisation occidentale) : il est encore plus légitime que l'homme asservisse la nature, si Dieu a créé la nature pour l'usage de l'homme (cf. Domat, *Lois civiles,* livre préliminaire, titre III). Par là ont été évitées les complications orientales des choses-sujets de droit. Personnifier les choses répond, néanmoins, à un instinct si primitif, si profond de l'esprit humain qu'il est des résurgences du phénomène (animisme, anthropomorphisme) même dans le droit occidental (la personnalité morale sert en partie à cela) : ex. les fondations, la tentative doctrinale (du commercialiste belge Hennebicq) pour faire du navire une personne morale, et surtout, dans le droit le plus moderne, et qui se croit si peu mystique, la tendance à personnaliser des biens comme l'entreprise, l'exploitation agricole, que l'homme sent supérieurs à lui, parce qu'ils sont plus grands et meurent généralement moins vite. Cf. *Mélanges P. Braun,* Limoges, 1948, p. 135 (les choses inanimées ont-elles une âme ?). Ex. en défense contre les photographes indiscrets, le droit à la propre image (v. t. I, n^os^ 82, 92) a été étendu des visages humains aux façades des maisons : Civ.[1] 10 mars 1999, *Rép. not.,* 99, 897 ; Paris, 12 avr. 1995, *J.C.P.,* 97, 2, 22806 ; trib. Saumur, 28 août 1996, D. 97, Somm. 57 ; cf. Marie Serna, *L'image des personnes physiques et des biens,* 1997.

d) *Nature et droit.* — Quand bien même on fait de la nature un objet, non pas un sujet, elle réclame protection contre les coups excessifs que lui porte l'homme (cf. Thévenot, *Environnement et préjudice moral,* D. 94, chr., 225). La protection de la nature, sous-jacente à une réglementation traditionnelle comme celle des eaux et forêts, a pris de nos jours des formes plus variées. Depuis 1968 surtout, la peur des pollutions, d'une part, et, d'autre part, une poussée de nostalgie roussseauiste ont contribué à faire surgir un droit nouveau, le droit de l'environnement. Il a sa revue, la *Revue juridique de l'environnement,* et ses traités. Despax, 1980 ; Prieur, 3^e^ éd., 1996 (cf. pour des perspectives philosophiques, Martine Rémond-Gouilloud, *Du droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement,* 1989 ; Prieur *et al.,* Études en hommage à Alexandre Kiss, 1998). Ce droit objectif aménage, en les limitant pour assurer leur coexistence pacifique, des droits subjectifs d'un type inédit. Les *droits à la nature* (cf. J. de Malafosse, *Le droit à la nature, aménagement et protection,* 1973 ; Edelman et M. A. Hermitte, *L'homme, la nature et le droit,* 1988) sont des droits publics, mais qui peuvent avoir un effet réflexe en droit privé, car ils m'ouvrent éventuellement une action contre ceux, fussent-ils propriétaires, qui prétendraient me priver d'un certain contact avec la nature et même un droit d'ingérence (écologique) pour la faire respecter. En attendant le Code de l'environnement, c'est le Code rural a. L. 211-1 s., qui a recueilli la grande loi du

10 juillet 1976 sur la protection de la nature, avec sa proclamation de principe, a. L. 200-1 : « Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde du patrimoine naturel dans lequel il vit. » De tels droits subjectifs peuvent être construits comme des droits de la personnalité (en ce sens E. du Pontavice, *R. juridique de l'environnement,* 78, 147 s., 235 s. ; Borysewicz, La qualité de la vie, une finalité nouvelle de la règle de droit, *Mélanges Jauffret,* 1974, 127) – un peu dans le même esprit, le droit romain avait étendu à des cas analogues le palladium de la personnalité qu'était pour lui l'*actio injuriarum* (ex. Dig. 47, 10, 13, 7). On parle aussi de libertés, de libertés *conviviales* (cf. Caballero, *Essai sur la notion juridique de nuisance,* 1982). Quelle que soit la conception adoptée, l'aboutissement pratique sera toujours une responsabilité – responsabilité qui ne peut être que purement causale (« les pollueurs seront les payeurs »), affranchie de l'obligation, pour la victime, de démontrer une faute précise. Au début, cette responsabilité pour atteinte à l'environnement avait paru se prêter à un rapprochement avec une catégorie déjà expérimentée, les inconvénients anormaux de voisinage (*infra,* n° 168, et *Travaux Assoc. Capitant,* La protection du voisinage et de l'environnement, 1976, XXVII) ; mais l'environnement est quelque chose de plus vaste et de moins immobile que le voisinage (*infra,* n^{os} 134 s.). Aujourd'hui, la responsabilité écologique est traitée de plus en plus comme une institution autonome. Le dommage – dommage écologique (cf. Girod, *La réparation du dommage écologique,* Th., Paris II, 1974), nuisance (cf. Caballero, *op. cit.*) – y présente des traits particuliers. Les réparations en nature, et mieux encore les mesures préventives, y sont préférables aux indemnités pécuniaires (cf. M. Rémond-Gouilloud, D. 89, chr. 259 ; ex. l. 92-1444, lutte contre le bruit). La dilution des nuisances sur toute une collectivité d'habitants, voire de promeneurs, y rend l'action individuelle inefficace (cf. Despax, *J.C.P.,* 70, 1, 2359 et 2, 16528, 16535), et nécessaire l'intervention de l'État ou, à tout le moins, d'associations spécialisées. Aussi est-il explicable que l'écologie ait servi d'argument contre la propriété privée. D'autres tiennent, néanmoins, que la propriété est la meilleure gardienne de la nature (J. de Malafosse, *Études Flour,* 1979, 335 s.).

[47] 1 / Distinction des biens

Le C.C. ne paraît connaître qu'une distinction des biens (rubrique du titre I^{er} du livre II) : la *distinction des meubles et des immeubles,* implicitement combinée, il est vrai, avec la distinction des *biens corporels et incorporels.* C'est la division fondamentale, la plus riche en conséquences pratiques, au point que, par la suite, nous la retiendrons pour axe de notre étude. Mais il est d'autres *distinctions,* qui, pour être restées *secondaires* dans le système du C.C., n'en sont pas moins d'une application fréquente. C'est un trait (archaïque) du droit que de procéder volontiers par oppositions binaires.

1 | LA DISTINCTION DES BIENS SELON LE C.C. MEUBLES ET IMMEUBLES, CORPORELS OU INCORPORELS

La division des biens en meubles et immeubles ne paraît laisser place à aucune catégorie intermédiaire (a. 516). Des deux compartiments, les interprètes admettent, plus ou moins consciemment, que c'est celui des *meubles* qui reste *toujours ouvert,* et qu'il convient, partant, d'y faire entrer tous les cas douteux, toutes les espèces de biens qui ne peuvent rigoureusement se définir comme immeubles.

[48] ▶ *Intérêts pratiques attachés à la distinction des meubles et des immeubles*

L'idée générale, et un peu vague, est que le droit accorde plus d'importance dans les patrimoines privés aux immeubles qu'aux meubles. Ce n'est pas nécessairement une supériorité de la propriété immobilière. C'est simplement une différence de régime qui peut être tantôt avantageuse, tantôt désavantageuse aux propriétaires fonciers. La différence tient à diverses causes.

a) *Causes physiques*

La nature ineffaçable de l'immeuble est d'être une portion du territoire, ce qui le maintient constamment sous la vue et le contrôle du souverain territorial, tandis que celui-ci est impuissant à suivre le meuble, lequel peut être déplacé, caché, confondu, détruit. De la nécessité physique sont venues des règles juridiques.

1° Les restrictions au droit de propriété sont traditionnelles, nombreuses et efficaces pour les immeubles ; beaucoup moins pour les meubles. Il y a dans certaines formes de propriété mobilière un aspect de liberté personnelle (il n'est que de voir les efforts du souverain pour en faire la capture ; témoin l'obligation de déposer en banque les valeurs mobilières, cf. *infra,* n° 58).

2° L'immeuble est toujours susceptible d'une individualisation géodésique ; aussi peut-il être mis sur fiches par l'État (d. 4 janv. 1955, créant le fichier immobilier). Au contraire, la plupart des meubles, par leur mobilité et leur fongibilité, sont difficilement identifiables. Le

corollaire est qu'une publicité officielle (publicité foncière) a pu être organisée pour les aliénations immobilières (v. *infra,* n° 110), tandis que les aliénations mobilières n'ont d'autre publicité que les mouvements de la possession, de la maîtrise de fait, matérielle et visible, exercée actuellement sur la chose (cf. a. 1141).

La même opposition se retrouve dans les sûretés réelles (par lesquelles un débiteur garantit le paiement de sa dette en y affectant spécialement un de ses biens) : sur les immeubles, c'est l'hypothèque (a. 2119) qui laisse le débiteur en la possession du bien, mais donne lieu à une publicité officielle (inscription) ; sur les meubles, c'est le gage (a. 2072), qui ne comporte pas de publicité organisée, mais une dépossession obligatoire du débiteur, par laquelle les tiers seront avertis.

3° La fixité de l'immeuble facilite la preuve de la propriété que l'on prétend avoir sur lui ; l'instabilité du meuble rend cette preuve malaisée. Aussi la revendication (qui est l'action en justice donnée au véritable propriétaire pour recouvrer le bien dont il a été dépossédé) a-t-elle une ouverture plus étroite en matière mobilière qu'en matière immobilière ; parfois même, elle y est supprimée, la seule possession valant propriété (a. 2279). La même difficulté de preuve explique que celui qui reçoit des meubles à charge de restitution (ex. le tuteur) soit tenu d'en faire l'inventaire, afin d'empêcher qu'ils ne se confondent avec son mobilier personnel (cf. a. 451). Parce qu'elle est plus précaire en droit civil, la protection de la propriété mobilière doit être, en revanche, plus énergiquement organisée par le droit pénal : la répression du vol (a. 379, C.P.) suppose la soustraction d'un bien *meuble.*

b) *Causes économiques*

Le postulat du droit civil est que les meubles ont *plutôt* moins de valeur que les immeubles. Le très Ancien Droit avait poussé très loin ce postulat *(res mobilis, res vilis).* Il est devenu classique aujourd'hui de montrer combien cette conception se trouve contredite par le développement de la fortune mobilière depuis 1804, et de souligner la valeur très élevée que peuvent atteindre plusieurs espèces nouvelles de meubles, corporels (bijoux, objets d'art) ou incorporels (titres de bourse, fonds de commerce, propriété littéraire et artistique, brevets d'invention). Il reste, néanmoins, que, même à notre époque, les objets mobiliers de faible valeur (nourriture, vêtements, outils, produits du sol, etc.) sont incomparablement plus nombreux que les autres ; et que, d'ailleurs, ceux-là mêmes, parmi les meubles, qui ont autant de valeur que les immeubles, s'en différencient par une plus grande sensibilité aux variations de valeur. Les meubles (et c'est aussi vrai des titres de bourse ou des objets d'art que des marchandises) ont vocation à être objet de commerce et de trafic. Ce qui commande pour eux la rapidité de la circulation juridique, la facilité de l'aliénation, même au prix d'une moindre protection (apparente) du propriétaire. Les besoins économiques expliquent les solutions du droit :

1° Tandis que la vente d'immeuble peut être rescindée pour lésion du vendeur (a. 1674), les ventes mobilières échappent, en thèse générale, à cette sorte de rescision, qui serait une entrave au commerce.

2° Les pouvoirs des administrateurs du patrimoine d'autrui (tuteurs, maris gérant la communauté) sont, en thèse générale, plus étendu pour la gestion des meubles que pour celle des immeubles (cf. le tableau relatif à la tutelle, t. I, n° 155). Il ne faut pas que des formalités paralysantes empêchent les intéressés de profiter d'une fluctuation très rapide des cours.

c) *Causes psychologiques*

L'immeuble a une plus grande vertu d'enracinement de l'être humain, un caractère familial plus accentué que le meuble (l'*héritage,* dans le style de C. Nap., c'est l'immeuble ; ex. a. 637, 644, 647). Le souci que peut avoir le droit civil d'assurer la conservation des biens dans les familles ne saurait donc concerner la fortune mobilière au même degré que l'autre. A cette idée répond notre droit des saisies, dont le vœu est que les immeubles du débiteur ne soient saisis qu'après ses meubles (cf. a. 2206), ce qui justifie que la saisie immobilière soit une procédure beaucoup plus longue et formaliste, beaucoup plus conservatrice que les saisies mobilières (objet de la l. 9 juill. 1991 sur les procédures civiles d'exécution).

Par la force des choses, ce parallèle des meubles et des immeubles ne peut représenter qu'un schéma général. Il est des meubles qui ont reçu de la loi un statut particulier, par où ils se rapprochent des immeubles, ainsi que le C.C., déjà, en acceptait timidement la possibilité (a. 531). Ce sont des meubles (navires, bateaux de rivière, fonds de commerce) qui, sans avoir une assiette fixe comme les immeubles, peuvent du moins être localisés en un point d'attache, ce qui permet de les immatriculer et d'organiser pour eux une publicité des droits (cf. a. 459, 1424). Un peu différemment, d'après un critère non plus physique, mais économique, il arrive au droit d'opposer (pour rapprocher leur statut de celui des immeubles) les *meubles précieux* (a. 457, al. 2) aux *meubles d'usage courant* (a. 456, al. 2). Enfin, un critère

social en même temps qu'humanitaire a fait mettre à part du reste du patrimoine, en les marquant d'insaisissabilité, les *biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail* de l'individu et de sa famille (loi 91-650 du 9 juill. 1991, a. 14, où sont mentionnées, en antithèses des circonstances, la valeur, l'abondance, qui effacent le caractère de nécessité).

[49] ▶ *Critères de la distinction des meubles et des immeubles*

Le C.C. a appliqué des critères différents aux biens corporels et incorporels. Pour les premiers, c'est la réalité physique qui est décisive : ils sont *immeubles* ou *meubles par leur nature* (a. 517, 527). Pour les seconds, la distinction devient conceptuelle, artificielle : ils sont *immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent* (a. 526), ce qui suppose encore un certain réalisme, un reflet de la chose sur le droit, ou par un aveu plus clair de l'arbitraire étatique, *meubles par la détermination* de la loi (a. 529). L'a. 517 paraît prévoir une troisième variété d'immeubles : *immeubles par leur destination* ; et la théorie moderne parle d'une troisième variété de meubles : *meubles par anticipation.* Mais, à la vérité, plutôt que des variétés indépendantes, qui marqueraient du reste un retour à la catégorie des biens corporels, ce sont là des manières particulières de considérer, *sous certains rapports seulement,* des meubles ou des immeubles par nature.

a) *Biens corporels*

Ce sont des biens matériels, qui peuvent être touchés, qui tombent sous les sens, et c'est selon une donnée physique, c'est *par leur nature,* qu'ils seront immeubles ou meubles.

1° Ce qui fait l'irréductible *nature* de l'*immeuble* (appelé encore *fonds* ou *héritage,* dans le vocabulaire de 1804), c'est la *terre* (a. 518) ; c'est d'être une portion de la terre, ou une chose incorporée à la terre. Un bâtiment (a. 518), dans toutes les parties matériellement adhérentes qui le constituent (a. 523 ; cf. a. 525, al. 1, 2, 3), une plante, un arbre sont des immeubles par leur nature. Les récoltes sur pied, prêtes à être coupées, les bois aménagés, prêts à être abattus, gardent donc, en principe, leur nature immobilière tant que la séparation n'a pas eu lieu (a. 520-521) ; et de même, les matériaux à provenir de la démolition d'un bâtiment (cf. a. 532). Cependant, dès ce moment-là, le droit les traite sous certains rapports comme meubles, *meubles par anticipation,* en escomptant leur séparation prochaine. Pour l'utilité des affaires, *commercialiter,* il écarte le caractère immobilier actuel et considère le meuble futur. La vente des récoltes sur pied, des coupes de bois, des matériaux de démolition, étant conçue comme une vente de choses futures, suivra le régime des ventes mobilières, plus simple et fiscalement moins onéreux que celui des ventes d'immeubles.

2° C'est la mobilité, soit propre, soit empruntée, qui définit le *meuble par nature* (a. 528, que la l. 6 janv. 1999 a remanié avec plus ou moins de bonheur, afin de bien marquer que les animaux n'étaient pas des choses ni même des corps ; cf. Revet, *R.T.,* 99, 481). Négativement, on pourrait la définir par le défaut d'adhérence à la *terre.* La catégorie est immense, pullulante, hétérogène : animaux, véhicules, navires et bateaux, instruments de travail, meubles au sens vulgaire (ou meubles meublants ; v. a. 534), vêtements, bijoux, lingots et pièces d'or, billets de banque, sont meubles par leur nature ; et même, plus subtilement, le gaz, le courant électrique, puisqu'ils sont susceptibles d'être volés au préjudice du distributeur (si l'usager les utilise sans les faire passer par les compteurs).

Les biens que l'a. 524 appelle *immeubles par destination* sont, en réalité, si on les envisage en eux-mêmes, des meubles par nature. Mais ils perdent parfois leur individualité pour se fondre dans un ensemble économique, qui revêt un caractère immobilier parce que le noyau en est constitué par un immeuble. C'est une forme de groupement de biens (v. *infra,* n° 61).

[50] b) *biens incorporels*

Ce sont des biens immatériels, qui ne peuvent être touchés, qui ne tombent pas sous les sens. Ils ne sont pas, pour autant, imaginaires, car ils représentent, dans les patrimoines, une valeur économique certaine (à preuve : la saisie spéciale qui est organisée pour eux, l. 9 juill. 1991, a. 59). Mais leur existence vient du droit, et ce sont eux-mêmes des droits, des droits subjectifs. Les *droits* sont des biens corporels, lors même qu'ils porteraient sur des biens corporels. Mais il en est qui ne se rattachent à aucun bien : ce sont, pourrait-on dire, des *biens incorporels absolus.*

1° *Les droits portant sur des biens corporels.* — Cette circonstance facilite leur classement entre les meubles et les immeubles. Ils sont immeubles ou meubles *par l'objet auquel ils s'appliquent.* Le C.C. n'emploie l'expression que pour les immeubles (a. 526). Mais il y a aussi des meubles par l'objet, encore que l'a. 529 les englobe dans la

formule : meubles par la détermination de la loi. Ce mode de classement vaut pour les droits réels, les droits de créance et les actions en justice.

— Un *droit réel* peut être détaché intellectuellement du bien sur lequel il porte pour être conçu à son tour comme un bien – du moins si c'est un droit réel partiel, démembré, du droit de propriété, et non pas le droit de propriété lui-même, lequel, absorbant toutes les utilités de la chose, paraît se confondre avec celle-ci. Le droit de percevoir les revenus d'un bien ma vie durant (usufruit) est un bien ; s'il porte sur un immeuble, il est immeuble lui-même (par l'objet auquel il s'applique, a. 526) ; s'il porte sur un meuble, de semblable manière, il est meuble.

— Le *droit de créance* en vertu duquel le créancier peut exiger du débiteur un certain bien est lui-même un bien. Il est immeuble si son objet est immobilier (le cas est très rare : dans la plupart des ventes immobilières, l'acheteur devient immédiatement propriétaire, et n'a donc pas le temps d'être créancier de l'objet vendu ; pour rencontrer une créance d'immeuble, il faut supposer une vente où le transfert de propriété n'a pas pu être immédiat, parce que l'objet n'était pas encore individualisé ; par ex. : 1 000 m^2 de terrain à découper dans un parc d'un hectare).

Il est des droits de créance qui prêtent à confusion, parce que leur objet est indirectement en relation avec un immeuble. L'analyse juridique rectifiera. La créance du prix dans une vente d'immeuble est mobilière, quoiqu'elle paraisse tenir la place de l'immeuble dans le patrimoine du vendeur. On considère aussi comme créance mobilière le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente portant sur un immeuble (a. 1589) : c'est que l'objet de la promesse n'est pas l'immeuble promis, mais une obligation de faire du promettant, l'obligation d'apporter son concours, sa signature à l'acte de vente. Le même esprit analytique a conduit à traiter comme meubles les parts de l'associé dans les sociétés civiles immobilières, malgré l'équivalence pratique de ces parts à l'appartement qu'elles représentent.

Les créances qui sont meubles parce que leur objet est mobilier forment une espèce extrêmement importante. Ce ne sont pas seulement celles qui tendent à faire transférer la propriété d'un meuble quelconque en nature (situation que l'on rencontre plus fréquemment qu'en matière immobilière, toutes les fois que l'objet de la créance n'est pas individualisé dès le principe ; cf. *infra,* n° 109). Ce sont encore et surtout les créances de sommes d'argent (que vise l'a. 529 sous la formule : obligations... qui ont pour objet des sommes exigibles) : leur champ d'application est presque infini, toutes choses étant

convertibles en argent (cf. *infra,* n° 53) ; notamment, les créances de services (d'obligations de faire ou de ne pas faire) sont regardées comme mobilières, parce que – faute d'exécution volontaire – elles se transforment en créances de sommes d'argent (cf. a. 1142 ; v. t. IV, n° 372). C'est ainsi que le *droit au bail* qui appartient au locataire ou au fermier a, malgré les apparences, un caractère mobilier, car on considère qu'il a pour objet non pas l'immeuble, mais une série d'obligations de faire incombant au bailleur (a. 1719).

— L'*action en justice* par laquelle on demande à l'État d'assurer, contre les contestations d'autrui, le respect des droits que l'on prétend avoir sur un bien est elle-même un bien. Lorsqu'un propriétaire a perdu la possession de son bien, il a contre celui qui s'en est emparé l'action en revendication. Cette action remplace, en quelque manière, le bien dans le patrimoine du propriétaire, et elle est immeuble par l'objet si le bien revendiqué est un immeuble (a. 526) ; meuble dans le cas inverse (« actions qui ont pour objet... des effets mobiliers », selon l'a. 529). Par un raisonnement identique, de l'objet au droit, toutes les actions qui tendent au paiement d'une somme d'argent ont un caractère mobilier (dans l'a. 529, « actions qui ont pour objet des sommes exigibles ») ; il en est spécialement ainsi de l'espèce si nombreuse des actions en dommages-intérêts.

[51] 2° *Les biens incorporels absolus.* — Ce sont des droits absolument détachés de tout support matériel. Aussi leur classement entre les immeubles et les meubles ne peut-il résulter, comme dans l'hypothèse précédente, d'une considération de l'objet auquel ils s'appliquent, mais seulement d'une décision arbitraire du droit. C'est à eux que convient proprement la formule de l'a. 527 : meubles par la détermination de la loi. Meubles uniquement, car la décision s'est exercée et doit continuer à s'exercer, pour des espèces nouvelles de droits, constamment dans le sens mobilier, les meubles constituant la *catégorie ouverte* de biens.

Sont ainsi meubles par la pure détermination de la loi, suivant l'a. 529, al. 1, les parts sociales appartenant aux associés, soit dans une société de personnes (parts d'intérêt), soit dans une société de capitaux (actions, au sens du droit commercial). Ce sont des droits d'une nature particulière, que l'on analyse volontiers comme les créances des associés contre la personne morale : droit à une fraction des bénéfices périodiques ; à la dissolution, droit à une fraction de l'actif partageable. Lorsqu'il existe des immeubles dans l'actif, la considération de l'objet du droit aurait pu conduire, ainsi que l'observe l'a. 529, à assigner une

nature d'immeuble aux parts sociales. Ce qui eût entravé leur transmission. Aussi une détermination arbitraire de la loi leur a-t-elle attribué uniformément le caractère mobilier, celui qui se prête le mieux à la rapidité de la circulation juridique. Cependant, ce qui pouvait paraître artifice, fiction, en 1804, a acquis plus tard du développement de la technique financière (les titres négociables, *infra,* n° 252) un renfort de vérité. Le titre au porteur n'est pas la seule forme que puissent revêtir les parts sociales ; le titre à ordre et surtout le titre nominatif leur ouvrent d'autres possibilités. Mais le titre au porteur, qui eut au XIX^e^ siècle et longtemps encore au XX^e^ toute la faveur des petits actionnaires – simple feuille de papier se transmettant de la main à la main avec tous les droits qui y étaient inclus –, se présentait de lui-même, sans effort de raisonnement, comme un meuble, un vrai meuble corporel. Cette spécificité des titres au porteur a été brisée, il est vrai, par les textes (l. fin. 30 déc. 1981, a. 94-II et d. [83-359] 2 mai 1983) qui ont imposé (hormis quelques exceptions) de les dématérialiser et de les rendre fongibles, l'inscription en compte chez l'émetteur ou chez un intermédiaire (bancaire) habilité étant désormais pour eux le seul mode de tenure. Leur caractère de meuble continue, néanmoins, de trouver un fondement dans l'a. 529, qui retrouve ainsi son intérêt d'origine. La circulation du titre, des paquets de titres, se fera non plus par remise manuelle, mais par virement de compte à compte (rapide parce qu'informatisé) : la mobilité de circulation n'y a rien perdu.

Toute rente est également meuble par la détermination de la loi (a. 529, al. 2). On entend par là le droit à une certaine somme d'argent (les arrérages de la rente), payable chaque année, soit indéfiniment (rente perpétuelle), soit jusqu'à la mort du créancier (rente viagère). L'émission de rentes perpétuelles, en forme de titres de bourse, a été autrefois, pour l'État, une manière d'emprunter. La constitution de rente viagère est une combinaison utilisée par un propriétaire âgé pour s'assurer des ressources : plutôt que de vendre son immeuble moyennant un prix versé une fois pour toutes, il l'aliène contre une rente. Tendant à des sommes d'argent, les rentes auraient pu déjà être regardées comme meubles par l'objet. Mais, dans l'Ancien Droit, les rentes perpétuelles, alors fréquentes entre particuliers, étaient réputées immeubles (à cause de leur importance) ; outre que, dans une vente à rente viagère, la rente aurait pu apparaître comme la contrepartie de l'immeuble vendu. Une détermination de la loi a tranché ces doutes.

C'est encore une détermination de la loi *lato sensu* (quoiqu'il n'y ait pas de texte direct), une décision du droit, un procédé de technique juridique, qui a classé parmi les meubles tous les droits que l'on qualifie de *propriétés incorporelles* ou de *droits intellectuels* : offices ministériels, clientèles des commerçants, propriété littéraire et artistique, brevets d'invention (v. *infra,* n^os^ 251 s.), permis de stationnement des chauffeurs de taxis (ce sont, au fond, des monopoles ou oligopoles d'exploitation). La solution ne répond à aucune nécessité naturelle ou logique, et c'est ainsi que, dans l'Ancien Droit, les offices, tout à l'inverse, étaient réputés immeubles (à cause de leur importance). Mais, dans le droit issu du C.C., la catégorie mobilière est la seule qui reste ouverte aux formes nouvelles de richesses.

[52] 2 | LES DISTINCTIONS SECONDAIRES DES BIENS

Il s'agit de deux distinctions qui sont supposées, plutôt que faites, par le C.C. : celle des *biens consomptibles et non consomptibles,* celle des *biens fongibles et non fongibles.*

▶ *Biens consomptibles et non consomptibles*

a) *Critère de la distinction*

La distinction, impliquée dans les a. 587 et 1874, part d'une réalité physique. Il est des biens qui se consomment, se détruisent par le premier usage qu'on en fait (par ex. la nourriture, le charbon, l'essence) ; d'autres, au contraire, résistent à une utilisation répétée (par ex. tous les immeubles), alors même qu'elle leur ferait perdre progressivement de leur valeur (par ex. les vêtements, les fourrures, les appareils de radio ; cf. a. 589).

Mais le droit ajoute à la réalité physique. A côté de la consommation matérielle, il prend en considération, pour la monnaie, la consommation juridique, c'est-à-dire l'aliénation. On ne peut utiliser des instruments monétaires qu'en les dépensant, en les appliquant à un paiement (cf. a. 1238) ; or, il faut pour cela les aliéner. C'est de cette manière que l'argent est une chose consomptible (a. 587). On lui assimilera des créances de sommes d'argent à courte échéance (ex. des bons de caisse), non pas toutefois des valeurs mobilières.

b) *Intérêt pratique de la distinction*

Cet intérêt se rencontre dans les hypothèses où une personne acquiert le droit d'user et de jouir temporairement d'une chose à

charge de restitution, ainsi dans l'usufruit et dans le prêt. Si la combinaison porte sur des biens non consomptibles par le premier usage, il faudra, en fin d'usufruit ou de prêt, restituer les objets mêmes qui avaient été, à l'origine, donnés en usufruit ou prêtés ; tandis que, si elle porte sur des biens consomptibles, la restitution pourra se faire par équivalent, il suffira de rendre des objets semblables, de pareille quantité, qualité et valeur (a. 587, 1892). La vérité est que, sur les biens consomptibles, l'usufruit (qui devient quasi-usufruit) et le prêt (qualifié de prêt de consommation) confèrent nécessairement un droit de propriété (cf. a. 1893), car il serait impossible de se servir de tels biens sans des prérogatives de propriétaire, le droit de détruire et d'aliéner.

[53] ➤ *Biens fongibles et non fongibles*

a) *Critère de la distinction*

Les biens fongibles (le mot est dans l'a. 1291) sont les biens interchangeables, ceux qui peuvent se remplacer indifféremment les uns les autres, faire *fonction* les uns des autres, dans les paiements et les restitutions. Les biens non fongibles sont ceux que l'on considère dans leur individualité et qui ne sauraient, partant, être remplacés les uns par les autres.

La notion, ici encore, part d'une réalité physique, de l'existence d'indiscernables. Il est des choses qui existent en une pluralité, souvent une infinité d'exemplaires, sinon métaphysiquement identiques, du moins indiscernables pour les sens. Relativement à ces choses, le désir humain ne se porte pas sur un exemplaire plutôt que sur un autre ; il ne se porte point sur l'individu, mais sur le *genre* (expression consacrée, encore que le C.C. parle volontiers de l'espèce ; ex. a. 1246) : du beurre, des œufs, du lait. Aussi, pour sortir du vague et prendre consistance de volonté juridique, faudra-t-il que le désir détermine son objet par une quantité : un kilo de beurre, une douzaine d'œufs, un litre de lait. Les choses qui se déterminent ainsi au poids, au nombre ou à la mesure sont des *choses de genre,* et les choses de genre sont fongibles entre elles (cf. a. 1326). C'est l'immense univers des marchandises de série, interchangeables dans chaque série sous l'œil indifférent de l'acheteur (et il faut y ajouter les valeurs mobilières, actions et obligations, en tant qu'elles se négocient à la bourse, qui est un marché).

Il est, au contraire, des choses qui, lors même qu'elles appartiennent à un même genre, diffèrent dans l'individu (a. 1894). Chaque exemplaire en est irréductible aux autres, unique, insusceptible de quantité. Déterminé dans son identité, il constitue un *corps certain* (expression consacrée pour faire antithèse avec les choses de genre ; ex. a. 1245, 1247, 1302). Un corps certain n'est fongible avec aucun autre bien. La fongibilité paraît devoir manquer constamment aux immeubles, par une sorte de nécessité, puisque deux terres, même d'égale superficie et de composition homogène, ont toujours entre elles cette différence essentielle qu'elles ne peuvent occuper le même point de l'espace. Pour les meubles, c'est selon leur nature. Si, de l'exemplaire d'un genre à l'autre, il y a des caractéristiques suffisantes pour que les sens de l'homme ne puissent s'y tromper, la fongibilité semble *a priori* exclue : ainsi, dans les animaux, les œuvres d'art, les vêtements faits sur mesure, etc.

Le droit, cependant, ici encore, a remodelé la nature, et souvent, plutôt que d'après des données physiques, c'est d'après l'usage des affaires ou l'intention des contactants que se fait, en dernière instance, la distinction entre biens fongibles et non fongibles, *commercialiter* et non plus *naturaliter.* D'une part, on peut faire abstraction de certaines différences, jugées secondaires, pour traiter comme fongibles des biens qui, à première vue, ne sont pourtant point identiques. Ex. : il arrive que les animaux, dont l'a. 1894 reconnaît l'individualité, soient regardés comme biens fongibles : la vente du cheval gagnant du Grand Prix est la vente d'un corps certain ; la vente de 10 chevaux de labour, entre deux maquignons, était une vente de choses de genre. C'est par le même processus d'abstraction que les immeubles apparaissent quelquefois – très exceptionnellement, il est vrai – comme choses de genre : il est des terrains à bâtir qui se débitent au mètre carré, chaque mètre carré étant fongible avec les autres malgré la différence de situation. A l'inverse, des objets qui, à première vue, sont choses de genre, pourront devenir corps certains par la volonté des parties : entre libraires, les exemplaires d'une même édition sont des biens fongibles ; aux yeux de bibliophiles, ils pourront n'être point interchangeables, s'ils sont différemment numérotés, si l'un d'eux a appartenu à un grand homme, etc.

Les valeurs mobilières au porteur étaient autrefois identifiables par leurs numéros ; et l'intérêt de l'identification se révélait en cas de perte ou de vol (*infra,* n° 231). Mais la loi de dématérialisation (30 déc. 1981, a. 94-II), qui a fait de l'inscription en compte un mode de tenure obligatoire (sauf de rares exceptions) pour les valeurs au porteur, a eu pour conséquence, en même temps que de supprimer le risque de perte ou de vol, de rendre fongibles entre eux les titres relevant d'une même émission.

Les instruments monétaires, pièces métalliques, billets de banque (encore que ceux-ci puissent être identifiés par leurs numéros) sont des biens éminemment fongibles. La fongibilité de la *monnaie* est même une fongibilité absolue, qui va beaucoup plus loin que celle des autres biens :

1° Elle existe entre tous les instruments monétaires malgré leur hétérogénéité matérielle (l'emprunteur qui a reçu 10 billets de 500 F se libérera en rendant 50 billets de 100 F ; parce que l'on considère non la matérialité des instruments, mais la quantité des unités monétaires idéales) ;

2° Elle existe entre les instruments monétaires et tous les autres biens, en ce sens que, tous biens étant appréciables en argent, la monnaie a vocation à les remplacer tous dans l'exécution des obligations.

[54] b) *Intérêts pratiques de la distinction*

1° La *compensation* suppose qu'il y a fongibilité de l'objet entre les deux obligations compensables (a. 1291 ; cf. t. IV, n° 337).

2° La *vente* a des effets très différents selon qu'elle porte sur des biens fongibles (choses de genre) ou non fongibles (corps certains). Le vendeur d'un corps certain doit livrer l'objet même qu'il a vendu sans être en droit d'y substituer un équivalent. Le vendeur de choses de genre s'acquitte en livrant des exemplaires quelconques du genre envisagé, car ce n'est pas à un exemplaire déterminé que se rapporte son engagement. Au reste, l'acheteur du corps certain en est devenu immédiatement propriétaire par la seule signature du contrat (a. 1138) ; ce qui explique son droit à obtenir cet objet-là, non pas un autre, et aussi qu'il soit obligé de supporter la perte, si le corps certain vient, avant la livraison, à être détruit par force majeure (sans la faute du vendeur ; cf. a. 1302). L'acheteur de choses de genre, au contraire, ne peut acquérir immédiatement la propriété de ce qu'il a acheté, car il n'y a pas encore de biens déterminés sur quoi son droit pourrait être assis. Il faut attendre que le vendeur ait individualisé les biens qu'il destine à son cocontractant. Jusqu'à leur individualisation, il en reste propriétaire et supporte la perte si elles viennent à périr par force majeure. Il n'aura qu'à s'en procurer d'autres pour satisfaire à son obligation. Ce que l'on exprime en disant que les choses de genre ne périssent point (*Genera non pereunt* ; cf. t. IV, n° 162).

3° Les choses fongibles peuvent donner lieu à une action personnelle, en exécution d'une créance (ex. a. 1902), non à une *revendication*, faute d'objet identifiable. Mais c'est plutôt par l'effet d'une

impossibilité de fait (de preuve) que d'une impossibilité de droit. Dans le cas du redressement judiciaire, si les marchandises faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété (cf. *infra*,n° 86) ne peuvent plus être identifiées, l'action en revendication du vendeur peut encore s'exercer en nature, mais sur d'autres choses fongibles, s'il s'en trouve, de même espèce et qualité (l. 25 janv. 1985, a. 121, mod. par l. 10 juin 1994).

c) *Rapports de la fongibilité avec la consomptibilité*

Le C.C. (a. 1874, 1875, 1892) n'a pas toujours séparé clairement les deux notions, et le fait est qu'elles ont des contacts. Les biens consomptibles sont généralement aussi des biens fongibles (denrées, combustibles). Ce n'est que par anomalie que le contraire pourrait s'imaginer (ex. la dernière bouteille d'un vin de la comète [de l'année 1811] serait consomptible sans être fongible, faute d'identique). Mais il n'est nullement exceptionnel qu'un bien soit fongible sans être consomptible par le premier usage : c'est le cas de tous les biens durables fabriqués en série.

[55] ÉTAT DES QUESTIONS

B. G. — Planiol-Picard, n^os^ 51 s. ; Beudant-Voirin, n^os^ 84 s. ; Esmein, sur Aubry et Rau, II, § 163 s. Parmi les classiques, Demolombe (IX, n^os^ 27 s.), pour les raisons indiquées (*supra,* n° 46), conserve un intérêt particulier.

HISTOIRE

Rome (ou la philosophie grecque) nous a donné la distinction des choses corporelles et incorporelles (v. Monier, I, n^os^ 244 s. ; cf. Pflüger, Ueber körperliche und unkörperliche Sachen, *Rev. Savigny,* section romaine, 1947, 339 ; et après le droit romain, Rampelberg, *Arch.*, 1999, 35. Le droit grec archaïque (cf. L. Gernet, *Anthropologie de la Grèce antique,* 1968, 405) avait une autre approche de la distinction : il opposait choses visibles et invisibles, et les catégories avaient des contours différents : invisible était l'argent, la créance sans hypothèque, tout ce qui était caché, non apparent). Les débats contemporains sur le secret du patrimoine, l'argent sale et son blanchiment peuvent faire rêver à cet archaïsme.

C'est, au contraire, le droit germanique qui a constitué la distinction des meubles et des immeubles comme la suprême division des choses. V. A. Dufour, *Arch.*, 115. La distinction présente, dans l'Ancien Droit, plusieurs traits. 1° C'est une distinction *souple* (cf. Olivier-Martin, *Cout. de Paris,* I, p. 202-215). Au critère purement physique (mobilité-fixité) s'en substituent parfois d'autres, de caractère économique : valeur (l'assimilation des meubles précieux aux immeubles avait d'ailleurs une caution romaine, C. Just. 5, 37, 22, pr. ; mais elle ne fut acceptée que très fragmentairement ;

cf. cep. Daguesseau, 15e plaidoyer), productivité (l'immeuble est le bien capable d'une productivité indéfinie ; d'où le classement des rentes parmi les immeubles ; opp. a. 530, al. 2) ; 2° C'est une distinction qui commande l'*ensemble* de la vie juridique : aux quelques intérêts fragmentaires que le droit romain, surtout celui du Bas-Empire, avait pu lui attribuer (ex. administration des biens du pupille), vont s'en ajouter de multiples et d'une bien plus grande portée (dettes payées sur les meubles et non sur les immeubles ; règle que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, cf. Putman, *R.T.*, 94, 543 ; entrée des meubles des époux, mais non de leurs immeubles, dans la communauté conjugale ; succession aux meubles fondée sur la volonté présumée du défunt, succession aux immeubles sur la copropriété familiale, etc. ; le sens général de la différence étant que l'individu peut disposer moins librement de sa fortune immobilière) ; 3° C'est une distinction animée d'un certain *esprit* : il s'y attache l'idée d'une primauté à reconnaître aux immeubles. De là, cette fameuse maxime *Res mobilis, res vilis,*que les Glossateurs avaient sans doute tirée de textes romains (ex. Inst. 2, 6, pr.), mais qui semble avoir été si merveilleusement appropriée à la société médiévale, où la puissance économique et même politique venait de la terre. Tel est du moins le schéma historique classique. On y pourrait relever quelques points obscurs (ex. au Moyen Age plus qu'à aucune autre époque, dans la pénurie des métaux précieux, le symbole de toute richesse n'était-il pas l'or, chose meuble par excellence ?).

En tout cas, il paraît exagéré de soutenir qu'à la fin de l'Ancien Régime, et aux alentours de 1804 encore, le droit continuait à vivre dans le dédain de la fortune mobilière (ce qui aurait été l'origine d'une inadaptation du C. Nap. aux besoins modernes ; cf. Saint-Germès, *Influence de la valeur des meubles dans le C.C.*, Th., Alger, 1926). Barnave (*Introduction à la Révolution française,* 1794) avait analysé la montée de la propriété mobilière dans l'Europe de son siècle, et il l'avait mise en rapport avec le progrès des idées démocratiques. La jurisprudence de la période intermédiaire renferme de nombreux arrêts relatifs à des meubles qu'on n'aurait pu taxer de choses viles. Ex. (au S. chron.), pour des meubles meublants, Civ. 22 germ. X ; pour des créances, Civ. 14 brum. IX ; pour des valeurs mobilières, Civ. 6 frim. XIV (416 000 francs-or), Nîmes, 3 fruct. XII. Et cela est important s'il s'agit de découvrir ce qu'ont pensé les rédacteurs du C.C., car, en praticiens, ils devaient voir la réalité à travers les procès. Ce qui est sûr, c'est qu'ils n'ont pas pu ignorer le problème de la préférence à donner soit à la fortune immobilière, soit à l'autre, car on était pour lors en pleine controverse économique et politique sur le sujet. Depuis le milieu du XVIIIe siècle, la terre et l'argent, l'aristocratie foncière et la bourgeoisie d'affaires, se disputaient la prééminence. Sans doute les Physiocrates avaient-ils mis à la mode l'idée que les biens-fonds constituent la seule richesse. Mais, déjà dans la Révolution, leur influence était en déclin (les banquiers, insinuait Burke, sont souterrainement révolutionnaires). Le *Traité d'économie politique* de J.-B. Say, manifeste de l'industrialisme, est de 1803 ; dans la Constitution de l'an VIII, le système des listes de notabilités avait été salué par les libéraux comme un succès remporté sur les propriétaires fonciers ; et c'est à l'entourage immédiat du premier Consul qu'appartenait, dans cette période, Roederer, conseiller d'État, mais aussi défenseur attitré des manufacturiers de l'Est (dans de multiples écrits, il avait combattu les privilèges terriens et exalté la propriété mobilière).

Il est vrai que ce genre de controverses économico-politiques ne se laissent pas aisément transposer en termes de droit civil. N'imaginons pas que ceux qui sont attachés

par intérêt à la propriété mobilière préconiseront pour elle le régime juridique des immeubles. Ce serait leur prêter une vue assez bornée et les croire capables de sacrifier à des raisons de prestige le meilleur de la supériorité économique des meubles, savoir la facilité de leur circulation. Outre que les intérêts dits mobiliers sont souvent des intérêts d'intermédiaires (agents de change, banquiers), et d'intermédiaires qui, en 1804, étaient des individus hardis, non pas encore des établissements anonymes, aux contentieux très prudents. Le législateur de 1804 a pu être persuadé tout à la fois de l'importance des meubles et de la nécessité de ne point les traiter comme immeubles.

[56]

SOCIOLOGIE

On aurait tort de croire que la propriété des *biens incorporels* est le produit d'une civilisation juridique raffinée et intellectuelle. Les primitifs connaissent le phénomène, et peut-être à un plus haut degré que nous : plus facilement que nous, ils conçoivent que le nom soit la propriété magique de celui qui le porte ; certains chants, certaines danses, certaines actions rituelles appartiennent en propre à une famille, de telle sorte qu'aucune autre n'ait le droit de les accomplir. Les ethnies « primitives » (ou les États qui en ont la tutelle), en Amérique indienne, en Océanie, revendiquent depuis 1970 (auprès de l'O.M.P.I., l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) la protection de leur folklore contre les imitations « civilisées ».

ÉCONOMIE POLITIQUE

V. Coste, Campion, Dhonte, *Recherche historique sur les choix de patrimoine (collecte des travaux théoriques, méthodologiques et statistiques)*, 1969 (définition du concept de patrimoine) ; Babeau *et al., La richesse des Français, épargne, plus-value, héritage,* 1977 ; Milot, La patrimoine en 1979, *Économie et statistique,* 1982 (145), 99 ; Kessler et Masson, Le patrimoine des Français, *Données sociales,* 1990, 156. — Pour mesurer l'importance relative des meubles et des immeubles dans la vie sociale, on s'est longtemps servi de ce que les économistes classiques appelaient l' « évaluation de la fortune nationale ». Ex. selon Colson, *Cours d'économie politique,* III, p. 362, il aurait fallu, pour 1913 (référence symbolique), évaluer ainsi (en milliards de francs-or) la fortune de la France : propriété bâtie = 70 ; propriété non bâtie = 70 ; mines = 4 ; meubles corporels = 50 ; numéraire = 10 ; valeurs mobilières = 108-115 (dont 42 pour les valeurs étrangères), etc. Cette méthode, qui consistait à additionner la valeur vénale des divers éléments composant les patrimoines privés, pouvait sembler s'accorder avec les préoccupations du droit civil. Elle n'en était pas moins artificielle dans son principe : elle masquait le double emploi résultant de ce que les valeurs mobilières (actions et obligations) ne sont que la contrepartie (et, en comptabilité, le passif) d'un actif corporel déjà directement compté quelque part (du moins quant aux valeurs françaises). Aussi, aujourd'hui, la comptabilité nationale préfère-t-elle évaluer, plutôt que la « fortune de la France », son *capital national,* ce qui semble devoir se restreindre au capital de production (bâtiments, installations et outillages, à l'exclusion de la terre) et aux immeubles d'habitation.

Le patrimoine se figeant au jour du décès, les déclarations de succession qu'impose aux héritiers la loi fiscale (a. 750 *ter*,s. C.G.I.) peuvent projeter des clartés sur la struc-

ture des fortunes privées (variante, mais qui se limite aux très grandes fortunes, les déclarations en vue de l'I.S.F., 885 A.s. ; Babeau, *Rev. d'économie politique,*1987, 321). Les statistiques établies à partir de là ne sauraient être très rigoureuses (sous-évaluations, fraudes). Joint à cela qu'il conviendrait d'ajouter à l'actif successoral les biens dont les propriétaires avaient pu faire donation par anticipation, pratique courante dans les familles. Sous ces réserves, v. l'étude très poussée de L. Arrondel et A. Laferrière, *Économie et statistique,* 1994 (3), 41 ; cf. A. Laferrière et Ph. Monteil, Le patrimoine à la fin de la vie, *INSEE Première,* oct. 1994 (n° 344). Suivant une enquête de l'I.N.S.E.E. (juillet 1998, *INSEE Première,* n° 595), le patrimoine national net s'élevait, fin 1997, à 31 700 milliards de francs. Donnée plus intéressante, la part des actifs financiers (liquidités, valeurs mobilières, etc.) dépassait, avec 51,8 % du total (contre 42,7 % fin 1989), celle des actifs non financiers (logements, terrains, etc.).

[57] POLITIQUE LÉGISLATIVE

Dans un mémoire, lu à l'Académie des Sciences morales et politiques dès 1837 (v. *Revue de législation et de jurispr.* [Rev. Wolowski], VI, p. 246 s., et XI, p. 1 s.), l'économiste libéral Rossi fut probablement le premier à dénoncer l'insuffisante considération accordée à la fortune mobilière dans le C.C. comme une inadaptation fondamentale aux besoins d'un siècle qui devenait de plus en plus industriel.

La critique est passée au rang de poncif. Mais la seule conséquence qu'on en ait tirée est qu'il y avait lieu d'instituer un régime plus protecteur pour les meubles, ex. de limiter à leur égard les pouvoirs des administrateurs du patrimoine d'autrui, ce qui a d'ailleurs été fait en grande partie depuis lors (l. 14 déc. 1964, tutelle, l. 13 juill. 1965, régimes matrimoniaux). On n'a jamais proposé de revoir la distinction des biens et de transférer dans la catégorie immobilière les meubles réputés les plus précieux : les fonds de commerce (pour lesquels c'eût été le plus facile, parce qu'ils ont une assiette fixe), les valeurs mobilières (au moins nominatives ou déposées en banque), la propriété littéraire et artistique. Un fait qui a témoigné de la difficulté d'inverser la perspective : si incrustée qu'elle fût à l'immeuble, la prétendue propriété commerciale n'a pas obtenu, en 1926, que lui fût reconnue une nature immobilière. Par la suite, les secousses monétaires, économiques, voire morales, qui ont jalonné la seconde moitié du siècle, ont contribué à rendre moins crédible le plaidoyer libéral pour une reconstruction de la distinction des biens. L'expérience révélait la fragilité de toute fortune mobilière qui serait demeurée inerte (c'était le cas des patrimoines des fondations). Au contraire, sous l'aspect de la pierre urbaine, sinon toujours de labourage et pâturage, les immeubles n'avaient pas cessé de montrer plus de solidité : le krach des années 90 en avait écorné, mais non pas détruit la valeur (tout au plus étaient tombés sous la tornade des spéculateurs et des banquiers). La terre, dont l'irréductible essence est d'être un bien en quantité finie, est tellement supérieure au reste qu'elle seule vaut d'être collectivisée. On appréciait au passage l'hommage du C.C. soviétique dans sa verdeur de 1923 (a. 21) : « Le sol est propriété de l'État... *Remarque* : Avec la suppression de la propriété privée sur le sol est supprimée la distinction des choses en mobilières et immobilières. »

A la veille du troisième millénaire, le débat s'est déplacé jusqu'à ne plus être reconnaissable. Une nouvelle modernité est venue, marquée par les valeurs de l'information et de la communication, de la culture et de l'esthétique ; en traduction pratique, c'est

l'âge de l'informatique, du numérique, d'Internet. L'opposition n'est plus entre meubles et immeubles, mais entre immatériel et matériel. Il n'y a pas de superposition entre les deux antithèses, même si l'immatérialité étant plus naturelle aux meubles, ceux-ci, sous l'aspect des meubles incorporels conservent une présence dans les discussions.

[58] THÉORIE JURIDIQUE

Sur les *biens corporels,* v. Savatier, Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels, *R.T.,* 1958, 1 s. — Sur les *biens incorporels,* et leur importance croissante, très tôt aperçue, R. Savatier, Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels, *R.T.,* 1958, 331 ; P. Catala, La transformation du patrimoine, *R.T.,* 66, 185, spéc., n^{os} 20 s. ; P. Lagarde, La protection des biens culturels, *Trav. Assoc. Capitant,* 1989, 95 s. ; Mousseron, Valeurs, biens, droits, *Mélanges A. Breton - F. Derrida,* 1991, p. 277, et, p. 157, dans l'ouvrage collectif, *L'évolution contemporaine du droit des biens,* Poitiers, 1991 ; Galloux, L'information comme objet de droit, privatif, D. 94, chr. 299 ; Goldfinger, *L'utile et le futile* (l'économie de l'immatériel), 1996 ; H. Bouchet, *Les leviers immatériels de l'activité économique,* Rapport au Conseil économique et social, 1994 (éd. J. O.) ; Savouret, *D. aff.,* 97, 750. V. aussi, *infra,* n^{os} 250 s.

De la théorie étrangère relative à la distinction des *meubles* et des *immeubles,* nous détacherions la définition de Carnelutti (*Teoria generale del diritto,* 2^{e} éd., n° 53), indubitablement plus adéquate que la définition classique (qui considère seulement la mobilité ou l'immobilité physique du bien) : les choses meubles sont celles dont *l'utilité dépend,* et les choses immeubles celles dont *l'utilité ne dépend pas,* de leur mouvement.

Un arrêt, Civ.[3] 26 juin 1991, D. 93, *J.C.P.,*92, 2, 21825, paraît poser en principe que la nature immobilière ou mobilière d'un bien est définie par la loi et ne peut être altérée par la convention des parties. N'appartiendrait-il qu'à l'État de découper en catégories l'environnement de l'homme (on ne peut s'empêcher de songer à la discussion précitée, n° 44, si la volonté privée peut créer de nouveaux types de droit réel) ? Le principe ainsi affirmé n'était peut-être pas indispensable à la solution que la Cour de cassation voulait donner à l'espèce. Toujours est-il qu'il a surpris (cf. Zénati,, *R.T.,* 92, 144). On conçoit sans doute que les individus ne soient pas libres de baptiser un diamant immeuble pour le rendre susceptible d'hypothèque, ni meuble une maison pour en faire l'objet d'un don manuel. La volonté privée n'en a pas moins une influence sur l'application de l'a. 516. Seulement, elle l'exerce à travers des notions légales qui ont elles-mêmes un contenu psychologique, telles que la destination ou l'anticipation. Sauf à objecter dans ce dernier cas que ce n'est pas la loi qui a consacré la notion ; c'est la jurisprudence, mais n'enseigne-t-on pas qu'elle vaut loi ? Cf. Michèle Mestrot, Rôle de la volonté dans la distinction, *Dr. Pros.,* 95 (3), 809.

La notion de *meubles par anticipation* a été une innovation utile par rapport au C. Nap. V. Fréjaville, Th. Paris, 1927 ; Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques,* 1928, n^{os} 298 s. (explication par le but). On pourrait se demander si l'anticipation porte sur le bien ou sur l'opération juridique dont il est l'objet. La saisie des récoltes sur pied (d. 31 juill. 1992, a. 134 s. ; autrefois « saisie-brandon »), saisie mobilière, paraît bien être, il est vrai, la saisie actuelle de meubles à venir plutôt qu'une anticipation de saisie. Mais la vente d'une coupe de bois est, plutôt que la vente des arbres à abattre, celle des

arbres déjà abattus (que le propriétaire est autorisé à conclure et à faire enregistrer avant que l'exécution ne soit possible). Le concept de *virtualité,* que l'immatérialité envahissante nous a rendu si familier aujourd'hui, pourrait transcender les deux analyses (cf. A.-M. Frison-Roche, *Arch.,* 99, 143).

Sur les notions de *consomptibilité* et de *fongibilité,* v. P. Jaubert, *R.T.,* 1945, 75 s. ; sur la nuance entre choses de genre et choses fongibles, Zénati, *R.T.,* 90, 109. — Sur la *revendication des choses fongibles,* v. S. Torck, *Dr. Pros.,* 96 (2), 483 ; Zénati, 48, 137. Il y a divers degrés à observer, dont les a. 1902-1904 ne rendent compte qu'imparfaitement. Si, en la possession du défendeur, les choses fongibles sont toujours identifiables (ex. grâce à un contenant), la revendication est possible (cf. Civ.[1] 7 févr. 1989, *R.T.,* 90, 109). Si elles se sont mélangées à d'autres choses fongibles de même espèce et qualité, le demandeur pourra encore obtenir satisfaction en nature : il opérera par *prélèvement* sur la masse jusqu'à due concurrence ; le droit de prélèvement est moins qu'une revendication, mieux qu'un droit de créance, c'est un droit de créance à gage spécialisé. Si le défendeur n'a plus de ces choses en sa possession, il pourra être condamné à « se remplacer », c'est-à-dire à se procurer sur le marché la quantité de choses fongibles nécessaire pour satisfaire (en nature) le demandeur. Enfin, à défaut de toute autre voie, le règlement aura lieu en valeur : la revendication se résout en un droit de créance. — Dans une civilisation devenue à la fois plus collective et plus comptable, le rôle de la fongibilité semble grandir. Aux droits réels individuels sur des biens individualisés, on peut imaginer que se substitue de plus en plus, dans l'avenir, un droit de créance contre la société pour une quantité correspondante de choses fongibles (la valeur se substituera à la propriété, prophétisait Emmanuel Lévy). C'était peut-être, en Russie, le sens de la réforme tentée par Boris Eltsine en octobre 1993 : en contrepartie de ce qu'il apportait à la coopérative de culture (au kolkhose), chaque paysan recevait un droit à *x* unités foncières : la propriété individuelle du sol était restaurée sans qu'il y parût. Notre économie libérale connaît un mécanisme comparable, mais de droit privé : chaque propriétaire apporte un lot à une société – soit société civile immobilière, pour le bâti (cf. Cozian, D. 94, chr. 199), soit groupement foncier agricole pour le non-bâti (l. 31 déc. 1970). En échange de quoi lui sont attribuées des parts sociales. Il s'opère une dématérialisation de la propriété. Ce divorce d'avec la matière n'est probablement pas sans conséquences psychologiques ni même économiques.

Pour les valeurs mobilières, c'est chose faite (*supra,* n° 51). Depuis les années 50, la pratique s'était répandue de les « fongibiliser » en les déposant en banque (cf. *R.T.,* 50, 202), les titres n'étant plus matérialisés que par une inscription (par quantité) au compte de leur propriétaire. Or, ce dépôt en compte a été rendu obligatoire en principe (sauf infime exception pour les obligations) par la l. fin. 30 déc. 1981, a. 94-II (cf. d. [83-359], 2 mai 1983) ; et l'obligation est effective depuis 1988 (cf. D. Schmidt, *Rev. droit bancaire,* 1987, 42 ; Jeantin, *Droit des sociétés,* 1992, n[os] 426 s. ; P. Didier, *Droit commercial,* III, 1993, p. 56-72). Au-dessus des banques dépositaires fonctionne la SICOVAM (Société interprofessionnelle pour la compensation des valeurs mobilières), qui centralise la tenue des comptes-titres. Il est, du reste, permis aux sociétés émettrices d'obtenir des banques une identification de leurs actionnaires. En quoi il apparaît que, si la dématérialisation a maintenu, peut-être accentué, le caractère « au porteur » des titres quant à la facilité de la circulation, elle les a plutôt rapprochés des titres nominatifs en affaiblissant leur anonymat. Et du coup, une discussion s'est engagée, qui relèverait plutôt du droit commercial sur la preuve de la propriété des valeurs entrées en compte (cf. Ch. Lassalas, *L'inscription en compte des valeurs, la notion de propriété scripturale,* Th. Clermont-Ferrand, 1997). Il apparaît que, malgré la dématérialisation, le souvenir des titres au porteur continue d'influencer les opinions : celle-ci, notamment, que l'actionnaire a un droit réel, direct, sur sa part dans la masse collective des actions : D. R. Martin, D. 93, chr. 20, 96, chr. 47, 98, chr. 15. Cette part aurait ainsi le caractère d'un meuble corporel. Un arrêt, Com. 10 juin 1997, D. 99, chr. 89, n. Causse, se contente de voir dans l'inscription d'un actionnaire dans le compte-titres une présomption de propriété à son profit. Autre question, non sans rapport avec la précédente : la banque dépositaire ne pourrait-elle, s'érigeant en *trustee* fiduciaire, émettre des certificats représentatifs des titres déposés d'une catégorie déterminée, en les stipulant transmissibles au porteur ? Dès la fin du XIX[e] s., la pratique bancaire avait admis une certaine matérialisation des titres déposés dans le récépissé de dépôt émis par la banque (cf. Civ. 24 juin 1891, S. 91, 1, 333 ; Paris, 15 juin 1897, D. 99, 2, 153, sur la mise en gage des récépissés).

Les valeurs mobilières ne sont pas, pour autant, devenues consomptibles par le premier usage. Il est vrai que, dans un marché aux fluctuations sélectives, un mouvement incessant d'aliénations et de remplois peut sembler indispensable pour conserver en valeur un portefeuille (cf. *infra,* n° 65, *in fine*). Mais il arrive aussi que l'on se ruine par trop de mouvements. La Cour de cassation n'a pas voulu convertir en règle de droit une donnée de fait incertaine : un usufruit portant sur des titres au porteur ne saurait être traité en quasi-usufruit (Civ.[1] 4 avr. 1991, et Com. 12 juill. 1993, Zénati, *R.T.,* 94, 381, *Rép. Not.,* 93, 1463 ; cf. cep. Grimaldi-Roux, D. 94, chr. 219, Brault, *Rép. Not.,* 97, 2, qui réservent la possibilité d'une stipulation de consomptibilité).

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) Quelques cas marginaux dans la distinction meubles/immeubles.

1° Sans citer l'a. 529, Civ.[3] 9 avril 1970, D. 70, 726, *J.C.P.,* 71, 2, 16925, n. Petot-Fontaine en développe la logique : les parts d'une société civile immobilière non dissoute sont *meubles par la détermination de la loi,* ce qui rend irrecevable l'action en rescision pour lésion intentée au sujet de la cession qui en a été faite (même analyse, avec une autre conséquence, la saisie immobilière est inapplicable ici, Paris, 16 juin 1989, D. 90, 503).

2° Civ.[3] 12 janv. 1994, D. 95, 52, considère le bénéficiaire d'une promesse de vente comme titulaire d'un droit de caractère immobilier dès avant la réalisation de la vente, mais c'est qu'en l'espèce il avait été mis immédiatement en possession réelle de l'immeuble. En thèse générale, c'est un droit de créance, donc un droit mobilier.

3° D'une nature indécise est le *droit de plantation et replantation* dans les domaines viticoles. Un arrêt, Civ.[3] 17 avr. 1996, D. 97, 318, n. Agostini, *J.C.P.,* 97, 2, 22783, n. Roussel, a censuré la cour d'appel de Reims pour avoir considéré ce droit « comme ayant un caractère mobilier appartenant à l'exploitant, alors qu'il est en réalité attaché à l'exploitation ». Il est logique d'en déduire que ce droit est immobilier. Mais quelle sorte d'immeuble ? Par destination, en ce sens Agostini ; plus probablement par l'objet auquel il s'applique, bien qu'il ne figure pas dans les catégories visées dans l'a. 526. Mais à travers une question de distinction des biens, c'est un équilibre

économico-social entre propriétaires et exploitants qui est en jeu (cf. Civ.[3] 24 juin 1998, D. 99, 343, n. Agostini ; Civ.[3] 13 nov. 1998, D. 99, *I.R.*, 10 ; et le dernier mot, semble-t-il, n'a pas encore été dit).

b) La théorie des *meubles par anticipation* est faite en partie de jurisprudences – d'ailleurs assez décousues. Les solutions ne sont pas nécessairement les mêmes d'une variété de meubles à l'autre. La mobilisation est facilement admise pour les récoltes, qui sont des fruits ; un peu moins pour les coupes de bois, qui peuvent être des produits et représentent, en tout cas, une valeur considérable par rapport au fonds (v. toutefois, Solus, *R.T.*, 1958, 108) ; encore moins pour les matériaux à extraire des carrières ou des immeubles à démolir, non encore démolis (Civ.[3] 10 juin 1981, D. 82, *I.R.*,182, *R.T.*, 82, 164 ; cf. a. 532), ces matériaux constituant de véritables fragments d'immeubles. La vente des produits de carrière est regardée comme mobilière dans les rapports entre les parties (v. Civ. 27 janv. 1947, *J.C.P.*, 47, 2, 3627 ; Civ.[3] 30 mai 1969, D. 69, 561 ; Civ.[3] 25 oct. 1983, *Bull.*, n° 197), comme immobilière à l'égard des tiers (d'où, la cession du droit d'extraction doit être publiée pour être opposable à l'acquéreur du fonds ; Civ. 24 févr. 1931, D. H. 31, 233), ce qui peut s'expliquer par la très grande valeur du droit d'extraction.

[59] 2 / Groupement des biens

Les biens ne se présentent pas toujours à l'état isolé. Ils font souvent partie d'un groupement (et nous ne parlons même pas de ce groupement suprême et nécessaire qu'est le patrimoine de la personne). Tantôt – là est l'aspect le plus rudimentaire du phénomène – c'est un bien qui se trouve avec un autre dans un certain *rapport juridique,* de caractère d'ailleurs variable, mais sans que ce rapport aboutisse jamais à former une entité distincte des éléments composants. Tantôt, au contraire, ce sont des biens qui, réunis, constituent un ensemble ayant son existence propre, une *universalité.* Du groupement, dans les deux cas, résultera toujours, à quelque degré, une unité de condition juridique.

1 | LES RAPPORTS JURIDIQUES ENTRE LES BIENS

Ces rapports sont généralement construits sur des données objectives, soit économiques, soit physiques. Mais ils dépendent aussi, pour une large part, de la volonté humaine. Ils sont très divers ; mais on pourrait dire que le premier *(rapport de principal à accessoire)* a vocation à enfermer les deux autres *(rapport de capital à revenu* et *rapport de destination).*

▶ *Principal et accessoire*

Même matériellement distincts, deux biens peuvent être unis par une sorte d'attraction, si l'un est l'accessoire de l'autre, c'est-à-dire s'il le complète de quelque manière. Ex. le licou et le cheval, la roue de secours et l'automobile, le cadre et le tableau. L'accessoire n'est pas indispensable à la définition du principal, mais il apporte une utilité supplémentaire. La difficulté sera souvent de déterminer où est le principal et où est l'accessoire. Une règle se dégage de la lettre et de l'esprit de la loi : l'immeuble est toujours principal par rapport au meuble, et le sol par rapport à ce qui est dessus (constructions et plantations ; arg. 553 s.) ; non pas qu'il vaille nécessairement plus, mais il est plus près de l'éternité. En dehors de là, l'a. 569 semble faire passer la valeur avant les dimensions. Plus que tout, cependant, importe un critère fonctionnel (cf. a. 567) : l'accessoire est au service du principal, non l'inverse.

Une maxime domine le rapport de principal à accessoire : que l'accessoire suit le sort du principal *(accessorium sequitur principale)* – maxime du sens commun, et aussi règle de droit, sous-entendue par plusieurs textes du C.C. (a. 546, 566, 696, 1018, 1406, 1475, al. 2, 1615, 1692). Elle implique notamment deux conséquences :

1° Un contrat de vente ou un testament disposant du bien principal doit être présumé, sauf clause expressément contraire, disposer aussi du bien accessoire (a. 1018, 1615).

2° Si les deux biens complémentaires, appartenant à deux propriétaires différents, viennent à être unis matériellement, le propriétaire du principal acquiert la propriété de l'accessoire (a. 546). Ce mode d'acquérir s'appelle précisément *accession* (v. *infra,* n[os] 111, 212) : se communique à l'accessoire la condition juridique du principal (cf. a. 552, 566). Dans le cas du redressement judiciaire, au contraire, le vendeur non payé qui revendique sa chose en vertu d'une clause de réserve de propriété peut toujours faire cesser l'incorporation sans s'arrêter à la distinction du principal et de l'accessoire, mais seulement au devoir de ne rien endommager (l. 25 janv. 1985, a. 121, mod. par l. 10 juin 1994).

[60] ▶ *Capital et revenu*

a) *Distinction*

La relation de capital à revenu est présentée par le C.C. (a. 546 s.) comme une hypothèse particulière de la relation de principal à acces-

soire. Il est des biens qui sont stériles (cela ne signifie pas inutiles), qui ne donnent aucun revenu (ex. bijoux, créances non productives d'intérêts). Il en est d'autres (biens frugifères) qui fournissent un revenu périodique, qui portent des *fruits* (au sens juridique du terme). Ex. le champ où vient chaque année une récolte, mais aussi la maison que l'on donne en location et d'où l'on tire un loyer.

Est *fruit* tout bien accessoire qui sort périodiquement d'un bien principal (capital, fonds, souche), sans que la substance de celui-ci s'en trouve diminuée. Les fruits naturels ou industriels sont ceux qui sortent du corps même du capital (a. 583), les premiers spontanément (ex. foin, fruits des arbres), les seconds par la culture (ex. blé, légumes). Les fruits civils (c'est-à-dire les biens que le *droit civil* regarde techniquement comme fruits) sont ceux qui ne sortent pas matériellement du capital, mais que l'on en retire grâce à un contrat dont le capital est l'objet (ex. loyers ; a. 584).

C'est parce qu'il revient périodiquement et qu'il ne diminue pas la substance du capital que le fruit se distingue du *produit* (le mot a ici une valeur technique). Par produit, il faut entendre ce qui n'est retiré du capital qu'à intervalles irréguliers et, en tout cas, au prix d'une diminution de la substance ; ex. des pierres extraites épisodiquement d'une carrière non exploitée (arg. a. 598, al. 2) ; des arbres abattus isolément (arg. a. 592). C'est une donnée physique : une fois séparés du fonds, ces biens ne se reproduiront pas. Le droit, cependant, peut repétrir la nature. Ainsi, il considérera une carrière régulièrement exploitée comme donnant des fruits, non des produits (a. 598), la périodicité de la production masquant l'épuisement progressif de la substance. De là, aussi, le rôle qu'il accorde à la volonté humaine dans la distinction : si le propriétaire d'une forêt l'a aménagée en coupes réglées, les arbres abattus ne seront plus des produits, mais des fruits (a. 591).

b) *Liaison du revenu au capital*

1° Le *principe* est que les fruits et les produits suivent, comme des accessoires, la condition juridique du capital ; ils en sont une excroissance ou un fragment. De là, des conséquences :

— Que le propriétaire du capital acquiert de plein droit la propriété des fruits et des produits (a. 546 ; cf. a. 1614, al. 2).

— Que la revendication du capital (exercée en justice par le propriétaire dépossédé) s'étend, en principe, aux fruits et aux produits (a. 549, *in fine* ; cf. a. 1936).

2° Mais, par *exception,* la condition des fruits peut se dissocier de celle du capital. En pareil cas, du reste, les produits, distincts des fruits, continueront à suivre le capital avec lequel ils concourent à former la substance de la chose.

— Par la constitution d'un usufruit sur la chose, le propriétaire du capital garde droit aux produits, mais les fruits appartiennent désormais à l'usufruitier (a. 582 ; v. *infra,* n° 97).

— En certains cas, la revendication est admise pour le capital (et les produits), sans l'être pour les fruits, qui restent acquis au possesseur (à cause de sa bonne foi ; v. a. 549 ; cf. *infra,* n° 208).

c) *Statut particulier du revenu*

L'idée générale est que les fruits ont physiquement moins de consistance, économiquement moins de valeur que le capital ; que socialement ils sont destinés à être dépensés périodiquement pour faire face aux besoins continus de l'ayant droit, qu'il est dès lors difficile de suivre leur emploi à la trace. Aussi les règles prévues pour le capital doivent-elles être infléchies, accommodées dans leur application aux fruits. Ex :

— A l'intérieur du patrimoine d'un incapable, la gestion du capital (ou des produits) et celle des fruits obéiront à des règles différentes : c'est un acte d'administration d'aliéner des fruits (ex. vente de récolte), un acte de disposition (cf. a. 456, al. 2) d'aliéner le fonds (ou les produits).

— Les donations portant sur des fruits ne sont pas toujours traitées comme des libéralités (arg. a. 856, concernant les revenus du bien donné, que la jurisprudence étend parfois à des donations portant directement sur des revenus).

— Sous les régimes matrimoniaux de communauté ou de séparation de biens, s'il arrive qu'un époux ait en fait perçu des revenus dépendant du patrimoine de l'autre, il n'est tenu de restituer que les fruits qui subsistent, il n'est pas comptable de ceux qui ont été consommés (a. 1432, 1540 ; cf. a. 1403, al. 2).

[61] ▶ *Rapport de destination*

Ce rapport apparaît quand un propriétaire affecte un de ses biens, meuble par nature, au service d'un immeuble qui est également sa propriété (par ex. quand il affecte spécialement une moissonneuse-batteuse aux récoltes de son domaine). Le bien que sa destination unit ainsi à l'immeuble va le suivre, comme un accessoire suit le principal (cf. a. 2118-1°), va en emprunter pour partie la condition juridique.

L'a. 524 exprime cette union en disant que le meuble affecté au service de l'immeuble devient immeuble lui-même – *immeuble par destination,* ce qui constitue une troisième variété immobilière (cf. a. 517). A la vérité, l'immeuble par destination conserve toujours quelque chose de sa nature originaire, en ce sens que, dès que l'affectation vient à cesser, soit par la volonté du propriétaire (qui le vend séparément), soit même par le fait d'un tiers (ainsi, d'un voleur, qui s'en empare), il redevient meuble et est traité comme tel. L'immobilisation par destination signifie seulement ceci : que les meubles dont il s'agit doivent être compris de plein droit dans les opérations juridiques portant sur l'immeuble auquel ils sont affectés :

— si l'immeuble est vendu, sans autre détail dans l'acte, les immeubles par destination y sont englobés ; et la vente est pour le tout, même à l'égard de ceux-ci, une vente immobilière (spécialement, quant au tarif des droits d'enregistrement) ;
— si l'immeuble est hypothéqué, l'hypothèque s'étend *de plano* aux immeubles par destination (a. 2118-1°) ;
— les créanciers ne peuvent les saisir qu'avec l'immeuble lui-même (l. 92-650 du 9 juill. 1991 sur les procédures d'exécution, a. 14, *in fine*), par voie de saisie immobilière, alors qu'ils auraient pu avoir la tentation de les saisir à part, comme meubles, la saisie mobilière étant plus facile.

Les intérêts pratiques mêmes dont il vient d'être fait état supposent que le meuble et l'immeuble se trouvent dans le même patrimoine, ont un même propriétaire ; ils ne se concevraient pas si le meuble avait été apporté par un fermier ou un locataire. Ce qui est essentiel, c'est *l'établissement d'un rapport de destination* par le commun propriétaire des deux biens.

Ce rapport de destination consiste normalement en ce que le meuble a été placé sur l'immeuble pour *servir à l'exploitation économique* de celui-ci. Le C.C., dans l'a. 524, en donne plusieurs exemples, qui concernent surtout l'exploitation agricole, mais aussi (« forges, papeteries et autres usines ») l'exploitation industrielle (les appareils et les machines sont ainsi immeubles par destination). Ce ne sont, du reste, que des exemples, nullement limitatifs, et l'on est d'accord pour prendre en considération, à côté de l'exploitation industrielle, l'exploitation commerciale, dont le texte n'a point parlé (ex. sont immeubles par destination les comptoirs et frigidaires d'une épicerie, les lits et la literie d'un hôtel), voire l'exploitation civile (on veut dire

que sont immeubles les objets nécessaires au service d'une maison particulière, tels les tapis d'escalier).

Le C.C. paraît admettre une seconde forme du rapport de destination : *l'attache du meuble à perpétuelle demeure* (a. 524, dernier al., et 525). Mais sa pensée n'est pas des plus claires. Dans une première interprétation, matérialiste, on relie étroitement l'al. 1er de l'a. 525 au dernier al. de l'a. 524 : c'est lui qui définit l'attache à perpétuelle demeure, dont l'efficacité de principe a été annoncée par le texte précédent, et il la définit comme une adhérence définitive du meuble à l'immeuble, par l'inséparabilité, quitte à admettre des atténuations pour des cas particuliers dans la suite de l'article. Seulement, s'il en est ainsi, à quoi bon parler d'immeubles par destination ? Nous avions là déjà des immeubles par nature. Une seconde conception est psychologique. Pour elle, l'essentiel est dans l'a. 524 *in fine* : l'attache à perpétuelle demeure est un acte de volonté, une affectation sans limite de temps, et il y a lieu avant tout de rechercher quelle a été l'intention du propriétaire. De cette intention l'a. 525 se contente de proposer des indices, que d'autres indices peuvent remplacer ou combattre. La jurisprudence paraît osciller entre les deux conceptions. Tantôt elle se précipite sur les présomptions de l'a. 525 pour se dispenser d'autres recherches. Tantôt, pour les corroborer ou les refouler, elle les confronte à ce qu'elle croit découvrir des intentions du propriétaire. C'est ainsi que, dépassant les al. 2, 3 et 4 de l'a. 525, il lui est arrivé de reconnaître, comme un rapport original de destination, la destination somptuaire ou ornementale.

[62] 2 | LES UNIVERSALITÉS

On entend par *universalité* un ensemble de biens formant un tout. Il est classique de distinguer *universalité de fait* et *universalité de droit.*

▶ *Universalité de fait*

C'est une collection de biens qui, par interprétation de la volonté du propriétaire, est traitée comme un bien unique.

L'universalité de fait peut être composée de *biens homogènes* (encore que pas forcément indiscernables) : tel est le cas d'un troupeau, voire d'une bibliothèque. Un troupeau, une bibliothèque peuvent faire l'objet d'une vente, par eux-mêmes, sans qu'il soit besoin de détailler dans l'acte les éléments composants. Ils peuvent de même

faire l'objet d'un legs. Si leur composition vient à changer entre le jour du testament et le jour du décès (où le testament doit recevoir exécution), c'est dans leur dernier état qu'ils seront transmis au légataire, car le legs n'a pas porté sur telle ou telle bête, tel ou tel livre, mais sur le troupeau, la bibliothèque, dans leur abstraction. L'universalité reste la même malgré les fluctuations qui peuvent se produire en son sein : les biens nouvellement acquis prennent la place des biens aliénés ou disparus, revêtent la même condition juridique, celle qui procède de l'appartenance à l'universalité. L'a. 616, al. 2, relatif à l'usufruit du troupeau – surtout si on le met en contraste avec l'a. 615, relatif à l'usufruit d'un animal isolé – montre bien comment une universalité de fait survit, en tant qu'objet de droit, au renouvellement de ses parties constitutives. Et pareillement, c'est ce que montre en plus moderne la loi du 3 janv. 1983 sur le développement des investissements (a. 29) pour un portefeuille de valeurs mobilières mis en gage comme un tout.

Mais il arrive aussi qu'une universalité de fait soit composée de *biens hétérogènes.* Ainsi, dans le *fonds de commerce,* se rencontrent des éléments disparates : la clientèle ou achalandage, le droit au bail, l'enseigne, le nom commercial, les marques de fabrique, les brevets d'invention (tous éléments incorporels) – puis, le matériel et les marchandises (éléments corporels). Tous ces éléments n'ont pas d'ailleurs une égale importance, et c'est sans doute l'achalandage qui représente le noyau essentiel dans l'agrégat. Mais l'hétérogénéité des biens qu'il agrège n'empêche pas le fonds de commerce d'être lui-même un bien unique, susceptible d'être vendu, mis en gage comme tel (l. 17 mars 1909). C'est une universalité de fait. La législation successorale de notre temps en a fait jaillir d'autres, sous des appellations rajeunies : plusieurs biens composant un *ensemble* (a. 867), une exploitation agricole ou une entreprise constituant une *unité économique* (a. 815-1, 832). La vente d'une usine *clefs en main,* telle qu'elle s'est développée dans la pratique – bâtiments, machines, voire contrats de travail (C. Tr. a. L. 122-12) –, a pour objet une universalité de fait.

Il est de la nature d'une universalité de fait de n'être pas immobile dans sa composition. Pour durer, pour vivre, elle doit s'adapter aux circonstances changeantes du dehors et, partant, changer elle-même. Si, à travers les changements, l'universalité conserve son identité, c'est qu'elle est soumise à une même gestion, continue et indivisible, à l'intérieur de laquelle tous les agrégats doivent être traités en choses fongibles. Mais l'intérêt des tiers demande parfois à être articulé sur une assise moins fluctuante : s'ils avaient acquis un droit (droit de gage, par ex.) sur un bien qui, depuis, a été vendu, ils doivent pouvoir

le reporter sur le bien acquis en remploi du prix de vente. C'est le mécanisme (déjà rencontré, *supra,* n° 2) de la subrogation réelle. Encore faut-il que l'origine du bien actuel puisse être retracée.

▶ *Universalité de droit*

Le type en est représenté par le *patrimoine* (v. *supra,* n° 1), que ce soit le patrimoine d'un vivant ou la succession d'un mort. En opposant universalité de fait et universalité de droit, à l'origine, on voulait marquer que, dans un cas, l'unité du groupement de biens n'était qu'une donnée de fait, résultait seulement d'une interprétation de la volonté du propriétaire, et de circonstances contingentes, tandis que, dans l'autre, elle traduisait une véritable nécessité juridique. Mais aujourd'hui, on cherche plutôt ailleurs le sens de l'opposition : l'universalité de fait n'est qu'un ensemble de biens ; l'universalité de droit ou universalité juridique est, à la fois, un ensemble de biens et *de dettes,* comporte un passif en même temps qu'un actif, tous deux en réciproque dépendance, le passif naissant de la gestion de l'actif, l'actif affecté au paiement du passif.

La règle de l'unité du patrimoine (v. *supra,* n° 5) explique qu'on ne puisse guère trouver, dans notre système juridique, de véritables universalités de droit (en dehors du patrimoine général des personnes physiques ou morales). C'en est une, pourtant, que la communauté conjugale (qui n'est point d'ailleurs regardée comme le patrimoine d'une personne morale distincte des époux), car elle est constituée inséparablement d'actif et de passif (a. 1401 et 1409). La situation résultant de l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire (a. 793 s.) se prête à une analyse analogue : les biens et les dettes du défunt forment une masse qui ne se confond pas avec le patrimoine personnel de l'héritier (a. 802), c'est encore une universalité de droit. Au contraire, la jurisprudence a refusé de voir une universalité de droit dans le fond de commerce lorsqu'elle a refusé d'y comprendre les dettes contractées par le commerçant pour les besoins de son entreprise : ces dettes, décide-t-elle, ne passent pas de plein droit à la charge de l'acheteur en cas de vente du fonds.

[63] ÉTAT DES QUESTIONS

HISTOIRE

Les Romains avaient appliqué un esprit philosophique à l'étude juridique des composants et des composés. V. Monier, I, n° 253. Sur leurs textes, les Glossateurs ont tra-

vaillé, et les théories modernes sont sorties de là (universalités [ex. Pothier, *Obligations,* n° 99], fruits, accessoires). Seule la théorie des immeubles par destination semble d'origine coutumière.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Planiol avait critiqué la notion d'immeuble par destination comme la fiction la plus inutile du droit moderne. Il suffirait, remarquait-il, d'admettre que les accessoires mobiliers d'un fonds, destinés à son exploitation, ne peuvent pas en être séparés sans la volonté du commun propriétaire. La C.R.C.C. (*Travaux,* 1946-47, p. 627, 734) avait finalement décidé de supprimer la catégorie. Elle n'avait même pas cru utile de faire appel à l'idée d'accessoire, à une théorie des dépendances de l'immeuble, dont le C.C.S. (a. 644 s.) et le C.C.It. (a. 817 s. : *pertinenze*) lui proposaient des exemples, pour justifier les résultats pratiques actuellement rattachés à l'immobilisation par destination. La question devrait être réexaminée aujourd'hui à travers des notions plus vastes, telles que celles d'unité économique, d'entreprise, d'exploitation, qui suggèrent l'existence de biens autonomes, uniques malgré la diversité des éléments composants (cf. t. I, n° 214). Ces notions ont déjà reçu une consécration dans notre droit successoral (a. 832, 832-1, 832-2, 867). Cf. Delmas-Saint-Hilaire, *Essai sur la notion juridique d'exploitation en droit privé français,* Th. Paris, 1955 ; Despax, *L'entreprise et le droit,* Th. Toulouse, 1956 ; Mercadal, La notion d'entreprise, *Mélanges Derruppé,*1991, 9.

THÉORIE JURIDIQUE

Une unité qui transcende une pluralité, dans cette idée se résument tous les groupements de biens. Il en est maintes variétés, mais on peut les encadrer dans deux théories classiques.

a) *La théorie de l'accessoire.* — Qui lègue la maison la lègue avec son garage. L'accessoire suit le principal (ex. a. 1615, 1018), *accessorium sequitur principale.* Le rapport d'accessoire à principal se définit par deux critères : le premier est matérialiste (le principal a besoin de l'accessoire, et l'accessoire ne vaut que par le principal) ; le second est psychologique (le propriétaire a voulu traiter les deux objets comme un tout). Si l'on observe que la théorie de l'accessoire s'est formée historiquement à propos de la vente et du testament (cf. Domat, *Lois civiles,* partie 2, liv. 4, tit. 2, sect. 4), actes de volonté, on ne saurait s'étonner que le critère psychologique soit prépondérant dans la pratique : il peut infirmer, corriger, consolider l'autre. La maxime *Accessorium...* n'en a pas moins une portée générale (cf. Demolombe, IX, n^{os} 53 s.), et qui va bien au-delà de la formation d'un groupement de biens : c'est, au fond, une catégorie du raisonnement juridique, voire de tout raisonnement (cf. Esmein sur Aubry et Rau, II, § 167 ; Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé,* Th. Nancy, 1969 ; Le Guidec, D. 92, 37). Telle étant la souche théorique, des branches s'en sont détachées.

1° L'institution de l'*accession* ne peut cacher la parenté qui la relie étymologiquement à la théorie de l'accessoire (cf. Roland et Boyer, *Locutions latines du droit français,*1993, V° *Jure accessionis*). Mais c'est une institution que le C.C. (a. 546-577) a ramifiée à plaisir. Un de ses rameaux a acquis assez d'autonomie pour justifier classiquement un traitement à part (v. *infra,* n° 212) ; c'est l'accession de l'a. 552 (paradoxale pour des regards *superficiels,* puisqu'elle implique qu'un gratte-ciel soit l'accessoire du peu de terre qui est en dessous). En contraste avec celle-ci, une autre

sorte d'accession, celle de l'a. 547, celle des *revenus au capital,* ne s'est pas fait reconnaître aussi nettement comme indépendante et, assez souvent, elle n'est présentée qu'en parenthèse à une institution plus vaste, la propriété (ex. Aubry et Rau, II, § 192, texte et notes 29 s. ; Planiol-Picard, n° 255) et surtout l'usufruit (v. *infra,* n° 97). C'est que, malgré son importance, opérant dans la brève durée, elle a moins le temps de fixer le contentieux. Une synthèse, cependant, demeure possible, et elle a des modèles : P. Catala, La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, *R.T.,* 66, 185 (qui met en relief la part croissante de l'activité professionnelle dans la formation du revenu) ; plus anciennement, Crozat, *La notion de fruits en droit civil, en droit commercial et en droit fiscal,* Th. Lyon, 1926 (qui souligne l'action de la volonté humaine dans la distinction du capital et des fruits).

2° Une action de la volonté n'est pas non plus absente de la notion de *destination,* donc de la catégorie des *immeubles par destination.* Mais elle s'y combine avec une donnée objective : le meuble s'articule à l'immeuble par le service technique qu'il lui rend. Le résultat est la constitution d'un groupement élémentaire, riche en contentieux (v. *infra,* n° 66), nullement réfractaire à la théorie : ex. Beudant-Voirin, n^{os} 110 s. ; Gulphe, *L'immobilisation par destination,* Th. Paris, 1943.

[64] 3° D'autres groupements de biens ont été abandonnés au domaine des rapports de fait, des juxtapositions purement physiques. Ainsi le groupement entre *contenant et contenu,* quoiqu'il ne soit pas impossible de relever pour lui, dans notre droit, les éléments d'une théorie. L'idée d'accessoire n'y serait pas déplacée et, partant de cette idée, il peut sembler raisonnable de présumer qu'un contenant de faible valeur appartient de surcroît au propriétaire du contenu, que la vente d'une marchandise, par ex., comprend aussi l'emballage. Le point, néanmoins, dépend avant tout de l'intention des parties ou de l'usage du commerce : souvent, l'emballage est simplement prêté et reste la propriété du vendeur. Cf. Civ.[1] 2 mars 1954, *J.C.P.,* 1954, 2, 8117, *R.T.,* 1954, 510. L'attraction inverse, celle du contenant sur le contenu, paraît être plus décisive. Sans doute est-ce encore une question d'interprétation de la volonté et d'usages que de savoir si un acte de disposition du contenant englobe le contenu, si, par ex., la vente ou le legs d'une maison englobe les meubles qui s'y trouvent, et l'on peut même admettre, en thèse générale, que la solution restrictive est la plus sûre (arg. en ce sens, a. 535, al. 2, 536 ; v. cep. a. 1606, al. 3). Mais, dans une certaine zone, le rapport physique a son effet de droit. Non point que le propriétaire du contenant puisse *ipso facto* acquérir la propriété de ce qui y est enfermé. Seulement, il en acquerra ordinairement la possession, ce qui est de conséquence, faisant présumer la propriété jusqu'à preuve contraire. C'est ainsi que, jusqu'à preuve contraire, le propriétaire d'une maison est, à l'égard des tiers, présumé propriétaire des biens meubles qui la garnissent – ces tiers pouvant être, soit des créanciers qui veulent saisir (Civ. 31 janv. 1900, S. 02, 1, 33, D. 00, 1, 281), soit des victimes qui se plaignent de dommages causés par le fait des choses (Civ.[2] 1er févr. 1978, *J.C.P.,* 78, 4, 111 ; Lyon, 5 oct. 1978, *J.C.P.,* 79, 4, 347). Autre donnée : partout où le droit tient compte de la maîtrise de fait exercée sur un bien, du contact matériel avec un bien, ce qui est constaté pour le contenant vaut également pour le contenu, car on tient physiquement celui-ci par celui-là. Ex. : découvrir, même sans l'ouvrir soi-même, le pot contenant un trésor, c'est comme si l'on découvrait le trésor lui-même (Rennes, 9 janv. 1951, D. 51, 443) ; détenir en dépôt un paquet cacheté (arg. a. 1931) ou une malle fermée à clef, c'est être détenteur des choses mêmes qui y sont contenues (en ce

sens, Crim. 23 juill. 1927, S. 29, 1, 73, celui qui détourne le contenu d'une valise à lui confiée commet un abus de confiance, et non pas un vol, car il était dépositaire du contenu même, solution dont on peut du reste discuter, car la précaution qu'a prise le propriétaire de clore le contenant donne à penser qu'il n'entendait pas confier le contenu à autrui).

Le passage du contenant au contenu donne davantage à réfléchir, parce que le contenu est d'une valeur impénétrable, lorsque le contenant est un *coffre-fort loué en banque.* Un arrêt, Civ.[1] 29 nov. 1996, D. 97, Somm. 365, décide qu'en louant un coffre au nom d'une personne, on ne lui fait pas pour autant don manuel du contenu. Mais c'est qu'en l'espèce le prétendu disposant, avec une procuration pour accéder au coffre, en avait gardé seul la clé. Cette circonstance jetait une ambiguïté sur la possession du locataire, semblait n'en faire qu'une virtualité, alors que c'est une *traditio,* une mise en possession *réelle* que requièrent les a. 1241 et 2279, qui sont les textes-cautions du don manuel (cf. *infra,* n° 2399). De ce qu'elle est bailleresse du contenant, il serait hardi de conclure que la banque est dépositaire du contenu. Le client de la banque demeure possesseur des objets qui sont enfermés dans le coffre loué à son nom, et, dans un conflit entre prétendants droit, sa possession ne peut être arguée de clandestinité, malgré les parois d'acier et le secret bancaire dont elle s'enveloppe (Civ.[1] 11 juin 1991, *Bull.,* n° 199, *R.T.,* 92, 595). Pourtant, d'après un arrêt (Civ.[1] 29 mars 1989, *R.T.,* 89, 560, n. Jourdain), la banque aurait, quant au contenu, une obligation de résultat. A tout le moins, elle doit surveiller l'accès au coffre : Com. 29 oct. 1952, D. 53, 53 ; Com. 15 janv. 1985 et Paris, 20 févr. 1985, D. 85, *I.R.,* 344, n. Vasseur). Lui reste la possibilité de s'exonérer en démontrant la force majeure (a. 1929 = le « casse », le « hold-up »). Elle peut surtout se montrer exigeante sur la preuve du contenu (appréciée souverainement par les juges du fond, « selon la qualité des personnes », critère qui a été, en 1980, effacé de l'a. 1348, non de l'esprit des magistrats). Mais comment être certain que tel ou tel objet était bien dans le coffre au moment du vol (Civ.[1] 5 juill. 1988, D. 89, Somm. 331) ? Pour se dégager d'un risque, assurable, il est vrai, mais qui peut paraître hors de proportion avec les loyers perçus, les banques se sont avisées de stipuler des clauses de non-responsabilité. Ces clauses cessent, tout de même, d'être efficaces en cas de faute lourde : Civ.[1] 15 nov. 1988, D. 89, 349, n. Delebecque. Question différente et mal élucidée encore : si le client a des créanciers, comment pourront-ils s'y prendre pour faire entrer dans leur gage le contenu (espéré) du coffre ? La pratique s'était montrée fort embarrassée et n'avait pas cru pouvoir se permettre plus qu'une saisie conservatoire : ex. Paris, 19 avr. 1984 (*J.C.P.,* 85, 2, 20367, n. Prévault, *R.T.,* 85, 455, n. Perrot). La loi du 9 juillet 1991, qui a réformé toute la matière des saisies, est restée silencieuse sur le sujet. Mais le décret de mise en œuvre qui l'a suivie, d. 31 juill. 1992, n'a pas hésité à créer et organiser *motu proprio* trois sortes de saisies spéciales aux biens placés dans un coffre-fort (a. 266 s.). Il est vrai que, faute de trouver un point d'appui dans la loi, cette partie du décret, qui inflige des entorses à la propriété privée comme au secret bancaire, est d'une légalité très douteuse (cf. Vincent et Prévault, *Voies d'exécution,* 1993, n° 282).

[65] b) *La théorie des universalités.* — Elle avait été enseignée par les Exégètes du XIX[e] s. (Aubry et Rau, II, § 162 ; Demolombe, IX, n[os] 62 s.). Outre le droit romain (avec l'*universitas,* aux confins de la masse de biens et de la personne morale ; cf. t. I, n° 216), les appuis textuels ne manquaient pas : pour l'universalité de droit, le titre universel dans le droit des successions (ex. a. 1012) mettait en évidence la corrélation de

l'ensemble des biens et de l'obligation aux dettes, tandis que, du côté de l'universalité de fait, le C. Nap. n'ignorait ni le troupeau (ex. a. 1800) ni la collection de tableaux (a. 534, al. 2). La doctrine du XX[e] s. a approndi la distinction des deux sortes d'universalité (cf. Beudant-Voirin, n[os] 18, 166 s. ; R. Gary, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit,* Th. Bordeaux, 1932 ; Zénati, *R.T.,* 99, 422-430). Elle a aussi exploré les possibilités de transformer une universalité de fait, parmi d'autres, le fonds de commerce, en universalité de droit, patrimoine autonome, afin d'en faire, dans l'intérêt des commerçants, le siège exclusif du passif commercial, le patrimoine personnel, familial, étant du même coup tenu à l'abri. La tentative a été vaine (cf. P. Le Floch, *Le fonds de commerce, essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles,*1986). On s'est alors tourné vers une autre solution : une nouvelle espèce de personne morale, qui concentrerait le passif commercial sur son capital limité, l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (E.U.R.L., a. 1832, al. 2). Mais la combinaison a attiré très peu de commerçants. La théorie juridique bute sur la réalité économique : la résistance des créanciers, des banques, à consentir du crédit à une petite ou moyenne entreprise en dehors d'un engagement personnel de ses dirigeants.

Les patrimoines, les universalités ne peuvent demeurer figés dans leur composition. Par besoin ou désir, calcul économique ou adaptation technique, le titulaire est amené à aliéner, acquérir, échanger. Avec plus ou moins de fréquence, des biens entrent, d'autres sortent ; par les revenus, le travail, l'invention, des enrichissements sont possibles. Pourtant, le réceptacle est toujours le même : la distinction du contenant et du contenu se laisse transposer du sens matériel en un sens intellectuel. L'universalité ne se caractérise pas seulement par son unité dans l'espace, mais par son identité dans le temps. Des mécanismes juridiques contribuent à assurer cette identité : le premier, le plus traditionnel, agit ponctuellement, bien par bien, c'est la *subrogation réelle* (réelle = *in re,* concernant la chose) ; le second opère globalement, c'est, pourrait-on dire, la *continuité de la gestion.*

1° *Subrogation réelle.* Au sein du patrimoine, un bien se substitue à un autre, il le représente et revêt sa condition juridique. Le prix de vente remplace la chose vendue : subrogation. La chose achetée avec le prix de la vente antérieure remplace ce prix, donc remplace la chose antérieurement vendue : subrogation au second degré. Des maximes venues des postglossateurs expriment ce double mouvement : *pretium succedit loco rei, res succedit loco pretii.* Le remploi sous le régime matrimonial de la communauté en est un bon exemple (a. 1406, al. 2, qui se réfère nommément à la subrogation réelle). Trois universalités cohabitent : les patrimoines propres à l'un et à l'autre époux, plus la communauté. Un immeuble propre à la femme ayant été vendu, le prix est une valeur qui lui reste propre ; si avec cette valeur un immeuble est acheté, la femme l'aura en propre. Encore faut-il que la filière soit bien établie (d'où les exigences de forme de l'a. 1434), sans quoi des fraudes seraient à craindre (un époux pourrait, au détriment des créanciers de l'autre, se constituer des propres avec des fonds tirés de la communauté). Les postglossateurs semblaient lier l'effet de subrogation à son insertion dans une universalité (*in judiciis universalibus,* c'était leur préalable aux maximes). Mais, aujourd'hui, personne n'hésite plus à faire jouer la subrogation réelle sur des biens envisagés dans leur singularité. C'est ainsi que l'indemnité d'assurance est affectée aux créanciers qui avaient hypothèque sur l'immeuble incendié (C. Ass. a. L. 121-13), comme si elle était elle-même cet immeuble.

La doctrine s'est efforcée d'analyser cette métamorphose. V. Lauriol, *La subrogation réelle,* Th. Alger, 1952 (le droit ne voit que la valeur, et la valeur n'a pas changé) ; Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français,* Th. Paris, 1985 (elle constitue un véritable droit, donné par la loi ou la convention, pour la garantie d'un autre droit) ; Zénati, *R.T.,* 89, 793 (ce n'est pas seulement un moyen de sauvegarder le patrimoine de celui qui possède la chose ; il s'agit aussi d'assurer la conservation des droits acquis à des tiers sur cette chose). Bonnecase (*Supplémentt* au *Traité de Baudry-Lacautinerie,* III, n^{os} 345 s.) avait montré la rationalité profonde de l'institution : le droit ne doit pas abdiquer devant les mutations, les fatalités qui mettent en danger les valeurs qu'il a fait reposer sur un bien. Cette rationalité postule une interprétation favorable, voire une extension *praeter legem* (cf. en ce sens, Com. 8 mars 1988, *Bull.,* n° 99, et Zénati, n. *R.T.,* 89, 348). On s'explique ainsi que la subrogation réelle puisse acquérir, à notre époque, une fonction nouvelle (cf. *supra,* n° 25, *infra,* n° 114) ; la protection contre le risque de la dépréciation monétaire (v. *Travaux et conférences de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles,* 1960, VIII, 125 ; cf. Chapuisat, *R.T.,*73, 643). Dans l'une de ces maximes, *Res succedit loco rei,* ne tend-elle pas à substituer une valeur réelle (économiquement réelle) à une fragile créance de somme d'argent (cf. a. 1099-1) ?

2° *La continuité de la gestion.* Elle absorbe les fluctuations au jour le jour de l'universalité et ne laisse plus apercevoir que l'écrin dans son identité. L'universalité se retrouve avec un contenu différent ; mais, à travers elle, les droits qui portaient sur les biens originaires se reporteront ou s'étendront automatiquement sur les biens nouveaux. Le résultat ressemble à celui de la subrogation réelle. Le mécanisme, cependant, n'est pas le même. Dans la subrogation, un bien succède à la condition juridique d'un autre bien, sur la preuve d'une filiation entre les deux. Ici, la condition juridique dont a décidé le gestionnaire d'une universalité se diffuse à l'ensemble des composants en raison de l'indivisibilité de la gestion. On peut en citer deux exemples parlants.

— L'o. 6 août 1945 sur les warrants, a. 20, dispose que, lorsque des marchandises fongibles déposées en magasin général sont remplacées par des marchandises de même nature, espèce et qualité, les droits et privilèges inhérents au warrant sont reportés sur les marchandises *substituées.*

— Dans la l. 3 janv. 1983 sur le développement des investissements, l'a. 29 (mod. l. 2 juill. 1996) organise la constitution en gage des valeurs mobilières inscrites en compte. Or, il dispose que doivent être compris dans l'assiette du gage tous les titres venant en *substitution* ou en *complément* des titres originaires, ainsi que les fruits et produits en toute monnaie. Par la seule capitalisation des revenus, des *accroissements* sont possibles (selon l'expression dont se sert le C.C. sur un tout autre thème, a. 556, al. 1er). Le compte spécial qui a été ouvert n'en garde pas moins son identité de contenant. On est très près de la gestion du portefeuille dont la jurisprudence a eu à s'occuper dans des relations de droit civil (v. *infra,* Pratique judiciaire, *c*).

[66] PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Capital et revenu*

1° *Distinction des fruits et des produits.* On s'est interrogé sur la nature de la répartition des bénéfices dans les sociétés, de la distribution des dividendes dans les sociétés par actions. Il n'est pas toujours certain que la substance n'en sera pas

altérée, car constituer des réserves au lieu de distribuer les bénéfices serait parfois le seul moyen de conserver le capital. Et la périodicité qui fait les fruits n'est pas non plus essentielle : il arrivera que la société « passe son dividende ». Néanmoins, c'est du côté de l'associé, surtout de l'actionnaire, et de sa psychologie, qu'il convient de se placer : pour lui, les dividendes représentent un revenu, comparable à celui qu'il tire de ses obligations, même si le montant en est variable, voire aléatoire. Après tout, il n'en va pas autrement de ces fruits incontestables que sont les moissons ou les vendanges. Bien que l'analogie puisse sembler lointaine, on rapprochera de ce débat entre fruit et produit la jurisprudence qui, sous l'a. 2277, s'est affranchie des exigences de périodicité et de fixité pour soumettre certaines créances de *revenus* à la prescription quinquennale (cf. t. IV, n° 362). Le droit des sociétés, quant à lui, fait une application rationnelle de la distinction quand il rencontre des parts sociales ou des actions grevées d'usufruit (a. 1844, al. 3 ; l. 24 juill. 1966 sur les sociétés commerciales, a. 163, al. 1 ; cf. Jeantin, *Droit des sociétés,* 1992, n° 200) : les décisions concernant l'affectation des bénéfices sont réservées à l'usufruitier, le nu-propriétaire intervenant là où le capital est en cause. C'est reconnaître les bénéfices sociaux comme des fruits, et même des fruits civils, auxquels l'usufruitier a droit au prorata de la durée de son usufruit (en ce sens, Civ. 21 oct. 1931, D. 33, 1, 100 ; Paris, 23 nov. 1979, *J.C.P.,* 80, 2, 19462, n. Evesque). Ce qui ne veut pas dire que les bénéfices sociaux accroissent jour par jour au patrimoine de l'actionnaire avant la résolution de l'assemblée générale déterminant le dividende. C'est seulement cette résolution qui conférera aux dividendes leur existence juridique. Ainsi jugé par Com. 23 oct. 1990 (D. 91, 173, n. Reinhard ; cf. Zénati, *R.T.,* 91, 362), contre l'Enregistrement, qui entendait inclure dans un actif successoral la fraction de dividende virtuellement acquise avant le décès. Est-ce tellement clair ? Mais peut-être faut-il relier simplement cet arrêt à une politique générale de la Chambre commerciale, politique historiquement remarquable de refoulement raisonné des prétentions fiscales.

2° *Donation portant sur des fruits.* La question est posée dans la perspective du *rapport* (a. 843) : l'héritier donataire doit rapporter après l'ouverture de la succession, remettre au tas, la donation qu'il avait reçue, afin que l'égalité soit rétablie entre les cohéritiers. Les fruits n'auront pas à être rapportés (a. 856) : c'est conforme à l'économie de ce type de donation, qui tend à procurer à l'enfant gratifié des revenus immédiats. A l'inverse, si la donation s'est opérée par une constitution d'usufruit, il y aura certainement lieu au rapport des fruits : le transfert d'un droit réel au donataire rend évident, mesurable l'enrichissement du donataire (cf. Civ.[1] 3 nov. 1988, *J.C.P.,* 89, 2, 21375). Entre ces deux pôles, bien des combinaisons sont possibles, aux contours moins nets (cession de loyers, jouissance gratuite laissée à l'héritier). Des arrêts semblent poser en principe l'application de l'a. 843, Civ. 16 déc. 1940, D.C. 43, 104, n. Flour ; Civ.[1] 14 janv. 1997, D. 97, 607, n. V. Barabé-Bouchard, *J.C.P.,* 98, 1, 133, n. Le Guédec, sans fermer la porte à la preuve contraire. Selon quel critère ? Le défaut d'appauvrissement/enrichissement, l'absence d'intention libérale, la modicité de la libéralité (Civ.[1] 10 déc. 1969, *Bull.,* n° 387).

b) Les *immeubles par destination.* — 1° Condition première, à laquelle la jurisprudence tient la main (Civ.[3] 5 mars 1980, D. 80, *I.R.,* 477) : l'affectation n'opère immobilisation que si elle est l'œuvre du *propriétaire* du fonds, également propriétaire du meuble. Il serait cependant utile, parfois, d'admettre que le locataire ou le fermier a pu

représenter le propriétaire dans l'intérêt de l'immeuble (cf. Atias, I, n° 28). Mais on objecte l'a. 524, dans sa lettre (le *propriétaire...*) et son esprit (l'immobilisation est dépeinte comme un acte de volonté, non comme un résultat).

2° Quant aux *cas* d'immobilisation, il est bien certain que l'a. 524 donne seulement des exemples, nullement limitatifs. S'agissant d'interpréter ce qui est en somme un acte de volonté du propriétaire, il semble que la question soit une question de fait (Req. 19 oct. 1938, D. H. 38, 613 ; Civ.[3] 3 juill. 1986, D. 69, 161, *J.C.P.*, 68, 2, 15685). Mais les tribunaux ont hésité entre deux tendances :

— *restrictive*, l'immobilisation est une fiction, d'application stricte, et il serait dangereux pour les tiers, les créanciers, que le maniement en fût abandonné sans contrôle à la seule volonté du propriétaire (sauf à noter que l'interprétation restrictive aura l'air libérale si elle sert à refouler le fisc, Com., 12 nov. 1996, D. 96, *I.R.*, 263) ;

— et *libérale*, l'unité économique de l'exploitation est une réalité qu'il est bienfaisant de traduire en unité juridique, car une dislocation des instruments de production pourrait paralyser l'entreprise.

La jurisprudence s'est montrée libérale lorsque, sans se faire prier, à l'exploitation agricole ou horticole (ex. les serres, malgré leur mobilité possible, Civ.[3] 6 janv. 1972, D. 72, 398 ; Civ.[3] 23 mai 1984, *Bull.*, n° 104 ; Com. 1er févr. 1984, *R.T.*, 85, 738 ; la terre de bruyère, qui retournera à la terre, Civ.[3] 5 mai 1981, *R.T.*, 82, 163), elle a ajouté, comme support du rapport de destination : 1° *L'exploitation industrielle*, même au-delà des termes de l'a. 524 (Req. 6 juill. 1925, D. H. 25, 610 ; Civ.[1] 7 avr. 1998, D. 98, *I.R.*, 121, *J.C.P.*, 98, 4, 2256), même dans le cas-limite de meubles mobiles par fonction, de véhicules (Civ. 24 janv. 1912, D. 13, 1, 337) ; 2° *L'exploitation commerciale* (Civ. 9 déc. 1885, S. 86, 1, 201 ; à l'exclusion, toutefois, des stocks, quoiqu'il en faille pour continuer à tourner, Civ.[1] 1er déc. 1976, *J.C.P.*, 77, 2, 18735) ; et 3° Plus hardiment encore la prétendue *exploitation civile* (v. *infra*). Mais l'esprit restrictif s'est manifesté par une exigence : il faut que le meuble soit *indispensable* à l'exploitation de l'immeuble (Req. 23 mars 1926, D. 28, 1, 22 ; Req. 19 oct. 1938 précité) – exigence que l'a. 524 ne formulait pas, sauf pour les ustensiles *nécessaires* à l'exploitation des usines (encore était-ce peut-être sans y mettre d'intention précise). La conséquence tirée de là est double : c'est que l'immobilisation ne peut se produire ni quand les meubles sont simplement utiles à l'exploitation (Agen, 1er déc. 1988, *Rép. Not.*, 89, 1, 1213) ni quand la structure de l'immeuble est telle qu'il pourrait aussi bien être exploité avec d'autres sortes de meubles. De cette seconde exigence, on a déduit notamment que l'outillage industriel ou commercial n'est pas immobilisé lorsqu'il est placé dans des bâtiments qui n'ont pas été spécialement construits ou aménagés à cet usage (Req. 31 juill. 1879, S. 80, 1, 409 ; Civ. 8 févr. 1926, S. 26, 1, 153 ; Civ. 27 juin 1944, sol. impl., D.C. 44, 93). C'est une limitation qui pourrait être assez grave pour les hôtels, souvent exploités dans des immeubles également susceptibles d'habitation « bourgeoise ». Si, dans une affaire (Civ.[3] 29 oct. 1984, *R.T.*, 85, 739, n. Giverdon et P. Salvage-Gerest, *Rép. Not.*, 85, 1, 755, n. Souleau), le mobilier a pu être regardé comme immobilisé et saisi avec l'hôtel, c'est sans doute qu'avait été constaté l'aménagement proprement hôtelier du bâtiment. On ne peut cependant se tenir de penser que les juges s'épargneraient beaucoup d'hésitations en raisonnant, du moins mentalement, sur la notion d'unité économique.

Tout ne se laisse pas, il est vrai, ramener à l'économie. A côté des exploitations professionnelles, la jurisprudence, enseigne-t-on couramment, a admis l'exploitation non professionnelle, *civile*, comme cause possible de l'immobilisation. Mais c'est le mot *exploitation* qui, dès lors, ne convient plus (ex. Civ. 4 mai 1926, D. 27, 1, 125, où le débat portait sur l'orgue d'une église), et des arrêts préféreront dire que l'immobilisation se justifie par une affectation au *service* de l'immeuble (ex. Civ[1] 18 juin 1963, *Bull.*, n° 327, pour les installations d'une salle de bains). Seulement, retenir le service sans l'exploitation, c'est disjoindre deux termes que l'a. 524 avait soudés. Ce qui peut expliquer que, dans des hypothèses comparables, la Cour de cassation ait renoncé à habiller de neuf l'idée d'affectation, et se soit rabattue sur le critère matériel de l'attache à perpétuelle demeure (ex. Civ.[1] 19 mars 1957, *Bull.*, n° 145, pour des installations de chauffage et de sanitaire ; Paris, 11 févr. 1982, D. 83, *I.R.*, 13, pour une armoire frigorifique ; et inversement, en l'absence de fixation à demeure, Civ.[3] 7 juill. 1981, D. 83, *I.R.*, 13, pour des radiateurs électriques, Civ.[3] 8 juin 1982, *G.P.*, 82, 2, Panor., 351 ; trib. adm. Versailles, 4 juill. 1996, pour des bas-reliefs, simplement accolés, D. 97, 33).

De la destination domestique pourrait être rapprochée, parce que pareillement non professionnelle, une destination esthétique. Des vases, posés simplement sur des socles sans être scellés, doivent être traités comme immeubles s'ils entrent dans l'ensemble ornemental d'un parc (Poitiers, 23 avr. 1968, *J.C.P.*, 69, 2, 15857). Le raisonnement peut trouver un point d'appui dans l'a. 525 *in fine*, qui montre que des statues, quoique non scellées, sont immeubles par destination, lorsqu'elles constituent une réponse à un projet architectural. De la même indifférence au scellement témoignent d'autres arrêts (Civ.[3] 3 juill. 1968, D. 69, 161 ; Paris, 27 mars 1963, D. 64, 27), qui, en compensation, insistent sur l'intention du propriétaire, telle qu'ils croient l'avoir découverte, qui était d'affecter l'objet d'art à l'immeuble sans limite de temps (Paris, 16 avr. 1996, D. 97, Somm. 18). On comprend, toutefois que, là où l'adhérence matérielle du meuble à l'immeuble a été constatée, la pratique aime mieux éviter les aléas d'une recherche d'intention, et proclame d'emblée l'immobilisation (ex. Civ. 18 oct. 1950, D. 50, 773 ; Civ.[1] 5 mars 1991, D. 91, Somm., 305, *Rép. not.*, 91, 735, pour une bibliothèque [sans les livres] tapissant exactement les murs).

3° La *cessation de l'immobilisation* dépend-elle d'une séparation matérielle ou d'une séparation juridique ? Il a été jugé que des fresques, immeubles par nature, étaient devenues des meubles du seul fait de leur arrachement : Ass. Plén. 15 avr. 1988, *J.C.P.*, 88, 2, 21066, n. critique Barbieri, *R.T.*, 89, 345, n. Zénati. Mais cette affaire, transportée dans un plan international et quasi diplomatique, ne pouvait plus être jugée d'après les critères du droit commun (cf. Montpellier, 18 déc. 1984, D. 85, 208, n. Maury). Req. 17 mars 1931, D. H. 1931, 233, au contraire, avait jugé inopérante une séparation purement matérielle, en déclarant l'a. 2279 inapplicable à un tableau scellé qu'un locataire avait emporté. Mais si l'a. 2279 était inapplicable, c'était parce que le locataire ne pouvait être de bonne foi. Il existe une pratique constante du droit pénal pour traiter comme vol la soustraction frauduleuse d'un immeuble par destination, ce qui serait inconcevable s'il ne reprenait pas alors son caractère mobilier, car le vol ne concerne que les meubles ; v. Crim. 1er juill. 1864, S. 64, 1, 469, D. 64, 1, 322. A l'inverse, on s'est demandé si une séparation juridique des deux biens, résultant de leur aliénation distincte à deux acquéreurs différents, pouvait à elle seule faire cesser

l'immobilisation, quand elle n'était pas appuyée d'une séparation matérielle. L'affirmative a été admise : Civ.[1] 4 juin 1962, *Bull.*, n° 284 ; Aix, 29 déc. 1949, *J.C.P.*, 50, 2, 5571, n. critique Saint-Alary. A une autre occasion, la Cour de cassation, Civ. 27 juin 1944, D.C. 44, 93, tout en rappelant que le rapport de destination ne dépendait pas d'une volonté arbitraire, avait décidé qu'il pouvait cesser indifféremment, soit par séparation matérielle, soit par séparation juridique résultant d'une aliénation. Civ.[1] 7 avr. 1998, D. 98, *I.R.* : l'intention de vendre séparément est sans conséquence tant qu'il n'y a pas séparation effective, mais c'est l'affaire des juges du fond. Difficulté de déterminer le moment précis où cesse l'immobilisation, Civ.[1] 20 juill. 1994, *Rép. not.*, 94, 1316.

c) *Les portefeuilles de valeurs mobilières.* — La gestion de portefeuille pour le compte de tiers est un service commercial offert par des établissements spécialisés ou par des banques *lato sensu* (v. l. 2 juill. 1996 de modernisation des activités financières, a. 4-*d*, qui en organise d'ailleurs le contrôle, a. 19, en y superposant des règles de bonne conduite, a. 64). Mais le développement de la fortune mobilière a fini par faire surgir les portefeuilles d'actions et d'obligations dans le champ du droit civil, dans le contentieux des successions et libéralités notamment. Il a fallu cerner la notion : ex. J.-P. Couturier, D. 92, 379 ; D. Firina, L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières, *R.T.*, 95, 43 ; Libchaber, *Rép. not.*, 97, 65 ; Storck, *J.C.P.*, 98, 2, 10160. C'est, à n'en pas douter, une universalité *de fait* : qu'au-delà des modestes frais de garde, des dettes puissent y être afférentes, pour achat de nouveaux titres, ou pertes de bourse, cela est parfaitement concevable ; néanmoins, il est probable que le portefeuille, pas plus que le fonds de commerce, ne se fera reconnaître comme universalité *de droit*, dotée d'un passif autonome. Dans le périmètre du portefeuille, la subrogation réelle est appelée à jouer, mais, bien souvent, il sera difficile de reconstituer la filiation d'un bien à l'autre. Ce qui avait fait songer à une solution radicale : les valeurs mobilières déposées en compte seraient traitées comme biens consomptibles par le premier usage, et l'ayant droit en usufruit, ainsi investi du pouvoir d'en disposer (a. 587 ; cf. *infra*, n° 97), ne serait tenu à restitution que de la valeur initiale du portefeuille. Mais c'eût été forcer la nature des titres que de leur prêter une sorte de liquidité instantanée : la Cour de cassation, Civ.[1] 4 avr. 1991, *Bull.*, n° 129, Com. 12 juill. 1993, *Rép. not.*, 93, 1469, s'est montrée plus réaliste en récusant la consomptibilité. Que met-elle à la place ? Dans l'affaire qui a donné lieu à Civ.[1] 2 juin 1993, D. 93, 613, n. Martin, *J.C.P.*, 94, 2, 22206, *Rép. not.*, 93, 1, 1274, n. Buffeteau, *R.T.*, 95, 395, n. Zénati, un portefeuille avait été légué à charge d'être plus tard retransmis à un tiers. Quoiqu'il eût fortement changé de composition en quinze ans et en changeant triplé de valeur, la Cour a considéré qu'il était resté identique à lui-même et qu'en conséquence les droits du tiers pouvaient s'exercer sur la consistance finale. La substitution de certains titres à d'autres n'était, explique-t-elle, que le résultat d'une gestion de portefeuille – gestion normale, ajoute-t-elle (est-il anormal, même à la bourse, d'être heureux ?). On remarquera que l'arrêt n'a pas cherché d'appui dans la subrogation réelle : sans doute la preuve des origines eût-elle été ardue – et que l'obligation de transmettre était limitée, par une clause *de residuo*, à ce qui subsisterait du portefeuille à la fin de la gestion : d'où l'on pouvait induire que le légataire pouvait disposer des valeurs aussi librement qu'un propriétaire et n'avait pas de comptes à rendre. La Cour de cassation est intervenue de nouveau, Civ.[1] 12 nov. 1998, D. 99, 167, n. Aynès, *J.C.P.*, 99, 2, 10027, n. S. Piédelièvre ; *R.T.*, 99, 422, n. Zénati. En l'espèce, c'était un héritier nu-propriétaire qui réclamait des comptes à la veuve légataire universelle en usufruit. La Cour lui répond : 1° qu'étant fondé à demander le partage en nue-propriété, il est en droit d'obtenir des informations sur la consistance et la valeur du portefeuille inclus dans l'usufruit ; 2° que, si l'usufruitière est autorisée à gérer cette *universalité* en cédant des titres dans la mesure où ils sont remplacés, elle n'en a pas moins la charge d'en conserver la substance. C'est affirmer que les droits du gérant de portefeuille, qu'il soit propriétaire ou usufruitier, portent non sur les valeurs individuellement considérées, mais sur leur contenant : le portefeuille est un bien par lui-même.

Question qui n'a pas été posée : si les pouvoirs du gérant de portefeuille ne devraient pas être mesurés en fonction de l'orientation imprimée à l'universalité (cf. *supra*, n° 8). Une étude d'octobre 1999 sur la mobilité des portefeuilles, mesurée à la Bourse de Paris, montre que les non-résidents ne conservent leurs titres que trois à quatre mois en moyenne, les actionnaires « institutionnels » un an, les ménages français deux ans neuf mois.

TITRE PREMIER

[67]

Les biens en général

Les biens n'ont de sens que par rapport à l'homme. Le droit n'étudie pas des natures mortes, ni des paysages vides de marmousets.

C'est de l'appropriation dont ils sont susceptibles, que les biens tirent leur essence, des droits individuels dont ils peuvent être l'objet. Une théorie générale des biens doit être avant tout une théorie des *rapports de droit* qui les concernent.

Mais il peut exister aussi des contacts de fait entre l'homme et les biens : point de rapports de droit, mais des *rapports de fait*, qui se situent en dehors du droit, parfois même vont contre le droit, et qui, pourtant, peuvent produire certaines conséquences juridiques. Car le droit est réaliste et laisse, à l'occasion, le fait l'emporter et devenir droit à son tour.

Chapitre I

DES RAPPORTS DE DROIT CONCERNANT LES BIENS

Nous devons considérer ici les droits réels dans ce qu'ils ont de plus général, en faisant abstraction, autant qu'il est possible, de la diversité des biens sur lesquels ils peuvent porter. Le droit réel a déjà été défini dans son opposition à l'obligation, et nous savons aussi qu'il en existe plusieurs sortes, selon que le droit donne à son titulaire plus ou moins part à l'utilité économique du bien (cf. *supra*, n° 38). La *propriété* étant le plus complet des droits réels, son analyse est la plus propre à faire apparaître clairement ce que sont les biens en tant qu'objets de rapports de droit. A partir de là, on pourra ensuite envisager, comme l'intitulé du Livre II du C.C. nous y invite, les *différentes modifications de la propriété*.

Toutefois, cette dernière expression recèle une ambiguïté qui pourrait appeler, en réponse, un dédoublement. Nous y lisons aujourd'hui une allusion aux *modalités du droit de propriété* : de même que l'obligation est susceptible de modalités (le terme, la condition, la solidarité, etc.), le droit de propriété comporterait plus d'une manière d'être. Cependant, il est probable qu'en 1804, le C. Nap. avait attribué aux *modifications* une portée plus vaste, y avait englobé ce que nous appelons maintenant les *démembrements* de la propriété, notamment l'usufruit et les servitudes, qui, en effet, écornent, mutilent, modifient le droit de propriété. Mais, depuis lors, il est devenu habituel de traiter usufruit et servitudes en institutions autonomes. Ce que nous ferons aussi, quoique dans le présent chapitre nous ne retenions des deux institutions que l'*usufruit,* parce qu'il est apte à se greffer comme la propriété sur toute espèce de bien, alors que les servitudes n'ont d'existence que comme accessoires d'immeubles.

Est-ce tout ? Dans le C.C. une autre rubrique attire l'attention par l'idée qu'elle associe à la notion de propriété : *des différentes manières dont on acquiert la propriété.* C'est l'intitulé même du livre III, suggérant l'idée que la propriété n'est pas un rapport statique, un tête-à-tête du propriétaire avec sa chose, qu'elle vient d'un autre et pourra donc passer à un autre, que la circulation est de son essence. Sans doute, chaque manière d'acquérir distinctement envisagée – que ce soit par succession *ab intestat* ou testament, par contrat (aux mille combinaisons) ou par prescription acquisitive – chaque type de transmission a son régime propre, qui relève d'un autre esprit que le droit des biens. Il n'en existe pas moins une théorie générale des manières d'acquérir, qui parachève le droit de la propriété : c'est un peu comme si lui était remis son passeport.

1 / La propriété

La propriété sera étudiée, pour l'instant, de la manière la plus théorique, la plus dépouillée. Ce n'est pas plus la propriété des immeubles que celle des meubles. C'est la propriété en soi, et la propriété *pure et simple*, sans avoir égard aux modalités par lesquelles on conçoit qu'un droit réel puisse être remanié (ex. propriété conditionnelle, copropriété).

Le C.C., dans son a. 544, a donné de la propriété une définition célèbre qui mérite d'être commentée de près, à la façon analytique dont les glossateurs et postglossateurs étudièrent certains textes du Digeste. La formule légale est en deux parties : la notion même du *droit de propriété* et (la césure étant placée juste avant « pourvu que ») les *restrictions à ce droit.*

[68] 1 | LE DROIT DE PROPRIÉTÉ

La propriété[a)] est le droit[b)] de[c)] jouir[d)] et disposer[e)] des choses[f)] de la manière[g)] la plus[h)] absolue[i)].

GLOSE

a) Le droit romain classique l'appelait *dominium*, et les jurisconsultes de notre Ancien Droit, le domaine. Le *dominium* (de *dominus*, maître) évoquait la maîtrise du propriétaire (plus lointainement, le pouvoir du chef de famille dans la *domus*, ce qui revêtait la propriété d'une nuance familiale). *Proprietas*, qui apparaît dans le droit romano-byzantin, suggère plutôt l'idée d'une appartenance personnelle, *excluant* de la chose tous les autres individus (1) : propre est l'antithèse de commun.

b) Le droit s'oppose au fait, qui est la possession (v. *infra*, n° 189). En même temps, la propriété est affirmée comme un droit subjectif, individuel (2), un droit de l'homme et du citoyen (cf. Déclaration de 1789, a. 17).

c) Le texte annonce ici le contenu du droit, les attributs qu'il comporte. Mais ils vont être énumérés incomplètement. Selon une trilogie classique des romanistes, la propriété devait s'analyser comme *jus utendi, fruendi, abutendi*, elle était le faisceau de trois attributs : *usus, fructus, abusus*. Or, le premier terme, l'*usus*, a été omis par l'a. 544 (peut-être parce qu'il a semblé virtuellement contenu dans *jouir*) (3). L'*usus* (l'usage) désigne cette sorte de jouissance qui consiste à retirer personnellement – individuellement ou par sa famille – l'utilité (ou le plaisir) que peut procurer par elle-même une chose non productive ou non exploitée (habiter sa maison, porter ses bijoux, c'est en user).

d) C'est le *fructus*, la jouissance, le droit de percevoir les revenus du bien (cf. *supra*, n° 60), soit par des actes matériels de jouissance (le propriétaire pratique le faire-valoir direct, recueille lui-même les fruits naturels ou industriels), soit par des actes juridiques (il perçoit des fruits civils, en donnant son bien à loyer ou à ferme). Le droit de *ne pas jouir* du bien, de le laisser inexploré, doit aussi être compris dans l'expression.

e) C'est la traduction de l'*abusus* (4). Le propriétaire peut disposer de la chose, soit par des actes matériels, en la consommant (si elle est consomptible par le premier usage), en la détruisant (progressivement, quand il en tire des produits, cf. *supra*, n° 52 ; ou même d'un seul coup), soit par des actes juridiques, en l'aliénant. Au sens strict du terme, le droit de disposer, c'est celui d'*aliéner* (cf. a. 537). La pleine aliénabilité, cessibilité, transmissibilité du bien est un attribut capital de la propriété. Il peut sans doute exister des propriétés inaliénables, mais cette inaliénabilité n'est jamais

POST-GLOSE

(1) On critique toujours la définition de l'a. 544 comme incomplète, parce qu'elle ne mentionnerait pas l'*exclusivité* comme caractère essentiel de la propriété, à côté de l'absolutisme. A la vérité, ce trait est impliqué dans le mot même de la propriété.

(2) La définition a pris par là une résonance idéologique. En affirmant que la propriété est un droit, le C.C., en harmonie avec son individualisme fondamental, nie implicitement qu'elle soit une fonction. De nos jours, au contraire, des auteurs (Duguit et son école), préoccupés de socialiser le droit civil, voudraient que la propriété fût définie comme une fonction sociale, non comme un droit individuel : le propriétaire aurait avant tout le devoir (et, pour être en mesure de remplir ce devoir, le pouvoir) d'employer sa chose à la satisfaction des besoins humains.

(3) L'omission est d'autant plus sensible que l'*usus* est, de nos jours, l'attribut le plus respecté de la propriété : le propriétaire d'un immeuble à usage d'habitation, s'il l'a donné en location, est le plus souvent obligé de supporter, même après l'expiration du bail, le maintien de l'occupant dans les lieux ; mais il recouvrera la plénitude des prérogatives de la propriété s'il entend reprendre l'immeuble pour l'habiter personnellement ou le faire habiter par sa famille (l. 1er sept. 1948, a. 18).

(4) Mais le C.C. n'a pas dit *abuser* : même en 1804, le mot eût mal sonné.

entière, ni perpétuelle. Ici encore, l'aspect négatif du droit doit être compris dans la formule positive : refuser d'aliéner le bien, c'est également une façon d'en disposer (arg. a. 545).

f) En reliant *choses* à *droit*, on fait apparaître la propriété comme un *jus in rebus*, un droit réel (le plus plein, le plus complet des droits réels), on souligne le contact direct du propriétaire avec son bien (1).

g) Dire de quelle manière s'exerce le droit de propriété, c'est énoncer les *caractères* mêmes de ce droit. Mais on observe ordinairement que l'énonciation est incomplète (à moins d'admettre que le caractère absolu englobe les autres caractères) : l'a. 544 aurait dû préciser que le droit de propriété est exclusif (cf. *supra*, *a*) et *perpétuel*, aussi bien qu'absolu. La perpétuité du droit de propriété doit être entendue dans un sens juridique (2) ; elle signifie que le droit a ici vocation à durer autant que son objet. 1° La propriété n'est pas limitée à la vie du titulaire, en quoi elle se distingue de l'usufruit, en même temps qu'elle affirme son caractère héréditaire et, partant, familial. 2° Elle ne s'éteint pas par le non-usage (v. *infra*, n° 77), à la différence des droits réels qui se sont détachés d'elle par démembrement (usufruit, servitudes).

h) Superlatif remarquable : en logique pure, l'absolu ne saurait avoir de degrés. Mais le législateur a voulu marquer le *nec plus ultra* des prérogatives du propriétaire (3).

i) C'est le mot le plus éclatant de toute la définition. Peut-être aurait-on pu l'entendre d'une façon purement *technique*, comme marquant simplement la place de la propriété dans la gamme des droits réels. Elle est le plus complet des droits réels : un propriétaire peut tout faire, sauf ce qui lui est interdit ; le titulaire de n'importe quel autre droit réel ne peut faire que ce qui lui est spécialement accordé (cf. la définition de l'usufruit, a. 578). Mais c'est l'accent *politique* qui a été retenu (4). Chaque citoyen monarque absolu dans sa maison, tout Français devenu Louis XIV, n'est-ce pas la Révolution ? « Absolue » est couramment traduit par *illimitée*. Le C.C., conformément à son idéologie libérale et individualiste, a voulu proclamer comme un principe que le propriétaire n'est, dans l'exercice de son droit, sujet à aucune restriction, d'où qu'elle

(1) Peut-être faut-il apercevoir aussi dans cette mention des *choses*, qui ne convient exactement qu'aux *biens corporels*, l'idée qu'il ne peut y avoir de véritable propriété d'un bien incorporel. Se dire propriétaire d'une créance, d'une part sociale, d'un patrimoine, n'est pas d'une langue juridique correcte ; on en est titulaire, non pas propriétaire, parce que ce sont des droits, non des choses. On en est venu, cependant, à admettre l'existence de *propriétés incorporelles* (v. *infra*, n° 250).

(2) Non pas dans le sens vulgaire : les propriétés, comme les civilisations, sont mortelles, constamment menacées du dedans (dégradation des sols, destruction lente des immeubles bâtis, fragilité des meubles, etc.) et du dehors, par les forces sociales.

(3) Le mot aurait pu prendre aussi, à notre époque, depuis que s'est constituée la théorie générale de l'abus des droits, une acception précise : un droit absolu, ne serait-ce pas ce que l'on appelle, dans cette théorie, un *droit discrétionnaire* (cf. Introduction, n° 183), c'est-à-dire insusceptible d'abus ? Mais, justement, c'est pour le droit de propriété que la théorie de l'abus des droits a trouvé son application la plus remarquable (v. *infra*, n° 167).

(4) L'a. 544 est ainsi apparu aux auteurs libéraux du XIX^e^ s. comme une des colonnes de l'ordre social ; et aux socialistes, plus simplement aux adeptes du positivisme sociologique (ex. Duguit), comme la survivance d'une représentation irrationnelle et quasi magique de la propriété, notre *absolu* ne faisant que prolonger les *tabous* dont avait dû se former, dans la Rome primitive, le *dominium ex jure Quiritium*.

vienne, ni des autres particuliers, propriétaires ou non, ni même de l'État (1). Il semble, d'ailleurs, inutile et même un peu contradictoire de commencer par dire que la propriété ne comporte pas de limites alors qu'il va être dit, dans la suite de l'article, qu'elle peut en comporter (la propriété permet de tout faire sur la chose... pourvu que ce ne soit pas prohibé). Le texte peut pourtant avoir une portée pratique, s'il signifie qu'une loi ou un règlement est nécessaire pour apporter des limitations à la propriété (v. *infra*, *n*).

(1) De l'absolu, dans l'a. 544, l'histoire propose une explication un peu différente. La Révolution a aboli le régime féodal, la décomposition du domaine, en domaine éminent et domaine utile. La présence du domaine éminent entravait l'exercice des droits du propriétaire utile : c'est la propriété utile que C.C. proclame absolue, *absoluta*, déliée du domaine éminent. D'autre part, la Révolution a nationalisé les propriétés de l'Église et des émigrés ; et elle les a vendues comme biens nationaux à une foule d'acquéreurs, destinés à devenir les soutiens du nouvel ordre politique. On sait combien cette question des biens nationaux a pesé sur les événements et sur les opinions pendant tout le premier tiers du XIX^e^ s. L'a. 544 prend les propriétés telles qu'il les trouve au sortir de la Révolution ; ce sont les propriétés *actuelles* qu'il consacre, sans permettre d'en rechercher les sources, ce qui a une immense portée en 1804. « De la manière la plus absolue », cela signifiait pour les acquéreurs de biens nationaux « sans être inquiétés », et l'a. 544 devait être leur titre contre les revendications des anciens propriétaires. Seul l'oubli du passé a pu faire juger réactionnaire ce texte qui reste toujours disponible pour couvrir les nécessaires spoliations de l'histoire.

[69] 2 | LES RESTRICTIONS AU DROIT DE PROPRIÉTÉ

Pourvu[j] qu'on n'en fasse pas[k] un usage[l] prohibé[m] par les lois[n] ou par les règlements[o].

GLOSE

j) Le mot annonce des restrictions et même, semble-t-il, des *conditions* au droit de propriété. Que se passera-t-il si ces conditions ne sont pas observées ? La sanction ne sera pas la déchéance totale du propriétaire, mais l'exercice du droit de propriété ne sera plus protégé, il n'y aura plus de droit : la responsabilité du propriétaire sera donc engagée s'il cause ainsi un dommage à autrui ; peut-être même l'acte pourra-t-il être empêché.

k) La formule paraît n'imposer au propriétaire que l'obligation de *ne pas faire* un certain usage de son droit ; il arrive aussi, pourtant, que la loi l'oblige à *faire* des actes positifs, et notamment à céder son bien (a. 545).

l) Le mot est pris ici dans un sens large : ce n'est pas seulement l'*usus* qui est limité, mais aussi le *fructus* et l'*abusus*, et à la fois sous leur aspect positif et négatif (cette partie de l'a. 544 a sa suite logique dans l'a. 545, qui limite précisément le droit de ne pas disposer).

m) Prohibé expressément. Mais implicitement ? Si les lois fiscales sont d'interprétation littérale, on en a parfois donné cette raison que les propriétés, étant libres, ne peuvent être grevées d'impôts par analogie.

n) Est loi, au sens *matériel*, toute règle de droit générale et permanente (v. Introduction, n° 5). En exigeant des lois pour limiter le droit de propriété (cf. a. 537), l'a. 544 veut sans doute exclure les limitations qui ne résulteraient que de décisions individuelles. Fût-ce au nom de l'intérêt collectif, l'autorité étatique ne peut s'arroger le pouvoir de restreindre les droits d'un propriétaire en particulier, elle ne peut les restreindre que par application d'une règle, dont la généralité et la permanence seront une garantie contre l'arbitraire. Au sens *formel*, est loi toute disposition élaborée par l'organe constitutionnellement désigné comme législateur ; dans les constitutions modernes, toute disposition votée par le Parlement, expression de la volonté nationale. Le pouvoir législatif s'oppose, en ce sens, au pouvoir réglementaire. Mais il ne servirait à rien de les opposer ici, car les règlements sont, par la suite du texte, mis sur le même pied que les lois, comme ayant une égale force pour limiter la propriété (1).

o) Ce sont des textes édictés par l'autorité administrative, décrets ou arrêtés (2). Ils doivent statuer par voie générale. Mais, sous cette réserve, il est admis que l'Administration, pour remplir sa mission de police, a le pouvoir d'apporter d'elle-même des restrictions à l'exercice du droit de propriété (3). Ces restrictions réglementaires sont particulièrement nombreuses quant à la propriété des immeubles.

POST-GLOSE

(1) La loi doit-elle être opposée ici à la coutume ? C'est peu probable : il existe des restrictions coutumières au droit de propriété, et les solutions que la jurisprudence a admises au nom de la théorie de l'abus des droits trouveraient peut-être là leur meilleure explication. On pourrait même se demander, tout à l'inverse, si le pluriel employé par le texte n'a pas eu pour but d'inclure la loi naturelle, voire la loi morale, à côté de la loi civile. La définition du C.C. évoque celle de Pothier (*Traité du domaine de propriété*, n^{os} 4 et 14) : le droit de disposer à son gré d'une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui ni aux lois. Or, Pothier, parmi les exemples qu'il donnait des restrictions résultant des lois, se référait expressément à la loi naturelle qui lui paraissait condamner l'usage fait par les accapareurs, en temps de disette, de leur droit de propriété.

(2) L'a. 34 de la Constitution de 1958 a, du reste, consacré cette compétence du pouvoir réglementaire, peut-être même l'a-t-il étendue, en ne réservant à la loi que les *principes fondamentaux* du régime de la propriété. Il est probable que les auteurs du C.C. envisageaient sous cette expression de règlements, non pas une législation subsidiaire aussi considérable et diverse que celle qui s'est développée sur le sujet depuis cent ans, mais un petit nombre de règlements de police codifiant des usages locaux, notamment dans les rapports de voisinage (v. a. 663, 674 ; cf. a. 645) – peut-être même uniquement des règlements de l'Ancien Régime, maintenus en vigueur par cette approbation.

(3) Aussi conçoit-on que la formule du C.C. ait suscité les craintes des libéraux ; craintes qui n'étaient pas vaines au début du XIX^{e} s., à une époque où le contrôle du Conseil d'État sur le pouvoir réglementaire de l'Administration était loin d'être établi.

[70] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Picard, n^{os} 211 s. ; Beudant-Voirin, n^{os} 257 s. Cf. Paul Coste-Floret, *Nature juridique du droit de propriété d'après le C.C. et depuis le C.C.*, Th. Montpellier, 1935 (on pouvait déjà y discerner le programme des catholiques sociaux, le M.R.P. des années 1940-1950) ; R. Vulcain, *Essai sur le concept de propriété*, Th. Paris I, 1980 ; et l'ensemble de *Droits*, 1985 (1), « Destin du droit de propriété » (bibliographie étendue, p. 107), et de *Droits*, 1995 (22), « Souveraineté et propriété ».

HISTOIRE

V. R. Gonnard, *La propriété dans la doctrine et dans l'histoire*, 1943, dans un esprit apologétique ; dans un autre esprit, Kruse, *The Right of Property*, 1939-1953 ; L. Jansse, *La propriété, Le régime des biens dans les civilisations occidentales*, 1953. Cf. J.-Ph. Lévy, *Histoire de la propriété* (coll. « Que sais-je ? ») ; Terré, L'évolution du droit de propriété depuis le C.C., *Droits*, 1985, 33 ; J. Attali, *Histoire* (philosophique) *de la propriété*, 1988 (la propriété comme un désir d'éternité, notamment à travers l'héritage) ; F. Dagognet, *Philosophie de la propriété, l'avoir*, 1992.

a) Droit romain. — V. A.-M. Patault, Réflexions sur les limitations du droit de propriété à Rome jusqu'à la fin de la République, *R.H.D.*, 77, 239 s. ; cf. R. Besnier, De la loi des XII Tables à la législation de l'après-guerre ; observations sur les vicissitudes de la notion romaine de propriété, *Annales d'histoire économique et sociale*, 1937, 321 s., qui souligne, en particulier, le caractère minoritaire du *dominium ex jure Quiritium*, à l'époque classique, et l'importance pratique des modes empiriques de propriété (propriété pérégrine, provinciale, prétorienne) qui correspondraient déjà à une notion inavouée de la propriété-fonction sociale et économique. La compilation de Justinien a joué, ici comme ailleurs, son rôle de pourvoyeuse d'idées, malgré l'absence d'un titre spécial consacré à la propriété. Nous lui devons la définition technique de la propriété comme *plena in re potestas* (Inst., 2, 4, 4), qui de la plénitude devait facilement conduire à l'absolu. Mais les romanistes du Moyen Age nous ont légué la formule : *Jus utendi et abutendi, quatenus juris ratio patitur*, origine de toutes les définitions balancées et peut-être, à travers Pothier, de notre a. 544. Et la théorie de la propriété-fonction sociale pourrait chercher ses titres dans Inst. 1, 8, 2 : *Expedit reipublicae ne sua re quis male utatur*.

b) Ancien droit. — C'est presque toujours l'histoire de la propriété *foncière* qui est étudiée, non pas celle de la propriété mobilière, ni la conception générale de la propriété. Pothier, dans son *Traité du droit de domaine de propriété*, s'étend beaucoup moins sur l'institution elle-même (n^{os} 1-18) que sur les modes d'acquérir et sur la revendication ; ce qu'il en dit reste, cependant, intéressant. Cf. Piret, *Rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière*, 1937. Vue différente chez M.-F. Renoux-Zagamé, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, 1987 : le concept ne doit rien au droit romain ; il a ses racines dans la théologie catholique – surtout celle de la Seconde scolastique (ex. Vitoria) – d'où elle est passée dans l'École moderne (surtout protestante) du droit naturel (ex. Grotius, Pufendorf, Locke) ; mais, au passage, ce qui était un droit concédé par Dieu est devenu, sur le

mode individualiste, un droit fondé dans la nature humaine, un *droit de l'homme* (1789 n'est pas loin).

c) Droit révolutionnaire. — V. Garaud, *La Révolution et la propriété foncière*, 1959 ; Brancourt, La propriété face à la révolution, *Hommage Besnier*, 1980, 67 ; et les Colloques du Bicentenaire, *La Révolution et l'ordre juridique privé*, Orléans, 1988 (spéc. F. Gauthier, I, 161 ; A. Lefebvre-Teilhard, 761) ; *Propriété et Révolution*, Toulouse, 1989 [C.N.R.S., 1991] ; Farjat *et al.*, *Liberté et droit économique* (La propriété garantie des libertés, 63), Bruxelles, 1992. Il a longtemps été classique d'observer que la Révolution française avait été une révolution politique et non sociale, qu'elle s'était faite dans le respect de la propriété (Décl. des Droits de 1789, a. 17 : droit inviolable et *sacré*) et au profit de la bourgeoisie propriétaire. Toutefois, elle a supprimé les droits féodaux, qui étaient considérés comme une propriété, nationalisé les biens d'Église, confisqué les biens d'émigrés, et des historiens comme Jaurès et Albert Mathiez ont décelé en elle, surtout pour la période robespierriste, des courants socialistes dont on ne sait jusqu'où ils auraient été sans la réaction de Thermidor. Significatives à cet égard, les *Institutions républicaines* de Saint-Just : « Il ne faut ni riches ni pauvres. » L'idéal était la petite propriété (rurale surtout), telle que l'avait rêvée Jean-Jacques. Et il y avait eu des débuts de réalisation. La vente des biens nationaux (biens de l'Église, biens confisqués sur les émigrés) devait, d'intention, permettre à une paysannerie modeste d'accéder par lots à la propriété. Le régime d'égalité absolue introduit par les lois de brumaire et nivose an II sur les successions devait, si les couples se laissaient aller à avoir une nombreuse descendance, conduire doucement à un morcellement des patrimoines.

Au reste, il suffisait d'inscrire l'égalité parmi les principes de la société nouvelle pour introduire le ver dans le fruit de la propriété. On a beau dire qu'il s'agit de l'égalité de droit, de l'égalité du départ et que c'est assez si l'on donne à chacun sa chance (argument pour un peuple de beaux joueurs). L'égalité théorique risque de paraître une dérision sans l'égalité de fait ; or, la propriété individuelle tend à perpétuer les inégalités de fait.

d) Code civil. — Quoiqu'il ait été souvent représenté comme ayant porté au paroxysme la conception philosophique, subjective et unificatrice, du droit de propriété, on y a subtilement décelé (P. Grossi, *Quaderni fiorentini*, 1976-1977, p. 216 s.) des traces de la conception médiévale, qui décomposait le bien en ses multiples utilités, plutôt que de le définir par une essence : ex. dans la rubrique du livre II, des *différentes modifications* de la propriété ; dans l'a. 544 lui-même, la distinction (non romaine) de deux droits différents (jouir, disposer). Cf. Niort, *Arch.*, 92, 106 : si l'esprit du C. Nap. relève du libéralisme économique, c'est avec bien des nuances.

Il est possible que le droit de propriété se soit durci dans la première moitié du XIX^e^ s., – même peut-être par une volonté délibérée de la bourgeoisie au pouvoir que comme une conséquence des nouveaux principes de légalité stricte, qui firent disparaître bien des tempéraments équitables connus de l'Ancien Droit. Peut-on, cependant, parler d'un durcissement du droit de propriété, alors que la répression pénale des délits contre la propriété (vol, maraudage) allait en s'adoucissant ? C'est, au contraire, une évolution très souvent décrite que celle du droit de propriété après 1880 : si l'on met bout à bout tous les textes intervenus depuis lors, et spécialement après les deux guerres mondiales, la ligne générale qui se dessine est, à n'en pas douter, la limitation croissante des prérogatives du propriétaire. Il y aurait, toutefois, beaucoup à dire sur la portée du phénomène en

profondeur : il se peut que la gêne soit surtout pour la petite et moyenne propriété, ne serait-ce que parce que la grande dispose d'un personnel de juristes.

e) Christianisme et propriété. — Condamner les abus du droit de propriété pour mieux approuver les législations qui déjà y apportaient des restrictions en vue du bien commun, c'était, en 1891, l'esprit du pape Léon XIII dans son encyclique *Rerum novarum*. Jean-Paul II a commémoré *Rerum novarum* en 1991 par une nouvelle encyclique, *Centesimus annus*, sur le même sujet. C'est au fond la même position : ni socialisme ni capitalisme – avec cette fois l'accent fortement mis sur le risque d'immoralité couru par les sociétés capitalistes (cf., à partir d'encycliques antérieures, C. Nême, La pensée économique de Jean-Paul II, *Mélanges A. Breton et F. Derrida*, 1991, p. 285 ; la conclusion de l'article est que cette pensée reste, pour une part, assez préscientifique). Entre les deux guerres, la philosophie personnaliste avait eu l'espoir de donner un fondement très chrétien à la propriété privée (si tant est que le christianisme soit un humanisme), en la présentant comme une perfection, qui ne saurait être illimitée, de la personnalité humaine, comme un des moyens de la liberté (v. Emmanuel Mounier, *De la propriété capitaliste à la propriété humaine*, 1936). Mais, par la suite, surtout après 1968, on a vu, dans le catholicisme, rougeoyer des idées plus radicales, y compris en Amérique latine la théologie de la libération. Bien entendu, la Bible est là, avec ses textes *antipropriétaires* : le dialogue avec le jeune homme riche (Matt. 19 : 16 s ; mais si le Christ l'exhorte à distribuer ses biens aux pauvres, il n'édicte point de loi pour les lui enlever) ; la communauté de biens des temps apostoliques (Actes des Apôtres, 4 : 32 s. ; mais c'était une veillée de fin du monde). Le Décalogue n'a pas procédé par une proclamation positive du droit de propriété : c'est négativement sous la forme d'une prohibition, d'une condamnation prononcée contre le vol et la convoitise, que la propriété entre dans la Loi, comme s'il fallait voir en elle avant tout une cause de transgressions. En 1953 (dans leur revue *Sources*), les Dominicains avaient lancé une enquête, La propriété est-elle un péché ? au grand scandale de Ripert (*Les forces créatrices du droit*, 1955, n° 66). Peut-être appelaient-ils une réponse affirmative. Pourtant, la propriété est une trop bonne chose pour être un péché en soi. Ce qui est vrai, c'est qu'elle peut en devenir l'occasion, pour les non-propriétaires comme pour les propriétaires indivisiblement. Le mieux est d'en user sobrement, comme n'en usant pas (I Cor, 7 : 30).

[71] SOCIOLOGIE

F. Terré, Esquisse d'une sociologie du droit de propriété, *Annales Fac. droit Lille*, 1966, 417.

Beaucoup de recherches ont porté sur les sociétés dites primitives. V. Rouland, *Anthropologie juridique*, 1988, n^os^ 149 s. (les relations foncières, spécificité de la pensée africaine) et n° 174 (bibliographie) ; cf. R. Verdier, Les problèmes de la propriété privée et collective chez les peuples primitifs, *Études de droit contemporain*, 1963, p. 105 ; E. Le Roy, *Le droit de la terre en Afrique*, 1971. Deux directions peuvent en être retenues par le juriste : 1° *Le lien entre la propriété et la personne* (ex. Westrup, Quelques remarques sur la propriété primitive devant l'histoire comparative, *R.H.D.*, 1933, 223 s., spécialement p. 229 s. ; Leenhardt, Propriété et personne dans les sociétés archaïques, *Journal de psychologie*, 1952, p. 278 s.) : c'est un lien mystique, une participation, l'objet possédé participe de la nature de celui qui le possède. Il serait tentant

– mais hâtif – de conclure à une justification sociologique de ceux qui, aujourd'hui, défendent la propriété individuelle, comme un irremplaçable prolongement de la personnalité. 2° *L'antériorité de la propriété collective à la propriété individuelle.* Le Belge E. de Laveleye (*De la propriété et de ses formes primitives*, 4e éd., 1891) a ainsi reconstitué, pour la propriété *foncière*, un schéma d'évolution qui reste classique, bien que, sur plusieurs points, il ait pu être contesté : de la communauté de clan (où est pratiqué le communisme) à la communauté de village (avec partages périodiques des terres comme dans le *mir* russe), de la communauté de village à la communauté familiale indivise (la *zadrouga* des Slaves du Sud), de celle-ci enfin à la famille restreinte et à la propriété individuelle (dans les sociétés occidentales du XIXe s.), suivant un processus d'individualisation qui aurait accompagné le passage de la culture extensive à la culture intensive. Si la propriété individuelle a été un progrès, il ne s'ensuit pas, d'ailleurs, que le socialisme de l'époque industrielle soit une régression (car il est autre chose que le collectivisme des communautés agraires). Au contraire, la description de l'évolution sociologique a beaucoup servi la propagande des idées socialistes, en donnant à penser que, si la propriété individuelle avait eu un commencement, elle aurait nécessairement une fin. C'était bien le sens de la démonstration d'Engels (*L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'État*, 1884), quand il avait présenté comme une donnée scientifique l'hypothèse du communisme primitif (que l'on aurait pu rencontrer avant lui dans l'École du droit naturel, mais à titre d'hypothèse philosophique, et aussi chez les Saint-Simoniens).

On peut regretter que le phénomène de l'appropriation (observé pour certains animaux ; ex. prise de possession d'une aire en vue de la pariade ; cf. Julian Huxley, *L'homme, cet être unique*, trad. fr., 1949, p. 250 s.) n'ait pas davantage été étudié chez l'enfant, ce primitif de notre race : tant d'études sur l'enfant voleur et si peu sur l'enfant victime d'un vol (« ce chien est à moi, disaient ces pauvres enfants »). Ce que l'on a surtout noté, c'est l'éveil graduel du sentiment de la possession personnelle dans la première enfance (au cours de la deuxième année ; v. Carmichaël, *Manuel de psychologie de l'enfant*, trad. fr., 1952, I, p. 477 ; cf. Gesell et Ilg, *L'enfant de cinq à dix ans*, trad. fr., 1967, 439 s. ; en sens contraire, R. Maublanc, *Journ. psycho. normale et pathologique*, 1938 (XXV), 245 s.).

En ce sens, il y aurait un instinct de la propriété, même si nous devons constater que, dans nos sociétés, cet instinct est parfois attisé par les *incitations* du Pouvoir (cf. Martine Barré, *L'accession à la propriété d'une maison individuelle, étude sociojuridique du contrat*, 1986, spéc. sur le modèle et l'idéologie pavillonnaires ; Capdevielle, *Le fétichisme du patrimoine*, 1986, sur la fascination exercée en général par l'accession à la propriété). Il n'est pas, d'ailleurs, sans danger pour le droit de propriété de chercher ses titres dans l'instinct ; car si l'amour de l'homme pour les choses (morbidement, son « fétichisme ») a une forme positive, qui est l'instinct d'appropriation, il a aussi une forme négative, non moins violente, qui est l'instinct de spoliation ou – pour parler vulgairement – l'envie. Spinoza (*Éthique*, Partie III, prop. 32) en a donné une démonstration affreusement géométrique : par cela seul que nous imaginons que quelqu'un tire d'une chose de la joie, nous aimerons cette chose et désirerons en tirer de la joie ; mais, par hypothèse, nous imaginons que l'obstacle à notre joie vient de la joie du possesseur ; nous ferons donc effort pour qu'il n'en ait plus la possession. Depuis lors, la psychanalyse a cru découvrir l'importance des jalousies, venues de l'enfance, dans le comportement humain.

C'est, en tout cas, une loi – ou presque – de psychologie sociale que l'attachement à la propriété n'est pas proportionnel à la dimension de celle-ci, qu'il est aussi intense, sinon plus, sur une petite propriété que sur une grande (cf. B. Kayser, *L'amour des maisons*, 1987, une anthologie de ce rêve de toutes les époques). Ce n'est pas une raison pour le tourner en ridicule (v. Lalive d'Épinay, L'esprit totalitaire chez les petits possédants, *Cahiers internationaux de sociologie*, 1986 [LXXXI], 325).

[72] ÉCONOMIE POLITIQUE

V. B. A. Ackerman, *The Economic Foundations of Property Law*, 1975.

Le droit a longtemps demandé à l'économie politique des arguments pour justifier la propriété individuelle. En France, les économistes libéraux ne lui ont jamais refusé cette satisfaction : la propriété individuelle accroît la production, parce que l'incitation de l'intérêt personnel élimine la paresse et le gaspillage. Ex. J.-B. Say, *Traité d'économie politique*, liv. 1, chap. 14 (important par sa date, 1803, proche du C.C.) ; Cauwès, *Cours d'économie politique*, 3e éd., 1893, I, nos 168 s. (en Angleterre, un libéral comme Stuart Mill avait beaucoup plus de nuances et de doutes, insistait plus sur les bienfaits moraux que sur les avantages économiques de l'institution, *Principes d'économie politique*, 1848, liv. 2, chap. VII). L'ouvrage de Landry (*De l'utilité sociale de la propriété individuelle*, 1901) avait (malgré son titre) mis en question l'idée reçue que la propriété individuelle serait la plus conforme à l'intérêt général. Les idées socialistes se sont depuis lors largement répandues, et il est devenu banal chez leurs partisans de dénoncer l'appropriation privée comme une cause de malthusianisme économique, comme un frein à l'abondance. Mais d'autres disent : allez-y voir (cf. J. Rueff, *L'ordre social*, 1948), et le fait est que ceux qui y étaient allés en sont bien revenus (v. cep. Laptev, La propriété en économie socialiste, in *Liberté et droit économique*, Bruxelles, 1992, p. 57). L'utile est encore plus incertain que le juste. A la place des discussions théoriques sur le droit de propriété, importeraient des informations sur la manière dont les propriétés se font et se défont (cf. *Flexible droit*, 1998, p. 321).

POLITIQUE LÉGISLATIVE

[73] a) *Définition du droit de propriété.* — Il est probable que, dans une revision du C.C. qui aurait lieu aujourd'hui, même si l'on ne croyait pas devoir ajouter la notion de fonction sociale à la *définition de la propriété* (ce qui serait assez inutile ; v. *infra*, Théorie juridique), on ne se tiendrait pas d'en faire disparaître toute allusion à l'absolu. Le C.C. It. de 1942 (a. 832) propose le modèle suivant : le propriétaire a le droit de jouir et disposer des choses *de manière pleine et exclusive*, dans les limites et sous l'observation des obligations établies par l'ordonnancement juridique. C'est encore très énergique. La formule du C.C.S. (a. 641), plus sobre, serait, sans doute, jugée suffisante : « Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi ; il peut la revendiquer contre quiconque la détient sans droit et repousser toute usurpation. » A un mot près, semble-t-il (*librement*, qui a, il est vrai, son prix), le C.C. tchécoslovaque de 1950, C.C. d'une société alors en marche délibérée vers le socialisme, avait pu s'en accommoder (a. 107). C'est qu'il est moins important de limiter le droit subjectif que de délimiter les biens sur lesquels il sera admis à

s'exercer. Chez nous, le premier projet de Constitution de 1946 (a. 35) avait peut-être saisi le dualisme essentiel d'une définition de la propriété individuelle en régime socialiste (protection énergique du droit lui-même, mais limitation de ses objets possibles) : « La propriété est le droit *inviolable* d'user, de jouir et de disposer des *biens garantis à chacun par la loi.* »

On rencontrait dans les C.C. d'inspiration soviétique avant « Perestroïka » une délimitation des différents secteurs de propriété : propriété socialiste, propriété personnelle ; éventuellement, entre les deux, propriété privée (propriété transitoirement maintenue aux particuliers de certains moyens de production). Ex. U.R.S.S., C.C. de 1923, a. 22, et Fondements de la législation civile de 1961, a. 25 ; Tchécoslovaquie, C.C., a. 100 s. ; Hongrie, C.C. de 1959, a. 88 s. ; Pologne, C.C. de 1964, a. 126 s. (cf. Stoyanovitch, *Le régime de la propriété en U.R.S.S.*, 1962 ; Jonesco, Les types et les formes de la propriété en droit socialiste, *R.I.D.C.*, 1969, 499). Des théoriciens soviétiques réduisaient la portée pratique de la propriété personnelle, en la présentant comme un simple dérivé de la propriété socialiste : elle n'aurait été qu'une fraction du revenu national répartie entre les citoyens pour la satisfaction de leurs besoins matériels ou psychologiques.

En droit français, on pouvait déjà parler après 1946 d'un double secteur de propriété, et on a pu en parler plus fortement encore dans l'épisode 81-85 avec la nouvelle vague de nationalisations : propriété privée et propriété socialiste, celle-ci constituée par les biens de l'État, des collectivités publiques, des entreprises nationalisées. Mais il ne faut pas croire qu'un retour périodique aux intentions libérales aux éloges du marché (1960-1980, 1986, 1991...) suffit à faire s'évanouir la dualité. Le libéralisme économique à la française n'exclut ni la passion d'intervenir ni le goût de réglementer. Même les reflux, les réactions, les privatisations (deux séries, l. 6 août 1986, 19 juill. 1993) témoignent, dans leurs techniques, de la répugnance des grands et des gros à se dessaisir de leur pouvoir entre les mains des gens de peu, citoyens/actionnaires (cf. D. Carreau et R. Treuhold, D. 93, chr. 231). Le colbertisme est l'alternance française au socialisme. Aussi faut-il descendre jusqu'à des biens économiquement secondaires ou qui se prêtent à la clandestinité, voire au non-droit (l'or, les œuvres d'art), pour découvrir un secteur où le principe de l'a. 544 puisse jouer à plein sans que l'exception jette sur lui son ombre : l'immobilier est un tissu de textes, le financier, à travers les banques (dépôt obligatoire des titres au porteur, obligation du paiement par chèque, par ex.), est suivi *à la trace* par l'État.

[74] b) *Maintien ou abolition de la propriété privée.* — C'est une question qui dépasse infiniment les juristes. Elle n'est, du reste, jamais posée à l'heure actuelle, que sous une forme limitée : maintien ou abolition de la propriété privée des *instruments de production* (parmi lesquels il faut comprendre la terre). Cette abolition avait été accomplie, à quelques exceptions près, dans le droit soviétique, et l'exemple a exercé ailleurs, sur les non-propriétaires, une attraction bien connue. A tout le monde, ce sont peut-être les transitions qui font le plus peur : la propriété, c'est avant tout des habitudes.

c) *Dimensions de la propriété.* — Qu'il y avait des châteaux et des chaumières, le législateur, en 1804, ne pouvait l'avoir oublié. Cependant, pour toutes les dimensions de la propriété, il a eu une seule définition. On parle de l'atomisme du C.C. ; on a raison : dans l'a. 544, la propriété est définie pour l'atome de matière. On concevrait,

cependant, une limitation de la propriété qui ne fût pas une limitation des prérogatives du propriétaire, mais une limitation des dimensions de la propriété, non point des dimensions de l'entreprise industrielle ou de l'exploitation agricole, ce qui est un problème d'économie politique (le problème même de la concentration), mais des dimensions de la fortune, ce qui est un problème social. Cette limitation pourrait être édictée, soit en superficie pour les fortunes foncières (ce fut la technique des lois agraires du XX[e] s., dans les régimes communistes de l'Est, en Amérique latine parfois ; et notre droit successoral n'a pu s'en défendre, a. 832-1), soit en valeur si l'on voulait mettre des bornes à la richesse en général. La difficulté est de chiffrer. En un sens, l'impôt progressif qui grève les successions tend à confisquer au profit de l'État l'excès de propriété du mort. Le C.C., qui portait certainement en lui, comme toute la France, un idéal de petite propriété et d'*aurea mediocritas*, avait compté sur un autre moyen pour l'accomplir : l'égalité successorale, la division et la subdivision du patrimoine entre les enfants. Mais le moyen est lent, et n'est bon qu'autant que les parents n'y ripostent pas en limitant leur descendance. Une politique qui cherche à fixer un maximum à la propriété individuelle appelle, du reste, un complément : la fixation d'un minimum, et que chaque homme ait, par droit de naissance, une dotation du nécessaire, constituée par retranchement sur le superflu de la grande propriété. Dans une vue plus modérée, la législation se contentera de seconder, par une protection juridique et une aide financière, au moins en crédit, l'acquisition d'un minimum de propriété, spécialement de propriété immobilière. Les lois ne manquent pas (cf. les dimensions personnelles et familiales de la propriété, *Flexible droit*, 1998, p. 327), et le droit contemporain favorise (au détriment du bail) *l'accession à la propriété* (v. *supra*, n° 71).

[75] THÉORIE JURIDIQUE

a) *Les théories à orientation politico-sociale.*

1° Les controverses se sont nouées autour de la *propriété fonction sociale*, opposée à la propriété-droit subjectif (en entendre un écho récent chez H. Moutouh, *J.C.P.*, 99, 1, 146, pour qui la l. 29 juill. 1998 contre l'exclusion, a. 51-52, est une actualisation de l'idée ; cf. cep. ce qui est dit de ces textes, *infra*, n° 129). C'est le grand publiciste Léon Duguit qui avait fait de l'opposition une théorie (d'accent polémique) : *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, 2[e] éd., 1911, p. 17, *Les transformations générales du droit privé depuis le C. Nap.*, 1912, p. 147, mais il croyait qu'Auguste Comte en avait eu la première vision : « ... la propriété, où le positivisme voit surtout une indispensable fonction sociale, destinée à former et à administrer les capitaux dans lesquels chaque génération prépare les travaux de la suivante » (*Système de politique positive* [1850], éd. 1892, I, p. 156). L'idée semble, pourtant, bien plus ancienne, Stuart Mill, en 1848 (*Principes d'économie politique*, liv. 2, chap. 2, § 6), la critiquait comme assez répandue de son temps. De fait, en France même, sous la Restauration, elle était habituelle aux publicistes du parti ultra, qui, dans leur nostalgie du passé féodal, opposaient à la propriété individualiste du C.C. une propriété où les droits auraient été pénétrés de devoirs (envers les supérieurs et les inférieurs), une propriété (foncière) constituée en magistrature familiale et sociale. Envisagée sous cet aspect paternaliste et hiérarchique, on aurait pu, sans doute, trouver des précurseurs à la théorie chez les

théologiens du bien commun au Moyen Age. Ce qui explique qu'au XX^e siècle des catholiques sociaux aient pu l'adopter (cf. G. Renard et Trotabas, *La fonction sociale de la propriété privée*, 1930), tandis que d'autres, il est vrai, marquaient des distances, tenant à conserver à la propriété son caractère de droit subjectif et son lien avec la personne (cf. G. Morin, *La révolte du droit contre le Code*, 1945, p. 95 s., et Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété, *Études Ripert*, II, p. 3 s.). Le succès, en tout cas, avait été indéniable (cf. Anna de Vita, *La proprietà nell'esperianza giuridica contemporanea*, Milan, 1969). Il fut favorisé en France par l'enthousiasme réconciliateur de la Libération, sous des gouvernements où s'alliaient le plus souvent chrétiens sociaux (le M.R.P.) et socialistes (la S.F.I.O.). Dans la discussion de la l. 1^er sept. 1948 sur les loyers (*infra,* n° 186), P.-H. Teitgen, alors ministre (S. 1948, L. 1536, col. 2-3), put présenter la propriété fonction sociale comme une doctrine quasi officielle de la IV^e République. On s'en servait, pour rendre compte : 1° De la jurisprudence sur l'abus du droit de propriété (cf. *infra*, n° 167 ; le propriétaire a le devoir, et partant le pouvoir, d'employer la chose à la satisfaction de besoins individuels, ou collectifs, et, en première ligne, des siens propres ; donc, s'il fait sur la chose un acte qui n'a pas d'utilité pour lui, ce qui est l'hypothèse de l'abus du droit, il sort de sa fonction et n'est plus juridiquement protégé) ; 2° De toutes les lois restrictives du droit de propriété, et notamment (ce seraient les plus caractéristiques) de celles qui obligent le propriétaire (foncier) à exploiter, à remplir sa fonction (cf. *infra*, n° 219). On objectait, cependant, le caractère exceptionnel, en droit et en fait, de ces diverses manifestations d'une prétendue fonctionnarisation des propriétaires. Joint à cela que les socialistes pouvaient reprocher à la théorie de n'être pas logique avec elle-même : si la propriété est une fonction, pourquoi ne pas l'attribuer par concours, plutôt que de l'abandonner au hasard de l'héritage ?

2° Nos débats français (de style centre-gauche) peuvent paraître aujourd'hui bien étriqués à l'échelle d'un monde où le libéralisme économique détient la force politique. Et l'on ne s'étonnera pas de découvrir outre-Atlantique, chez les auteurs qualifiés de *libertariens* (cf. Lepage, Le retour au droit naturel chez les libertariens, *Rev. hist. des Fac. de Droit*, 1989 (8), p. 165 s. ; on peut l'être aussi en France, v. Lemennicier, *Droits*, 1991 (13), 111 s.), une affirmation sans remords de la propriété comme droit subjectif, voire un vibrant éloge de l'égoïsme (Ayn Rand, *The Virtue of Selfishness*, New York, 1964) – sacré car efficace.

3° Pour une théorie plus philosophique (délicatement poétique) du droit de propriété, v. M.-A. Frison-Roche et D. Terré-Fornacciari, *Arch.*, 90, 233 : la propriété n'a pas de fonction, si ce n'est esthétique ; elle constitue la chose en un pur miroir de la personne, d'un être dont elle est la liberté.

4° Que l'on reconnaisse au propriétaire des devoirs non plus envers la société tout entière, mais, ce qui semblera moins abstrait, envers un groupe intermédiaire, tel que famille ou entreprise : c'est une *propriété communautaire* que l'on découvrira : non pas la propriété d'un sujet de droit distinct (la communauté n'est pas la personne morale, cf. t. I) ; plutôt une sorte d'imprégnation de la propriété individuelle par des droits inférieurs quoique parallèles. Le propriétaire est regardé comme administrant non seulement dans son intérêt propre, mais aussi dans l'intérêt des autres membres du groupe, à l'existence desquels le bien est indispensable. Qui a une proche famille n'a jamais, au

fond, qu'une propriété communautaire ; la réserve héréditaire (a. 913 s.) limite virtuellement ses droits au profit de la communauté familiale.

Une analyse similaire pourrait rendre raison des droits du personnel à l'intérieur de l'entreprise : il n'y a pas copropriété ni société ; mais la propriété de l'entrepreneur, quoique restée individuelle, se trouve restreinte par une affectation communautaire. La difficulté est de traduire en actes ces virtualités. L'affectation communautaire n'a guère été invoquée pour justifier l'occupation des lieux de travail accessoire à la grève (cf. Saint-Jours, D. 74, chr. 135), en neutralisant le droit de propriété de l'employeur. En revanche, les lois qui ont conféré aux salariés des droits à l'information, à l'expression, procèdent d'une conception de l'entreprise comme collectivité de travail, espace de démocratie sociale. Ces idées ont été, en particulier, à la base d'une loi *Auroux* (28 oct. 1982 ; C. Tr. a. L. 422-1, 431-4, 432-1 ; cf. Bélier, *Dr. Ouvrier*, 90, 344). Ce n'est pas, toutefois, la *cogestion* à l'allemande (cf. Coing, *Droit social*, 1971, 30). Encore moins un partage du *fructus*. Sur ce dernier point, cependant, une o. n° 67-693 du 17 août 1967 avait posé en thèse le droit des salariés à participer aux fruits de l'expansion de l'entreprise (la *participation* était une idée-force du gaullisme). L'idée a reparu dans l'o. 86-1134 du 21 oct. 1986 (diversement appréciée et appliquée), dite d'*intéressement* des travailleurs. Et l'on en a reparlé en 1999, à propos des *stock-options,* ces fonds de capitalisation que l'entreprise constitue au profit de certains de ses cadres (très) supérieurs (souvent des dirigeants). Leur montant, parfois énorme, a éveillé des jalousies. Pourquoi n'en existerait-il pas pour les salariés de base ? Il arrive que, pour tel d'entre eux, une indemnité de licenciement donne l'impression d'une mini stock-option, mais c'est aléatoire.

b) *Le renouveau de la théorie juridique pure.* — La voie a été ouverte par la thèse remarquable (individualiste ?) de F. Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété,* Lyon, 1981 (cf. par la suite, *R.T.,* 93, 305). Une mise en question technique du droit de propriété est née et s'est amplifiée en présence de nouvelles données de la pratique : ex. la réserve de propriété (*infra,* n° 109), qui a fait apparaître dans la chose une utilité économique distincte de l'utilité matérielle (cf. D. Mélélo-Briand, *Mélanges Champaud,* 1997, 467) ; la reconnaissance de patrimoines culturels (cf. Fabre-Magnan, Propriété, patrimoine et lien social, *R.T.,* 97, 583) ; la valeur croissante attribuée à l'impalpable information (cf. Catala, *Le droit à l'épreuve du numérique,* 1998, 245) ; plus généralement, la montée en puissance de l'immatériel dans le droit des biens (*infra,* n° 250 ; D. Gutman, *Arch.,* 99, 65). Le concept de propriété, tel qu'incrusté dans le C.C., est-il apte à saisir toutes ces nouveautés dans ses vieilles griffes ? Réponses variables de la doctrine : ex-Mousseron *et al.,* De la propriété comme modèle, *Mélanges Colomer,* 1993, 281 ; et dans *Nouvelles technologies et propriété,* Colloque Montréal, 1989, ainsi que Paris, 1992, Burkert, *Tentative de synthèse,* 209, et Mac Kay, *La propriété est-elle en voie d'extinction ?,* 235.

[76] PRATIQUE CONTENTIEUSE

a) *Protection de la propriété contre la loi.* — Le Conseil constitutionnel a finalement jugé conformes à la Constitution les nationalisations de 1982 (décisions du 11 févr. 1982, *J.C.P.*, 82, 2, 19788, n. Nguyen, Quoc Vinh et Franck). Mais, saisi d'un recours contre une première mouture de la loi (16 janv. 1982, D. 83, 169, n. Hamon), il en avait profité pour proclamer avec une solennité étudiée la valeur constitutionnelle des a. 2 et 17 de la

Déclaration des droits de 1789. Cette déclaration, dans son ensemble, a été canonisée par les préambules combinés des Constitutions de 1946 et 1958. Ce que ses a. 2 et 17 affirment de la propriété – « droit naturel et imprescriptible », « droit inviolable et sacré » – paraît néanmoins en contradiction avec le principe des nationalisations qui est directement posé dans les mêmes préambules. D'où d'abondants commentaires, tantôt critiques (ex. Savy, D. 83, chr. 105), tantôt favorables (ex. Favoreu, *Rev. dr. public*, 82, 480 ; L. Hamon, D. 83, chr. 79 ; J.-L. Mestre, D. 84, chr. 1). Pour résoudre l'antinomie, le Conseil, pense-t-on, a utilisé un raisonnement d'ordre historique : en 1946, le gouvernement provisoire avait soumis à référendum un projet de constitution où la propriété était définie (cf. *supra*, Politique législative, *a)* en des termes qui semblaient faire dépendre de la loi la répartition des biens ; or, le peuple a repoussé le projet, et tout à l'inverse, quelques mois après, comme plus tard en 1958, il a adopté d'autres textes faisant explicitement référence à 1789 ; ce faisant, il a réactualisé le principe de la propriété privée, il l'a replacé à la hauteur *de notre temps* (cf. Chérot, La protection de la propriété dans la jurisprudence du Cons. const., *Mélanges Christian Mouly*, 1998). Cependant, si l'on replace la décision du 16 janvier 1982 dans l'ensemble des affaires où le Conseil constitutionnel a eu à statuer sur des textes mettant en cause le droit de propriété, force est bien de tempérer quelque peu la joie des propriétaires. Car c'est un fait que le Conseil a admis la constitutionnalité de beaucoup de textes restrictifs (v. pour un inventaire singulièrement rabat-joie, Luchaire, D. 86, 348, et Socialisme, propriété et Constitution, *Mélanges M. Duverger*, 1987, 128 ; ex. très net, 26 juill. 1984, D. 85, *I.R.*, 360). Opère de surcroît dans le même sens cette jurisprudence générale du Conseil qui veut qu'un principe ne soit plus fondamental chaque fois qu'une législation antérieure (à 1958 ?) a permis, parce que socialement nécessaires, des entorses au droit de propriété (point de départ, 27 nov. 1959, D. 60, 533, n. L. Hamon). Ce qui revient à intégrer rétroactivement à la Constitution de 1958 la pratique législative de la IV^e^ République, c'est-à-dire d'une période où l'influence des idées socialistes avait été, par moments, assez forte. Peut-être le Conseil eût-il été plus clair avec lui-même si, pour sortir de l'antinomie (sur les diverses manières d'en sortir, cf. D. Turpin, *Droits*, 85 (2), 85), il avait distingué deux zones dans le Préambule de 46 : celle des symboles, où se serait située la référence à 89, et celle du droit positif, ouverte par l'annonce de principes politiques, économiques et sociaux, particulièrement nécessaires à notre temps. La Cour de cassation a entendu le Conseil constitutionnel : le droit de propriété est un droit fondamental de valeur constitutionnelle, Civ.[1] 4 janv. 1995, D. 95, somm. 328, *J.C.P.*, 96, 1, 3921, n° 1, *R.T.*, 96, 932. Dans une décision du 29 juillet 1998, où il a censuré plusieurs dispositions de la loi contre l'exclusion, le Conseil constitutionnel s'est expliqué un peu plus sur le raisonnement par lequel il concilie avec l'affirmation du droit de propriété comme droit inviolable et sacré la possibilité constitutionnelle d'y apporter des limitations : il faut que ces limitations n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée du droit en seraient dénaturés (cf. le critère de la *dénaturation* dont se sert la Cour de cassation pour censurer éventuellement l'interprétation des contrats par les juges du fond, t. IV, n° 143).

b) *Protection de la propriété par la Convention européenne des droits de l'homme.* — Elle est contenue non dans la Convention initiale, mais dans le Protocole additionnel de 1952, a. 1 : toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Ce qui est interprété sans effort comme le respect du droit de propriété (cf. Sudre, D. 88, chr. 71 ; Naudet et Sermet, *Droit pros.*, 90 (1), 15 s.). Suivent des restrictions (qui

vident le principe d'une bonne part de sa substance). Un arrêt, La Cour de Strasbourg (29 avril 1999, D. 99, *I.R.*, 163) a expressément invoqué le respect du droit de propriété pour censurer la loi *Verdeille* de 1964 sur la chasse (cf. *infra*, n° 241).

c) *Protection de la propriété contre l'Administration.* — C'est un principe, affirmé par le Conseil d'État aussi bien que par la Cour de cassation, que les tribunaux judiciaires sont les gardiens naturels de la propriété privée et qu'il leur appartient, partant, de la défendre contre les actions illégales de l'Administration. Ex. C. État, 7 juill. 1911, D. 13, 3, 127 ; Civ. 11 janv. 1898, D. 04, 1, 265 ; Civ. 18 avr. 1931, D.H. 31, 349 ; Trib. Confl., 24 juill. 1947, et 18 déc. 1947, D. 47, 414 et 48, 62. De ce principe découle la compétence des tribunaux judiciaires : 1° Pour connaître de tous les procès portant sur l'existence d'une propriété (fût-elle incorporelle ; ex. C. État, 19 mai et 15 nov. 1922, D. 23, 3, 5), ou même d'un droit réel autre que la propriété (ex. Trib. Confl., 13 janv. 1936, D. 36, 3, 69) ; 2° Pour ordonner la réparation des dépossessions (ex. Trib. Confl., 17 mars 1949, 2^e^ esp., S. 50, 3, 1) ou des voies de fait (actions matérielles illégales ; ex. C. État, 18 nov. 1949, S. 50, 3, 49). On peut rattacher au même principe (qui a peut-être son maximum d'énergie en matière immobilière) l'intervention d'un juge civil pour prononcer l'expropriation. Mais c'est une garantie un peu formelle : le ressort de l'institution est dans la déclaration d'utilité publique, qui est un acte administratif (cf. *infra*, n° 220).

[77] d) *Perpétuité du droit de propriété.* — Un des aspects de cette perpétuité, d'après la jurisprudence, est que le droit de propriété, à la différence des autres droits réels (usufruit, a. 617 ; servitudes, a. 706), ne s'éteint pas par le non-usage. Cela ne signifie pas que le propriétaire qui s'est abstenu d'exercer son droit pendant trente ans est toujours en état de revendiquer la chose, car, dans l'intervalle, un tiers a pu se mettre en possession et devenir propriétaire par la prescription acquisitive. Mais si, d'aventure, personne n'a pu utilement posséder la chose et l'usucaper, l'action en revendication reste ouverte, la prescription extinctive ne lui étant pas applicable. La question s'est présentée à la Cour de cassation en 1879 (aff. *Congrégation de Saint-Viateur*, Req. 5 mai 1879, D. 80, 1, 145, n. Ch. Beudant). Un immeuble avait été donné à une congrégation qui n'avait pu l'acquérir, fût-ce par prescription, parce qu'elle était dépourvue de la personnalité juridique ; les héritiers du donateur pouvaient-ils le revendiquer après trente ans ? L'avocat général Robinet de Cléry soutint, dans ses conclusions, qu'ils en avaient perdu la propriété par le non-usage, la revendication étant nécessairement comprise parmi les actions réelles que l'a. 2262 déclare éteintes par la prescription trentenaire. La Chambre des Requêtes put se dispenser cette fois-là de prendre parti sur la question. Mais, postérieurement, dans une affaire où l'immeuble avait été détenu pendant plus de trente ans par un détenteur précaire, donc n'avait pu, selon l'a. 2236, faire l'objet d'une prescription acquisitive, elle décida très nettement qu'il n'avait pas pu y avoir davantage prescription extinctive du droit de propriété : Req. 12 juill. 1905, S. 17, 1, 273, n. Wahl, D. 07, 1, 41 ; cf. Civ. 10 mai 1937, D.H. 37, 346. Cette solution, qu'on a cru (peut-être à tort : v. Kanayama, in *La Révolution et l'ordre juridique privé*, Orléans, 1988, II, 733) pouvoir appuyer sur une tradition romaniste, est généralement approuvée en doctrine (v. Planiol-Picard, n^os^ 352 s. ; Beudant-Voirin, n° 285 ; Josserand, I, n° 1511). Elle exagère pourtant, à plaisir, l'absolutisme du droit de propriété. A la thèse préconisée par Robinet de Cléry (en avance sur son temps), on a reproché de conduire à une conséquence étatiste : la propriété étant perdue pour le propriétaire sans pouvoir être acquise par le possesseur ou détenteur, il eût fallu attribuer l'immeuble à l'État comme bien vacant et sans maître

(a. 539, 713). Ce genre de reproche ferait assurément moins d'impression aujourd'hui. Les arrêts continuent, pourtant, à faire rappel du principe : Civ.[3] 9 juill. 1970, *J.C.P.*, 71, 2, 16579, n. Goubeaux, *R.T.*, 71, 397, n. Bredin ; Civ.[3] 22 juin 1983 et 19 févr. 1985, *J.C.P.*, 86, 2, 20565, n. approbative Barbieri ; et encore dans le même sens, en matière mobilière, Civ.[1] 2 juin 1993, D. 94, 582, n. B. Fauvarque-Cosson (la revendication n'est pas susceptible de prescription extinctive). En termes un peu différents, Civ.[3] 1[er] avr. 1992, D. 93, Somm. 35, *R.T.*, 93, 851 : la renonciation à un droit réel immobilier ne se déduit pas de la seule inaction du titulaire, il y faut de la volonté. Dans un arrêt de l'Assemblée plénière, 23 juin 1972, D. 72, 705, concl. London, *J.C.P.*, 73, 2, 17331, n. Goubeaux, le principe a conduit à une conséquence nouvelle, d'un individualisme aggravé : le propriétaire privé de ses droits par le seul effet des forces de la nature se trouve réintégré dans sa propriété lorsque, de la même manière – mais après soixante-dix ans d'incorporation au domaine public ! –, l'obstacle qui l'en avait privé vient à disparaître. La Cour de cassation aurait bien dû lire, en y portant un regard analogique, les a. 703-704 (et cependant, les servitudes, à ce que l'on enseigne, seraient, elles aussi, perpétuelles). V. cep. Barbieri, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels*, Th. Toulouse, 1977.

e) *Droits de préemption.* — Ils constituent une limitation du droit de propriété, car ils entravent le droit de disposer, tout en laissant subsister le droit de ne pas disposer (à la différence des expropriations). Or, ils se sont multipliés depuis le milieu du siècle, ce qui n'est pas sans évoquer la multiplicité des retraits sous le régime féodal. Nous avons ainsi des préemptions de droit privé – celle du fermier (a. L. 412-1 C. Ru. [nouveau]) ; du locataire (sans que le mot *préemption* y soit ; l. 6 juill. 1989, a. 15-II) ; de l'indivisaire (a. 815-14, 1873-12) ; de l'administration des musées sur les œuvres d'art (l. 31 déc. 1921, a. 37) – et des préemptions de droit public – celles de l'Enregistrement (a. L. 18, Livre de proc. fiscales), de la S.A.F.E.R. (l. 8 août 1962, a. 7), des communes (a. L. 210-1 s. C. Urb. ; a. L. 616 C.C.H., l. 29 juill. 1998). Cf. C. Saint-Alary-Houin, *Le droit de préemption*, 1979, n[os] 311 s.

[78] 2 / Les modalités du droit de propriété

Ce sont des manières d'être qui affectent le droit de propriété et se traduisent toujours, en définitive, par des restrictions aux pouvoirs du propriétaire, sans que la propriété soit, pour autant, démembrée. Une de ces modalités, la *copropriété* ou *indivision*, tient à la pluralité des titulaires du droit. Une autre, la *propriété conditionnelle*, vient de ce qu'une condition est apposée au droit réel, comme de l'extérieur. Une troisième, enfin, la *propriété inaliénable*, consiste dans une paralysie (temporaire) de l'*abusus*. De ces modalités traditionnelles, on peut aujourd'hui rapprocher la *propriété affectée*, modelée par une affectation, concept dont l'autonomie s'est peu à peu manifestée au cours du XX[e] siècle.

[79] 1 | LA COPROPRIÉTÉ OU INDIVISION

C'est une modalité qui est au droit de propriété ce qu'est au droit de créance la solidarité active (a. 1197) : il y a deux ou plusieurs sujets pour le même objet. Le même bien appartient, dans son ensemble, à deux ou plusieurs propriétaires. Chacun en a sa part et tous l'ont tout entier. En effet, le droit de propriété de chacun, par la concurrence des autres, est ramené à une fraction arithmétique, à une quote-part, 1/2, 1/3, 1/4, etc. Mais cette quote-part ne saurait être localisée matériellement sur tel ou tel segment de la chose : elle porte sur la totalité et sur chaque atome du bien.

C'est la notion générale. Elle est susceptible de variantes :

— la *copropriété forcée et perpétuelle* ;
— la *copropriété ordinaire* (on dit aussi *indivision*, et l'on peut préciser *indivision primaire*, depuis que la l. 31 déc. 1976 a prévu à un degré d'organisation de plus l'indivision conventionnelle) ;
— l'*indivision conventionnelle* ou convention d'indivision ;
— le *temps partagé*.

D'une situation à l'autre s'observe une *dématérialisation* croissante du droit de propriété.

N.B. — C'est pour plus de clarté que nous raisonnons ici sur les modalités du droit de *propriété* exclusivement. Les mêmes modalités seraient transposables à d'autres droits réels, à l'usufruit en particulier (cf. a. 1873, 1873-16, indivisions en usufruit). On pourrait même faire la remarque qu'en pratique c'est pour des droits d'usage ou de jouissance que les modalités fonctionnent le plus naturellement, et qu'elles s'adaptent moins aisément au droit de disposer.

[80] ▶ *Copropriété forcée et perpétuelle*

Elle porte nécessairement sur un bien immobilier qui est l'accessoire de deux immeubles voisins. Ce qui fait qu'elle est elle-même l'accessoire des deux droits de propriété et participe de leur nature perpétuelle. Par là s'explique qu'aucun des deux copropriétaires : 1° Ne puisse aliéner sa quote-part sur le bien indivis indépendamment de l'immeuble dont elle est l'accessoire inséparable ; 2° Ne puisse imposer à l'autre le partage en se prévalant de l'a. 815, al. 1. Ce sont les deux traits essentiels qui carac-

térisent cette variété de copropriété. Ex. : cour, allée, puits, dont l'existence est également indispensable au service de deux maisons contiguës ; parties communes dans la copropriété des immeubles bâtis (l. 10 juill. 1965, a. 3 à 7). L'exemple classique est celui du mur mitoyen (cf. *infra*, n° 138) – le seul cas réglementé par le C.C., ce qui explique qu'on ait élaboré la théorie générale de la copropriété forcée et perpétuelle en s'inspirant des a. 655 s. Les règles du mur mitoyen étant placées au titre *des servitudes*, la doctrine a parfois analysé cette sorte de copropriété comme une servitude réciproque, fonctionnant au profit et à la charge de chacun des deux fonds. Mais il paraît plus exact de distinguer les deux institutions : la copropriété suppose entre les deux immeubles une égalité qui fait antithèse avec les notions mêmes de fonds dominant et de fonds servant en matière de servitude (cf. *infra*, n° 146). Il n'en reste pas moins que la copropriété forcée et perpétuelle, de même que la servitude, se présente comme une organisation concrète des rapports de voisinage entre immeubles, plutôt que comme une modalité abstraite du droit de propriété.

[81] ▶ *Copropriété ordinaire*

La situation est très classique, très fréquente sous la forme de l'indivision héréditaire (c'est du reste à ce propos que le C. Nap., puis la l. 31 déc. 1976 en ont traité, a. 815 s.). Quant un défunt laisse plusieurs héritiers, ceux-ci deviennent copropriétaires des biens qu'il laisse, mais aussi débiteurs conjoints de ses dettes. On a parfois proposé de réserver l'expression d'*indivision* à cette hypothèse où il y a cotitularité d'un patrimoine, actif et passif, les biens étant cimentés entre eux par la nécessité de répondre des dettes (a. 815-17). Toutefois, la copropriété ordinaire se conçoit également pour un bien isolé, meuble ou immeuble (ex. deux personnes achètent en commun une maison). Il convient donc d'y voir une modalité abstraite qui peut se greffer sur un droit de propriété quelconque.

Ce qui la caractérise, c'est qu'en principe elle ne peut être maintenue que par la volonté concordante de tous les copropriétaires. Chacun d'entre eux a la faculté d'y mettre fin, à tout moment, en réclamant le partage (a. 815, al. 1). Aussi, la copropriété ordinaire peut être dite volontaire et temporaire, en contraste avec la copropriété forcée et perpétuelle. Si le bien indivis ne peut être partagé en nature, il le sera en valeur : les copropriétaires le vendront conjointement et se partageront le prix provenant de la vente. Il est vrai que dans l'indivision successorale, sous certaines conditions, l'action en partage formée par l'un des

coïndivisaires peut être suspendue par le tribunal pour deux ans à la demande des autres, et qu'elle peut même être neutralisée par eux s'ils offrent au demandeur de lui attribuer tout de suite sa part (*attribution* dite *éliminatoire*) ou de lui en payer la valeur (a. 815, al. 2, 3).

Jusqu'au partage, la situation des copropriétaires comporte un double aspect :

— Chacun a un droit privatif sur sa *quote-part idéale*. Il peut en disposer individuellement (a. 815-14), ce qui le fera sortir de l'indivision, mais à charge d'y être remplacé.

— Sur les *biens indivis*, chacun, au contraire, n'a qu'un droit indéterminé. Sans doute pourra-t-il user et jouir par lui-même d'un bien indivis, mais seulement dans la mesure compatible avec le droit de ses coïndivisaires, sous leur contrôle et à charge de les indemniser (a. 815-9). Et dès qu'il est question de passer avec des tiers des actes juridiques intéressant la masse, son absence de pouvoir se manifeste. Agissant seul, il ne peut faire que des actes conservatoires sur le bien en copropriété (a. 815-2). Les actes d'administration ou de disposition requerront un consentement unanime (a. 815-3), sauf autorisation du juge au nom de l'intérêt commun (a. 815-5, al. 1). Ce régime est trop heurté : si le patrimoine indivis a besoin d'une gestion dynamique, il faudra que les indivisaires passent une convention d'indivision.

[82] ▶ *Indivision conventionnelle*

Ce type de convention était déjà connu du C. Nap., mais la l. 31 déc. 1976 lui a donné une structure plus forte (a. 1873-1 s.). Le progrès se marque principalement en deux points : 1° la convention peut avoir une durée indéfinie, sauf faculté de résiliation unilatérale (a. 1873-3) ; 2° l'indivision est pourvue d'organes de gestion (a. 1873-5) et de représentation (a. 1873-6). La combinaison se rapproche beaucoup de la société civile (a. 1832 s.), à cela près qu'elle ne fait pas naître une personne morale distincte des indivisaires. Encore n'est-ce guère qu'un mot qui sépare de la personnalité morale cette masse autonome, détachée de la personne des indivisaires dans sa composition et sa gestion.

▶ *Temps partagé*

Exemple archaïque : le défunt avait légué son champ à ses deux neveux pour que chacun en soit propriétaire, le laboure et le moissonne une année sur deux (ce n'est pas sans aléa, car le temps agricole

n'est pas homogène ; et lequel commencera ? le premier nommé dans le testament, faute de mieux, répondait-on). Exemple plus proche : deux savants, l'un parisien, l'autre provincial, achètent en commun un appartement à Paris, le premier l'habitera les neuf mois où il enseigne, le second les trois mois où il est chercheur. Mais, aujourd'hui, le plus couramment, c'est l'industrie du tourisme qui s'est emparée de l'idée : elle offre des combinaisons permettant à plusieurs *vacanciers* à la fois de s'assurer sur un même logement de villégiature des droits exclusifs en propriété ou en jouissance ; les droits sont exclusifs, mais compatibles parce que leur exercice est échelonné dans le temps (tel *week-end,* tel mois, etc.). Dans la pratique, il est fréquent qu'une société s'interpose, qui est seule propriétaire de l'immeuble, si bien que l'usager de base est seulement titulaire d'un droit personnel (d'une part sociale ou d'une action). Une loi du 6 janvier 1986 a réglementé ce type de société, la société constituée en vue d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé. Mais le contrat direct entre promoteur et usager reste possible, contrat de jouissance réglementé par une loi du 8 juillet 1998, d'inspiration européenne. Cette loi a été insérée au C. Consom., a. L. 121-60 s., et elle comporte les mesures rituelles de protection du consommateur (écrit formaliste, faculté de rétractation). Rien n'est dit, semble-t-il, de la garantie : elle est due pour la défaillance des prestations matérielles, pour les dégâts commis par le prédécesseur, pour son retard à décamper. Mais on ne saurait empêcher le temps de se partager avec des bonheurs inégaux.

[83] 2 | LA PROPRIÉTÉ CONDITIONNELLE

J'achète une hutte chez les Scythes pour le cas où la guerre de Troie aurait lieu (sous la condition qu'elle ait lieu). J'en suis déjà propriétaire sous condition suspensive (de la déclaration de guerre), et le Scythe vendeur n'en est plus propriétaire que sous condition résolutoire (de cette déclaration). Cela fait deux droits de propriété opposés et complémentaires.

On ne saurait imaginer une propriété sous condition suspensive sans qu'il y ait quelque part une propriété sous condition résolutoire qui y réponde ; et réciproquement ; le même événement jouant le rôle ici de condition résolutoire, et là de condition suspensive. Le raisonnement vaut, d'ailleurs, non seulement pour la propriété affectée d'une condition, mais aussi pour celle qui est sujette à résolution (propriété

résoluble ; ex. l'acheteur n'ayant point payé le prix, le vendeur fait résoudre la vente, a. 1654) ou à annulation (parce que le contrat en vertu duquel elle avait été transférée est lui-même nul, par ex. comme contraire à l'ordre public). C'est que, dans leur mécanisme, la résolution et l'annulation sont comparables à la condition résolutoire ; elles tendent à un anéantissement du transfert de propriété qui s'était opéré, et à un anéantissement *rétroactif* (a. 1179).

▶ *Situation tant que la condition est pendante*

Chacune des deux parties a dans son patrimoine un droit de propriété, mais entaché d'incertitude. Toutefois, l'incertitude n'a pas la même portée pour l'une et pour l'autre, car elle affecte l'existence même de la propriété sous condition suspensive et seulement l'anéantissement de la propriété sous condition résolutoire. Si bien que la propriété sous condition suspensive n'est qu'une possibilité tant que la condition est pendante, tandis que la propriété sous condition résolutoire existe déjà et peut être effectivement exercée. Le propriétaire sous condition suspensive peut bien faire des actes conservatoires de son droit (a. 1180) ; ex. faire publier (transcrire) son titre d'acquisition. Mais c'est le propriétaire sous condition résolutoire qui est normalement en possession de la chose, en contact matériel avec elle, et qui a l'apparence de la propriété : là est la supériorité de sa situation.

Ce qui est vrai, c'est que les deux propriétaires ont, à l'égal, le droit de faire relativement à la chose des actes juridiques qui ne sont pas *a priori* inefficaces, tant que l'avenir (la défaillance ou l'accomplissement de la condition) n'a pas révélé de quel côté ils devront être anéantis. Chacun peut céder la propriété qu'il a, avec l'incertitude dont elle est affectée, constituer à autrui des droits qui sont, à leur tour, des droits sous condition suspensive ou sous condition résolutoire (cf. a. 2125, al. 1), suivant le principe de la conservation des droits transmis *(Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet)*.

▶ *Situation après défaillance ou accomplissement de la condition*

Si la condition vient à défaillir (la guerre de Troie n'aura pas lieu), la propriété sous condition résolutoire est définitivement consolidée, et tous les droits que le propriétaire avait pu conférer à autrui se trou-

vent consolidés avec elle ; à l'inverse, il est définitivement établi que la propriété sous condition suspensive ne prendra pas vie, et toutes les cessions qui avaient pu en être faites sont entraînées dans son néant.

Si, au contraire, la condition vient à s'accomplir (la guerre de Troie est déclarée), la propriété sous condition suspensive se trouve consolidée dans son principe, ainsi que toutes les cessions qui avaient pu en être faites : le propriétaire sous condition suspensive est réputé avoir toujours été, pendant la condition, le seul propriétaire. Tel est le jeu de la *rétroactivité* (a. 1179). Réciproquement, le propriétaire sous condition résolutoire est réputé n'avoir pas été propriétaire pendant la condition : sa propriété est rétroactivement anéantie, et avec elle les actes de disposition (aliénations totales ou constitutions de droits réels, par ex. d'hypothèques) qu'il a pu faire sur la chose (*resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis ;* cf. a. 2125, al. 1). Théoriquement, il faudrait décider de même pour les actes d'administration (ex. bail de neuf ans au plus), car rien ne devrait subsister de ce qui a été fait au nom d'une propriété résolue (cf. a. 1183, al. 1). Néanmoins, on admet volontiers, comme un tempérament pratique, qu'ils devront être maintenus malgré la résolution, lorsqu'ils ont été faits sans fraude (la loi elle-même a formulé cette atténuation pour un cas particulier de propriété résoluble : a. 1673, *in fine*).

[84] 3 | LA PROPRIÉTÉ INALIÉNABLE

C'est une propriété à laquelle manque le droit de disposer et qui, par conséquent, tend à se réduire aux droits d'user et de jouir (en quoi elle s'éloigne de la définition de l'a. 544 et paraît se rapprocher de l'usufruit). La propriété inaliénable, dérogeant au principe politique de la libre circulation des biens (a. 537, al. 1), a toujours un caractère exceptionnel. Il est très rare que des biens soient frappés de plein droit d'une inaliénabilité véritable. Le cas le plus net serait sans doute celui du domaine public (a. 538), qui est inaliénable et imprescriptible. Mais il relève du droit public : les droits de l'État sur des biens de cette nature ne peuvent évidemment se définir selon la notion civiliste de l'a. 544. Pour les biens des particuliers, ce que l'on rencontre le plus souvent, c'est une inaliénabilité durement facultative, établie par un acte de volonté privée.

▶ *Des limites dans lesquelles une inaliénabilité peut être établie par volonté privée*

Un propriétaire ne saurait, par une manifestation de sa volonté, frapper un de ses biens d'inaliénabilité dans son propre patrimoine. Mais il peut, en le donnant ou en le léguant, interdire au donataire ou au légataire de l'aliéner pendant un temps : c'est une condition de sa libéralité, et jusqu'à un certain point, elle s'impose au bénéficiaire. Ainsi en avait décidé, depuis le milieu du XIX^e^ siècle, une jurisprudence qui a été consacrée par la l. 3 juillet 1971, insérant un a. 900-1 au C.C. Cette loi pose *deux limites* à la validité des clauses d'inaliénabilité :

1° Que l'inaliénabilité soit établie à titre *temporaire*, non pas à perpétuité, ni même pour une durée trop longue (ce devrait être affaire d'espèce ; néanmoins, la Cour de cassation semble considérer en droit qu'une inaliénabilité stipulée pour la durée de la vie du donateur est toujours temporaire).

2° Que l'inaliénabilité soit justifiée par un *intérêt sérieux et légitime* : soit l'intérêt du disposant (ex. il s'est réservé l'usufruit du bien, et il veut garantir ses droits en s'assurant qu'il aura toujours affaire au même nu-propriétaire), soit celui de l'acquéreur gratifié (dont le disposant, par ex., redoute la prodigalité), soit même celui d'un tiers (à qui le gratifié doit, par ex., comme une charge de la libéralité, payer une rente viagère : il faut qu'il ait de quoi répondre du service de cette rente).

[85] ▶ *Des effets de l'inaliénabilité établie par volonté privée*

Deux hypothèses selon que les limites légales ont été *respectées* ou *non* :

1^re^ hypothèse : la clause est valable

L'effet d'une clause valable est d'interdire au nouveau propriétaire toute aliénation, totale ou partielle (ex. constitution de droit réel), directe ou indirecte (ses créanciers ne pourront pas plus saisir le bien qu'il ne peut l'aliéner). A l'inaliénabilité sèche doit être assimilée l'aliénabilité à charge de remploi (avec le prix parvenant de la vente, le gratifié a l'obligation d'acheter un bien qui dans son patrimoine sera

grevé de la même charge). La combinaison assouplit l'inaliénabilité, mais elle continue à restreindre la liberté de disposition.

Suivant la jurisprudence, l'aliénation consentie en violation de la clause d'inaliénabilité est nulle, et la nullité sera demandée contre le tiers acquéreur (même de la bonne foi) par la personne dans l'intérêt de qui l'inaliénabilité avait été stipulée. Si, toutefois, le bien inaliénable est un immeuble, la clause, étant sujette à la publicité foncière (d. 4 janv. 1955, a. 28-2°), n'est opposable au tiers acquéreur que si elle a été régulièrement publiée. Le résultat de l'annulation ou de l'inopposabilité sera, en tout cas, de faire rentrer le bien dans le patrimoine du gratifié, ce qui correspond exactement au but de la combinaison.

Néanmoins, lors même que la clause d'inaliénabilité est valable, il n'est pas assuré qu'elle sera exécutée jusqu'au bout. Le gratifié peut demander au tribunal d'en être affranchi, en invoquant un changement des circonstances : soit que l'intérêt qui avait justifié la clause ait disparu (ex. le gratifié s'est guéri de sa prodigalité), soit qu'il se trouve éclipsé par un intérêt plus considérable (ex. le gratifié n'a plus les moyens d'entretenir le bien ; ou il a un besoin impérieux de vendre afin de pourvoir à l'éducation de ses enfants). C'est une révision de l'acte juridique pour cause d'*imprévision* (cf. t. IV, n° 144). La faculté en a été ouverte par la loi de 1971 : elle est d'ordre public ; et elle est applicable même aux libéralités antérieures à la loi.

Cette action en révision des clauses d'inaliénabilité ne se confond pas avec l'action en révision des conditions et charges grevant les libéralités, ouverte un peu plus loin par les a. 900-2 à 900-8 (l. 4 juill. 1984). De l'une à l'autre l'objet est différent : les clauses d'inaliénabilité frappent d'inertie les biens, tandis que les conditions et charges imposent aux personnes des obligations positives. La révision de l'a. 900-2 a été instituée pour venir au secours des personnes morales (de droit privé ou public ; ex. congrégations, établissements hospitaliers) : l'inflation et la dépréciation monétaire peuvent avoir rongé, voire dévoré l'actif qu'elles avaient reçu, rendant ainsi extrêmement difficile ou sérieusement dommageable l'exécution, du moins l'exécution intégrale, des engagements qu'elles avaient assumés en contrepartie.

2e hypothèse : la clause est nulle

Il en résulte que le donataire ou légataire peut valablement aliéner le bien. La nullité, étant absolue, peut être invoquée par le sous-acquéreur qui a déjà traité avec le gratifié.

▶ *Des libéralités destinées à des personnes morales*

L'a. 900-1, al. 2, les laisse hors de son champ d'application. C'est que la perpétuité n'a pas le même sens pour les personnes morales que pour les personnes physiques. Il est même des libéralités (les libéralités constitutives de fondations) (cf. t. 1, n° 213) qui sont, par définition, des affectations *perpétuelles* de biens (la l. 87-571 du 23 juill. 1987 sur le développement du mécénat, a. 18, a préféré dire *irrévocable*). On peut ajouter que, les dons et legs faits à des personnes morales ne pouvant être acceptés en général qu'avec l'autorisation d'une autorité de tutelle (cf. a. 910), il est à présumer que celle-ci a vérifié au préalable que la libéralité répondait à un intérêt sérieux et légitime. Toutefois, écartées de la révision selon la loi de 1971, les personnes morales de droit privé ou public peuvent recourir à l'action en révision instituée par la l. 11 juill. 1984. Cette révision peut, en particulier, ouvrir des possibilités d'aliéner (a. 900-4, al. 2). Mais la procédure est plus précautionneuse que celle de la loi de 1971. Elle ne peut notamment être introduite qu'après un temps d'épreuve de dix années à compter de la mort du disposant (a. 900-5), alors que l'action de l'a. 900-1 peut être exercée sans condition de délai.

[86] 4 | LA PROPRIÉTÉ AFFECTÉE

Une propriété peut être dite affectée lorsque tout ou partie des utilités qu'elle comporte doivent être appliquées, soit exclusivement, soit de préférence, à un *but* qui a été déterminé par le propriétaire antérieur. Le propriétaire actuel subit des restrictions dans son droit ; à la limite, il pourra même être tenu de le céder à son tour. Mais, en acceptant son acquisition, il s'était obligé à se conformer à l'affectation voulue par son auteur. Le droit de propriété est ainsi remodelé par l'acte d'affectation (cf. *supra*, n° 8).

Dans sa *notion générale, l'affectation à un but* laisse aisément supposer une intention tournée vers le dehors, voire une inspiration altruiste. De cette généralité, toutefois, une catégorie particulière demande à être détachée pour son emploi intéressé, une espèce de repli sur soi : c'est *l'affectation en garantie.*

► *La propriété affectée à un but*

Plusieurs types peuvent en être recensés, dans la loi ou en dehors.

a) *Dans la loi.* — 1° Les libéralités avec charges. Le C.C. se borne à des allusions (a. 463, 900-2), ce n'en est pas moins une pratique coutumière (ex. A lègue son jardin à Z à charge de l'ouvrir au public ; une somme d'argent à charge de la distribuer aux R.M.I. de la commune). Il est fréquent que l'on cite ensemble les conditions et les charges. Les deux modalités sont pourtant différentes. La charge ne crée pas une propriété conditionnelle, elle grève la propriété du donataire ou légataire, mais sans en suspendre ou en menacer l'existence. C'est une obligation, une dette dont il doit s'acquitter. S'il y manque, les bénéficiaires de la charge (s'agissant de personnes indéterminées, comme dans les exemples mentionnés, les administrations compétentes) auront une action en exécution, et au pire une action en révocation (non rétroactive) de la libéralité. Une condition, au contraire, n'ouvrirait pas d'action en exécution et en cas de défaillance, ferait disparaître la libéralité rétroactivement.

2° *La charge de conserver et de transmettre.* Le père lègue son château au fils pour qu'il le conserve et à sa mort le transmettre au petit-fils. Ainsi sera assurée (c'est le but) la conservation du bien dans la famille, du moins pour une génération, en dépit de la prodigalité de l'échelon intermédiaire et autres accidents de parcours. Ce schéma élémentaire se retrouve dans l'institution des substitutions permises (a. 1048 s.), mais l'encadrement est extrêmement étroit, et dissuasif, le C. Nap. ayant repris à son compte la vigilance de la Révolution à l'égard d'une combinaison d'aristocrates.

3° *Les fondations.* C'est l'institution dans laquelle l'idée de propriété affectée à un but paraît s'incarner le plus exactement. La loi qui lui a apporté un début de statut – l. 23 juill. 1987 sur le mécénat, a. 18 – définit l'acte moteur : c'est celui par lequel une ou plusieurs personnes décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général. De la masse de biens ainsi rassemblée pourra sortir, par la grâce d'une reconnaissance d'utilité publique, une personne morale (cf. t. I, n° 213), et celle-ci aura pour patrimoine cette masse de biens. C'est un patrimoine d'affectation : la propriété y est imprégnée de l'idée de l'œuvre. Ce n'est pas purement symbolique : il est du devoir et de la responsabilité des administrateurs de veiller à ce qu'aucune dérive ne se produise qui éloigne la fondation de son but (ex. de redresser la barre dès que les fonds destinés aux laboratoires sont en passe d'être engloutis par les frais généraux).

b) *En dehors de la loi.* — Les droits anglo-saxons connaissent un type de contrat, le *trust*, dont la souplesse se prête à maintes utilisations : A confie un bien à B (le *trustee*) en propriété, avec mission d'en faire tel usage qu'il lui prescrit, par ex. de le céder à un tiers, ou d'en faire retour à lui-même après un certain temps. En France, une assez forte demande s'est exprimée pour que, sous le nom de *fiducie*, soit acclimaté un décalque du trust. Les milieux d'affaires s'en servent déjà comme d'un support pour des opérations triangulaires de commerce ou de banque (ex. la constitution d'une sûreté, sur créances, sur espèces) ; la liberté contractuelle peut y suffire. Il en va différemment en droit civil. Le notariat escompterait de la fiducie des progrès dans la transmission des entreprises, la liquidation des successions, la création de fondations privées, etc. Mais le trust qui s'est épanoui dans des économies très libérales, bute chez nous sur des obstacles d'ordre public : la présence d'héritiers réservataires, les limites strictes de l'inaliénabilité, l'incompréhension de la propriété temporaire. Pour franchir ces obstacles un projet de loi fut élaboré avec soin vers 1990, mais l'intervention du droit fiscal semble lui avoir été mortelle : la fiducie n'est guère viable si les allers et retours de propriété doivent être taxés.

► *La propriété affectée en garantie*

C'est à une époque relativement récente que les juristes ont pris conscience de cette fonction secondaire, un peu cachée, du droit de propriété, et que l'emploi s'en est développé dans la pratique, en liaison avec l'expansion du crédit, ventes mobilières à tempérament, accès à la propriété des immeubles. Cette articulation sur le contrat de vente explique la nature particulière que présente ici la garantie : ce n'est pas une garantie qui puisse être positivement constituée, elle ne peut qu'être négativement retenue par le vendeur : elle prend la forme d'une *clause de réserve de propriété*. Mais de cette clause va sortir une sûreté réelle, comparable au gage et à l'hypothèque, et même, assure-t-on, plus commode et plus solide.

La l. 25 janv. 1985 sur le redressement judiciaire, a. 121, reconnaît pleine efficacité à la clause : elle est opposable à l'acheteur et à ses autres créanciers (ce qui avait été discuté jusqu'en 1980). Il y avait là un argument *a fortiori* pour admettre la même solution en matière

civile. L'a. 1583 n'est pas d'ordre public, remarquent les arrêts, quand il fixe à la date des consentements le transfert de la propriété et le déclare indépendant du paiement du prix : les parties sont libres de retarder le transfert. Le vendeur restera alors propriétaire jusqu'à paiement intégral. Il est rationnel que, si la chose vient à périr, elle périsse à son détriment (a. 1302, al.), c'est le risque de la propriété qu'il a d'être à sa charge (cf. t. IV, n° 192). Cependant, l'acheteur, de son côté, a l'obligation de veiller à la conservation de la chose (cf. a. 1137). D'autant plus qu'il a le droit de s'en servir. La clause de réserve de propriété, finalement, opère une scission dans le droit de propriété : l'acheteur a le droit d'user et de jouir immédiatement de la chose ; le vendeur garde un droit sur le potentiel de valeur inhérent à celle-ci. Il faut distinguer les choses comme choses et les choses comme richesses, utilités économiques.

[87] ÉTAT DES QUESTIONS

B. G. — Josserand (I, n° 1778) avait autrefois tenté une synthèse de ces modalités : elle est aujourd'hui passablement débordée par des nouveautés (indivision prolongée, multipropriété, fiducie, réserve de propriété) qui attestent la force de la réaction contre la conception unitaire (romaine et révolutionnaire).

HISTOIRE

L'opposition fondamentale – et sans doute un peu forcée – est à établir entre la conception romaine et la conception germanique (ou coutumière) du droit de propriété. La première, individualiste, unitaire, abstraite, répugne à admettre des modalités où s'enliseraient les pouvoirs du propriétaire (v. par ex. Monier, I, n° 268, sur l'individualisme de la copropriété romaine). La seconde, au contraire, multiplie à plaisir communautés, propriétés conditionnelles, inaliénabilités (v. Brissaud, p. 245 s.). – On trouve, en tout cas, dans Pothier (*Traité du domaine de propriété*, n^{os} 8 s., 16 s.), une théorie de la *propriété imparfaite*, qui est déjà une théorie des modalités de la propriété. – Pendant une bonne moitié du XIX^{e} s., le régime dotal avait maintenu la présence familière d'une inaliénabilité conventionnelle, non seulement dans le Midi où il était encore assez répandu, tout en reculant devant la communauté légale (cf. par ex. N. Arnaud-Duc, *Droit, mentalités et changement social en Provence occidentale*, 1985), mais même dans le reste de la France, sous l'impression que donnait à la classe juridique un contentieux aussi étoffé que subtil. La décadence du régime dotal s'est précipitée par la suite (cf. *A.S.*, 64, 448), jusqu'à la l. 13 juill. 1965, qui devait le rayer du catalogue des régimes matrimoniaux. L'abolition de cette inaliénabilité-là, que sa féminité, protégée et dominatrice à la fois, ne défendait plus, annonçait, contre les autres inaliénabilités, moins historiques, une action réductrice. Ce fut chose faite en 1971. On entrait dans l'ère Pompidou : il fallait bâtir.

SOCIOLOGIE

Citons un philosophe optimiste (Lavelle, *Traité des valeurs*, 1955, II, p. 203) : grâce à son aliénabilité, la propriété « n'est pas un rapport unique et immuable (ce qui bloquerait l'individu dans sa solitude économique), mais un rapport mobile et permutable qui le rend indépendant des choses particulières et solidaires de tous les autres individus ».

[88] ÉCONOMIE POLITIQUE

Le libéralisme économique a témoigné d'une hostilité réelle aux modalités de la propriété, spécialement à la propriété inaliénable (d'où les critiques courantes, au siècle dernier, contre la jurisprudence validant les clauses d'inaliénabilité). Le droit de disposer est bien plus essentiel à une conception libérale de la propriété que le droit d'user et de jouir. D'un tel point de vue, on pourrait se demander si, à l'heure actuelle, cette conception n'est pas moins menacée du dehors, par les limitations apportées à l'*usus* et au *fructus*, que du dedans, par la multiplication de formes inavouées de propriétés, qui sont des propriétés inaliénables (sauf sur des marchés occultes, étroits et imparfaits) : droit au bail de l'habitation ou de la ferme, clientèles civiles, licences d'importation, etc. Cf. sur l'esprit de monopole et de rente que traînent après elles ces larves de propriété, D. Villey, *Revue d'économie politique*, 1956, p. 175 ; et pour une analyse économique plus froide, S. Rose-Ackerman, *Dr. pros.*, 87 (2), 533.

Différent est le problème de la *mainmorte* (accumulation des biens dans les patrimoines de personnes morales qui aliènent peu ou point du tout). Il concerne une inaliénabilité de fait plutôt que de droit. Les derniers siècles de l'Ancien Régime, et le XIX^{e} s. encore jusqu'à la l. 1er juill. 1901, l'avaient envisagé en fonction des patrimoines ecclésiastiques (biens de l'Église et des congrégations religieuses ; cf. Brissaud, p. 870 s. ; Garaud, *La Révolution et l'égalité civile*, p. 116 s.). Aujourd'hui, ce qui est en cause, ce sont les biens accumulés par les grandes sociétés anonymes (« congrégations économiques »), à la suite d'un processus de concentration industrielle, puis financière, souvent décrit. L'inaliénabilité *de facto* qui est de règle dans ces sociétés a des conséquences autrement graves que l'inaliénabilité *de jure* pour laquelle on a tant discuté entre particuliers. Cependant, ce n'est pas la considération de la mainmorte qui a été donnée pour fondement constitutionnel à la pratique des nationalisations (Constitution de 1946, Préambule).

La l. 3 juill. 1971 a ranimé le débat, mais sous un éclairage nouveau. Si les clauses d'inaliénabilité ont été brusquement mises en accusation, c'est, au premier chef, que « gelant des sols constructibles », elles entravaient l'urbanisation. Le progrès, il est vrai, change de sens selon les moments, et il se peut que, dans quelques années, on fasse l'éloge des clauses qui auront su « préserver l'environnement ». L'attaque avait été particulièrement insistante de la part des personnes morales, surtout de droit public (communes, hôpitaux). Elles traînent souvent dans leurs patrimoines, par la grâce de testateurs trop sentimentaux, des propriétés inaliénables, ruineuses à conserver, qui, vendues, permettraient des remplois profitables. La perpétuité des fondations, à la longue, est fatalement nuisible à l'intérêt social. Mais la spoliation des morts a besoin, pour se justifier, d'une atmosphère de drame historique (ex. la Réforme, la Révolution, voire la phase laï-

cisante de la III[e] République). En 1971, il ne s'agissait que d'intérêts patrimoniaux, sans le soutien d'une idéologie, et les personnes morales ont été tenues à l'écart de la loi nouvelle. En 1984, au contraire, le législateur s'est inquiété pour elles (a. 900-4, al. 2), mais plutôt en considérant la misère de leurs revenus que la richesse de leur capital.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Sur le terrain de l'a. 815, la réaction contre l'individualisme du C. Nap. avait déjà commencé avec les réformes successorales de 1938 (possibilité d'un sursis judiciaire). Elle s'est accentuée avec la loi du 31 déc. 1976 (possibilité de bloquer la demande en partage par une attribution de biens, droit de préemption). Étonnerait-on le Sénat républicain en lui révélant que sa faveur pour l'indivision est contre-révolutionnaire ?

Il ne serait pas inutile de donner à la propriété résoluble une réglementation d'ensemble (sans doute vers une atténuation de la rétroactivité, par la généralisation de règles telles que celles des a. 1673, al. 2, 1682).

Les problèmes posés par la propriété inaliénable n'ont été qu'imparfaitement réglés par la loi (improvisée *ad hominem* ?) du 3 juill. 1971 (cf. Simler, D. 1971, L. 416-1 ; Morin, *Rép. not.*, 71, 1, 1185 ; Corvert, *ibid.*, 79, 1, 1377). La l. 4 juill. 1984 procède d'une plus longue étude (cf. F. Boulanger, *J.C.P.*, 85, 1, 3177 ; Witz, D. 85, chr. 101). Peut-être les historiens découvriront-ils un jour que deux pressions se sont conjuguées – celle des fondations *pieuses* et celle des hôpitaux *publics* – pour faciliter le passage d'une législation qui, en d'autres circonstances, eût été dénoncée comme spoliatrice des morts.

[89] THÉORIE JURIDIQUE

Ne pas se dissimuler que la théorie des modalités de la propriété a une unité purement technique, recouvre des situations sociales très différentes.

a) *Copropriété. — En général,* v. Bonnecase, *Supplément*, IV, n[os] 175 s. ; Atias, n[os] 95 s. ; cf. Jonasco, La nature juridique du droit de copropriété, *Les aspects du droit privé en fin du XX[e] s. (Études en l'honneur de Michel de Juglart)*, 1986, p. 21. — Sur la *copropriété forcée et perpétuelle* (copropriété avec indivision forcée), v. Planiol-Picard, n[os] 293 s. ; Beudant-Voirin, n[os] 374 s. ; Goubeaux, *Les clauses d'indivision forcée et perpétuelle*, Th. Nancy, 1910. C'est un état matériel des lieux, qui évoque les servitudes. — Sur l'*indivision (successorale)* après la l. 31 déc. 1976, v. Catala, *Rép. not.*, 1979-1981 ; Dagot, *J.C.P.*, 79, 1, 2959 ; C. Watine-Drouin, *R.T.*, 88, 267 (rôle du juge) ; Testu, D. 96, chr. 176 ; A. Olive, Peine et salaire dans le droit de l'indivision, *Dr. pros.*, 97 (1), 69. Elle avait déjà sensiblement changé de physionomie depuis que la réforme successorale de 1938 lui avait ouvert des possibilités de prolongation, en réaction très claire contre le principe individualiste qui demeure pourtant inscrit en tête de l'a. 815. L'effet s'en fait sentir sur le droit de chaque indivisaire à une part de propriété en nature : ce droit est maintenant subordonné à une condition potestative de la part des autres. L'importance, en nombre et en valeur, des indivisions successorales, qui ont pour support un patrimoine avec actif et passif, a refoulé dans l'ombre la copropriété toute simple, portant sur un bien isolé, résultant par ex. de l'achat d'un immeuble en commun, comme il arrive assez souvent entre époux séparés de biens ou entre concubins. Il existe

des textes pour la séparation de biens : l'a. 1538, al. 3, et surtout l'a. 1542, qui ramène le cas vers la liquidation de la communauté conjugale (cf. Civ.[1] 9 oct. 1990, *J.C.P.*, 91, 2, 21641). Ces textes ne sont pas appliqués par analogie au concubinage, mais la jurisprudence a dégagé pour lui un palliatif, la société de fait (cf. t. II, p. 672, 682).

On sait peu de chose de la pratique effective de l'*indivision conventionnelle.* Le contentieux est sporadique : ex. Civ.[1] 28 févr. 1984, *Bull.*, n° 76 (la convention ne se présume pas) ; Civ.[1] 14 mai 1991, *Bull.*, n° 154 (l'associé dirigeant ne peut faire seul des actes de disposition) ; Civ.[1] 19 janv. 1993, *Bull.*, n° 12 (s'il n'y a que deux associés, le non-gérant peut révoquer le gérant ; peut-être eût-il mieux valu faire intervenir le juge). On peut croire, pour le surplus, à une application harmonieuse. Il semble, en particulier, que les banques se servent du modèle des a. 1873-1 s. pour assurer l'administration des portefeuilles indivis de valeurs mobilières.

Sur le *temps partagé* et la l. 6 janv. 1986, cf. Goldsmith, *G.P.*, 93, 1, doctr. 587 ; Périnet-Marquet, *R. Dr. Immob.*, 95, 63 ; Auby et Périnet-Marquet, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 1995, n[os] 1851 s. ; et sur la l. 8 juill. 1998, Cl. Saint-Alary, D. 99, chr. 147. En théorie, on comprendrait une véritable copropriété par alternance. L'Ancien Droit ne répugnait pas à ces droits d'usage alternés (cf. le contrat décrit par Pothier, *Louage*, n° 458 ; et même notre ancien a. 1859-2[e], écrit pour des indivisions). Analogie plus lointaine : le bail limité à certains jours ou certaines périodes, de sorte que la jouissance des locaux alterne entre le propriétaire et le locataire (ex. Com. 18 oct. 1967, *Bull.*, n° 331 ; Civ.[3] 14 nov. 1973, *Bull.*, n° 578).

b) *Propriété conditionnelle*, v. Planiol-Picard, n[os] 231 s. ; Beudant-Voirin, n[os] 257 s. Cf. J. Deprez, *La rétroactivité dans les actes juridiques*, Th. Rennes, 1953 (n[os] 286 s., l'œuvre de la jurisprudence pour atténuer la rétroactivité des résolutions ; n[os] 358 s., les procédés techniques qui pourraient être substitués à cette rétroactivité) ; cf. t. IV, n° 137. – Une condition peut se greffer sur l'acquisition d'un immeuble en commun pour former la combinaison dite *clause d'accroissement* ou *pacte tontinier*. Il est stipulé que, à la mort de l'un des deux acquéreurs, son acquisition sera résolue, tandis que celle de l'autre s'étendra à l'ensemble, le tout rétroactivement. La part du défaillant *accroît* au survivant (le mécanisme se retrouve ailleurs, a. 786, 1044). La combinaison, suspectée autrefois comme pacte sur succession future (a. 1130), est maintenant validée : Civ.[1] 3 févr. 1959, D. 60, 592 ; Civ.[1] 9 févr. 1994, D. 94, 417.

Quoiqu'il soit classique de faire marcher en couple le terme et la condition, la propriété assortie d'un *terme extinctif* (qui fait d'elle une propriété *temporaire*) est une catégorie moins familière aux juristes français que la propriété sous condition résolutoire (cf. au contraire, pour l'Italie, N. di Prisco, *La proprietà temporanea*, Naples, 1979). Contre son admission la perpétuité attribuée au droit de propriété n'élève pas un obstacle péremptoire, car elle a toujours été entendue avec une certaine relativité (*supra,* n° 68, *g*). Il ne faut pas non plus s'exagérer les difficultés pratiques des conséquences à l'arrivée du terme (difficultés que la condition résolutoire éviterait par sa rétroactivité). Le principe est que la propriété fera retour au propriétaire originaire, qui avait aliéné à terme extinctif (auquel cas le propriétaire temporaire aura eu la situation d'un usufruitier à pouvoirs renforcés). Que si l'aliénateur avait stipulé que le bien serait retransmis à un tiers, des problèmes pourront surgir, mais ils viendront d'ailleurs (ex. du droit des successions et des libéralités) : on est très près de la *fiducie* (cf. F. X. Lucas, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières*, 1997).

c) *Fiducie.* — Les tribunaux français sont quelquefois amenés, par les règles du droit international privé, à statuer sur l'application en France d'un trust constitué en Angleterre ou aux États-Unis : ex. Civ.[1] 20 févr. 1996, *R. crit. dr. internat. privé*, 96, 692, n. Droz ; Paris, 10 janv. 1970, D. 72, 122, n. Malaurie. Ils n'y réussissent pas toujours à la satisfaction des spécialistes, ce qui atteste sans doute la difficulté de l'*acculturation juridique* (cf. « Quadrige » de *Sociologie juridique*, 1994, 377 s.). Qu'est-ce donc que la propriété du *trustee* – et que serait, par imitation, la propriété *fiduciaire* ? Très approximativement, on dira que c'est une propriété limitée, affectée, repétrie par une série d'obligations, parmi lesquelles l'obligation de transférer le bien après un certain temps, soit au propriétaire antérieur, soit à un tiers bénéficiaire ; elle s'écarte du concept unitaire de notre a. 544 et évoque la décomposition féodale du domaine (domaine éminent et domaine utile). On n'avait pas cessé, en France, de s'intéresser au trust (ex. Wortley, sur les applications modernes en droit anglais, *R.I.D.C.*, 62, 689 ; Maerten, sur une Convention de La Haye, du 1er juill. 1985, *J.C.P.*, 88, 1, 3319). Mais ce fut la thèse de J.-Cl. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Strasbourg, 1979, qui relança l'idée d'une adaptation française : Larroumet, D. 90, chr. 119, Grimaldi, *Rép. not.*, 91, 897 et 961. En 1992-1994 on put croire que le projet très élaboré de la chancellerie allait accéder à la discussion parlementaire. Synthèse : C. Jauffret-Spinosi, Trust et fiducie, *Études A. Sayag*, 1997, 329. Cf. F. Fresnel-Métetal, *La fiducie comme technique de protection des majeurs en difficulté*, Th. Paris II, 1995 (emploi souhaitable du procédé : une propriété fiduciaire est constituée au nom du malade afin de lui assurer des revenus, à charge de retour aux plus proches après sa mort).

d) *Réserve de propriété.* — En un sens, ce n'est qu'une stipulation contractuelle, parmi tant d'autres possibles : ex. Req. 26 juin 1935, D.M. 35, 414, et plus tard encore, Civ.[1] 24 janv. 1984, *Bull.*, n° 31, simple report de date ; cf. A. de Martel-Tribes, Les clauses de réserve de propriété, *J.C.P.*, 77, 1, 2875. Cependant, la réserve de propriété allait montrer sa force en faisant reconnaître son opposabilité aux créanciers de l'acheteur en faillite (loi du 12 mai 1980, qui fut critiquée par Houin, *J.C.P.*, 80, 1, 2978). C'était l'étape décisive. Aujourd'hui, la propriété affectée en garantie ne se dissimule plus d'être une sûreté réelle : Cabrillac et Mouly, *Sûretés,* 1997, nos 527 s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Sûretés,* 1998, nos 750 s. ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Sûretés,* 1999 ; Ph. Théry, *Sûretés*, 1998, nos 326, 334 ; F. Pérochon, *La réserve de propriété*, 1990 ; Jertaz, *Mélanges D. Holleaux*, 1990, 227 ; Crocq, *Propriété et garantie*, 1995 ; M.-J. Campana, Variations sur la clause de réserve de propriété, *Mélanges Farjat,* 1999, 53. Une dissociation s'ensuit dans le droit de propriété entre la matérialité et la valeur (cf. B. Rudden, Things as Things and Things as Wealth, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1994 [14], 83). Poussant plus loin l'analyse, des auteurs proposent une dissociation du concept de propriété ; et de reconnaître dans le bien une *propriété économique,* distincte de la propriété matérielle : cf. G. Blauluet, *Essai sur la notion de propriété économique, recherche au confluent du droit fiscal et du droit civil,* 1999 (préfaces Catala-Cozian). Toutefois, la pratique n'applique pas rigoureusement la dissociation proposée, car, dans la réserve de propriété, si le vendeur n'avait plus droit qu'à la valeur, la perte matérielle de la chose devrait être au risque de l'acheteur, alors que celui-ci, selon Com. 19 oct. 1982, D. 83, *I.R.* 482, est seulement tenu d'une obligation personnelle de veiller à la conservation de la chose – un peu comme un dépositaire (a. 1927), dit-on, mais un dépositaire n'a pas le droit de se servir de la chose déposée (a. 1930). Cette obligation n'est, en tout cas, qu'une obligation de moyens (cf. t. IV, n° 156) : le vendeur n'obtiendra réparation qu'en prouvant une faute de l'acheteur.

e) *Inaliénabilité*, v. Planiol-Picard, nos 220 s. ; Beudant-Voirin, nos 270 s. ; Berra, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil*, Th. Nancy, ronéo, 1969 ; J.-L. Aubert, Le droit de disposer de l'immeuble, *Études Flour*, 1979, 1 s. ; Michel Morin (sur la l. 3 juill. 1971), *Rép. not.*, 1971, art. 29982. Il est classique de se demander si l'inaliénabilité réside dans la personne ou dans le bien, si elle tient à ce que le propriétaire devient personnellement incapable d'aliéner ou bien à ce que l'objet est mis hors du commerce (cf. a. 1128). On s'était posé la question, en particulier, pour l'ancienne inaliénabilité dotale (cf. Planiol et Ripert, IX, *Régime matrimoniaux*, par Boulanger, 1960, n° 1233), mais aussi pour les clauses d'inaliénabilité, et elle reste posée depuis la loi de 1971. Des auteurs (Colin-La Morandière, II, n° 150), un peu différemment, ont proposé d'analyser l'inaliénabilité comme engendrant à la charge du propriétaire une obligation de ne pas faire (d'où la nullité de l'aliénation pourrait être fondée sur l'a. 1143). Cf. S. Rosa-Ackerman, L'inaliénabilité et la théorie des droits de propriété (analyse économique), *Droit pros.*, 87 (2), 533 ; Y. Guyon, L'inaliénabilité en dr. commercial, *Études Sayag*, 1997, 267.

PRATIQUE JUDICIAIRE

[90] a) *Droit pour chaque indivisaire d'user et de jouir privativement des biens indivis.* — Ce droit n'est pas toujours gratuit ; il peut donner lieu à une indemnité d'occupation ou de jouissance, Civ.[1] 7 juin 1989, *Bull.*, n° 223, et 10 janv. 1990, D. 90, *I.R.*, 31, *R.T.*, 90, 685 et 91, 144, n. Zénati ; Civ.[1] 12 janv. 1994 et 22 avr. 1997, D. 94, 311 et *Dr. et patrimoine,* 97, n° 1806. L'indemnité est évaluée souverainement par les juges du fond, Civ.[1] 30 juin 1987, *Bull.*, n° 213, et 25 juin 1996, *Bull.*, n° 267. Un arrêt, Civ.[1] 15 avr. 1980, D. 91, 101, n. Breton, *R.T.*, 81, 173, n. Giverdon, précise que, si un indivisaire a accompli, en vertu de l'a. 815-9, des actes qui ne respectent pas la destination de l'immeuble indivis ou qui portent atteinte aux droits égaux et concurrents d'un autre, celui-ci peut agir pour faire cesser l'abus et obtenir réparation sans être obligé d'attendre le partage. Il est vrai que l'effet déclaratif du partage (a. 883) est appelé à effacer la période d'indivision : si l'immeuble en cause est placé dans le lot du responsable compte tenu de la moins-value subie, le règlement s'opérera sans contentieux. N'est-il pas plus pratique d'attendre ? A quoi l'on objectera que le moment du partage peut être lent à venir. L'a. 815-9 procède de l'ancien a. 1859-2°, qui était écrit pour une société civile dépourvue de personnalité morale, donc en somme pour l'indivision (la source première étant Pothier, *Société*, nos 84, 85). Le texte suppose au sein de l'indivision une espèce de sous-indivision, en *usus* et *fructus* (cf. Atias, *J.C.P.*, 79, 1, 2937) – non pas un usufruit techniquement constitué, mais cette jouissance de fait, possessoire, que le droit des successions essaie d'appréhender à travers la notion de partage provisionnel (a. 840 ; cf. a. 816). Les contrats passés unilatéralement par l'indivisaire restent, d'ailleurs, valables dans les rapports avec le tiers contractant, ils ne sont pas nuls (bien qu'on ait soutenu le contraire : ex. Dagot, *J.C.P.*, 85, 1, 3178, n° 35), mais seulement inopposables aux autres indivisaires (Civ.[1] 2 juin et 7 juill. 1987,

J.C.P., 88, 2, 20999 et 21068, *R.T.*, 89, 582, n. Jourdain, Salvage, Zénati ; Civ.[1] 27 oct. 1992, *R.T.*, 93, 614, n. Zénati).

[91] b) *Clauses d'inaliénabilité.* — 1° Elles avaient donné lieu, *avant la loi de 1971*, à une jurisprudence abondante (cf. A. Chéron, *R.T.*, 1906, 339 s.), et qui fut hardie. Il était difficile de lui attribuer une tendance politique : les intérêts qu'elle prenait en considération paraissaient très divers et fort particuliers. Toutefois, le sens général allait vers un renforcement des pouvoirs du chef de famille. Cette jurisprudence devait être rapprochée de celle qui a tourné en partie l'a. 896, en validant des combinaisons proches de la substitution prohibée (cf. Planiol et Ripert, t. V, par Trasbot, n[os] 285 s.). Elle faisait apparaître les tribunaux, dès le milieu du XIX[e] s., comme en retrait sur l'idéologie individualiste et libérale issue du C.C. et amplifiée par leur époque.

— *Validité.* La consultation des arrêts anciens garde une utilité pour l'interprétation des conditions, devenues légales, de la validité : l'intérêt justificatif et le caractère temporaire. Point de départ : Angers, 29 juin 1842, S. 42, 2, 400, et Civ. 20 avr. 1858, D. 58, 1, 154. Dans les deux cas, c'est l'intérêt pécuniaire, peut-être assez éventuel, du donateur qui a fait légitimer la clause. Par la suite, on ira jusqu'à l'intérêt moral, hommage à l'autorité patriarcale : Req. 17 mars 1925, D. 28, 1, 176. Quelquefois, il s'agissait de l'intérêt d'un tiers, créancier : ex. Req. 12 juill. 1865, D. 65, 1, 475. Il pouvait y avoir une objection spéciale à valider la clause conçue dans l'intérêt du gratifié (fils de famille que l'on veut protéger contre ses faiblesses) : n'était-ce pas créer une incapacité par volonté privée, prolonger la minorité au-delà de la loi, instituer une curatelle sans formes ? La validité a, pourtant, été admise de façon constante : Req. 11 juill. 1877, D. 78, 1, 62 ; Req. 20 févr. 1939, D. C. 41, 22. Motifs classiques de la validité : pas de texte qui prohibe ces clauses (mais les a. 537, 544 ?) ; la loi elle-même a prévu des inaliénabilités temporaires, ex. a. 1048 s., 1554 (mais, de textes exceptionnels, ne conviendrait-il pas d'argumenter plutôt *a contrario* ?) ; l'analogie de l'ancien a. 581-3° C. Pr. C. (remplacé depuis par l'a. 2092-2-3° C.C. et enfin par la l. 9 juill. 1991 sur les procédures d'exécution, a. 14-3°) autorisant les clauses d'insaisissabilité dans les donations et testaments (mais, en principe, cette insaisissabilité n'est opposable de plein droit qu'aux créanciers *antérieurs* à la libéralité). Si indulgente que fût la jurisprudence, il restait – et c'est en quoi elle gardait une fidélité à l'esprit de la Révolution – que jamais une clause *perpétuelle* n'était validée (Req. 19 mars 1877, D. 79, 1, 455 ; Civ. 16 mars 1903, D. 05, 1, 126 ; Civ.[1] 16 févr. 1953, D. 53, 282, *R.T.*, 1953, 549) ; hormis, toutefois, le cas des fondations, où la perpétuité est dans la personne même du gratifié (Civ.[1] 19 oct. 1985, D. 66, 245, n. Defrénois, *R.T.*, 66, 329, n. Savatier.

— *Sanction.* On a soutenu que, lorsque le gratifié aliène le bien en contravention à une clause valable, la seule sanction devrait être la révocation de la libéralité pour inexécution de la condition imposée (a. 954). La jurisprudence n'a pas hésité, cependant, à annuler directement l'aliénation contre le tiers acquéreur : Req. 9 mars 1868, S. 68, 1, 204. On peut admettre que cette solution a été couverte par le d. 4 janv. 1955, a. 28-2°, sur la publicité foncière : si la cause d'inaliénabilité doit être, quant aux immeubles, publiée, c'est apparemment qu'elle est opposable aux tiers. La clause d'inaliénabilité interdit les constitutions d'hypothèque qui sont des aliénations partielles. Mais une hypothèque légale, qui naît en dehors de la volonté du donataire, ne peut entraîner la révocation de la donation (Civ.[1] 25 juin 1980, D. 81, *I.R.*, 90). L'hypothèque reste même valable ; seulement, son effet est paralysé, la saisie n'est pas possible tant que la clause est en vigueur (Civ.[1] 9 oct. 1985, *R.T.*, 86, 622).

2° *Loi du 3 juillet 1971.* — Elle a fait surgir des questions inédites, ex. : à quelle sorte d'intérêt *superveniens* les juges peuvent-ils avoir égard pour autoriser le gratifié à aliéner le bien stipulé inaliénable. Des décisions, Trib. Cherbourg, 13 févr. 1974 (D. 75, 30, n. critique J. Fr. Vouin, *J.C.P.*, 74, 2, 17861, n. critique Dagot ; Lyon, 19 mai 1981, *J.C.P.*, éd. N. 83, 2, 208), considèrent que ce peut être l'intérêt du gratifié à payer ses propres dettes. Et voici la suite : si le donataire-débiteur néglige de faire valoir cet intérêt, ses créanciers peuvent le faire valoir à sa place, par le jeu de l'action oblique (a. 1166). Gageons qu'ils n'y manqueront pas, et il restera peu de chose de cette insaisissabilité qu'il était classique de présenter comme le corollaire de l'inaliénabilité. Ne devrait-on pas dire que l'action ouverte au gratifié par l'a. 900-1 est exclusivement attachée à la personne, parce qu'elle suppose une appréciation préalable d'ordre moral ou familial ? Tout juste : en ce sens, Civ.[1] 3 juin 1998, D. 98, *I.R.*, 161, *J.C.P.*, 98, 2, 10167, n. Casey.

Un arrêt, Civ.[1] 15 juin 1994, D. 95, 342, *J.C.P.*, 95, 1, 3876, n° 8, *Rép. not.*, 95, 51, *R.T.*, 95, 666 et 919, a l'intérêt d'un rappel aux principes : le principe est la libre disposition des biens ; en conséquence, c'est à celui qui se prévaut de la classe de démontrer l'intérêt sérieux et légitime. Cet arrêt-ci, ainsi qu'un autre, Civ.[1] 10 juill. 1990, *Rép. not.*, 91, 272, *R.T.*, 91, 141, valident en fait ce que l'on pourrait appeler un *intérêt de confort.* Les stipulants disposaient qui, d'un droit d'usage et d'habitation, qui d'un usufruit, que des aliénations ne pouvaient compromettre ; cependant, psychologiquement, on peut préférer garder son fils comme nu-propriétaire, plutôt qu'un étranger.

De Civ.[1] 8 janv. 1975, *J.C.P.*, 76, 2, 18240, n. Thuillier, *Rép. not.*, 75, art. 30916, n. Ponsard, on peut induire que le caractère temporaire est devenu en 1971 une notion de droit, soumise au contrôle de la Cour de cassation. Pourtant, ce caractère est souvent imbriqué dans la notion d'intérêt, et celle-ci paraît bien dépendre d'une appréciation souveraine des juges du fond. Ici, l'inaliénabilité qui a été jugée temporaire avait été stipulée pour la durée de la vie du donateur. V. dans le même sens, Civ.[1] 20 juill. 1982, et 20 nov. 1985, *Bull.*, 82, n° 267, et 85, n° 313, *R.T.*, 83, 376, et 86, 620, n. Patarin ; Civ.[1] 13 avr. 1992, D. 92, *I.R.*, 178. Mais, anciennement, des inaliénabilités stipulées pour la durée de la vie du *donataire* avaient parfois été traitées comme perpétuelles (cf. Civ. 24 janv. 1899, D. 00, 1, 533). C'était déjà contestable (v. l'absurdité signalée par Patarin, *R.T.*, 86, 620) ; et depuis 1971, la faculté désormais ouverte au gratifié de se faire relever de la clause, si elle est devenue insupportable, rendrait bien suspect le droit de la faire tomber *ab initio.* L'appréciation du caractère temporaire doit plutôt être intégrée à l'appréciation de l'intérêt sérieux.

Dans l'espèce précitée du 20 nov. 1985, la donatrice avait exprimé sa volonté d'assurer la conservation des biens dans la famille, imprimant ainsi à son intérêt une coloration passéiste, qui aurait pu réveiller, mais n'a pas réveillé d'objections politiques. Une fois de plus, on observe que notre droit contemporain de la famille, révolutionnaire, sinon libertaire, tant qu'il s'agit des relations personnelles, biologiques, redevient étrangement conservateur quand c'est le patrimoine qui est en cause. L'intérêt invoqué par les disposants pourrait être habillé différemment, en intérêt purement psy-

chologique : gardant sur les biens un droit d'usage et d'habitation (ou d'usufruit), ils tiennent à garder pour vis-à-vis dans la nue-propriété les mêmes têtes pacifiques. C'est un intérêt sérieux. Civ.[1] 10 juill. 1990, *Rép. not.*, 91, 1, 272, n. Lucet, *R.T.*, 91, 141 ; 15 juin 1994, *Rép. not.*, 95, 1, 51. En tout cas, l'intérêt ancien, qui a justifié la clause à l'origine, est constamment sujet à être remis en question au nom d'un intérêt nouveau, et cette balance des intérêts relève de l'appréciation souveraine des juges du fond : Civ.[1] 25 juin 1980, *Bull.* n° 198.

[92] 3 / L'usufruit

L'usufruit est un droit réel d'usage et de jouissance sur la chose d'autrui (cf. a. 578) (fig. 1). Par son existence, la propriété se trouve écornée, démembrée. Des trois pouvoirs dont elle était le faisceau, l'*usus* et le *fructus* passent à l'usufruitier ; le propriétaire ne conserve que l'*abusus*, qui était assurément la partie la plus profonde de son droit, mais non pas la plus visible ni la plus vivante. Dépouillée de l'*usus* et du *fructus*, la propriété n'est plus qu'une *nue-propriété*. Toutefois, elle a en elle la certitude de redevenir un jour *pleine propriété*, car l'usufruit (l'a. 578 a eu tort de ne pas insérer ce trait dans sa définition) est un droit essentiellement temporaire et même, en général, viager, destiné à s'éteindre à la mort du titulaire (a. 617, al. 2), ce qui contraste avec la perpétuité de la propriété, la loi n'ayant pas voulu que pût se prolonger indéfiniment une dissociation anormale et anti-économique entre le pouvoir de disposer et celui d'exploiter.

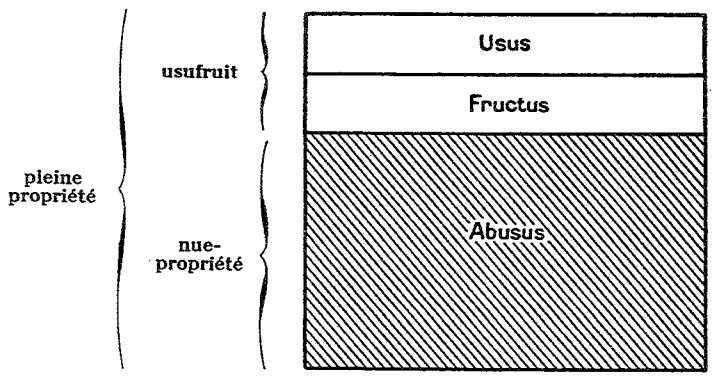

Fig. 1

Il est fondamental de marquer que l'usufruit et la nue-propriété sont deux *droits réels parallèles*, qui, du moins dans la pureté des principes, se côtoient en s'ignorant. La situation est très différente de celle qui résulte d'un contrat de bail, quoique le preneur à bail ait, comme l'usufruitier, un droit à jouir de la chose d'autrui (cf. a. 1709). Mais c'est un droit de créance qu'a le preneur, et le bailleur est personnellement obligé envers lui à le faire jouir de la chose, tandis que l'usufruitier, étant par son droit réel en contact direct avec le bien, peut en retirer lui-même la jouissance. Le nu-propriétaire n'a pas envers lui d'obligations personnelles, du moins pas d'obligations positives, seulement l'obligation négative de respecter ce droit réel concurrent (a. 599, al. 1).

Toutes sortes de biens, corporels ou incorporels (ex. : créances, fonds de commerce, actions et obligations), immeubles ou meubles, ont également vocation à supporter un usufruit (a. 581). C'est plus une modalité abstraite de l'appropriation qu'un droit réel concret (ce qu'est, par ex., une servitude prédiale). Cette plasticité de l'usufruit s'observe encore en ce qu'il peut porter non seulement sur un bien isolé, mais sur un patrimoine (ou une fraction de patrimoine) : il est des usufruits à titre universel (cf. a. 611 et 612), tel l'usufruit successoral du conjoint survivant (a. 767).

[93] 1 | L'USUFRUIT EN TANT QUE BIEN

L'usufruit semble parfois faire corps avec le bien sur lequel il porte, dont il épouse la condition, étant comme lui par décalque meuble ou immeuble (a. 526). A d'autres égards, néanmoins, il se présente comme un bien détaché de la propriété dans laquelle il a été taillé, un bien incorporel, un droit autonome. Cette autonomie exige pour s'affirmer que soit délimité l'espace de temps imparti à l'usufruit, sa *durée* ; mais, en s'affirmant, elle rend plus complexes les possibilités d'*aliénation* affectant le bien grevé.

▶ *Durée de l'usufruit*

L'usufruit a une existence bornée dans le temps, entre un mode de

constitution, qui le détache de la propriété, et une cause d'*extinction*, qui l'y réunit.

a) *Constitution de l'usufruit*

L'a. 579 reconnaît deux sources de l'usufruit : la *loi* et l'*acte juridique privé*.

1° *Usufruits légaux*. — Ils sont très fréquents : si la loi a pris soin de prévoir en détail les obligations des usufruitiers, c'est que, bien souvent, il n'y a pas de convention permettant aux nus-propriétaires de pourvoir eux-mêmes à leurs intérêts. Le cas le plus typique est celui du conjoint survivant qui, sous de certaines conditions, est appelé *ab intestat* à recueillir en usufruit tout ou partie de la succession laissée par le conjoint prédécédé (a. 767), la nue-propriété revenant aux parents par le sang. Cet usufruit successoral est un usufruit véritable. On se demande, au contraire, si le droit de jouissance légale des père et mère sur les biens de leur enfant mineur (a. 382) ne doit pas être rangé à part : c'est une sorte d'usufruit légal, mais sa destination familiale le fait échapper à beaucoup de règles du droit commun.

2° *Usufruits établis par acte juridique privé*. — L'usufruit peut être établi par testament ou par convention, la convention pouvant être elle-même une donation ou une vente. Mais deux procédés s'offrent au propriétaire pour atteindre le but : il peut aliéner directement l'usufruit, en retenant la nue-propriété de sa chose (l'usufruit est constitué *per translationem*) ; il peut, à l'inverse, aliéner la nue-propriété, en retenant l'usufruit (l'usufruit est alors constitué *per deductionem*). Le second procédé est le plus fréquent : la plupart des usufruits volontaires résultent d'une donation ou d'une vente du bien avec réserve de l'usufruit (ou d'un droit d'usage ou d'habitation) au profit du donateur ou du vendeur.

[94] b) *Extinction de l'usufruit*

Parmi les causes d'extinction qu'énumère l'a. 617, l'une, le décès de l'usufruitier, a une signification particulière, parce qu'elle représente la fin normale de l'usufruit et le maximum de sa durée ; les autres causes ont un caractère anormal, elles font cesser l'usufruit par anticipation.

1° *Cause normale : décès de l'usufruitier*. — L'usufruit est un droit essentiellement *viager* (opp. pour le bail, a. 1742). Il suit de là que la valeur pécuniaire d'un usufruit dépend de la durée de vie de l'usufruitier, c'est-à-dire d'une donnée qui est encore inconnue au moment de la constitution de l'usufruit. Cette incertitude imprime un caractère *aléatoire* (au sens de l'a. 1104) à toutes les opérations portant sur un droit d'usufruit (il en résulte, par ex., qu'une vente d'immeuble avec réserve d'usufruit ne peut être rescindée pour lésion de plus des 7/12, malgré l'a. 1674 ; cf. t. IV, n° 78).

Deux précisions doivent être formulées quant au caractère viager de l'usufruit :

— Si l'usufruit appartient à une personne morale, sujet de droit qui peut avoir une longévité très supérieure aux êtres humains, la durée en est fixée artificiellement à trente ans (a. 619).

— Les parties peuvent constituer l'usufruit non pas pour la vie de l'usufruitier, mais pour une durée fixe (a. 617, al. 3). Ce terme extinctif mettra fin à l'usufruit s'il échoit avant la mort de l'usufruitier ; mais il ne saurait avoir pour effet de prolonger l'usufruit au-delà de la mort, si celle-ci vient à se produire avant l'échéance. L'usufruit est toujours viager en ce sens qu'il n'est jamais transmissible aux héritiers (à la différence du droit de propriété).

2° *Causes exceptionnelles*.

— *Consolidation* (a. 617, al. 4), lorsque l'usufruitier acquiert la nue-propriété (par ex. en héritant du nu-propriétaire).

— *Non-usage* de l'usufruit pendant trente ans (l'a. 617, al. 5, est une application de l'a. 2262).

— *Perte totale* de la chose, fût-ce, pour un bâtiment, par vétusté (mais les a. 623-624 nuancent la solution) (a. 617, al. 6).

— *Déchéance pour abus de jouissance* (a. 618). C'est une sanction, une pénalité civile, qui est prononcée en justice, à la demande du nu-propriétaire, lorsque l'usufruitier a manqué à son obligation de jouir de la chose en bon père de famille. Cette cause d'extinction suppose donc une faute de l'usufruitier ou des personnes dont il doit répondre. Elle n'opère pas, d'ailleurs, automatiquement, et le tribunal peut se borner à prescrire des mesures conservatoires dans l'intérêt du nu-propriétaire (a. 618, al. 2, 3 ; cf. a. 602-603, qui seront applicables ici par analogie).

— *Renonciation* (gratuite) de l'usufruitier à son droit (arg. a. 621-622), sans forme particulière, ou *rétrocession* de son droit par lui consentie (à titre onéreux) au nu-propriétaire.

3° *Conversion de l'usufruit en rente viagère*. — Ce n'est pas une cause absolue d'extinction : au droit réel sur la chose est substituée une créance contre le nu-propriétaire ; aux revenus en nature, une somme d'argent périodiquement payée jusqu'à la mort de l'usufruitier.

La conversion ne peut être imposée à l'usufruitier que dans les hypothèses prévues par la loi : a. 618, al. 3 (abus de jouissance), a. 767, *in fine* (usufruit successoral du conjoint survivant).

[95] c) *Influence de la durée de l'usufruit sur les droits de l'usufruitier*

Les droits de l'usufruitier peuvent être exercés dès la constitution de l'usufruit ; ils ne peuvent plus l'être après son extinction. La formule paraît simple, mais son application est délicate quant aux fruits, aux revenus, qui, par définition, entrent dans les droits de l'usufruitier : c'est que l'on peut recueillir en un jour des revenus qui se sont formés durant toute une année. Faut-il avoir égard au temps de la *perception* ou au temps de la *formation* des fruits, pour déterminer les droits respectifs de l'usufruit et de la nue-propriété ? Le C.C. a utilisé ici la distinction entre fruits civils et fruits naturels ou industriels (cf. *supra*, n° 60).

1° L'usufruitier acquiert les *fruits civils* (loyers, fermages) *jour par jour* (a. 586). C'est-à-dire que, si l'usufruit a commencé, ou a cessé, en cours d'année, les revenus de cette année se diviseront équitablement entre usufruitier et nu-propriétaire, à proportion du temps pendant lequel la propriété a été démembrée, sans avoir égard à la date de leur échéance.

2° Si, au contraire, il s'agit de *fruits naturels ou industriels* (de récoltes), c'est par la *perception* qu'ils seront acquis à l'usufruitier, par la séparation matérielle du sol (a. 585). De sorte qu'une récolte faite peu après la constitution de l'usufruit appartiendra pour le tout à l'usufruitier, et comme gratuitement, car il n'a pas supporté les frais de culture, et ne doit, en principe, aucune indemnité de ce chef. A l'inverse, une récolte faite peu après l'extinction de l'usufruit reviendra en entier au propriétaire, et sans qu'il ait d'indemnité à payer, quoique l'usufruitier seul ait assumé les frais de culture. C'est une règle forfaitaire : elle a pour but de supprimer entre les parties des comptes épineux ; mais, comme toute règle forfaitaire, elle peut aboutir à des résultats injustes dans nombre de cas.

[96] ▶ *Aliénations portant sur le bien grevé d'usufruit*

Trois hypothèses à distinguer selon que le projet d'aliéner (de vendre) émane de l'un ou l'autre des intéressés ou des deux conjointement.

1° *Aliénations par l'usufruitier*. L'usufruitier ne pourrait aliéner le bien en pleine propriété, mais il peut aliéner distinctement son usufruit. Le droit d'usufruit, qui est par lui-même un bien, est cessible (a. 595) : il peut être vendu, donné, hypothéqué (en tant qu'il concerne un immeuble ; a. 2118-2°) ; corrélativement, il peut être saisi par les créanciers de l'usufruitier (a. 2204-2°).

Cependant, il faut bien voir quelle est la portée d'une cession d'usufruit. L'acquéreur devient usufruitier à son tour, il a l'*usus* et le *fructus* en vertu d'un droit réel sur la chose. Mais il n'a pas un usufruit indépendant, renouvelé en sa personne ; son usufruit continue à être indissolublement relié à la personne de l'usufruitier originaire, et s'éteindra au décès de celui-ci (s'il en était autrement, on pourrait, par des cessions répétées, des plus âgés aux plus jeunes, arriver à perpétuer le démembrement de la propriété). Conformément au principe de la conservation des droits transmis (cf. *Introduction*, n° 184), le cessionnaire a tous les droits du cédant, mais il n'a que ces droits.

2° *Aliénations par le nu-propriétaire*. Le nu-propriétaire peut aliéner sa nue-propriété comme un droit distinct : cette aliénation laisse intacts les droits de l'usufruitier (a. 621). Il peut même, à la différence de l'usufruitier, aliéner en pleine propriété le bien grevé d'usufruit, constituer sur lui un second usufruit. L'opération ne sera pas nulle, mais ne prendra effet qu'à la mort de l'usufruitier, lui sera inopposable de son vivant. C'est que le nu-propriétaire a vocation à la pleine propriété, plus précisément il a sur elle un droit à terme incertain, pour le jour où l'usufruitier aura disparu.

3° *Aliénations par le nu-propriétaire et l'usufruitier conjointement*. Le nu-propriétaire ne saurait imposer à l'usufruitier de se joindre à lui afin qu'il soit procédé en commun à une vente de la pleine propriété (vente qui se ferait probablement à un meilleur prix). Dans le cas particulier où l'usufruit se trouvait englobé dans une masse indivise, il était cependant arrivé à des tribunaux d'ordonner la licitation (la vente aux enchères) du bien en pleine propriété. Ils s'appuyaient sur l'a. 815-5, al. 1er, et invoquaient l'intérêt commun des coïndivisaires. Ce n'en était pas moins une liquidation forcée des droits de l'usufruitier (notamment, du conjoint survivant, usufruitier en vertu de l'a. 767). Aussi la solution a-t-elle été condamnée par la l. 6 juill. 1987 (a. 815-5, al. 2) : la vente ne pourra avoir lieu en pleine propriété qu'avec l'accord de l'usufruitier. Les droits des covendeurs se reporteront sur le prix par un effet de subrogation réelle (cf. *supra*, n° 65) ; et d'après les arrêts, il y a lieu à sa répartition immédiate à

[97]

proportion de la valeur (actuarielle) qui doit être respectivement assignée à la nue-propriété et à l'usufruit, compte tenu de l'âge de l'usufruitier.

[97] 2 | LES DROITS DE L'USUFRUITIER

Ce qui manque ineffaçablement à l'usufruit, quand on le compare à la propriété, c'est le pouvoir de *disposer* du bien, d'entamer ou de compromettre le capital, d'altérer la substance. L'influence de ce manque essentiel se fait sentir un peu partout dans la détermination des *actes*, soit *matériels*, soit *juridiques*, que l'usufruitier a le droit d'accomplir.

▶ *Actes matériels*

a) *Actes permis à l'usufruitier*

Ce sont les actes d'*usage* et de *jouissance*.

1° *L'usage*. — L'usufruitier peut se servir du bien pour lui-même (habiter la maison, utiliser les meubles meublants). Toutefois, même dans l'exercice de ce droit élémentaire, il rencontre une limite, qui fait que son *usus* est moins libre, moins large que celui d'un propriétaire : il doit se conformer aux habitudes des propriétaires qui ont usé de la chose avant lui (cf. a. 597), respecter l'aménagement et la destination qu'ils ont pu donner à la chose avant le démembrement de la propriété (ex. s'il a reçu une maison à usage d'habitation, il ne saurait y installer un commerce).

2° *La jouissance*. — L'usufruitier a droit à tous les fruits, à tous les revenus (a. 582). Mais avec les fruits, que le bien donne périodiquement et sans altération de sa substance, il ne faut pas confondre les *produits* (cf. *supra*, n° 60), qu'il peut donner exceptionnellement (ex. le trésor, ce n'est pas un fruit de la terre) ou par altération graduelle de sa substance (ex. les matériaux extraits d'une carrière) : c'est le nu-propriétaire, non l'usufruitier, qui a droit aux produits (v. a. 592, a. 598, al. 2). Cependant, il y a dans la distinction une part laissée à la volonté privée. Si le plein propriétaire, qui a précédé l'usufruitier, avait donné à la chose un aménagement laissant apparaître son intention d'en affecter les produits au flot de son budget ordinaire, s'il avait mis la forêt en coupes réglées ou la carrière en exploitation, ce serait l'usufruitier qui aurait droit aux produits, et non plus le nu-propriétaire (a. 591, a. 598, al. 1).

b) *Actes interdits à l'usufruitier*

Ce sont les actes de disposition matérielle, de consommation, de destruction, de dégradation (cf. a. 618, al. 1). Il faut, toutefois, relever deux exceptions.

1° Si l'usufruit porte sur des *biens consomptibles par le premier usage* (des denrées, de l'argent liquide ; cf. *supra*, n° 52) – ce qui peut se rencontrer aisément dans un usufruit successoral, ayant pour objet l'ensemble des biens du défunt (cf. a. 1078, *in fine*) – l'usufruitier a le pouvoir de les consommer (sinon, son droit serait sans utilité pour lui). En réalité, sur de tels biens, il a des droits de propriétaire, et il est seulement tenu, envers le nu-propriétaire, d'une obligation de restituer l'équivalent (a. 587). Cette situation de propriétaire-débiteur, qui s'éloigne de l'usufruit véritable, dépourvu de l'*abusus*, est qualifiée de *quasi-usufruit* ;

2° Si l'usufruit porte sur des *biens qui se détériorent peu à peu par l'usage* (ex. meubles meublants, automobiles), l'usufruitier a le droit de s'en servir, et, par conséquent, de les dégrader progressivement. Le nu-propriétaire ne pourra se plaindre si, en fin d'usufruit, ils lui sont restitués dans l'état où ils se trouveront à la suite d'un usage normal (a. 589). La nature des choses impose ici de comprendre dans l'usufruit un *jus abutendi* limité.

[98] ▶ *Actes juridiques*

C'est le lieu d'appliquer la distinction des *actes d'administration* et des *actes de disposition* (cf. a. 456 et 457, et t. I, n° 103).

a) *L'usufruitier a le droit de faire des actes d'administration sur le bien sujet à usufruit, des actes d'exploitation normale, destinés à aménager le bien en source de revenus*

Le type en est le *bail* – sauf à observer que, soit par leur durée convenue (plus de neuf ans), soit par les facultés légales de renouvellement qu'ils ouvrent aux preneurs (baux ruraux ou commerciaux), il est des baux qui ont mérité d'être assimilés à des actes de disposition.

1° *Baux qui sont des actes d'administration* (pratiquement, ce sont les baux de neuf ans au plus, portant sur des immeubles à usage d'habitation). – Ils sont passés sans restriction par l'usufruitier (a. 595, al. 1). Mais quel sera leur effet à l'égard du nu-propriétaire ?

En logique pure, il faut dire que le nu-propriétaire est un tiers par rapport à la convention (a. 1165) : il ne saurait ni en profiter ni en souf-

frir. Ce principe – conforme à l'idée que le nu-propriétaire et l'usufruitier agissent dans deux sphères étrangères l'une à l'autre – a sa pleine application tant que dure l'usufruit. Ainsi, le nu-propriétaire ne serait pas recevable, en cours d'usufruit, à exercer directement contre un locataire de l'usufruitier l'action en responsabilité prévue par l'a. 1733. Au contraire, l'usufruit éteint, le propriétaire pourra se trouver obligé, malgré l'a. 1165, de continuer le bail que l'usufruitier avait conclu. C'est que pratiquement, s'il n'en était pas ainsi, on n'accepterait guère de traiter avec un usufruitier, en raison de la fragilité du contrat.

2° *Baux qui excèdent l'administration.* — Les baux à ferme, ainsi que les baux à loyer portant sur des immeubles à usage commercial, industriel ou artisanal, quelle qu'en soit d'ailleurs la durée, ne peuvent être passés par l'usufruitier qu'avec le concours du nu-propriétaire, ou à son refus avec une autorisation de justice (a. 595, al. 4 ; a. 1270 C. Pr. C.). Le bail conclu par l'usufruitier agissant seul peut être annulé à la demande du nu-propriétaire, sans que celui-ci soit obligé d'attendre la fin de l'usufruit.

La durée intervient pour les autres baux, soit pratiquement, pour les baux d'immeubles à usage d'habitation. Si un tel bail a été conclu pour plus de neuf ans, il n'est pas nul, et il s'exécute pleinement, tant que dure l'usufruit, entre le locataire et l'usufruitier. Seulement, il ne pourra, l'usufruit éteint, être opposé au propriétaire que pour la tranche de neuf ans en cours (a. 595, al. 2). Ex. un bail de trente ans passé en 1970 : l'usufruitier décède en 1990 : deux périodes de neuf ans ont été accomplies ; la troisième s'achèvera en 1997 ; le nu-propriétaire (redevenu propriétaire) est tenu jusque-là de respecter le bail.

b) *L'usufruitier n'a pas le droit de faire des actes de disposition sur le bien sujet à l'usufruit*

Il ne peut le vendre ni en faire donation, le grever d'hypothèque ni de servitudes. Ce qui s'explique très simplement par le défaut de droit en sa personne : il ne saurait transférer à autrui, en tout ou partie, un droit de propriété qu'il n'a pas lui-même. Mais l'explication limite la portée du principe : il peut faire des actes de disposition *sur l'usufruit* du bien, parce que, ce faisant, il ne fait que disposer d'un droit qui est dans son patrimoine.

Ces obligations, créées par la loi, répondent à deux idées différentes. Il en est qui sont *inhérentes à l'exercice du droit d'usufruit*, ce qui les fait apparaître comme des restrictions de ce droit. Mais d'autres constituent de véritables dettes, mises au passif de l'usufruitier parce qu'elles semblent dans un certain rapport avec l'usage et la jouissance dont il a le profit : ce sont les *charges usufructuaires*.

▶ *Obligations inhérentes à l'exercice du droit d'usufruit*

Ces obligations – précautions, limitations, restitutions – se présentent aux trois moments de l'usufruit.

a) *Obligations lors de l'entrée en jouissance*

L'usufruitier est obligé de prendre les choses dans l'état où elles se trouvent à la naissance de son droit (a. 600). Il ne peut, à la différence du preneur à bail (a. 1720), exiger qu'elles soient remises en bon état (c'est une conséquence du principe qu'il n'a pas le nu-propriétaire pour débiteur personnel, mais exerce seulement un droit réel parallèle au sien). Plus positivement, il a deux obligations qui apparaissent comme des précautions contre son insolvabilité ou son improbité éventuelle.

1° L'obligation de faire décrire le mobilier sujet à usufruit dans un *inventaire* et la situation matérielle des immeubles dans un *état* (des lieux). A défaut de ces deux documents, le nu-propriétaire pourrait s'opposer à son entrée en jouissance (a. 600) et, le cas échéant, en fin d'usufruit, prouver contre lui par tous les moyens, même par la commune renommée (cf. a. 451, al. 3), l'objet de la restitution ;

2° L'obligation de donner *caution* (a. 601). La caution est une personne qui vient s'engager à payer une dette pour le débiteur principal au cas où celui-ci ne paierait pas lui-même (a. 2011). L'usufruitier doit, en fournissant une caution, caution de jouir en bon père de famille, garantir le paiement des dommages-intérêts dont il pourrait devenir redevable envers le nu-propriétaire pour dégradations, défaut de restitution, etc. Le cautionnement, sûreté personnelle, peut être remplacé par des sûretés réelles (gage, hypothèque) ; et même, à défaut de toute sûreté, le tribunal pourrait pourvoir aux intérêts du nu-propriétaire en ordonnant les mesures conservatoires qu'autorisent les a. 602-603. Certains usufruitiers sont dispensés de donner caution (a. 601). Qu'elle soit accordée par la loi ou par la volonté du constituant, la dispense est une marque de confiance qui ne doit pas, pourtant, être interprétée comme autorisant l'usufruitier à disposer des meubles ou valeurs

mobilières ; du reste, elle n'est pas définitive, et les juges pourraient prescrire des mesures conservatoires si, en cours d'usufruit, les droits du nu-propriétaire étaient mis en péril.

b) *Obligations au cours de l'usufruit*

L'usufruitier en a deux, l'une plus statique, l'autre plus active, toutes deux sanctionnées, éventuellement, par la déchéance pour abus de jouissance (a. 618) :

1° *L'obligation de conserver la substance* (a. 578, *in fine*). — Par là, il est imposé à l'usufruitier non seulement de ne pas détruire matériellement la chose, mais encore de n'en pas modifier la destination, de se conformer pour l'usage et la jouissance aux habitudes de l'ancien propriétaire (appelé à le redevenir, lui ou ses héritiers) ;

2° *L'obligation de jouir en bon père de famille* (a. 601). — Elle implique que l'usufruitier, qui a le pouvoir d'administrer les biens sujets à usufruit, en ait aussi le devoir. Il doit les administrer comme le ferait un *propriétaire* diligent et soigneux (c'est le sens de la formule « bon père de famille »), donc avec un souci de l'avenir qui dépasse les bornes de son propre droit réel. En particulier, il est tenu de veiller à l'entretien de la chose (a. 618, al. 1). Aussi les réparations d'entretien entrent-elles dans le passif dont il a la charge.

c) *Obligations à la fin de l'usufruit*

L'usufruitier ou, le plus souvent, ses héritiers (puisque normalement son décès éteint l'usufruit) ont, à ce moment, l'obligation essentielle de *restituer* la chose au propriétaire. Mais il peut se faire aussi que les deux parties aient à procéder entre elles à un *règlement de comptes*.

1° *Obligation de restituer la chose*. — La restitution doit porter, en principe, sur les biens mêmes qui avaient fait l'objet de la constitution d'usufruit. Elle a lieu par équivalent, en choses consomptibles de même nature, dans le cas du quasi-usufruit, ou même en argent, si les biens avaient été estimés lors de la constitution de l'usufruit (a. 587, *in fine*). Elle a lieu encore en argent, sous forme de dommages-intérêts, lorsque les biens ont péri par la faute de l'usufruitier. L'obligation de restituer serait, au contraire, éteinte si la perte était survenue par force majeure (a. 1302 ; cf. 617, *in fine*) – dans un incendie, par ex. (cf. a. 624), sauf à remarquer que tout incendie n'est pas *a priori* une force majeure (cf. a. 1733) et qu'il incombe à celui qui est dans l'impossibilité de restituer de démontrer que le sinistre a bien eu une cause fortuite.

2° *Règlement des comptes entre l'usufruit et la nue-propriété*. — L'opération paraît contredire à la conception primitive des deux droits réels parallèles et étrangers. Cependant, un règlement de comptes sera fréquemment nécessaire, ne fût-ce que pour la répartition des fruits civils de la dernière année (a. 586). L'usufruit peut se trouver débiteur encore pour d'autres articles : prix des biens dont la restitution se fait en argent, indemnités pour détériorations imputables à l'usufruitier, etc., toutes dettes garanties par la caution. On aperçoit moins nettement ce dont la nue-propriété peut être débitrice, si l'on s'en tient au principe que le nu-propriétaire n'a pas d'obligations personnelles envers l'usufruitier. Mais celui-ci peut avoir fait des avances remboursables pour l'acquittement des impôts, selon l'a. 612, al. 3, ou pour l'exécution des grosses réparations, selon la jurisprudence. En revanche, l'a. 599, al. 2, lui refuse toute indemnité pour *les améliorations* qu'il aurait faites sur la chose soumise à usufruit. Cette disposition a été appliquée rigoureusement, même à des constructions neuves. On admet, néanmoins, que, si l'usufruitier a fait à la fois des améliorations et des dégradations, les premières puissent venir en déduction des secondes.

[100] ▶ *Charges usufructuaires*

L'idée générale est que, dans la gestion d'une propriété, il y a des frais et des dettes qu'il est rationnel de payer avec les revenus, et d'autres avec le capital. Si la propriété est démembrée, le passif de la première catégorie doit être à la charge de l'usufruitier, l'autre à la charge du nu-propriétaire. Cette distinction des charges de l'usufruit et des charges de la propriété impose, d'ailleurs, davantage à l'*usufruitier à titre universel* qu'à l'*usufruitier à titre particulier*.

a) *Charges de l'usufruit constitué à titre particulier*

Elles concernent surtout les immeubles. L'usufruitier est tenu d'acquitter les impôts qui ont le caractère d'impôts sur le revenu (a. 608) ; le nu-propriétaire, éventuellement, les impôts sur le capital (a. 609).

Les réparations de l'immeuble donnent lieu à une répartition analogue (a. 605) : à l'usufruitier les réparations d'entretien (du moins celles qui sont devenues nécessaires au cours de la jouissance ; personne

n'est tenu des autres) ; au nu-propriétaire les grosses réparations. De celles-ci, l'a. 606 donne une énumération qui semble limitative (à tout le moins, pour les bâtiments) : ce sont des réparations intéressant le gros œuvre. Tout le reste est réparation d'entretien (ex. ravalement) ; la notion va beaucoup plus loin que les réparations locatives (de *menu* entretien) auxquelles sont obligés les locataires (a. 1754 ; l. 6 juill. 1989, a. 7*d*, et d. 87-712 du 26 août 1987). Le nu-propriétaire peut (même avant la cessation de l'usufruit) astreindre l'usufruitier à faire les réparations d'entretien (arg. a. 618) : il y a là une obligation personnelle qui est judiciairement exigible. Mais la réciproque n'est pas vraie : suivant la jurisprudence, l'usufruitier ne peut contraindre le nu-propriétaire à faire les grosses réparations. C'est ainsi qu'est interprétée la formule de l'a. 605 : ... « les grosses réparations *demeurent* à la charge »... comme réglant une incidence, non comme ouvrant une action. Ce qui est, du reste, en harmonie avec le principe que le nu-propriétaire n'a pas d'obligations positives envers l'usufruitier.

Plutôt que de laisser crouler les bâtiments, l'usufruitier préférera souvent assumer lui-même les grosses réparations. Il peut même s'y trouver forcé s'il a donné l'immeuble à bail, puisqu'il est alors obligé envers ses propres locataires à toutes les réparations autres que locatives (a. 1719-2°). Lorsqu'il a ainsi payé les grosses réparations, la jurisprudence lui ouvre, au moins à la cessation de l'usufruit – à lui ou à ses héritiers – un recours contre le nu-propriétaire, afin d'obtenir non pas le remboursement intégral de la dépense, mais une indemnité correspondant à la plus-value que l'immeuble en a conservée : il s'agit simplement, en effet, d'empêcher que le nu-propriétaire ne s'enrichisse sans cause aux dépens de l'usufruitier.

b) *Charges de l'usufruit constitué à titre universel*

Quand l'usufruit (ex. celui du conjoint survivant) porte sur un patrimoine ou une fraction de patrimoine, l'usufruitier qui acquiert la jouissance de l'actif doit en contrepartie supporter les intérêts du passif, car il existe une corrélation entre les revenus des biens et les intérêts des dettes. L'a. 612 prévoit plusieurs procédés pour mettre cette corrélation en pratique.

Ce sont des usufruits en réduction (a. 625 s.) ; comme l'usufruit, des droits réels démembrés de la propriété, mais rudimentaires, et qui ne peuvent être constitués que par la volonté privée, convention et surtout testament. Des deux, c'est l'usage qui se rapproche le plus de l'usufruit : il comprend l'*usus* et le *fructus*, mais limités aux besoins du titulaire et de sa famille. Le droit d'habitation est plus réduit encore : ce n'est que l'*usus* d'une maison d'habitation, le droit de se servir de la maison en l'habitant avec sa famille. De ce que ces droits sont fondés sur les *besoins* individuels ou familiaux du titulaire, résulte la conséquence qu'ils ne peuvent être cédés ni saisis.

[102] ÉTAT DES QUESTIONS

B. G. — Planiol-Picard, n^{os} 756 s. ; Beudant-Voirin, n^{os} 412 s. — Malgré son ancienneté (1823-1827), le *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, de J.-B.-V. Proudhon (doyen de la Faculté de droit de Dijon, cousin au 6^{e} degré du socialiste P.-J. Proudhon), conserve une réelle valeur : 1° par l'ampleur inégalée des développements (8 vol.) ; 2° par le goût des idées générales et des recherches théoriques.

HISTOIRE

Le Droit romain est parti d'une séparation rigide entre nue-propriété et usufruit conçus comme deux droits réels étrangers l'un à l'autre, mais il l'a peu à peu atténuée en mettant des obligations personnelles à la charge de l'usufruitier. V. Monnier, I, n° 314. Sur la conception que les juristes romains, et les romanistes, se sont faite des droits de l'usufruitier par rapport à la chose, v. P. Masson, Essai sur la conception de l'usufruit en droit romain, *R.H.D.*, 1934, 1 s. ; Vaucher, *Usufruit et* pars dominii, *étude sur la notion romaine de l'usufruit considéré par rapport à la propriété*, Th. Lausanne, 1940.

Le très Ancien Droit français (à la suite du Droit germanique ; cf. le Droit anglais) distinguait mal l'usufruit d'une propriété viagère. Cf. P. Masson, *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Age et dans le Droit français*, Th. Dijon, 1933. Mais, plus tard, avec la renaissance du Droit romain, les textes de la compilation justinienne devaient fournir les arêtes définitives de notre institution. La définition de l'a. 578 C.C. calque celle des *Institutes*, 2, 4, pr., notamment la finale *salva rerum substantia*, qui, d'après le contexte, voulait peut-être dire que l'usufruit s'éteint par la perte de son objet, mais d'où nous avons tiré une obligation de conserver la chose et même d'en respecter la destination. – Si romanisé que soit l'usufruit moderne, il doit peut-être aux coutumes une nuance non négligeable : la très grande importance de la loi (de la coutume), la moindre importance de la volonté privée comme source des usufruits (cela semble sans doute plus exact depuis la loi du 9 mars 1891 qu'en 1804 ; mais, quand fut voté le titre de l'usufruit, on ne savait pas encore qu'il n'y aurait pas finalement, dans le C. Nap., d'usufruit du conjoint survivant). Le douaire (c'est-à-dire ce qui, pour la femme survivante, tenait lieu de notre a. 767) était le cas typique que les jurisconsultes de l'Ancien Droit avaient concrètement

en vue lorsqu'ils faisaient la théorie de l'usufruit (Pothier l'a faite dans son *Traité du douaire*). Ce qui a pu se traduire par plus de sévérité, à une époque attachée à la conservation des biens dans les familles (la déchéance pour abus de jouissance a été instituée contre la douairière).

SOCIOLOGIE

Ce ne sont pas seulement deux droits réels, ce sont deux individus qui sont rivaux. L'usufruitier a intérêt à exploiter le plus possible, au risque d'épuiser la substance ; le nu-propriétaire, privé de la jouissance et plus encore de l'administration, peut se surprendre à souhaiter la mort de l'usufruitier. En fait, c'est généralement dans un cercle familial que fonctionnent les usufruits, ce qui peut parfois exacerber, mais le plus souvent estompe les antagonismes (les procès sont rares). Ne pas oublier la tradition du douaire et, derrière l'a. 767, l'immense foule des vieilles dames usufruitières (puisque le conjoint survivant, c'est statistiquement la femme), aux mains débiles et inexpertes. Mais la plupart ont des enfants (ce qui fait qu'elles n'ont pas l'esprit usufruitier, et songent à l'avenir). Balance du *pour* et du *contre*, dont le notariat donne peut-être la conclusion : sur l'option qui est ouverte aux disposants par l'a. 1094-1, il n'hésite guère à conseiller l'usufruit (à titre universel). – La vente directe d'un usufruit est une opération assez rare. Cependant, on a songé à s'en servir à des fins inédites : au lieu d'un contrat de bail ouvrant à la famille du locataire ou fermier, selon la législation spéciale des loyers ou fermages, des possibilités indéfinies d'incrustation, faire une vente d'usufruit (ou une vente de droit d'habitation, a. 633), car on est sûr que ces droits réels prendront fin au plus tard à la mort de leur titulaire. – Ce qui est fréquent, c'est l'aliénation avec réserve d'usufruit. La réserve d'usufruit est usuelle dans les donations des parents aux enfants, mais elle n'est pas sans risque fiscal (cf. D. Grillet-Ponton, *La famille et le fisc,* 1998, 176). – L'allongement de la vie humaine (l'avènement d'un « quatrième âge ») ne pouvait manquer de brouiller l'image juridique de l'usufruit (en particulier, il a rendu irréaliste et critiquable l'évaluation du C.G.I., a. 762, où l'extrême vieillesse commence à 70 ans, représentant un dixième seulement de la propriété entière).

[103] ÉCONOMIE POLITIQUE

La dissociation de la propriété et de la jouissance satisfait à des intérêts particuliers : ne pas changer ses habitudes tout en se procurant de l'argent (vente avec réserve d'usufruit), assurer des ressources à une personne tout en conservant le bien dans la famille par le sang (legs d'usufruit, usufruit du conjoint survivant), etc. L'intérêt général y trouve moins son compte : 1° Mauvaise gestion des biens (l'usufruitier, ne travaillant pas pour ses enfants, ne lutte pas contre la dégradation des sols) ; 2° Routine (l'usufruitier doit se conformer aux habitudes du propriétaire ; les améliorations, les constructions sont découragées par l'a. 599, al. 2) ; 3° Entrave à la circulation des biens (les nues-propriétés et les usufruits se vendent mal, étant des droits aléatoires, d'évaluation difficile. – L'a. 3 de la loi de finances pour 1982, qui avait institué l'impôt sur les grandes fortunes, ressuscité en 1988 sous le nom d'impôt de solidarité sur la fortune, l'avait mis en principe pour le tout à la charge de l'usufruitier. Ce n'était pas une application correcte de la division entre usufruit et nue-propriété. Pour en admettre la

constitutionnalité, le Conseil constitutionnel (30 déc. 1981, D. 82, *I.R.*, 305) s'est appuyé sur la notion économique de capacité contributive (qui a l'argent liquide peut payer). Mais l'argument n'aurait été économiquement fondé que si, dans les patrimoines sujets à usufruit, tous les biens avaient été confortablement frugifères. – A l'opposé, ceux qui rêvaient d'abolir la propriété sans douleur ont parfois cru que l'usufruit pourrait être un instrument révolutionnaire : il suffirait de proclamer un matin que tous les propriétaires sont devenus usufruitiers, l'État devenant nu-propriétaire. Le point faible, ce seraient toutes ces cautions de jouir en bon père de famille.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Il faudrait réorganiser les rapports entre usufruitier et nu-propriétaire dans le sens d'une communauté, et non plus d'un antagonisme d'intérêts (amorce dans l'a. 595, al. 4, et l'a. 906 [ancien] C. Pr. C., renouvelés à la suite de la loi 13 juill. 1965) ; reconnaître à l'usufruitier le droit de contraindre le nu-propriétaire aux grosses réparations (sauf à en payer les intérêts, selon le principe de l'a. 609, al. 2 ; cf. C.C.S., a. 765, al. 3 ; C. C. It., a. 1005, al. 3), lui accorder une indemnité pour les améliorations et constructions qu'il pourrait avoir faites (en s'inspirant des règles applicables au fermier selon le statut du fermage ; C. Ru. nouveau, a. L. 411-73 ; cf. C. C. It., a. 985), lui permettre (sous l'arbitrage du tribunal) de modifier la destination de la chose et les caractères de l'exploitation. Cette aspiration à une conception plus communautaire se reflète quelquefois dans les arrêts (ex. Com. 28 janv. 1980, pour l'usufruit d'un fonds de commerce, *J.C.P.*, 80, 2, 19416, n. approbative Atias). Cependant, pour les droits sociaux dans une société anonyme, c'est une division plutôt qu'une collaboration que le législateur a organisée (l. 24 juill. 1966, a. 163, al. 1) – une division selon l'axe classique (administration/disposition).

A côté de l'usufruit classique, où l'usufruitier réunit la jouissance et l'administration, il serait utile de construire un diminutif, dans lequel le titulaire du droit réel n'aurait que la jouissance, sans l'administration, celle-ci restant au nu-propriétaire. Par là pourraient être évités les inconvénients d'une gestion par des usufruitières âgées. La conversion de l'usufruit en rente viagère sur demande du nu-propriétaire répond un peu au même but. Mais, outre qu'elle n'est prévue que fragmentairement (a. 767, *in fine*), elle emploie un procédé différent, et qui n'est pas sans danger, en faisant de l'usufruitier un créancier de somme d'argent, exposé naguère encore à la dépréciation monétaire (sauf indexation). Il faudrait plutôt substituer à l'usufruit une participation (viagère) au bénéfice produit par le bien (linéaments dans l'indivision avec participation du C.C. suisse, a. 347).

Sur l'opportunité de réglementer spécialement l'*usufruit des créances*, en organisant une collaboration entre usufruitier et nu-propriétaire, v. Françon, *R.T.*, 1957, 1 s. ; Pillebout, *J.C.P.*, 90, 2, 21519 ; Libchaber, *R.T.*, 97, 615. – Une question voisine est posée par le quasi-usufruit lorsqu'il a pour objet une somme d'argent. Il fait peser sur le nu-propriétaire, devenu créancier, le risque de la dépréciation monétaire, à moins que l'on n'interprète la référence finale de l'a. 587 à la qualité de la chose et à sa valeur à la date de restitution comme la consécration d'une solution valoriste. – Pour le cas particulier où un immeuble (successoral) sujet à usufruit ayant été vendu de concert par les deux intéressés, on s'interroge sur le sort de la créance du prix, v. *infra*, Pratique judiciaire, a et b. — Sur le présent et l'avenir des droits d'usage et d'habitation, cf. Pillebout,

J.C.P., 81, 1, 3049 ; D. Ponton-Grillet, D. 92, chr. 235. Dans une réforme toujours en projet, un droit d'habitation pourrait être le noyau des droits de succession *ab intestat* du conjoint survivant : ce serait un moyen élémentaire d'assurer le maintien de son cadre de vie (amorce dans le Droit au logement des neuf premiers mois, a. 1481). L'impôt de solidarité sur la fortune traite les droits d'usage et d'habitation en équivalents de l'usufruit. La pratique du droit privé y attache souvent peu de valeur, ex. Civ.[3] 25 janv. 1978, *Bull.*, n° 55.

[104] THÉORIE JURIDIQUE

a) *Définitions.* — Multiples, la moins bonne étant celle du C.C., faute d'y avoir inséré le caractère viager. Une des plus récentes, Dockès, *R.T.*, 95, 479 : le droit de jouir de l'ensemble des utilités du bien grevé, à charge pour l'usufruitier d'en conserver la destination. La substance est la destination, où se retrouve une philosophie qui, en écho au *Zweck* de Jhering, privilégie le but, l'affectation.

b) *Rapports de l'usufruitier avec la chose.* — Suivant la conception classique, l'usufruit est un droit qui porte sur la chose même dans sa matérialité, un morceau, un démembrement de la propriété, *pars dominii*. L'équation fondamentale est : pleine propriété = nue-propriété + usufruit, et la conséquence ultime du raisonnement est la notion (développée par les romanistes de l'Ancien Droit) de l'*usufruit causal* (par opposition à l'usufruit formel ou usufruit ordinaire) : dans le droit de propriété qu'un plein propriétaire exerce sur sa propre chose, on peut discerner par l'abstraction un usufruit, l'usufruit causal (l'*usus* et le *fructus*) et une nue-propriété (l'*abusus* ; pour la critique de cette idée, v. Beudant-Voirin, n° 413). Mais cette conception n'est pas la seule possible. On pourrait s'essayer, notamment, à faire revivre le concept d'une propriété viagère, à terme (incertain) extinctif. La pensée archaïque en distinguait mal l'usufruit (cf. *supra*, Histoire), mais le droit actuel (fiscal, surtout ; v. D. Ponton-Grillet, D. 89, chr. 250) y revient : le nu-propriétaire apparaît moins qu'autrefois comme un propriétaire virtuel, et l'usufruitier davantage comme le propriétaire « utile ». Tout à l'opposé, cependant, une analyse réductrice pourrait traiter l'usufruit comme un simple *droit aux fruits* (futurs), sans droit sur la chose (*salva rerum substantia* : le nu-propriétaire conserve inaltérée la substance même de la chose). Il faudrait alors faire une comparaison avec les autres droits aux fruits : antichrèse (a. 2085 ; cf. Proudhon, I, n[os] 71 s.) ; jouissance du preneur à bail et surtout du fermier (a. 1709 ; cf. Proudhon, I, n[os] 98 s.) ; droit résultant de l'achat d'une récolte sur pied, spécialement d'un achat d'herbe, cf. *R.T.*, 52, 384, C. Ru. a. L. 411-1, al. 3, 411-66 (pour peu qu'une vente d'herbes se répète, les juges y démasquent un bail à ferme cherchant à esquiver le statut du fermage, Civ.[3] 22 janv. 1997, *R. loyers*, 98, 226) ; Civ.[3] 5 mai 1999, *J.C.P.*, 99, 4, 2145. L'aliénation (vente ou donation) moyennant une rente viagère s'apparente à une aliénation avec réserve d'usufruit. La parenté est plus proche encore quand l'aliénateur, au lieu de sommes d'argent, stipule des prestations en nature : il sera nourri, logé, soigné, sa vie durant, par les acquéreurs : c'est le *bail à nourriture* (*bailler*, ici, a le sens d'aliéner), survivance d'économie en nature (cf. a. 210-211) que son caractère viager, donc aléatoire, fait échapper à la rescision pour lésion (ex. Req. 6 mai 1946, D. 46, 287, *R.T.*, 46, 324).

c) *Rapports de l'usufruitier avec le nu-propriétaire.* — Le principe orthodoxe, dont la doctrine contemporaine paraît heureusement s'éloigner (cf. Zénati, *R.T.*, 93, 168), les

réduirait volontiers à un droit d'ignorance réciproque. Des auteurs anciens avaient parfois été plus nuancés. Domat (*Lois civiles*, partie I, liv. I, tit. XI, sect. 4 et 5) prêtait à l'usufruit une sorte de caractère synallagmatique, en opposant les engagements du nu-propriétaire à ceux de l'usufruitier. Mais, quoiqu'il semble avoir été, plus que Pothier, le guide ordinaire du législateur de 1804 pour le titre de l'usufruit, sa conception synallagmatique n'a visiblement pas été reprise par le C.C., qui ne donne aucun relief aux obligations du nu-propriétaire. Proudhon (I, n° 7) n'en a eu que plus de mérite de montrer que, malgré ces apparences de deux droits réels étrangers, il existait une espèce de *communion,* une communauté d'intérêts entre nu-propriétaire et usufruitier. Il a marqué encore d'autres aspects de la situation : que l'usufruitier est un fondé de pouvoir du propriétaire (I, n° 37 ; cf. a. 614), un gardien conservateur de la chose (I, n° 36 ; ce qui a pris aujourd'hui une portée précise : l'usufruitier, en effet, est gardien responsable, au sens de l'a. 1384, al. 1).

[105] PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Usufruit dans une masse indivise.* — Quoique la question concerne plus directement le droit des successions, elle n'est pas sans rapport avec la nature de l'usufruit. C'est un principe certain que l'usufruitier n'est pas en état d'indivision avec le nu-propriétaire, car l'indivision suppose que les droits concourant sur la chose sont de la même espèce, se situent au même niveau de la chose ; Civ. 22 avril 1950, *J.C.P.*, 50, 2, 5811, n. Mihura ; Civ.[1] 25 nov. 1986, D. 86, *I.R.*, 488 ; Civ.[2] 18 oct. 1989, *Bull.*, n° 192 ; Civ.[3] 7 juill. 1993, *Bull.*, n° 112. Si l'usufruit ne porte que sur une quote-part (ex. la 1/2) du bien, il y a indivision entre l'usufruitier et le nu-propriétaire pour l'usage et la jouissance, non pas pour la nue-propriété ; donc, l'une des parties ne pourra réclamer qu'un partage limité à la jouissance, et si la licitation est inévitable (a. 827), elle ne pourra avoir lieu que pour l'usufruit. C'est abstraitement logique, mais peu pratique : les usufruits, en raison de leur caractère aléatoire, se vendent mal. Aussi la jurisprudence avait-elle admis que la licitation de la pleine propriété pourrait être ordonnée, en pareil cas, si elle paraissait s'imposer dans l'intérêt commun des deux parties ; Req. 20 juill. 1932, S. 34, 1, 41, n. Vialleton ; D. 33, 1, 113, n. Savatier ; Civ.[1] 21 juin 1954, *J.C.P.*, 54, 2, 8574 ; Civ.[1] 22 janv. 1962, D. 62, 418, n. Cornu. La référence à l'intérêt commun était remarquable par son contraste avec la conception primitive des deux droits réels rivaux. Était-ce à dire qu'au nom de l'intérêt commun, les nus-propriétaires allaient pouvoir, en faisant ordonner la licitation globale des biens indivis, chasser de son usufruit l'usufruitier ? Civ.[1] 11 mai 1982, D. 83, 413, n. Champenois, *J.C.P.*, 83, 2, 20095, n. Dagot, avait accepté cette conclusion, particulièrement choquante dans le cas d'un conjoint survivant usufruitier. D'où l'intervention de la loi du 6 juill. 1987, qui a inséré un alinéa dans l'a. 815-5 (v. Zénati, *R.T.*, 87, 811) : l'opposition de l'usufruitier est désormais péremptoire, et la Cour de cassation, là-dessus, n'a pu que condamner elle-même son erreur de 1982 : Civ.[1] 20 oct. 1987, D. 88, 85, n. Morin, *R.T.*, 88, 370, n. Rémy ; Civ.[1] 7 juin 1988, *Bull.*, n° 181 ; Civ.[2] 18 oct. 1989, *J.C.P.*, 90, 2, 21502 ; Civ.[1] 13 déc. 1989, D. 90, 214 – sauf à avoir à résoudre du même coup un autre problème : comment répartir le prix de la vente conjointe (*infra,* b) ?

La loi du 31 déc. 1976 sur l'indivision a prévu, ce qui n'offrait pas de difficulté, la possibilité d'une indivision en usufruit, c'est-à-dire entre plusieurs usufruitiers (a. 815-

18) ; et l'on en déduit la possibilité d'une indivision en nue-propriété. Quant à réunir les deux sortes de droits dans une même indivision, elle ne l'a envisagé qu'à travers l'indivision conventionnelle (a. 1873-16 s.). Encore semble-t-il bien que, s'il y a un seul usufruitier (usufruitier universel), il faille à l'indivision globale le support d'une indivision de nus-propriétaires, et réciproquement le support d'une indivision d'usufruitiers, s'il y a un nu-propriétaire unique.

b) *Aliénation portant sur le bien grevé d'usufruit.* — La convention portant sur un usufruit ou comportant une réserve d'usufruit a un caractère aléatoire, excluant notamment la révision pour lésion, Civ.[1] 14 déc. 1959, D. 60, 244 ; 19 juill. 1983, *Bull.*, n° 212. Mais les tribunaux se reconnaissent la faculté de procéder à une évaluation critique du prétendu aléa, Req. 22 nov. 1937, D. 35, 1, 81 (1re esp.) ; Civ. 28 févr. 1951, D. 51, 309 ; Civ.[3] 3 oct. 1991, D. 92, 218, de rechercher si de l'ensemble des rapports entre les parties, de l'intention libérale de l'une d'elles ne se dégageait pas un démenti du soupçon de lésion, Civ.[3] 26 mai 1992, *Rép. not.*, 92, 1544 ; Civ.[3] 10 juin 1998, *Bull.*, n° 125.

Deux arrêts, Civ.[3] 28 mars 1990, D. 91. Somm. 163, *R.T.*, 91, 564, et Com. 30 mai 1995 (à propos d'un legs), *Bull.* n° 161, réaffirment le principe de l'a. 621. Dans la première affaire, l'a. 1599, qui déclare nulle la vente de la chose d'autrui, avait été jeté à tort dans le débat : la nullité prévue par cet article ne peut être invoquée que par l'acheteur ; or, en l'espèce, c'étaient les usufruitiers eux-mêmes qui attaquaient la vente conclue par le nu-propriétaire. Pourquoi ne s'estimaient-ils pas assez protégés par l'inopposabilité ? Ils pouvaient sentir le changement de propriétaire comme un changement de maître, à tout le moins d'inspecteur (cf. l'a. 618). Trop d'*intuitus personae*, toutefois, contredirait à la philosophie des deux droits réels parallèles.

En cas de vente conjointe, une fois levée la difficulté qui pouvait découler d'un défaut d'accord de l'usufruitier (*supra*, a), les discussions se sont repliées sur la destination à donner au prix. On avait soutenu (cf. Savatier, *R.T.*, 31, 165) que l'immeuble ayant fait place à de l'argent liquide, l'usufruit s'était transformé en quasi-usufruit (a. 587) : l'usufruitier pouvait donc appréhender la totalité du prix, à charge pour ses héritiers de restituer plus tard l'équivalent. Mais c'était prêter à la subrogation réelle un effet aveuglément mécanique, en même temps que fragiliser à l'extrême les droits du nu-propriétaire. La Cour de cassation a préféré une autre solution, la ventilation immédiate du prix entre la nue-propriété et l'usufruit au prorata de leurs valeurs respectives, réglées *a priori* selon la norme fiscale (v. *supra*, n° 102, *in fine*). Civ.[1] 20 oct. 1987, D. 88, 85, précité ; Civ.[3] 3 juill. 1991, D. 91, *I.R.*, 222, *R.T.*, 93, 617, n. Zénati. Mais la solution, en substituant un capital à ce qui devait être un revenu, modifie arbitrairement les droits de l'usufruitier (et éventuellement aussi les volontés d'un disposant qui avait entendu faire un legs en usufruit). La jurisprudence a, au fond, créé sans une faculté de rachat de l'usufruit. Pour une critique serrée, v. Atias, *Droit civil des biens*, 1999, n° 152-a. Une tierce solution aurait pu être envisagée : le remploi du prix, au nom des deux vendeurs, en un bien frugifère.

c) *Extension du quasi-usufruit.*— Dans les milieux d'affaires une demande s'est fait jour pour étendre l'a. 587 à des biens non consomptibles, l'objectif étant de conférer à l'usufruitier des droits de propriétaire, ayant pouvoir de disposer, à charge seulement de restituer en valeur (cf. Boitelle, *J.C.P.*, 96, éd. Not., 1, 1761 ; Brault, *Rép. not.*, 97, 2 ; cf. *supra*, n° 65). Mais la 1re Chambre civile (4 avr. 1991, à propos de titres au porteur, *Bull.*, n° 129) a condamné ce détournement de la notion de quasi-usufruit. La Chambre commerciale (12 juill. 1993, *Rép. not.*, 93, 1463) a paru l'admettre, mais à condition que soient sauvegardés les droits des nus-propriétaires. La 1re Civile a depuis lors (12 nov. 1998, *J.C.P.*, 98, 4, 3510) réaffirmé sa position de 1991 : l'usufruit d'un portefeuille n'est pas un quasi-usufruit, l'usufruitier a une obligation de conserver et de rendre.

d) *Sort des baux passés par l'usufruitier au-delà de ses pouvoirs.* — V. Galand, *Rev. loyers*, 88, 372. Le cas ordinaire est celui de l'a. 595, al. 2 : le bail passé par l'usufruitier seul pour une durée supérieure à neuf ans n'est pas nul : il fonctionne pleinement, tant que dure l'usufruit, dans les rapports entre usufruitier et locataire, sans pouvoir nuire ni profiter au nu-propriétaire (Civ. 16 nov. 1948, D. 49, 26 ; Civ.[1] 25 nov. 1986, D. 87, 141, cf. a. 1165) ; il ne devient opposable à celui-ci qu'après que l'usufruit s'est éteint, et uniquement dans la mesure nécessaire pour permettre l'achèvement de la période de neuf ans en cours (Toulouse, 29 nov. 1915, D. 17, 2, 87). On a proposé d'étendre cette sanction de la simple inopposabilité aux deux cas, bail rural et bail commercial, que la l. 13 juill. 1965 a détachés du droit commun dans l'a. 595, al. 4 (Penneau, n. D. 1975, 22). Mais la Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire : Civ.[3] 14 nov. 1972, D. 73, 252, sur un bail rural, et plus nettement, Civ.[3] 26 janv. 1972, D. 75, 22, *J.C.P.*, 72, 2, 17104, sur un bail commercial. Le bail consenti par l'usufruitier seul est frappé de nullité : Civ.[3] 11 févr. 1975, *Bull.*, n° 53 ; 5 mars 1986, *Bull.*, n° 25, 17 juill. 1986, *G.P.*, 86, 2, 792, lors même que le preneur aurait cru traiter avec le propriétaire, Civ.[3] 1er mars 1989, *J.C.P.*, 89, 4, 164, *R.T.*, 90, 522, n. Zénati. La dernière phrase a son importance : dans des arrêts antérieurs, la 3e chambre civile avait paru ouvrir au preneur la possibilité d'écarter la nullité en alléguant que l'usufruitier s'était comporté comme le mandataire apparent du nu-propriétaire (4 mai 1982, *Bull.*, n° 111 ; 23 nov. 1988, *J.C.P.*, éd. Not., 90, 2, 73, n° 1), voire comme le propriétaire apparent (21 janv. 1981, D. 83, 36, 27 nov. 1987, *Rép. not.*, 88, 1, 483). Ce qui était hardi, car il eût fallu plus qu'une erreur individuelle pour rendre applicable la théorie de l'apparence (cf. *Introduction*, n° 163). Mais, par la suite, les arrêts se sont montrés plus circonspects, ouvrant au nu-propriétaire des possibilités de contester l'apparence : Civ.[3] 18 janv. 1995, *Bull.*, n° 24 ; 5 avr. 1995, *Rép. not.*, 95, 1457. Était-il besoin, du reste, de ce détour problématique par la théorie de l'apparence ? L'a. 614, conformément à la tradition romaine, consacre l'usufruitier dans la fonction de représentant légal du propriétaire. Toujours est-il que, si l'usufruitier a agi indûment, l'acte est nul, selon les arrêts, non pas simplement inopposable. C'est une nullité purement relative, qui ne saurait être invoquée que par la personne protégée, le nu-propriétaire (cf. Civ.[3] 1er mars 1989, *R.T.*, 90, 103). Mais elle est immédiatement encourue, sans qu'il y ait à attendre la fin de l'usufruit. Quels étaient les arguments dans la discussion (car on en a discuté) ? *Pour* la nullité : la lettre du texte (l'usufruitier *ne peut*...) ; l'analogie de l'a. 1427, al. 1 ; l'idée pratique qu'en le menaçant d'une annulation immédiate on incitera l'usufruitier à obtenir l'accord du nu-propriétaire. *Contre* la nullité : le caractère insolite d'une nullité *relative* dont le maniement serait réservé à quelqu'un qui n'a pas été partie au contrat (mais on pourrait répliquer en citant d'autres exemples, ainsi l'a. 510-1, en tant qu'il ouvre l'action en nullité au curateur ; au demeurant, l'a. 595, al. 4, ne fait-il pas du nu-propriétaire un cobailleur ?). Par certains côtés, l'interprétation jurisprudentielle a été encline, néanmoins, à restreindre l'action conjointe des deux intéressés, à favoriser les initiatives solitaires de l'usufruitier : celui-ci pourra, sans l'autre, donner congé, Civ.[3] 29 janv. 1974, *Bull.* n° 48, 16 mars 1988, *R.T.*, 89, 104 ; poursuivre la résí-

liation, Civ.[3] 4 mai 1976, *R.T.*, 76, 801 – pas de symétrie des compétences pour l'*in* et l'*out* – et même exercer la reprise de l'exploitation en faveur de son propre petit-fils, Civ.[3] 16 janv. 1979, *Bull.* n° 18 (sans doute, c'est lui le bailleur, mais l'avenir lui a-t-il été confié à l'infini, *ultra vires* ?).

e) *Charge des grosses réparations.* — Le nu-propriétaire ne peut exiger que l'usufruitier les fasse, et si lui-même les accomplit volontairement, il n'a aucun recours : il n'a fait qu'acquitter une dette qui lui incombait. Mais il n'est pas *obligé* de les faire, l'usufruitier n'a pas d'action en justice contre lui, pour l'y contraindre. C'est une jurisprudence constante : Req. 10 déc. 1900, S. 04, 1, 36, D. 01, 1, 209, Civ.[3] 30 janv. 1970, *Bull.*, n° 83 (arguments : a. 600, 607 ; le nu-propriétaire est tenu de supporter, non de faire ; on ne peut exiger de lui des dépenses énormes, car il est privé de revenus). La doctrine est partagée. Pour la jurisprudence : Beudant-Voirin, n° 469. Contre : Planiol-Picard, n° 857 ; Josserand, D. 1929, 2, 1. Planiol avait remarqué que Pothier (*Traité du douaire*, n° 246) admettait l'existence d'une véritable obligation à la charge du nu-propriétaire. Mais c'est que Pothier supposait que le mari avait, en contractant mariage, *contracté* envers la femme l'obligation de lui procurer son douaire, obligation personnelle passée à son héritier, le nu-propriétaire ; il ne raisonnait pas sur un nu-propriétaire qu'aucun rapport de droit préalable n'aurait lié à l'usufruitier. On pourrait dire, il est vrai, de nos jours, que l'usufruit du conjoint survivant a à sa base une volonté tacite du prédécédé, à sous-entendre dans le mariage, et les usufruits découlant d'un acte juridique la volonté expresse du constituant. On peut ajouter, dans le sens de l'obligation du nu-propriétaire, outre l'argument de justice (il faut que les deux parties soient obligées de la même manière), une considération pratique : l'usufruitier, avec les revenus dont il dispose, n'est pas plus que le propriétaire en mesure de faire face aux grosses réparations ; il n'est d'autre moyen d'y pourvoir qu'un emprunt hypothécaire ; or, seul le nu-propriétaire est en droit de le contracter. Et puis, il faut bien essayer d'empêcher les maisons de crouler.

Toutefois, la jurisprudence apporte des tempéraments à sa solution. 1° Lorsque l'usufruitier a payé de ses deniers les grosses réparations (il peut y être obligé si son propre locataire l'exige ; Soc. 20 mai 1949, D. 49, 424, *R.T.*, 1950, 199), il a un recours contre le nu-propriétaire. Mais, afin de ne point paraître tourner par un biais le principe d'abord proclamé, la Cour de cassation n'admet ce recours qu'après l'extinction de l'usufruit, et seulement pour la plus-value qui subsiste : Civ. 17 juill. 1911, D. 1911, 1, 457 ; cf. Paris, 31 oct. 1961, D. 62, Somm. 66 (objection : les grosses réparations constituent des impenses nécessaires, qui, d'après la théorie des impenses, devraient être remboursées intégralement, non pas seulement jusqu'à concurrence de la plus-value ; cf. *infra*, n° 209). Des arrêts, Paris, 27 juill. 1928, D. 29, 2, 1, et Poitiers, 17 mars 1954, D. 54, 560, avaient même admis le recours immédiat (plus facile à admettre dans la seconde espèce, où l'usufruitier avait fait exécuter les grosses réparations non pas spontanément, mais sur action de son locataire). L'emploi que fait cette jurisprudence de la théorie de l'enrichissement sans cause a pu être critiqué : l'usufruitier ne s'appauvrit pas sans cause en acquittant la charge des grosses réparations, car il entend par là conserver son propre droit (cf. a. 624, al. 1). 2° L'immunité du nu-propriétaire ne serait pas d'ordre public, et une clause du titre constitutif pourrait imposer au nu-propriétaire une obligation positive aux grosses réparations ; c'est du moins ce que l'on peut entrevoir dans les *motifs* de Civ.[3] 3 mai 1989, *Rép. not.*, 90, 362.

f) *Refus d'indemnité à l'usufruitier pour ses constructions.* — Civ. 23 mars 1825, S. chr., et Req. 4 nov. 1885, D. 86, 1, 361, ont attribué sans indemnité au nu-propriétaire des constructions entièrement nouvelles qu'avait élevées l'usufruitier (pour 500 000 et 256 000 francs-or, respectivement). On fait valoir que, dans le langage du C.C. (ex. a. 1437, 1634, 2133 [cf. l'addition du d. 4 janv. 1955]), les améliorations, ordinairement, s'entendent aussi des constructions neuves. Joint que l'usufruitier est en faute, car il ne s'est pas conformé aux habitudes du nu-propriétaire. Enfin, bien souvent, le nu-propriétaire serait hors d'état de payer, faute de liquidités (car il n'a pu, privé de revenus, constituer de réserves). Cependant, les arrêts sont anciens, et généralement critiqués comme peu équitables. La jurisprudence étend l'a. 555 à des constructeurs qui n'ont pas la qualité de possesseurs (ex. locataires) : il ne serait pas irrationnel de l'appliquer aux usufruitiers. D'autant que les raisons qui ont fait écrire l'a. 599, al. 2 (qu'il serait souvent difficile de faire la preuve d'améliorations incorporées, fondues dans l'immeuble) ont moins de force quand il s'agit de constructions neuves, dont l'existence se détache, ex. Paris, 4 mars 1966, *R.T.*, 66, 835.

[106] 4 / Les différentes manières dont on acquiert la propriété

La propriété d'un bien n'est pas fixée une fois pour toutes dans un patrimoine : il se produit des changements de propriétaires et des mutations de propriété. De quelle manière ? Il existe plusieurs *modes d'acquérir*. Le Livre III du C.C. a voulu être tout entier un livre des modes d'acquérir, et ses articles liminaires (a. 711-712) sont consacrés à donner une vue générale de ce qu'il faut entendre par là.

C'est une énumération (du reste incomplète), non pas un classement des modes d'acquérir. A la vérité, plusieurs classements auraient été possibles, dont chacun a son intérêt.

1° Les modes d'acquérir à *titre universel* (portant sur le patrimoine ou une fraction du patrimoine et emportant de ce fait transmission corrélative du passif : succession *ab intestat*, testament en tant qu'il contient des legs universels ou à titre universel) et les modes d'acquérir à *titre particulier* (portant sur des biens envisagés isolément : ce sont tous les autres modes d'acquérir).

2° Les modes d'acquérir *à cause de mort* (succession *ab intestat*, testament) et les modes d'acquérir *entre vifs* (tous les autres modes).

3° Les modes d'acquérir *originaires* (où l'acquéreur n'est l'ayant cause de personne : accession, prescription, occupation ; cf. n° 240) et les modes d'acquérir *dérivés* (où l'acquéreur tient ses droits d'un

auteur : convention, succession), ceux-ci faisant apparaître le rapport classique d'auteur à ayant cause (cf. t. IV, n° 128), ainsi que la maxime qui en est la loi fondamentale : « Nul ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même », *Nemo plus juris...* (cf. *Introduction*, n° 184).

4° La *convention* (« l'effet des obligations ») ou même, plus largement, l'*acte juridique* (ce qui comprend aussi le testament), en tant que mode d'acquérir, et les modes d'acquérir en vertu de la *loi* (succession *ab intestat*, accession, prescription acquisitive).

On peut utiliser cette dernière classification pour présenter dans leurs *principes généraux* les différents modes d'acquérir. En négligeant le testament (qui relève exclusivement du droit successoral), nous opposerons ainsi l'acquisition de la propriété par *convention* et l'acquisition de la propriété en vertu de la *loi*.

[107] 1 | ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ PAR CONVENTION

La propriété s'acquiert par l'effet des obligations (a. 711), plus précisément par l'effet de l'*obligation de donner* dont il est traité aux a. 1136 s. (donner a ici une acception technique venue du droit romain : ce n'est pas *donare*, faire une donation, aliéner un bien à titre gratuit, c'est *dare*, transférer la *propriété*). Il est dans la définition de certaines conventions (la vente, qui en est le type, mais aussi l'échange, la donation) qu'elles fassent naître une telle obligation de donner. Ces conventions ont pour but de transférer la propriété d'une partie à l'autre. Mais le mécanisme par lequel elles y parviennent a besoin d'être analysé, d'autant qu'il n'opère pas de la même manière selon qu'il s'agit d'accomplir le transfert dans les rapports entre les *parties* ou de le rendre opposable aux *tiers*.

▶ *Transfert de la propriété dans les rapports entre les parties*

[108] a) *Le principe*

Il est posé par l'a. 1138 et, plus clairement encore, par l'a. 1583 (pour la vente ; cf. a. 938, pour la donation) : la convention produit

par elle-même transfert de propriété ; par le seul échange des consentements *(solo consensu)*, par la seule signature du contrat, l'acquéreur devient propriétaire du bien, immeuble ou meuble, qui a été cédé. C'est dire que l'obligation de donner n'a pas le temps d'exister. Pour raisonner sur le cas typique de la vente, le droit de propriété se déplace dans une immatérialité saisissante : ni la chose ni le prix n'ont à être présents.

1° Pour mesurer l'importance du principe, il faut le confronter avec le système tout contraire que suivait le droit romain et que notre Ancien Droit avait continué à suivre (au moins en théorie, car, en pratique, il en avait peu à peu considérablement amenuisé la portée). Le droit romain à l'état pur séparait catégoriquement les conventions et les modes d'acquérir. Une convention pouvait bien engendrer des obligations personnelles, ainsi l'obligation de transférer la propriété, mais elle ne pouvait transférer la propriété directement. Après avoir conclu la convention, les parties devaient ramener à exécution l'obligation, qui en découlait, de transférer la propriété, en procédant à une opération juridique distincte, qui seule avait le pouvoir d'accomplir le transfert : *mancipatio, in jure cessio,* modes d'aliéner formalistes que devait plus tard supplanter la *traditio*, simple remise de la possession. Le C.C. a bloqué le procédé de transfert de la propriété avec le contrat générateur d'obligations, il a fait résulter le transfert directement du contrat. Tel est le sens de l'a. 1138 : l'obligation de livrer la chose (= d'en remettre la possession, d'en faire *traditio*) est parfaite (= accomplie) par le seul échange des volontés, et le créancier de l'obligation de donner (ex. l'acheteur) est propriétaire de la chose dès l'instant où elle a dû être livrée (= où l'obligation d'en faire *traditio* est née, dès le moment du contrat), encore que la *traditio* (effective, ce que l'a. 1606 nomme *tradition réelle*) n'en ait point été faite (encore que l'acheteur n'ait pas pris réellement possession). Une conséquence pratique importante procède de là : c'est que, si la chose vient à être détruite par cas fortuit (sans qu'il y ait faute du vendeur) entre la conclusion du contrat et la livraison effective, la perte est supportée par l'acquéreur, puisqu'il est déjà propriétaire ; la chose était à ses risques (cf. t. IV, n° 192).

2° L'a. 1583 qui reprend, spécialement pour la vente, le principe de l'a. 1138 la complète par une autre règle : la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur quoique le prix n'ait pas encore été payé. Ici encore, le texte s'éclaire par le contraste avec la solution romaine. Le droit romain, à s'en tenir à son dernier état, subordonnait au versement effectif des deniers le transfert de la propriété dans la

vente au comptant. C'était une garantie pour l'acheteur. Elle ne fonctionne plus chez nous automatiquement : elle peut seulement être stipulée par une clause particulière, une réserve de propriété (v. *infra*, b). Comme un corollaire de cette indifférence au paiement du prix, il faut considérer que l'origine des fonds est sans influence sur le transfert de propriété. Si le bien a été acheté avec de l'argent donné ou prêté par un tiers, ce n'est pas ce tiers qui devient propriétaire du bien, c'est celui qui a figuré nommément au contrat, qui a émis la volonté d'acheter (arg. a. 1099-1, al. 1) : la volonté déclarée prime la matière.

[109] b) *Les restrictions au principe*

Le transfert de la propriété peut se trouver retardé après la conclusion du contrat soit par un obstacle matériel, soit par un obstacle juridique.

1° *Obstacle matériel.* — Le droit de propriété n'est concevable que sur un bien d'ores et déjà existant et déterminé (cf. *supra*, n° 39). Si, donc, la convention concerne une chose future (a. 1130 ; ex. un navire, un immeuble à construire) ou des choses de ce genre (ex. 100 hl de vin d'une certaine qualité), le transfert de propriété ne se produira pas immédiatement, mais seulement lorsque la chose future aura été achevée (l. 3 janv. 1967 portant statut des navires, a. 6 ; a. 1601-2), lorsque les choses de genre auront été individualisées (ex. le vin mis à part dans le chai du vendeur) et, au plus tard, lorsqu'elles auront été livrées à l'acquéreur (a. 1604). Toutefois, il ne serait pas impossible de stipuler un transfert graduel de propriété sur une chose en cours de construction (ex. a. 1601-3).

2° *Obstacle juridique.* — Les parties peuvent introduire dans leur convention une modalité (un terme) tendant à retarder le transfert de la propriété : par ex. jusqu'à la livraison (afin que l'acheteur n'ait pas les risques d'une chose qu'il ne peut surveiller) ou jusqu'au paiement du prix (afin de donner une garantie supplémentaire au vendeur ; *clause de réserve de propriété*).

[110] ▶ *Transfert de la propriété à l'égard des tiers*

Si le transfert de propriété accompli par le seul échange des volontés, qui est un fait impalpable, devait produire de plein droit ses effets même en dehors du cercle des parties, le système ne serait pas sans danger pour les tiers. Ceux-ci ont souvent intérêt à être prévenus d'un déplacement de la propriété, parce que le patrimoine d'une personne

avec laquelle ils sont en relations d'affaires peut s'en trouver affecté. Ce que l'on entend ici par tiers, c'est surtout un second acquéreur ayant traité avec l'aliénateur relativement au bien déjà aliéné : son acquisition ne peut avoir d'efficacité que si la première aliénation ne lui est pas opposable.

On peut poser en règle que le système de l'a. 1138 est applicable seulement dans les rapports entre les parties. La seule convention ne suffit pas, en général, à transférer la propriété à l'égard des tiers (du moins, entendus dans le sens strict que l'on vient d'indiquer : ceux qui, du même aliénateur, ont acquis des droits sur le même bien). Pour que le transfert de propriété leur soit opposable, il faut qu'à la convention s'ajoute quelque formalité destinée à la rendre extérieurement visible. Cette formalité est d'ailleurs variable suivant la nature des biens.

a) *Immeubles*

Une aliénation immobilière n'est opposable aux tiers que par la publicité foncière (d. 4 janv. 1955 ; autrefois la *transcription* ; a. 1140), qui s'opère à la conservation des hypothèques (a. 878 C.G.I.). Il en résulte cette conséquence pratique que, si le propriétaire d'un immeuble le vend successivement à deux personnes, l'acquisition efficace est celle qui, la première, a été *publiée*, non pas celle qui, la première, a été *consentie* (comme il eût fallu décider en appliquant l'a. 1138 à l'égard des tiers). Néanmoins, la jurisprudence corrige parfois l'automatisme de la publicité en prenant en compte une responsabilité éventuelle du second acquéreur : si celui-ci connaissait, en fait, quand il a contracté, le contrat antérieur qui n'a pas été publié, il ne peut, à cause de sa mauvaise foi, prétendre que ce contrat lui est inopposable.

b) *Meubles corporels (soumis à la maxime « En fait de meubles, possession vaut titre »)*

L'aliénation d'un meuble de cette sorte n'est opposable aux tiers que par la mise en possession réelle de l'acquéreur (à condition que cette mise en possession ait eu lieu de bonne foi). La possession joue le rôle d'une publicité de fait. Il en résulte cette conséquence pratique que, si le propriétaire d'un meuble corporel le vend successivement à deux personnes, l'acquisition efficace est celle qui s'est matérialisée dans une *possession*, non pas celle qui, la première, a été *consentie*

(comme il eût fallu décider en appliquant l'a. 1138 à l'égard des tiers). Telle est la portée de l'a. 1141, qui se relie à l'a. 2279 (cf. *infra*, n° 228).

c) *Créances*

L'aliénation (cession) d'une créance n'est opposable aux tiers que par la signification qui en est faite au débiteur cédé (ou par l'acceptation authentique qu'en fait ce débiteur). C'est du moins un des sens que l'on peut donner à l'a. 1690 (cf. t. IV, n° 320).

d) *Valeurs mobilières*

Le transfert de propriété des titres n'a lieu qu'à l'inscription de l'opération dans les comptes tenus par les établissements intermédiaires.

[111] 2 | ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ EN VERTU DE LA LOI

Toutes les fois que la propriété n'est pas acquise par convention (ou par testament), on peut admettre qu'elle l'est en vertu de la loi. Sans doute cette cause générique d'acquisition recouvre-t-elle des cas fort dissemblables ; mais ils présentent un caractère commun : c'est que la propriété s'y trouve transférée *sans la volonté* (du moins la volonté directement exprimée) *du propriétaire actuel*. Quant à la volonté de l'acquéreur, ni sa présence (ex. acceptation de l'héritier, prise de possession de l'occupant), ni son absence (ex. accession à l'insu du propriétaire du terrain) ne touchent à l'essence du transfert.

Pour opérer ces déplacements de propriétés, la loi n'agit pas, d'ailleurs, par décision arbitraire : elle prend en considération un rapport préexistant entre les deux propriétaires successifs ou entre le nouveau propriétaire et le bien. On pourrait même soutenir que c'est non pas la loi immédiatement, mais ce rapport préexistant, transcendé par la loi, qui est la cause véritable de l'acquisition de la propriété.

a) *Mode d'acquérir fondé sur un rapport de famille (entre les deux propriétaires successifs)*

C'est la succession *ab intestat* (v. t. II, n^os^ 391 s.).

b) *Modes d'acquérir fondés sur un rapport d'accessoire à principal*

Ce rapport a déjà été défini (*supra*, n° 59). Il sert de fondement à des modes d'acquérir légaux, qui sont les différents cas d'*accession* (a. 546, 551 s.). L'idée générale est que la propriété du principal fait acquérir celle de l'accessoire. Mais cela peut s'entendre de diverses manières :

1° Acquisition des *accessoires détachés du principal,* c'est-à-dire des fruits et produits (a. 546 ; cf. *supra*, n° 60).

2° *Acquisition des accessoires incorporés au principal.* — Cette accession par incorporation recouvre elle-même plusieurs situations, distinctement prévues par le C.C. : acquisition des constructions et plantations (a. 553 s. ; c'est l'hypothèse la plus importante ; cf. *infra*, n° 212) ; acquisition des accroissements de terrains résultant du mouvement des cours d'eau (a. 556 s.) ; acquisition des objets mobiliers unis ou mélangés à d'autres objets mobiliers, ou constitués par la transformation d'autres objets mobiliers (a. 565 s. ; mais cette accession mobilière n'a guère d'intérêt pratique, la revendication de l'ancien propriétaire se trouvant, le plus souvent, déjà exclue par l'a. 2279, al. 1, avant que de l'être par l'effet réflexe d'un mode d'acquérir).

c) *Modes d'acquérir fondés sur un rapport de fait*

Il arrive que le fait – la nécessité, mais surtout la possession (v. *infra*, n^os^ 117, 129) – conduise au droit ; en particulier, que la possession fasse acquérir la propriété, soit instantanément (ex. a. 2279 ; cf. *infra*, n° 230), soit en se prolongeant (prescription acquisitive ou usucapion ; cf. *infra*, n° 189).

[112] ÉTAT DES QUESTIONS

B. G. — Planiol-Picard, n^os^ 588 s. ; Beudant-Voirin, n^os^ 633 s. — Il ne pouvait être question ici que de donner une vue synthétique des différents modes d'acquérir. Leur étude détaillée relève d'autres parties du droit civil : ex. pour les conventions du droit des contrats spéciaux (vente, notamment, cf. biblio., t. IV, n° 20) et du droit de la publicité foncière (sur celle-ci, v. Dagot (Thémis), 1981 ; Ph. Théry, 1998 ; Mazeaud, *Leçons*, t. 3, vol. 1, par Chabas et V. Ranouil, 1988 ; Simler et Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 1999 ; Malaurie et Aynès, *Les biens, la publicité foncière*, 1998 ;

M. Cabrillac et Ch. Mouly, *Le droit des sûretés*, 1997 ; Goutay, *Le transfert de propriété des titres cotés,* Paris-Dauphine, 1997.

PHILOSOPHIE POLITIQUE

Le droit de disposer, au cœur de l'a. 544, ne concerne pas seulement le droit privé. Il se projette dans le droit économique, dans le droit public. Il est à la racine d'une liberté publique : la liberté de circulation des biens. Par circulation, le droit civil entend la circulation juridique, le transfert à autrui des droits sur la chose, la possibilité et la fluidité des aliénations, le *commerce* au sens non commercial de l'a. 1128. C'est une part de la matière dont il va être question ci-dessous : non pas tous les modes d'acquérir, mais les modes d'acquérir par convention à titre onéreux (vente, échange, cession de créance et de contrat).

Cependant, lorsque la libre circulation des biens est analysée comme une liberté publique, on y englobe, avec la circulation juridique, la circulation que l'on pourrait qualifier de purement physique, sans déplacement de droits : le propriétaire, tout en conservant la propriété du bien, le transporte d'un lieu à un autre. Sur le territoire national, dans les États modernes, qui n'ont plus de douanes intérieures, ce transport ne pose pas de questions de droit. Il en est différemment dès qu'il y a franchissement de frontières. Le droit douanier (cf. Berr et Trémeau, *Droit douanier*, 1988) n'est pas seulement, quant aux marchandises, un aspect du droit fiscal : c'est aussi un droit de police, un contrôle de l'État sur la circulation des patrimoines privés.

La libre circulation des biens pourrait être regardée comme un corollaire de la libre circulation des personnes. On remarque, pourtant, que la Convention européenne des droits de l'homme (Protocole additionnel n° 4, de 1963, a. 2) qui consacre en principe celle-ci ne dit rien de celle-là. Il ne suffit pas d'espérer que les pauvres émigrants pourront, pour leurs linges et hardes, appendices de droit naturel, se passer d'une consécration textuelle. L'ancien droit des gens se montrait souvent plus sérieux. Dans l'Allemagne morcelée des XVI^e^ et XVII^e^ s., les actes de pacification – la paix d'Augsbourg, les traits de Westphalie – lorsqu'ils proclamaient le *jus emigrandi* comme indispensable échappatoire à la maxime *Cujus regio, ejus religio*, ne manquaient pas de l'assortir d'un droit précis et détaillé à emporter avec soi sa fortune. Les juristes allemands travaillaient sous un climat de société marchande. La France, plus rurale, colbertiste aussi, résista à l'entraînement libéral, et quand elle en vint (1685) à révoquer l'Édit de Nantes, une double interdiction de sortie, des personnes et des biens, fut un rouage essentiel de son système coercitif.

Mais, à l'heure présente, c'est moins par la liberté individuelle que par l'intérêt économique de la collectivité qu'il est usuel de justifier le libre mouvement des capitaux. Il y a là un postulat du marché unique et de l'Union européenne elle-même. Le droit de disposer de l'a. 544 a pris ainsi une portée transnationale. La réalisation, toutefois, est loin d'être achevée : elle s'empêtre dans tout un passé de contrôle des changes, sédimentarisé depuis les grandes guerres. Pour être parfaitement libre, la circulation des biens exigerait de se dérouler dans l'anonymat. Les gouvernements, au contraire, inclinent à lui imprimer un caractère nominatif, afin de disposer d'un jeu intimidant d'interrogations qui tournent à l'interrogatoire, d'enregistrements qui sont sentis comme des aveux (ex. les titres au porteur doivent être inscrits en compte, *supra*, n° 51 ; certains paiements doivent être faits par chèque, t. IV, n° 331 ; les exportations de

valeurs au-delà d'un certain montant sont soumises à déclaration, l. fin 29 déc. 1989, a. 98, et arrêté 16 juill. 1993). La circulation nominative laisse des traces et, même aux innocents, des inquiétudes. Seules les personnes morales, les grandes, celles qui n'ont pas de *psyché*, se moquent des barrières psychologiques (cf. Cour Just. C.E., 30 mai 1991, D. 91, *I.R.*, 195).

I. — Transfert de la propriété par le seul consentement

HISTOIRE

La distinction du contrat, générateur d'obligations personnelles, et du mode d'acquérir (la *traditio*), qui seul peut déplacer la propriété, se trouve encore formulée très nettement dans un texte célèbre compilé par Justinien : C. Just., 2, 3, 20, *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*. Mais, déjà, ce dernier état du Droit romain connaît des procédés pour faire l'économie du mode d'acquérir : dans la tradition feinte ou fictive, une formalité symbolique (ex. remise des clefs de l'entrepôt) ou même une simple mention du contrat (affirmant que la *traditio* a eu lieu) vaut accomplissement du mode d'acquérir ; dans la clause de constitut possessoire, le vendeur déclare se constituer possesseur pour l'acheteur, c'est-à-dire qu'il reconnaît détenir la chose à titre précaire pour le compte de celui-ci (ainsi, l'acheteur est censé avoir désormais la possession, la *traditio* est accomplie, bien que, matériellement, il n'y ait rien de changé). Notre Ancien Droit, qui, à l'époque franque, était parti du même point que le Droit romain, de la même impuissance à concevoir le transfert de propriété *solo consensu*, finit par utiliser à son tour ces procédés de la tradition feinte et du constitut possessoire. Dans les derniers siècles de la monarchie, la tradition est théoriquement nécessaire pour transférer la propriété à l'acquéreur, mais pratiquement, on s'en dispense : la convention contient généralement une clause de *dessaisine-saisine*, par laquelle l'aliénateur déclare se dépouiller de la possession (saisine) au profit de l'acquéreur, pour le compte de qui il possédera désormais ; et l'on en vient à décider que, si cette clause a été omise, elle doit être regardée comme sous-entendue. Pourtant, les esprits les plus doctrinaires, formés par le droit romain des Écoles, ne tirèrent pas les conséquences de cette évolution : Domat (*Lois civiles*, partie I, liv. I, titre II, sect. 1, n° 2 et sect. 2, n° 10), quoi qu'en ait dit Planiol, n'abandonne pas le principe romain et se borne à distinguer deux degrés dans l'*accomplissement de la vente*, le contrat et la délivrance ; Pothier (*Domaine de propriété*, n° 245), à la différence de Daguesseau (16^e^ plaidoyer [1692]), se refuse expressément à admettre le transfert de la propriété *solo consensu*. Le pas décisif, dans la théorie juridique, fut fait à l'étranger, par l'École du Droit naturel : Grotius (*De jure belli ac pacis*, liv. II, chap. VIII, n° 25, et chap. XII, n° 15) enseigna que le droit naturel n'imposait pas la tradition ; Puffendorf (*Droit de la nature et des gens*, liv. IV, chap. IX, § 8) y ajouta cette explication que, si la tradition, acte physique, peut être requise pour déplacer la possession, qui est un pouvoir physique, le consentement, acte purement intellectuel, doit suffire pour transférer la propriété, qui est un pouvoir purement intellectuel ; et dans la voie des abstractions, Burlamaqui (le maître de J.-J Rousseau) continue (*Principes du droit de la nature et des gens*, IV^e^ Partie, chap. IX, § 10) en prétendant que la tradition n'avait été prise en considération jusque-là que comme un *signe* manifestant l'intention de transférer la propriété.

Derrière ces formules, il faut surtout sentir une exaltation individualiste de la volonté humaine. Aussi n'est-on pas surpris que le premier projet de Cambacérès ait consacré le nouveau principe (et même en termes plus nets que l'a. 1138 : « du moment que le contrat est formé, la propriété passe à l'acheteur... »). Mais, comme rien n'est jamais terminé, le principe du transfert de la propriété par le seul consentement s'est trouvé un instant remis en question à l'occasion d'une loi du Gouvernement de Vichy (l. 16 nov. 1940, aujourd'hui annulée), qui avait subordonné à une autorisation préfectorale préalable la validité des mutations entre vifs de propriété immobilière : suivant l'interprétation qui avait prévalu (Civ. 15 janv. 1946, *J.C.P.*, 46, 2, 3034, note Fréjaville ; cf. *R.T.*, 1942, 69 et 1946, 133), cette autorisation n'était exigée que pour le transfert de propriété, non pas pour le contrat lui-même. – Cf. d'ailleurs, *infra*, Théorie juridique.

Bien que l'a. 1583 semble commencer comme un doublet de l'a. 1138, son allusion finale au paiement du prix porte la trace d'une autre révolution historique. Le Droit romain, tel qu'il avait été fixé par les Institutes de Justinien (2, 1, 41), dans la célèbre *lex Venditae* (sur l'évolution antérieure, cf. Monnier, II, n° 119), subordonnait au versement effectif du prix le transfert de la propriété dans la vente au comptant. D'un point de vue utilitaire, c'était une garantie donnée au vendeur impayé. D'un point de vue sociologique, c'était le reflet d'une conception archaïque, mais toujours renaissante (cf. *infra*, Pratique contractuelle et judiciaire) – conception matérialiste, non consensualiste de la vente, où le contrat ne se forme qu'en s'exécutant. Ici encore, dans les derniers siècles de l'Ancien Droit, une réaction se fit sentir : les jurisconsultes cherchèrent à dépouiller l'engagement contractuel de sa gangue de matière. Sur cette lancée, le C.C., par l'a. 1583, a entendu abolir la règle romaine, quoiqu'il en ait laissé traîner un vestige dans l'a. 2102-4° (le vendeur au comptant non payé peut *revendiquer* le meuble qu'il a livré, ce qui suppose bien qu'il est resté propriétaire ; cf. Planiol, III, par Ripert-Boulanger, 1958, n° 1444 s.).

Sur un point, tout de même, le *Corpus juris civilis* professait une vue consensualiste du transfert de la propriété : quand une personne achetait un bien avec des deniers fournis par un tiers, c'était elle qui devenait propriétaire, non le bailleur de fonds (C. Just., 4, 50, 8 ; 5, 12, 12). Le principe fut repris sans effort par notre Ancien Droit (Daguesseau, 27e plaidoyer ; Pothier, *Successions*, c. 4, a. 2, § 2).

[113] POLITIQUE LÉGISLATIVE

Des législations, pourtant assez proches de la nôtre, s'en séparent sur ce point du transfert de la propriété *solo consensu* : ex. Pays-Bas (malgré Grotius ; C.C. de 1992, a. 3-84, al. 1), Espagne (sous l'influence du Droit romain). Cf. C. Witz, Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit français à la lumière du droit allemand, *Festschrift Günther Jahr*, Tubingue, 1993, 533 ; R. M. Rampalberg, Variations franco-germaniques sur un thème romain, *R. hist. fac. dr.*, 98 (19), 49. La dissociation romaine du contrat et du mode d'acquérir se retrouve également, sous une forme plus perfectionnée, en Allemagne et en Suisse. Suivant le B.G.B., la propriété mobilière n'est transférée que par la mise en possession de l'acquéreur (§ 929) ; la propriété foncière n'est transférée que par un acte d'exécution distinct du contrat (§ 873, 925) : c'est un acte solennel et abstrait par lequel l'aliénateur et l'acquéreur déclarent leur accord sur

le transfert de propriété ; cet acte de cession *(Auflassung)* ou, si l'on veut, de dessaisine-saisine, fait l'objet d'une inscription au livre foncier. Cf. Saleilles, *Théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de C.C. allemand*, nos 3 s.

Au système de l'a. 1138 un inconvénient a pu être reproché, même dans les rapports entre les parties : quand tout se passe consensuellement, le passage des simples pourparlers à l'accord définitif n'étant pas toujours très net, on est parfois dans l'incertitude sur la personne du propriétaire ; une *traditio* aurait l'avantage de marquer la coupure. Mais l'inconvénient est mineur (presque toujours, la *signature* suffit à objectiver le consentement et, partant, le transfert de propriété). En contrepartie, le transfert *solo consensu* a pour lui la simplicité, la commodité, la commercialité (d'où une tendance des tribunaux à l'étendre, ex. pour la dation en paiement, Civ. 27 janv. 1993, *J.C.P.*, 94, 2, 22195). La preuve de son caractère pratique est dans les efforts des praticiens pour le retrouver là où il n'existe pas, en recourant à des combinaisons de tradition feinte et de constitut possessoire. Où l'infériorité du système consensuel est indéniable, c'est quand on envisage l'intérêt des tiers, que rien d'extérieur ne vient plus prévenir de l'aliénation. Mais la critique ne touche pas notre a. 1138, puisque, corrigé par l'a. 1141 et par l'institution de la publicité foncière, il ne concerne plus que les rapports entre les parties (ce qui vide, du reste, le système d'une bonne part de sa signification : Qu'est-ce, a-t-on pu dire, qu'un droit réel qui n'existe pas à l'égard de tous ?).

[114] THÉORIE JURIDIQUE

a) En raisonnant de préférence sur la vente, mode le plus usuel d'acquisition par contrat, et spécialement sur la *vente d'immeuble*, la complexité de notre droit positif a suggéré de soumettre à une révision, sous divers angles, le schéma simplificateur de l'a. 1138 (cf. *Travaux et conférences de l'Université libre de Bruxelles*, VIII, 1960, p. 123 s.).

1° Est-il exact de ne voir dans la vente que le déplacement d'un droit réel ? L'acquéreur ne se borne pas à recevoir un bien, il succède à l'aliénateur, à ses qualités, à son titre. C'est une investiture totale de la personne. Certes, l'immeuble n'est plus un fief : il est, cependant, chargé d'un statut de propriétaire foncier, d'un ensemble de droits et de devoirs envers les tenanciers, locataires ou fermiers. Arg. déjà l'a. 1743 (mais le texte est étroit et ne règle pas tout ; ex. l'acheteur ne serait-il pas fondé à invoquer contre un preneur à bail des manquements commis du temps du vendeur ?, *contra*, Soc. 20 déc. 1957, *R.T.*, 58, 421).

2° Est-il réaliste de se représenter le transfert de propriété comme un éclair instantané ? C'est plutôt un processus évolutif, qui se déploie à partir des premiers engagements (le *compromis* de vente sous seing privé) jusqu'à l'ultime paiement du prix, en passant par toute une série de formalités et de formes, les unes de droit public (ex. délivrance du certificat d'urbanisme, autorisation administrative pour les lotissements [cf. Civ.[1] 17 oct. 1967, *J.C.P.*, 67, 2, 15307], les autres de droit privé (rédaction et signature de l'acte notarié, publicité foncière), sans préjudice d'une levée successive d'incertitudes (ex. non-exercice des droits de préemption du fermier, de la S.A.F.E.R.) – par où il apparaît que le transfert requiert bien plus que le concours des deux volontés intéressées. La pratique ayant pris en compte cet étirement des opérations dans le temps, on voit se multiplier les clauses qui tendent à retarder le transfert de la

propriété et, partant, le transfert des risques à l'acheteur (v. par ex. Civ.[1] 20 nov. 1990, *J.C.P.*, 92, 2, 21841, et la n. Dagot, *in fine*). Dans l'a. 1601-3, la loi elle-même a prévu un transfert progressif de la propriété, mais qui s'explique directement par la nature de l'objet (les ouvrages à venir dans la vente d'un immeuble en l'état futur d'achèvement ; cf. t. IV, n° 54).

b) Raisonnement sur le schéma triangulaire d'une aliénation sujette à publicité, une analyste subtile (I. Takizawa, *Dr. pros.*, 93 (3), 933) fait observer que le vendeur, s'étant déjà, par la première vente, même non publiée, dépouillé *solo consensu* de sa propriété, ne peut plus la transmettre *(nemo plus juris...)* à un second acheteur. Si celui-ci, ayant publié, devient propriétaire, ce ne peut être que par l'effet de la loi, le premier acheteur étant corrélativement privé de sa propriété par une déchéance légale. A quoi l'objection peut être faite que l'interposition de la publicité n'empêche pas que le second acheteur ne soit l'ayant cause direct du vendeur, le contrat subsistant entre eux avec toutes les conséquences de droit (ex. l'obligation de garantie).

c) Sur l'obligation de transférer la propriété dans la vente, v. P. Bloch, *R.T.*, 88, 673 (notamment, promesse de vente, réserve de propriété) ; Collart-Dutilleul et Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 1991, n° 200 (énigme de l'obligation de donner) ; plus spécialement, sur le transfert différé de la propriété immobilière, C. Saint-Alary-Houin, *Mélanges P. Raynaud*, 1985, p. 733.

d) Lorsque, dans un contrat de vente, l'argent a été fourni (donné ou prêté, mais surtout donné) par une personne qui n'a pas été partie à l'acte, la question a pu se poser assez naturellement du point de chute à assigner au transfert de propriété (cf. Dagot, L'origine des deniers, *J.C.P.*, éd. N. 89, 169). Le principe du consensualisme, de l'autonomie de la volonté, paraît suffire à désigner pour propriétaire celui qui, dans l'acte, s'est désigné pour acheteur. S'y ajoute un argument pratique : la sécurité des tiers. Ils ne connaissent que le titre ; ils ignorent et sont en droit d'ignorer de quelle source est venu le financement. Foi est due au titre, cette position de principe est consacrée par les arrêts : ex. en matière immobilière, Civ.[1] 9 oct. 1991, D. 93, 580, n. Cl. Courtine, et en matière mobilière, Civ.[1] 10 mars 1993, D. 93, *I.R.*, 92. La combinaison, cependant, peut couvrir des fraudes, machinées notamment entre mari et femme. La fraude dirigée contre les créanciers explique la vieille institution de la « présomption mucienne », qui a laissé des traces affaiblies dans l'a. 112 de la 1re loi du 25 janv. 1985 sur la liquidation de biens et le règlement judiciaire : les biens achetés en son nom propre par le conjoint d'un « failli » seront réintégrés à l'actif de la faillite sur la preuve que c'est le failli lui-même qui avait procuré les fonds. Le droit civil, de son côté, s'est inquiété pour les héritiers du donateur de deniers, notamment ses héritiers réservataires. Seulement, à quoi aboutira leur action, si les deux opérations sont traitées séparément (un don [manuel] de deniers, puis l'achat d'un immeuble) ? A réintégrer dans la succession une somme d'argent, depuis plus ou moins longtemps cristallisée. En période de dépréciation monétaire, ce sera dérisoire. Aussi, avant la l. 28 déc. 1967, qui a introduit dans le C.C. l'a. 1099-1, les tribunaux s'étaient-ils efforcés de faire apparaître l'immeuble, valeur réelle, comme le véritable objet de la donation – tantôt par un élargissement de la théorie de la subrogation réelle (*res succedit loco pretii* ; v. *supra*, n° 65 ; cf. Bordeaux, *J.C.P.*, 43, 2, 2112), tantôt principalement par un recours à la notion (vague ; cf. Boulanger, *R.T.*, 50, 1) d'indivisibilité (Civ. 30 mai 1951, D. 51, 617 ; cf. Hubert, *J.C.P.*, 44, 1, 414). Mais alors un autre danger s'est révélé : l'ensemble

(donation + vente) pourrait être attaqué comme donation déguisée (entre époux, les donations déguisées sont nulles, a. 1099), d'où une insécurité des transactions ultérieures. Entre le risque monétaire et le risque d'insécurité, la loi de 1967 a essayé de naviguer : la donation n'est que d'une somme d'argent, mais cette somme sera indexée, en quelque sorte, sur la valeur de l'immeuble (Civ.[1] 9 févr. 1994, D. 94, 417). Il ne devrait donc plus être question, dans ce genre d'affaires, de donation déguisée (en ce sens, Civ.[1] 23 janv. 1980, *R.T.*, 81, 430, n. Patarin ; Civ.[1] 21 juill. 1987, *Bull.*, n° 243). On en a reparlé, pourtant (Civ.[1] 14 juin 1972, D. 72, 514, n. Aubert, *J.C.P.*, 72, 2, 17212, n. Dagot ; et avec un bémol [il y faut une dissimulation mensongère de l'origine des fonds], Civ.[1] 29 avr. 1984, *R.T.*, 85, 199, n. Patarin) : la justice est ennemie de la fraude.

[115] PRATIQUE CONTRACTUELLE ET JUDICIAIRE

a) *Correctifs moraux introduits dans le fonctionnement de la publicité foncière.* — Le système français de publicité, reposant sur le jeu de l'inopposabilité qui est de pur droit privé, est plus libéral, impose moins d'abandons au consensualisme, que les systèmes étrangers, spécialement le système germanique des livres fonciers, qui impliquent une sorte d'investiture par l'autorité publique. Elle offre, partant, de l'avis général, moins de sécurité aux transactions immobilières. Cependant, au risque d'affaiblir davantage cette sécurité, la jurisprudence n'a pas hésité à faire entrer par exception une appréciation morale dans un mécanisme qui, pour être efficace, devrait être moralement aveugle. Très tôt après la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, la Cour de cassation (Req. 8 déc. 1858, D. 59, 1, 184) décide que, s'il y a eu concert frauduleux entre le vendeur et le second acheteur pour prendre de vitesse le premier, c'est celui-ci qui doit l'emporter bien qu'il n'ait pas transcrit. La solution pouvait s'appuyer sur l'ubiquité de la maxime *Fraus omnia corrumpit* (cf. t. IV, n° 73) : la fraude prend en écharpe toutes les institutions, même celles qui ont l'air closes sur elles-mêmes. Les arrêts du XXe siècle continueront d'invoquer la fraude pour renverser l'ordre chronologique des transcriptions : Req. 7 déc. 1925, D. 26, 1, 185 ; Civ. 10 mai 1949, D. 49, 277 ; Civ. 24 avr. 1950, D. 50, 449. Qui plus est, alors qu'est intervenu le décret-loi du 30 oct. 1955 dont l'intention manifeste a été d'imprimer plus de rigueur au système de publicité, loin de se mettre à l'unisson, ils fragilisent un peu plus ce système : ils édulcorent la fraude, qui n'est plus que faute, la faute d'avoir acheté sachant que le bien était déjà vendu : Civ.[3] 22 mars 1968, D. 68, 412, *R.T.*, 68, 544 ; Civ.[3] 30 janv. 1974, D. 75, 427, *J.C.P.*, 75, 2, 18001. Le concept de *mauvaise foi* a beau avoir une connotation d'immoralité, ce n'est au fond rien de plus que, très techniquement, la simple *connaissance* de la situation. Des décisions postérieures, toutefois, ont élevé des barrages devant cette évolution trop favorable au premier acquéreur qui a commis une négligence : à lui de prouver la mauvaise foi de l'autre (Civ.[3] 28 mai 1979, *Bull.*, n° 116), et une mauvaise foi qui existait dès le moment où celui-ci a donné son consentement (au jour du sous-seing privé), car peu importe ce qu'il aura pu apprendre avant la rédaction de l'acte notarié (Civ.[3] 4 janv. 1983, *Rép. not.*, 83, 1219; Civ.[3] 22 mai 1990, D. 91, 326, *R.T.*, 90, 530). La publicité foncière française serait-elle décidément « cette mal-aimée » des tribunaux qu'avait évoquée un article célèbre (Michèle Gobert, *Études Flour*, 1979, 207) ? On aimerait imaginer que, dans l'esprit de certains magistrats de la Cour suprême, le sys-

tème imposé par le Crédit foncier en 1855 continuait de se heurter à l'image d'un passé rural plus heureux, où la publicité empirique de la mise en possession, sous le contrôle des notions clés du Droit civil, le consentement et la faute (1138 et 1382), suffisait à assurer des transferts paisibles de la propriété. Mais les arrêts qui, sur le moment, ont semblé explosifs ne faisaient que répondre à des situations exceptionnelles (cf. d'ailleurs sur leur possible justification, Lévis, *L'opposabilité du droit réel,* 1989, n° 209). Dans l'immense majorité des cas, il est probable que la mécanique bien réglée et bien rôdée de la publicité fonctionne sans à-coups et de confiance entre notaires et conservateurs des hypothèques, aussi peu enclins les uns que les autres au risque de l'innovation.

b) *Influence du paiement du prix sur le transfert de la propriété dans la vente.* — Cf. Cl. Witz, Le paiement du prix de vente, condition légale du transfert de propriété en matière mobilière, *Mélanges D. Tallon,* 1999. En quelques points significatifs, un raisonnement réaliste (« donnant donnant ») a fait écarter, sans le dire, la règle de l'a. 1583 : un peu de la *lex Venditae* semble revivre.

1° Le vendeur peut stipuler, pour sa garantie, que le transfert de la propriété sera retardé par un terme jusqu'à parfait paiement du prix. Mais ces *clauses de réserve de propriété*, en se développant, ont changé de nature, et des rapports personnels sont devenus la source de véritables *droits réels de garantie*. V. *supra*, n° 89 *e*.

2° Est punissable comme voleur, en vertu de l'a. 311-1 N.C.P., le client qui, dans un magasin à plus ou moins libre-service, emporte la marchandise sans passer à la caisse. Pourtant, au regard de l'a. 1583 et du principe consensualiste, il était déjà devenu propriétaire (son geste d'acheteur ayant rencontré l'offre tacite du vendeur) ; or, le vol n'est concevable que de la chose d'autrui. La jurisprudence pénale, pour assurer tout de même une répression, a dû feindre que, dans ce genre de vente, il était implicitement convenu, selon les usages, que jusqu'au paiement du prix il n'y aurait pas transfert de propriété, mais seulement dessaisissement provisoire et conditionné : Crim. 4 juin 1915, D. 21, 1, 57 ; Crim. 14 mai 1958, D. 58, 513 ; Crim. 14 nov. 1964, *J.C.P.*, 65, 2, 14066. Cf. D. Veaux, Vol et transfert de propriété, *Mélanges Bouzat*, 1980, 351 s. ; Sarget, *Les problèmes juridiques de la vente en libre-service*, Th. Paris II, 1982 ; et sur les aspects criminologiques (vers la décriminalisation ?), Zaki, *Rev. science crim.*, 77, 521.

c) Récemment, la doctrine a cru constater, pour s'en étonner (cf. Tallon, D. 92, chr., 67), un réveil de *l'obligation de donner*, qui jusque-là vivait heureuse de ne vivre que pour être déjà éteinte. Il est vrai que des arrêts l'ont opposée avec un certain relief à l'obligation de faire (Com. 22 janv. 1991, D. 91, 175, 29 janv. 1991, *J.C.P.*, 91, 21751, 2 juill. 1991, D. 91, 501). Mais ils ne se sont servis de l'opposition que pour mieux distinguer de la vente les « contrats de distribution ». L'intention n'était point de remettre en cause le principe de l'a. 1138.

[116] II. — Modes d'acquérir en général

Le sujet se prête à des réflexions sur l'origine de la propriété et sur sa légitimité : ex. Lemosse, Observations sur l'acquisition de la propriété foncière romaine, *Hommage à R. Besnier*, 1980, 119 (cf. l'occupation en matière mobilière, *infra*, n° 241). Par là s'explique la prédilection avec laquelle en ont traité les juristes de l'École de Droit naturel, et même des philosophes (Locke, Kant). Par là s'explique aussi que l'accent ait

été mis sur l'acquisition, alors qu'à d'autres égards il eût été plus rationnel de le mettre sur l'aliénation : sauf l'occupation, les différentes manières dont on acquiert la propriété sont, en même temps, différentes manières dont on la perd. Par là s'explique, enfin, que la classification ait été conçue en fonction du seul droit privé, et n'ait pas fait de place aux modes d'acquérir que l'on pourrait qualifier de droit public. Ces modes de droit public fonctionnent au profit de l'État, mais aux dépens des particuliers, et sous cet angle le droit privé est intéressé par eux (cf. une certaine philosophie de ces modes d'acquérir dans Fr. Le Roy, *La dévolution forcée des biens*, Th. Paris, 1938) : ce sont l'expropriation (a. 545), et la réquisition, modes d'acquérir à titre onéreux, et la confiscation (spéciale, de certaines choses en relation avec l'infraction, a. 131-21 N.C.P. ; ou générale, de tout ou partie des biens, ex. a. 213-1-4°, 222-49), qui est à titre gratuit pour l'État. Aujourd'hui, l'attention devrait se porter davantage sur certains transferts massifs, qui ont peut-être la signification de phénomènes historiques. On pense aux nationalisations de 1946 à 1982 – transferts à la collectivité publique et à titre onéreux, partiellement neutralisés à partir de 1990 par un mouvement antagoniste de privatisations. Cependant, d'autres transferts, plus subtils, se sont accomplis de particuliers à particuliers, et qui plus est à titre gratuit. Ainsi, lorsque la l. 30 juin 1926 vint conférer une série de prérogatives très fortes aux locataires des immeubles à usage commercial, on peut dire qu'une partie de la propriété de ces immeubles se trouva transférée des bailleurs aux locataires. Mais, comme toujours dans les phénomènes juridiques, il y a lieu de distinguer la percussion, l'effet immédiat, et l'incidence finale. Le transfert *lege* s'est accompli une fois pour toutes en la personne des sujets du moment, et par la suite, l'effet en est amorti (à moins que de nouvelles réformes ne viennent encore accroître les prérogatives du locataire, créant ainsi des transferts supplémentaires). Si le propriétaire vend son immeuble après intervention de la loi, il n'en retrouve pas le prix originaire : il est spolié, mais son acheteur ne le sera pas, ayant payé à son juste prix la propriété amputée d'une part d'utilité. Réciproquement, si le locataire, qui était sous la gouttière lors de la promulgation de la loi, vend son fonds de commerce, il empoche une plus-value : mais l'acheteur n'en tire pas d'enrichissement, car il l'a payée dans son prix d'achat. C'est ce qui donne à penser qu'un retour en arrière est impossible : ce seraient de nouvelles spoliations, en sens inverse. Il y faudrait, sinon une révolution, du moins une crise extrêmement profonde de l'immobilier commercial ou du (petit) commerce. Sans être aussi nets, des phénomènes de transfert gratuit ont été semblablement opérés au bénéfice des fermiers par le statut du fermage (o. 17 oct. 1945), au bénéfice des locataires des immeubles à usage d'habitation par l'accumulation des législations spéciales, de la loi du 1er septembre 1948 à la loi du 6 juillet 1989 (cf. *infra*, n° 187)... Il n'est pas exact que le droit se borne à protéger les propriétés acquises. De temps à autre, il opère des transferts révolutionnaires (s'il décide de les opérer lui-même, plutôt que de les laisser s'opérer sans lui, il devrait, semble-t-il, en contrepartie assumer le devoir d'y mettre plus d'ordre, et moins de douleur pour les hommes). Au demeurant, il n'y a pas de place pour ces mécanismes de transfert dans les classifications usuelles des modes d'acquérir. Ce sont des classifications pour périodes calmes.

Chapitre II

[117]

DES RAPPORTS DE FAIT CONCERNANT LES BIENS

Une personne peut se trouver dans un *rapport de fait* avec un bien ; l'avoir entre ses mains sans en être propriétaire, en éprouver le besoin sans avoir de droit de propriété à y prétendre. La maîtrise de fait qui peut être dissociée du droit, c'est la *possession* ; le besoin effectif que n'appuie aucun droit préexistant, c'est la *nécessité*. Il y a là deux théories, d'ailleurs d'inégale importance, qui ont ce trait de commun qu'elles font produire à un simple fait des conséquences juridiques.

1 / La théorie de la possession

A cette théorie, le C.C. a fourni des matériaux, surtout dans les a. 2228 s., à propos de l'un des effets de la possession, la prescription acquisitive, à quoi la l. 9 juillet 1975 a ajouté deux articles sur la protection possessoire (a. 2282, 2283), si bien que ce dernier titre porte désormais une rubrique double : « De la prescription et de la possession. » Mais le rôle de la doctrine – en particulier, des romanistes (= professeurs de Droit romain) du XIX[e] s. – a été considérable pour mettre de l'ordre dans les concepts.

[118] 1 | LA NOTION DE POSSESSION

Il est essentiel de ne pas confondre la possession avec la propriété ; dans le langage juridique, posséder n'est point la même chose qu'être propriétaire. L'idée générale est que, la propriété étant le droit, la pos-

session est le fait (cf. Introduction, n° 163) ; la possession, de ce point de vue, est l'ombre de la propriété. L'a. 2282 (l. 9 juill. 1975) oppose la possession au *fond du droit.*

De façon plus précise, la possession se définit comme la maîtrise de fait, le *pouvoir* physique exercé sur une chose (*posse,* le verbe latin), que ce pouvoir de fait coïncide ou non avec le pouvoir de droit, avec la propriété. Car il arrive très souvent que la possession, tout en étant rationnellement distincte de la propriété, soit réunie avec elle dans la même personne. L'immense majorité des propriétaires sont en même temps possesseurs ; ils joignent le fait au droit ; ils ont un droit et l'exercent effectivement (soit par eux-mêmes, soit par autrui). Réciproquement, l'immense majorité des possesseurs sont, en réalité, des propriétaires, qui se contentent d'invoquer la possession, parce que la preuve leur en est plus facile que celle de la propriété et leur procure néanmoins des avantages suffisants.

Mais il est tout de même un petit nombre de cas – et ce sont les plus frappants, puisqu'ils montrent ce qu'est la notion à l'état pur – où la possession se trouve pratiquement séparée de la propriété. Le voleur, qui garde chez lui l'objet dérobé, en est possesseur et n'en est pas propriétaire ; à l'inverse, le volé reste propriétaire, mais il n'est plus possesseur. Pareillement, le paysan qui, en labourant son propre champ, empiète depuis plusieurs années sur celui du voisin, est possesseur de la bande de terrain qu'il usurpe ; il n'en est pas propriétaire (tant que la prescription trentenaire ne s'est pas accomplie) ; c'est le voisin qui continue à en avoir la propriété, mais non plus la possession. Plus subtilement, celui qui achète un immeuble à un non-propriétaire ne peut pas en acquérir la propriété, par suite du défaut de droit de son auteur ; mais il en acquiert la possession, dès qu'il en prend livraison *de facto* ; et symétriquement, le véritable propriétaire conserve son droit, dépouillé de la possession.

[119] ▶ *Éléments constitutifs de la possession*

Une analyse traditionnelle distingue dans la possession deux éléments : le *corpus* ou élément matériel, l'*animus* ou élément psychologique.

a) *Élément matériel*

Le *corpus* de la possession consiste dans des actes matériels accomplis sur la chose, des actes de maître, tels qu'en pourrait accomplir un

propriétaire. Mais des actes *matériels* seulement. Des actes juridiques (ex. donner à bail, vendre le bien) seraient sans signification quant à la possession, car il n'est pas besoin, pour les faire, d'être possesseur : c'est sur le *droit* de propriété qu'ils portent, non sur la chose, et un propriétaire qui a perdu la possession d'un de ses biens pourrait, néanmoins, valablement l'aliéner.

L'a. 2228 suggère que les actes matériels propres à constituer le *corpus* peuvent être de deux sortes :

1° Des actes de *détention* (en prenant garde que le mot n'est pas employé ici dans le sens technique de possession pour autrui, de détention *précaire* ; cf. *infra,* n° 123), c'est-à-dire des actes par lesquels une personne *tient* une chose en son pouvoir physique, le fait de *saisir* un meuble, d'*occuper* un immeuble. Il n'est pas besoin que ce maniement de la chose se manifeste à chaque instant par des gestes *actuels* ; il suffit que la chose reste sous la puissance *virtuelle* du possesseur et comme à sa disposition (ex. l'automobiliste qui laisse sa voiture en stationnement et s'en éloigne momentanément n'en garde pas moins la possession).

2° Des actes de *jouissance,* c'est-à-dire d'utilisation économique, d'exploitation de la chose. Ils n'impliquent pas nécessairement un contact physique avec celle-ci : ainsi, donner par correspondance des instructions à un régisseur, encaisser des loyers ou des fermages, c'est une manière de posséder l'immeuble ; se laisser créditer des dividendes de ses actions, une manière de posséder les titres que l'on a déposés en banque.

L'a. 2228 montre, d'ailleurs, que la représentation est admise dans les actes de possession. On peut posséder par le *corpus* d'autrui : les actes de détention et de jouissance accomplis par les salariés dans l'exercice de leurs fonctions constituent leur patron possesseur ; le locataire, qui habite les lieux, le fermier, qui exploite le domaine, ne possèdent pas pour eux-mêmes ce faisant, mais au nom et pour le compte du bailleur.

b) *Élément psychologique*

L'*animus,* suivant l'opinion la plus courante, est l'*animus domini,* la volonté de se comporter sur la chose comme un propriétaire (au droit près), avec absolutisme et à perpétuité, sans avoir de comptes à rendre ni de restitution à faire à personne. C'est l'état d'esprit du voleur et de l'usurpateur : ils veulent, et intensément, s'affirmer en propriétaires. Mais ce n'est pas celui de l'invité qui manie la tasse à thé de son hôte.

Ni même celui des locataires ou des fermiers : ils ne sauraient rapporter à eux-mêmes les actes de détention et de jouissance qu'ils accomplissent sur l'immeuble, car ils les accomplissent en vertu d'un contrat de bail qui est, de leur part, une reconnaissance permanente de la propriété du bailleur. Aussi, faute d'*animus domini,* leur *corpus* n'en fait-il pas des possesseurs : ce sont seulement des détenteurs précaires.

c) *Combinaison des deux éléments*

Leur réunion est nécessaire, en principe, pour constituer la possession. On devient possesseur en appréhendant matériellement la chose avec l'intention de se comporter sur elle en propriétaire. On cesse de l'être en perdant à la fois *corpus* et *animus,* ce qui se produit dans la délivrance, suite normale de l'aliénation (a. 1604 s.) ou, pour des meubles corporels, dans la déréliction (cf. *infra,* n° 243). Mais, même sans cela, la possession est perdue dès que l'un de ses deux éléments vient à disparaître : disparition de l'*animus,* si le possesseur, tout en gardant matériellement la chose accepte de la détenir désormais pour le compte d'autrui (se constitue possesseur pour autrui ; convention de constitut possessoire ; ex. le vendeur accepte de garder provisoirement la chose pour le compte de l'acheteur) ; mais, plus fréquemment encore, disparition du *corpus,* si la chose n'est plus sous la puissance, actuelle ou virtuelle, du possesseur (il l'a égarée ; elle lui a été volée, etc.). La jurisprudence admet, cependant, que le possesseur d'un *immeuble* en conserve la possession par sa *seule volonté,* lors même qu'il aurait cessé de faire sur lui des actes matériels de détention ou de jouissance, tant qu'un tiers ne s'en est pas emparé.

Il faut ajouter que la détermination de ce qui forme ou non une possession implique toujours une certaine appréciation des faits à la lumière de la *coutume* : on acquiert, on conserve, on transfère la possession en se conformant à l'usage (ex. l'usage des boîtes aux lettres pour prendre possession du courrier, ce qui suppose un *animus* donné d'avance et d'une façon indéfinie ; l'usage de laisser le bois abattu sur le terrain de la coupe, etc.).

[120] ► *Qualités de la possession*

La possession est susceptible de qualités qui en accroissent les effets juridiques. C'est ainsi que l'on oppose la possession *utile* à la possession *vicieuse,* la possession *de bonne foi* à la possession de *mauvaise foi.*

a) *Possession utile et possession vicieuse*

La possession est dite utile, *utile ad usucapionem,* c'est-à-dire qu'elle peut fonder une prescription acquisitive, quand elle présente certaines qualités, qu'énumère l'a. 2229. De l'énumération, il est vrai, il faut retrancher deux termes : non interrompue, à titre de propriétaire. Le premier concerne la théorie de la prescription, non point celle de la possession, et quand la prescription est interrompue, c'est souvent que la possession est perdue (a. 2243 ; cf. *infra,* n° 63). Quant à la formule « à titre de propriétaire », elle revient à dire que, pour prescrire, il faut avoir une possession véritable avec l'*animus domini,* et non une détention précaire : c'est l'essence même de la possession, et non pas simplement une de ses qualités. Restent donc quatre qualités (paisible, publique, continue, non équivoque), qui sont comme le revers de quatre vices.

1° *Clandestinité.* — Lorsque le comportement constituant le *corpus* a été dissimulé à ceux qui avaient intérêt à empêcher l'usucapion, la possession est clandestine et, partant, leur est inopposable : elle ne pourra servir à acquérir contre eux par prescription. Ce vice se conçoit plus aisément pour les meubles que pour les immeubles. Cependant, on peut traiter comme clandestines les usurpations de terre qui se font graduellement, de façon imperceptible, en labourant.

2° *Violence.* — Celui qui, de force, par voies de fait ou menaces, s'est emparé d'un bien ne peut se prévaloir de cette violence pour prescrire contre le propriétaire qu'il a dépossédé (a. 2223).

3° *Discontinuité.* — Des agissements épisodiques ne sauraient constituer une possession. Mais il n'est pas besoin d'un contact de tous les instants avec la chose. La mesure est à apprécier selon l'usage (ex. usage de la jachère ; gel des terres sur les recommandations européennes).

4° *Équivoque.* — Ce vice se rencontre lorsque les actes accomplis sur la chose sont susceptibles de deux explications. Ainsi, dans une succession où plusieurs héritiers sont appelés, il se peut que l'un d'eux fasse des actes de jouissance sur les biens indivis : mais les fait-il, ainsi qu'il en a le droit, à titre de copropriétaire, ou parce qu'il veut s'affirmer comme propriétaire exclusif ? Il y a ambiguïté, et il ne pourra prétendre à une possession utile contre les autres qu'autant qu'il les aura exclus nettement de sa jouissance (cf. a. 816). De même, à la mort d'un individu, il advient que sa concubine soutienne avoir reçu de lui par donation (don manuel) certains objets mobiliers et invoque en ce sens la possession qu'elle en a. Mais cette possession,

fréquemment, ne pourra lui servir, car la cohabitation l'entache d'équivoque (possédait-elle pour son propre compte ou pour le compte du défunt, comme un détenteur précaire ? Dans la communauté de vie, il est usuel que l'on se prête des affaires). Sous cet aspect, l'équivoque est le vice que, dans l'Ancien Droit, on désignait quelquefois par *promiscuité* ou *familiarité.*

Bien qu'à première lecture de l'a. 2229, une possession exempte de vices n'ait l'air exigée qu'à l'appui d'une prescription acquisitive, la jurisprudence a étendu cette exigence à d'autres emplois de la possession, notamment à l'a. 2279 (cf. *infra*, n^os^ 229, 233).

b) *Possession de bonne foi et possession de mauvaise foi*

La distinction résulte des a. 549 s., 2265 s. La bonne foi doit être entendue ici avec la signification purement psychologique d'une ignorance, d'une erreur subie (non point, comme dans l'a. 1134, al. 3, avec la signification morale d'une loyauté, d'une honnêteté due à autrui). Le possesseur est de bonne foi quand il croit, à tort, être devenu propriétaire, parce qu'il ignore les vices du titre en vertu duquel il a acquis (a. 550). Inversement, il est de mauvaise foi s'il sait n'être pas devenu propriétaire, s'il connaît les vices de son titre d'acquisition. Il faut donc supposer, pour l'application de la distinction :

1° *Un titre d'acquisition.* — C'est-à-dire, généralement, un acte juridique (contrat ; ex. vente, donation ; ou testament) ; mais il convient de préciser avec l'a. 550, un acte juridique *translatif de propriété* car le possesseur ne peut se croire propriétaire qu'autant qu'il a reçu le bien en vertu d'une cause propre à lui en transmettre la propriété.

2° Un *vice* affectant le titre d'acquisition et le frappant d'inefficacité. — Le plus ordinairement, ce vice sera le défaut de droit en la personne de l'aliénateur : en vertu du principe de la conservation des droits transmis (cf. *Introduction,* n° 184), un aliénateur non propriétaire ne peut rendre propriétaire son acquéreur.

3° *L'ignorance* de l'acquéreur relativement au vice de son titre. — Peu importent les motifs plus ou moins légitimes de cette ignorance. Il n'y a même pas à distinguer entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. L'a. 2268 pose une règle de preuve très importante, à laquelle il convient de reconnaître une valeur générale : la bonne foi se présume. Toute possession est donc *a priori* traitée comme possession de bonne foi, et ce sera au propriétaire de démontrer, le cas échéant, la mauvaise foi du possesseur pour réduire les droits de celui-ci.

[121] ▶ *Objet de la possession*

Dans sa notion originaire, la possession a pour objet propre les choses, c'est-à-dire les *biens corporels,* meubles ou immeubles (la possession des meubles et celle des immeubles différant, d'ailleurs, sensiblement par leurs effets). On en est venu, cependant, par extension à parler de la possession de biens incorporels (ex. hérédité, créance, a. 1240), voire de la possession d'un état de famille (a. 321 ; cf. t. II, n° 260). Il s'agit, en réalité, de l'*apparence* de certaines situations juridiques (de la qualité d'héritier, de créancier, d'enfant légitime). Mais cette apparence, qui peut sans doute avoir pour conséquence de faire présumer le droit jusqu'à preuve contraire, est loin de produire les autres effets spécifiques de la possession (ex. l'a. 2279 est inapplicable à la possession d'une succession, même mobilière, ou d'une créance).

Dans sa notion originaire, d'autre part, la possession ne concerne les biens corporels que sous le rapport du *droit de propriété* dont ils sont susceptibles, parce que le droit de propriété se confond avec la chose qui en est l'objet. Toutefois, elle a été étendue aux droits réels autres que la propriété et, en particulier, à l'usufruit et aux servitudes. Lorsque l'a. 2228 embrasse dans une définition unique la possession des choses et la possession des droits, il faut probablement entendre celle-ci comme touchant seulement les *droits réels* autres que la propriété. Cette possession des droits réels, ou *quasi-possession,* suppose, du reste, une adaptation assez considérable de la notion ordinaire de possession, celle-ci ayant été construite comme un décalque du droit de propriété.

La possession d'un usufruit ou d'une servitude est *l'exercice effectif* de cet usufruit ou de cette servitude *comme si* l'on en avait régulièrement acquis le droit (alors même qu'il n'en serait rien). Elle renferme :

1° Un *corpus,* des actes matériels de jouissance du droit (ex. pour un usufruit : moissonner la récolte, encaisser les loyers ; pour une servitude de passage, passer sur le fonds voisin) ;

2° Un *animus,* non point ici la volonté de se comporter en *propriétaire,* mais celle d'exercer un droit réel sur la chose d'autrui (d'exercer un véritable droit, et non pas simplement de bénéficier d'une tolérance, équivoque souvent possible quand c'est une servitude qui est en cause ; cf. a. 2232).

Une complication se présente pour l'usufruitier. La chose a dû lui être confiée par le propriétaire pour qu'il puisse y exercer son usu-

fruit : de ce point de vue, il est obligé à restitution, donc détenteur précaire (a. 2236, al. 2). Mais quoiqu'il *détienne* à titre précaire la chose sujette à usufruit, il *possède* pour lui-même son droit réel d'usufruit.

[122] 2 | LES EFFETS JURIDIQUES DE LA POSSESSION

La possession confère au possesseur une série de béatitudes. Il peut sembler étonnant qu'un simple fait, et qui peut être contraire au droit, soit avantagé par le droit. Le paradoxe a plusieurs explications : 1° Les moyens juridiques rapides et efficaces que le droit met à la disposition de la possession profiteront surtout à la propriété, car, statistiquement, le nombre des possesseurs-propriétaires l'emporte de beaucoup sur celui des voleurs, usurpateurs et acquéreurs *a non dominis* ; 2° Même un possesseur non propriétaire doit être garanti, dans l'intérêt supérieur de la paix publique, contre le trouble qu'un particulier prétendrait apporter à sa possession, le perturbateur fût-il le véritable propriétaire, car nul ne peut se faire justice soi-même, et l'injustice (provisoire) est préférable au désordre ; 3° Il est même des cas où la possession doit être définitivement préférée à la propriété parce que, soit à cause du temps écoulé, soit à cause des transmissions dont le bien a fait l'objet, le rétablissement du droit serait plus préjudiciable à la tranquillité générale que l'acceptation du fait accompli.

L'effet minimum de toute possession réside dans une présomption de propriété (c'est *l'effet probatoire de la possession*). D'autres effets peuvent s'y ajouter suivant les qualités de la possession : actions possessoires (c'est ce que l'on appelle plus spécialement la *protection possessoire*), acquisition de la propriété (c'est l'*effet créateur* de la possession).

▶ *Effet probatoire de la possession*

Toute possession fait présumer, jusqu'à preuve contraire, le droit de propriété dont elle est l'apparence. Suivent de là des corollaires : 1° Que le possesseur assume la position procédurale de défendeur dans le procès relatif à la propriété de la chose (revendication) ; 2° Que le fardeau de la preuve, dans ce procès, incombe à la partie qui n'est pas en possession ; 3° Que, si la preuve de la propriété n'est pas rapportée, le bien devra, dans le doute, être laissé au possesseur *(in pari causa melior causa possidentis)*. Ces avantages expliquent que le débat pétitoire (relatif à la propriété) soit souvent précédé, en matière immobilière, d'un débat possessoire, qui déterminera laquelle des deux parties doit avoir le rôle passif de défendeur.

La présomption n'est pas inscrite dans la loi (encore que les tribunaux invoquent parfois à l'appui, en matière mobilière, l'a. 2279, al. 1 ; cf. *infra,* n° 227). Mais elle résulte de la nature des choses : celui qui est en possession n'a rien à demander et peut rester sur la défensive.

Il n'y a pas à distinguer, de ce point de vue, entre bonne et mauvaise foi. Il n'est même pas nécessaire que la possession soit exempte de vices, en ce sens que le possesseur dont la possession est vicieuse n'en est pas moins défendeur par la force des choses tant que le demandeur n'a pas fait la preuve du vice allégué.

▶ *La protection possessoire*

On entend par là une protection qui est donnée à la possession pour elle-même contre les troubles que pourraient lui causer des tiers, ces tiers se prétendraient-ils propriétaires, seraient-ils même les véritables propriétaires (a. 2282). Le possesseur obtiendra cette protection par des actions en justice, qualifiées d'*actions possessoires,* qui, à la vérité, n'existent qu'en matière immobilière (v. *infra,* n° 201).

▶ *Effet créateur de la possession*

Une possession, du moins une possession utile, exempte de vices, peut faire acquérir la propriété ; le fait peut créer le droit. Cette acquisition de propriété se produit dans des conditions diverses. Parfois, la *bonne foi* y est nécessaire, de sorte que l'on peut se demander si l'effet créateur ne vient pas de la bonne foi, de la croyance, autant que la possession. Mais il arrive aussi que *toute possession* ait un effet créateur.

a) *Effet créateur de la possession de bonne foi*

Cette possession fait acquérir la propriété :

1° *Immédiatement,* en ce qui concerne les meubles (a. 2279 ; cf. *infra,* n° 227) ; les fruits et les revenus des immeubles (a. 549 ; cf. *infra,* n° 208) ;

2° *Après un délai* de prescription de dix à vingt ans, en ce qui concerne les immeubles eux-mêmes (a. 2265 ; cf. *infra,* n° 191), si bien que l'acquisition de la propriété apparaît ici comme étant tout à la fois l'effet de la possession, de la bonne foi et du temps.

b) *Effet créateur de toute possession utile*

Toute possession utile, même de mauvaise foi, fait acquérir la propriété après un délai de prescription de trente ans (a. 2262 ; cf. *infra,* n° 190).

[123] 3 | LA DISTINCTION DE LA POSSESSION ET DE LA DÉTENTION

A cet endroit, la terminologie n'est pas exempte d'un brouillard que l'a. 2223 a favorisé (la possession est la détention d'une chose...). On rencontre ainsi en doctrine une notion large de la détention, recouvrant à la fois la possession et la détention au sens strict : est détention toute situation, de droit ou de fait, dans laquelle une personne est en contact immédiat avec la chose, exerce sur elle une maîtrise matérielle. Mais l'a. 2236 restitue à la notion son originalité : il l'éclaire en proposant des exemples de détenteurs (le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, et l'on pourrait prolonger la liste : le locataire, l'emprunteur, le mandataire...) ; il la précise ensuite en ajoutant au verbe *détenir* l'adverbe *précairement.* Qu'est-ce à dire ? *Précaire,* en latin, c'est ce qui s'obtient par des prières, *precibus.* Les détenteurs précaires tiennent leurs droits d'une autre personne, qu'ils ont priée de leur confier la chose – ou, pour parler plus sobrement, de qui ils ont sollicité un contrat, un titre relatif à la chose, et ce titre les obligera un jour à restitution. D'où – autre face du vocable – la *précarité* de leur position.

Extérieurement, le contact des détenteurs avec la chose n'est pas tellement différent de celui des possesseurs. Ce n'est pas en regardant, dans le hall d'un hôtel, le portier et un voleur s'emparer chacun d'une valise que l'on apprendra à distinguer détention et possession (est-ce pour cela qu'on a donné un uniforme aux portiers d'hôtel ?). La distinction est toute juridique : *différence de nature,* qui commande une *différence d'effets.*

▶ *Différence de nature*

Il faut, pour distinguer les deux situations, procéder à une *analyse* de la détention précaire. Mais, dans la pratique, un système de *présomptions légales* facilite la distinction.

a) *Analyse de la détention précaire*

Elle comporte, comme la possession, un *corpus.* Le détenteur accomplit sur la chose des actes de maîtrise et de jouissance, qui pourraient être ceux d'un possesseur : le locataire occupe l'immeuble, l'emprunteur manipule le meuble, le fermier récolte les fruits.

Mais il ne saurait être question d'*animus domini.* Le détenteur précaire ne peut avoir la volonté de s'affirmer en propriétaire, alors que le titre de sa détention est un aveu de la propriété d'autrui. Le *titre de la détention (causa detentionis)* est généralement un contrat (ex. bail, prêt) ; parfois aussi la loi (ainsi, pour le tuteur détenteur des biens qu'il est chargé d'administrer). C'est, en tout cas, la présence de ce titre qui caractérise le détenteur. *Négativement :* c'est elle qui l'oblige à restituer, qui lui interdit de prescrire, qui l'empêche d'être possesseur. *Positivement,* en revanche : c'est elle qui légitime ses rapports avec la chose, qui lui confère une situation parfaitement régulière, conforme au droit, alors que la possession n'est qu'un fait, et un fait qui peut être contraire au droit.

Le titre de la détention, peut-on dire encore, a pour conséquence d'instituer le détenteur comme un représentant, quant à la possession, de la personne pour le compte de laquelle il détient. Le détenteur possède pour autrui (a. 2236, al. 1) : les actes matériels de maîtrise et de jouissance qu'il exécute sont censés être faits par celui de qui il tient la chose (ex. bailleur, prêteur, pupille) et assurent à celui-ci la qualité de possesseur. Néanmoins, il dispose d'une certaine autonomie dans sa possession pour le compte d'autrui : en matière immobilière, il pourra exercer lui-même les actions possessoires contre les tiers (a. 2282, al. 2 ; cf. *infra,* n° 202).

b) *Présomptions légales*

A-t-on affaire à un possesseur ou à un détenteur ? Le C.C. a établi des règles de preuve, qui permettent d'interpréter les situations douteuses.

1° *Présomption originaire.* — Il résulte de l'a. 2230 que la possession se présume et que la détention ne se présume pas : l'existence d'un titre de détention doit être prouvée, comme d'un fait exceptionnel, par celui qui a intérêt à nier la possession.

2° *Immutabilité de la situation de détenteur.* — Le principe en est posé par l'a. 2231 : le titre qui affecte de précarité la situation du détenteur est indélébile (a. 2240). Toutefois, il peut se trouver interverti, transformé de titre de détention en titre de possession. Cette interversion du titre peut s'opérer de deux façons (a. 2238).

— Par une cause venant d'un tiers : si par exemple un locataire, en cours de bail, achète l'immeuble à celui qu'il croit le propriétaire et qui ne l'est pas en réalité, il n'acquiert pas la propriété, mais il devient possesseur (de bonne foi) et peut commencer à prescrire.

— Par une contradiction opposée au droit du propriétaire. Il y faut plus qu'une prétention verbale, il faut un acte allant effectivement à la traverse du droit de propriété : ex. le locataire manifeste par exploit d'huissier son intention de ne plus payer de loyer ; le portier de l'hôtel, commettant un abus de confiance, fait disparaître la valise.

▶ *Différence d'effets*

Le détenteur ne peut évidemment être *présumé propriétaire* ; il n'a, du reste, pas qualité pour soutenir un procès relatif à la propriété du bien (a. 1727).

Il ne peut davantage acquérir par *prescription* la chose qui est entre ses mains (a. 2236, al. 1) – aussi longtemps, du moins, qu'une interversion ne s'est pas produite (a. 2238).

On s'explique de même qu'il ne puisse exercer les *actions possessoires* contre celui de qui il tient ses droits (a. 2282, al. 2) : ce serait se camper en possesseur contre celui pour le compte de qui il possède. S'il a été troublé par lui dans la jouissance de l'immeuble, il doit agir contre lui sur la base du contrat (ex. bail) qui les unit.

[124] ÉTAT DES QUESTIONS

B. G. — Baudry-Lacantinerie-Tissier, *Prescription,* n^os^ 192 s. ; Planiol-Picard, n^os^ 143 s. ; F. Ferradou, *Le rôle de la possession dans le droit privé français,* Th. Bordeaux, 1928 ; P. Ortscheid, *La possession en droit civil français et allemand,* Th. Strasbourg, 1978 ; Trigeaud, *La possession immobilière, nature et fondement,* 1982 (ouvrage

vigoureux, troublant pour les idées classiques). — Dans la doctrine classique du XIX^e^ s., Aubry et Rau présentent, sur la matière, une valeur particulière, non seulement par l'ampleur des développements (II, § 177-189), mais par l'esprit théorique qu'ils y ont apporté (où l'on pourrait, sans doute, relever une influence des pandectistes [allemands antérieurs à Savigny]).

HISTOIRE

Le droit romain a, pour la possession, une extrême importance. Nous nous servons encore des concepts qu'il a dégagés (*corpus, animus,* détention précaire, etc.). Et les théories des grands romanistes allemands du XIX^e^ s., Charles de Savigny (*Traité de la possession,* 1^re^ éd., 1803) et Jhering (*Fondement de la protection possessoire,* 1865 ; *Rôle de la volonté dans la possession,* 1891) n'ont pas été sans influencer les civilistes de notre époque. Sur la très riche histoire de la possession romaine, v. Monier, I, n^os^ 276 s.

On oppose souvent à la *possessio* romaine la *Gewere* germanique, qui était non pas tellement la détention matérielle, la maîtrise effective de la chose, que son utilisation économique, son usage, sa jouissance. Or, d'une même chose, plusieurs individus peuvent tirer simultanément des utilités économiques diverses : les uns par l'exploitation directe, les autres par la perception de loyers, de fermages, de redevances. La conception germanique inclinait ainsi d'avance à assimiler à des possesseurs, sous le rapport de la protection possessoire, les détenteurs précaires du droit romain.

Sur la possession dans l'Ancien Droit, v. Brissaud, p. 249 s. (apport important du droit canonique, notamment par sa lutte contre les dépossessions violentes : *remedium spolii,* origine de la réintégrande). De ce qu'ont écrit Domat (*Lois civiles,* partie 1, livre 3, titre VII) et Pothier *(Traité de la possession),* il y aurait lieu de faire plus de cas pour l'interprétation du C.C., surtout si l'on croit à l'intention du législateur, car celui de 1804 n'avait pas éprouvé les éblouissements qu'ont ensuite causés aux Français, successivement, Savigny et Jhering.

[125] SOCIOLOGIE

La notion de possession a intéressé les sociologues : n'a-t-on pas donné de *possidere animo* en droit romain une interprétation mystique (dominer par l'âme ; cf. *Zeitschrift Savigny,* section romaine, 1942, 462) ? Mais, surtout, il est tentant d'opposer la possession, chaude, vivante, animée de la personnalité du possesseur, à la propriété froide, impersonnelle, abstraite, indépendante de toute appréhension matérielle et psychologique. P.-J. Proudhon, sans toujours s'en faire une idée bien juridique (« un amant est possesseur, un mari est propriétaire », écrivait-il, mais il n'était pas encore marié), a construit son fameux premier mémoire *Qu'est-ce que la propriété ?* (1840) sur l'antithèse de la possession (à conserver) et de la propriété (à abolir). Et de fait, si l'on place son idéal dans une propriété aux dimensions de l'homme, on pourrait penser que la notion de possession contient la solution du problème. La propriété ne serait reconnue que soutenue par une possession sous-jacente, c'est-à-dire par des actes effectifs de maîtrise, de jouissance, d'exploitation, en même temps que par une conscience capable de pénétrer la chose et de la dominer. Elle éclaterait dès que, trop dilatée, elle ne pourrait plus être saisie, *corpore et animo,* par un seul homme, sauf à se

reconstituer en fragments, à l'échelle humaine, au profit de chaque nouveau possesseur. Les mouvements compensés de la prescription, extinctive et acquisitive, pourraient sembler propres à assurer, quoique après un temps de retard, ce parallélisme constant du droit de propriété avec l'étreinte effective et affective de la chose. Mais il faut convenir que tel n'est pas le rôle de la possession (ni de la prescription) dans le droit positif. Du jour où l'on a admis des possessions symboliques, ou des possessions par l'intermédiaire d'autrui (d'esclaves jadis, aujourd'hui d'ouvriers, de fermiers, de locataires, *corpore alieno,* ce qui est hors de doute, a. 2228, Civ.[3] 24 janv. 1990, D. 91, Somm. 20), ou des possessions de personnes morales (contradiction sociologique), le *corpus* et l'*animus* ont cessé d'être une imprégnation personnelle de la chose.

[126] POLITIQUE LÉGISLATIVE

Au début de ce siècle le problème capital paraissait être celui des détenteurs précaires (dans leurs rapports avec les tiers, faut-il se hâter d'ajouter, ce qui est, tout de même, socialement assez anodin). Le B.G.B. (§ 854 s.), le C.C.S. (a. 919 s.) ont, avec des nuances, adopté la conception objective de Jhering : ils reconnaissent à tous ceux qui exercent un pouvoir de fait sur la chose (même aux détenteurs) la protection possessoire contre toute personne (à l'exception de celle pour le compte de qui les détenteurs possèdent). Cette conception, répandue par Saleilles (*Éléments constitutifs de la possession,* 1894 ; *La possession des meubles,* 1907 ; et *RC,* 1903, 592 ; 1904, 93), a été très généralement jugée supérieure à celle du C.C. (v. Josserand, I, n° 1400 ; Planiol-Picard, n° 147 ; cf. Radulesco, *La notion et les éléments constitutifs de la possession en législation,* Th. Paris, 1923), comme étant plus près des faits. Un locataire, un fermier, quand ils usent et jouissent de l'immeuble, semblent bien agir dans leur intérêt personnel et vouloir faire leurs propres affaires, non celles du bailleur. C'est même encore plus vrai aujourd'hui qu'au début du siècle, leurs droits dans les lieux loués s'étant singulièrement consolidés. Il n'en est que plus surprenant que la C.R.C.C., qui a eu raison de consacrer un chapitre d'ensemble à la possession (notion et effets), n'ait pas accueilli la conception objective. Le vrai est que, si l'on désire être à la mode, on peut être embarrassé par la possession. D'un côté, elle a un air réaliste et socialiste, qui peut faire trouver rétrograde de ne pas la pousser en avant (le possesseur diligent contre le propriétaire inerte). Mais, d'un autre côté, les civilisations administratives s'en accommodent mal, parce qu'elle se passe du contrôle des bureaux ; la preuve en est que le système le plus perfectionné d'immatriculation de la propriété foncière (système Torrens ; cf. Ripert-Boulanger, III, n[os] 172 s.) supprime les effets essentiels de la possession en matière immobilière. Il se peut, toute balance faite, que, dans un État qui aspirerait (sans oser l'avouer) à la suppression, au moins partielle, de la propriété privée, la possession soit destinée à jouer un rôle transitoire, comme instrument propre à corroder les droits des propriétaires. Mais, pour cette fonction révolutionnaire, il faut sans doute compter sur certaines formes nouvelles de l'idée de possession, plus que sur les formes classiques (v. *infra,* Théorie juridique, *a), in fine*).

[127] THÉORIE JURIDIQUE

a) *Rapports de la théorie de la possession avec d'autres théories du droit.* — Il y aurait une synthèse à tenter entre toutes les possessions qui sont en suspension dans

le C.C. : ainsi, *saisine* héréditaire en matière de succession *ab intestat* ou de legs (la saisine est la possession germanique ; cf. Planiol et Ripert, IV, *Successions,* par Maury et Vialleton, n[os] 194 s.), la *délivrance* en matière de vente (a. 1604 s.), les divers *envois en possession* (a. 770, 1008). Au demeurant, il apparaît de plus en plus que la théorie de la possession est aujourd'hui relayée, dans certaines de ses fonctions, par des théories nouvelles, avec lesquelles il y aurait lieu de la raccorder plus clairement. On songe d'emblée à la théorie de la *propriété apparente* (v. E. Leroux, *R.T.,* 74, 509), plus généralement à la théorie de l'*apparence* (v. Laurent, Th. Caen, 1930 ; cf. *Introduction,* n° 163). Mais ce n'est pas du tout le même phénomène : la propriété apparente a son centre de gravité dans la psychologie des tiers, tiers de bonne foi agissant sous l'empire de l'erreur commune (ex. Civ.[1] 22 juill. 1986, *G.P.,* 87, 1, Somm. 60 ; Civ.[1] 12 janv. 1988, D. 89, Somm. 29), non pas dans le comportement du pseudo-propriétaire. On pourrait encore penser, suivant une tout autre direction (celle de la possession source d'obligations et de responsabilité), à la *garde* dans l'a. 1384, al. 1 (bien qu'elle n'ait guère été interprétée en fonction de l'idée de possession). Mais c'est surtout la notion moderne de l'*occupation* (des lieux) qui devrait susciter l'étude. Peut-être faut-il y voir la forme la plus vivante de la possession envisagée dans son rôle historique (cf. R. Théry, *Études Ripert,* II, p. 17 s., qui parle, un peu différemment, de l'*utilisation* comme condition et fondement de droits sur les choses dans la législation du XX[e] s.). La notion recouvre, d'ailleurs, *des* situations socialement et juridiquement très diverses. Il en est qui ont été reconnues par la loi et dotées par elle d'effets juridiques : telle est l'occupation dans la *législation spéciale des loyers* (cf. Ripert, D. 1948, chr. 194), occupation sans titre, mais sans violence. Il est notoire qu'elle est, comme la possession, un exemple de l'ascension des relations de fait à la vie juridique (cf. Savatier, Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui, *Études Ripert,* I, p. 78, 81). Mais il faut dire davantage : c'est peut-être un cas de possession (pas d'*animus domini,* évidemment ; possession d'un droit de preneur à bail ?). D'autres situations soulèvent plus de difficultés, parce qu'elles sont *contra legem* : *occupation d'usine* par les ouvriers en grève (l'expulsion n'est pas prononcée automatiquemnt ; cependant, pour la refuser, les tribunaux n'invoquent pas la relation de fait du personnel avec son lieu de travail ; cf. Javillier, D. 74, 785 ; Jeammaud, D. 77, 650 ; J. Savatier, *Droit social,* 1985, 15, et 1988, 655 ; M. Keller, *L'occupation d'entreprise,* Th. Paris, I, 1984) ; occupation, par des *squatters,* de locaux vacants (v. *infra,* n° 129 ; cf. Bouzat, D. 58, 359). La jurisprudence, jusqu'à présent, n'a aperçu là que l'atteinte au droit de propriété. Pourtant, cette atteinte existe aussi dans la possession, et n'a pas empêché la protection possessoire. C'est sur les concepts de violence et de paix qu'il vaudrait mieux discuter. Ici encore, point d'*animus domini* : les grévistes et les *squatters* reconnaissent la propriété d'autrui ; leur possession ou prise de possession porte sur un droit de salarié ou de locataire.

b) *Nature de la possession.* — Ce n'est sans doute pas un *pur* fait (v. cep. Ripert-Boulanger, II, n° 2282). On reconnaît plutôt que ce fait, auquel sont attachées des conséquences juridiques, constitue, suivant une classification usuelle, un *fait juridique,* fait volontaire licite (Bonnecase, *Supplément,* II, n° 367) d'où naît une situation juridique de possesseur. Mais il était classique, dans l'Ancien Droit, de considérer dans la possession un droit subjectif, *jus possessionis.* On entendait par là tantôt un attribut de la propriété, le droit du propriétaire à posséder sa chose, à joindre le fait au droit, tan-

tôt un droit des possesseurs même non propriétaires, un véritable *droit réel* résultant de la possession (saisine) annale des immeubles, garanti par les actions possessoires. Il paraîtrait difficile de parler aujourd'hui de la possession comme d'un droit réel. S'il fallait admettre un droit subjectif, Aubry et Rau (II, § 177, texte et note 9) préféreraient y voir un *droit de la personnalité.* Mais ils s'arrêtent finalement à l'idée que la possession n'est qu'un *mode de preuve,* mode de preuve d'un droit de propriété préexistant (cf. Troplong, *Prescription,* I, n° 237) – ce qui s'accorde mal avec cette constatation que la possession est protégée pour elle-même, et même quand elle est, à l'évidence, séparée de la propriété. Peut-être serait-il plus exact de dire que le droit ne protège pas seulement les droits subjectifs, mais les *vraisemblances de droits,* qu'un *fumus boni juris* a une valeur propre dans un patrimoine.

c) *Fondement de la protection possessoire.* — Pourquoi le possesseur est-il protégé même contre le propriétaire (par les actions possessoires ; en droit romain, par les interdits) ? *Savigny :* parce qu'il faut protéger la paix publique, parce que la justice privée est prohibée (en ce sens, on peut remarquer que, sous l'Ancien Régime, les tribunaux royaux avaient attrait à eux les actions possessoires en arguant que l'ordre public y était intéressé ; dans le système actuel, l'explication semble surtout exacte pour la réintégrande, qui suppose, selon Civ. 7 juill. 1954, D. 54, 661, une certaine atteinte à la paix sociale ou à l'ordre public). *Jhering :* parce que la possession est la visibilité, l'extériorité du droit de propriété ; elle est défendue comme une position avancée de ce droit ; en protégeant quelques non-propriétaires, on protège la masse des propriétaires, parce qu'on leur rend plus commode la preuve de leur droit qui, sans la présomption attachée à la possession et sans la prescription acquisitive, serait une *probatio diabolica.* La l. 9 juill. 1975 (cf. Goubeaux, *Rép. Not.* 76, a. 31062) semblerait, de prime face, s'être rangée aux côtés de Savigny, car derrière le détenteur, désormais protégé (a. 2282, al. 2), on ne saurait imaginer le véritable propriétaire. Mais il se peut aussi que la loi ait entendu protéger quasi possessoirement le droit personnel du détenteur – peut-être même possessoirement un droit réel qu'elle aurait implicitement reconnu à ce détenteur par excellence qu'est le locataire ou le fermier (cf. *infra,* n° 61).

d) Sur la notion d'*équivoque* (en général), G. Nicolau, *R.T.,* 96, 57.

e) *Analyse de la détention.* — V. Saint-Alary, *La détention, notion et portée en droit français,* Th. Montpellier, 1941 ; cf. F. Alt-Maes, Une évolution vers l'abstraction, de nouvelles applications de la détention, *R.T.,* 87, 21 (la notion y est entendue dans un sens large).

f) *Distinction de la possession et de la détention.* — Ici encore, l'opposition classique est entre Savigny et Jhering. *Savigny :* dans les deux cas, le *corpus (c)* est le même ; la différence tient à l'*animus, animus domini (a)* dans le cas de la possession (P), *animus detinendi (a'*, volonté de détenir pour autrui) dans le cas de la détention (D). *Jhering :* tous, possesseurs ou détenteurs, ont un même *animus* élémentaire *(a),* la volonté de s'attribuer les utilités économiques de la chose ; mais dans le cas des détenteurs, il y a un élément négatif qui fait la différence *(n),* qui les empêche de prescrire et les oblige à restituer, c'est la *causa detentionis,* le titre de la détention. En résumé :

Selon Savigny, $P = a + c$ et $D = a' + c$.
Selon Jhering, $P = a + c$ et $D = a + c - n$.

[128] PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Les éléments constitutifs de la possession.* — La Cour de cassation est très ferme pour exclure les actes juridiques de la constitution du *corpus* ; il faut des actes matériels : Civ. 14 nov. 1910, D. 12, 1, 483 ; Civ.[3] 15 mars 1977, *J.C.P.,* 80, 2, 19281 ; Civ.[3] 3 juill. 1991, D. 91, Somm. 305 ; Civ.[3] 11 juin 1992, *Rép. not.,* 92, 1521. La solution est discutable, car des actes juridiques accomplis relativement à la chose rentrent bien dans l'exercice des prérogatives de propriétaire ; on y retrouve cette imitation de la propriété qui fait la possession (cf. a. 1881 C.G.I., qui, au regard du fisc, retient des actes juridiques comme constitutifs d'une possession) – surtout s'il s'agit d'actes d'aliénation transcrits, publiés. D'une façon constante, a été réaffirmée la règle romaine suivant laquelle la possession *immobilière* se conserve par la seule intention (ex. Civ. 12 févr. 1889, D. 89, 1, 229 ; Civ. 27 mars 1929, D.H. 1929, 250), pourvu que l'immeuble reste matériellement à la disposition du possesseur (Civ. 27 oct. 1891, D. 92, 1, 432). La règle est de l'époque byzantine, où l'*animus* avait pris un rôle prépondérant au détriment du *corpus.* Est-ce le modèle à suivre, et la possession ne perd-elle pas tout son sens si elle abandonne la matérialité pour se volatiliser dans l'abstraction et le psychologisme ? On peut apercevoir une atténuation dans Civ. 11 janv. 1950, D. 50, 125, note-rapport Lenoan : la seule intention ne suffirait pas à conserver la possession si les creux constatés dans le *corpus* étaient tels que la possession deviendrait discontinue ; plus exactement, la possession conservée ne serait plus alors une possession utile pour l'usucapion ou les actions possessoires (cf. Civ.[1] 3 mai 1960, *Bull.,* n° 230).

b) *La possession à l'intérieur d'une indivision.* — Une possession *animo domini* peut se rencontrer chez un indivisaire, pour peu que celui-ci se comporte en propriétaire exclusif, Civ.[3] 12 oct. 1976, *Bull.,* n° 341). Mais il y faut des actes qui soient incompatibles avec l'esprit communautaire, Civ.[3] 27 nov. 1985, *Bull.,* n° 158. En principe, les actes qu'un indivisaire accomplit sont entachés d'équivoque à l'égard de ses coïndivisaires, Civ.[1] 17 avr. 1985, D. 86, 82, *J.C.P.,* 85, 2, 20464 (cf. pour des cohabitants, Civ.[1] 7 déc. 1977, *Bull.,* n° 469). Mais il peut sortir de l'équivoque par un comportement qui manifeste une volonté de possession exclusive, Civ.[3] 6 juin 1974, *Bull.,* n° 235 ; Civ.[3] 1er avr. 1992, D. 93, Somm. 32. C'est question de fait, Civ.[3] 19 juin 1973, *Bull.,* n° 426. L'a. 816 recèle une contradiction apparente qu'il faut lever. Un partage limité aux revenus (jouissance séparée), ce que l'on appelle *partage provisionnel,* n'empêche pas l'un des intéressés de demander le partage définitif (du capital), car l'action en partage est imprescriptible (a. 815, al. 1), la cause s'en renouvelant constamment tant que dure l'indivision. Mais si, sur une part des biens indivis, un indivisaire se comporte en propriétaire exclusif, il peut se prévaloir d'une possession sans équivoque, utile pour l'usucapion, Civ.[1] 27 oct. 1993, D. 95, Somm. 332. Autrement dit, l'a. 816, s'il écarte la prescription extinctive, laisse une place à la prescription acquisitive. Par quel délai ? Trente ans selon le droit commun (a. 2262). C'est la réponse orthodoxe. Pourtant, l'a. 816 se situe dans la continuité historique de la glose (sur une constitution de Dioclétien, la loi *Si major,* au titre *Communi dividundo,* C. Just. 3, 37, 4) qui avait préconisé la prescription décennale, par une assimilation hardie de la séparation convenue à un titre translatif. L'application de l'a. 2265 offrirait aujourd'hui l'avantage de consolider plus rapidement les partages de fait, qui sont assez fréquents dans la pratique populaire.

[129] 2 / La théorie de la nécessité

Cette théorie est infiniment moins élaborée que celle de la possession ; les éléments en sont épars dans le droit positif.

Le besoin que l'homme a d'une chose est, en général, un pur rapport de fait. Il arrive, cependant, au droit d'y attacher des conséquences juridiques : c'est ainsi, que certains biens, parce qu'ils répondent à une nécessité vitale pour la personne, bénéficient, dans son patrimoine, d'une condition particulière (cf. *supra,* n° 48) ; c'est ainsi que le dépôt *nécessaire,* celui auquel on a été forcé sous l'empire d'une catastrophe (a. 1949), est dispensé de la preuve écrite. Mais l'intervention du droit est surtout remarquable lorsqu'elle aboutit à faire du besoin le principe d'acquisition d'un droit. C'est, il est vrai, une idée essentielle du C.C., libéral et individualiste, qu'une personne ne peut avoir le droit sur un bien qu'autant qu'elle le tient de la volonté du précédent propriétaire ou qu'elle l'a reçu par héritage ; les autres modes d'acquérir sont exceptionnels (accession, possession prolongée), et la nécessité ne figure point parmi eux (cf. a. 711-712). Toutefois, dans plusieurs hypothèses, la *loi* prend en considération le besoin qu'un être humain a du bien d'autrui pour le transformer en un droit sur ce bien. Et, même en dehors de là, il semble qu'un droit puisse semblablement sortir du besoin en vertu de la *coutume.*

1° *Des nécessités reconnues par la loi*

Quand la puissance publique a besoin d'un bien, appartenant à un particulier, elle dispose d'une procédure de contrainte pour se le procurer, mais à charge d'indemnité : expropriation pour les immeubles (a. 545), réquisition pour les objets mobiliers et l'usage des immeubles. C'est un mécanisme de droit public. Cependant, il arrive que l'autorité le mette au service des particuliers. Tel était le sens de l'institution du *logement d'office* (créée par l'o. 11 oct. 1945, a. L. 641-1 C.C.H. ; en présence d'une crise grave du logement, au sortir de la guerre) ; le préfet pouvait réquisitionner l'usage de locaux vacants, inoccupés ou insuffisamment occupés, afin d'y loger des personnes dépourvues d'habitation ou logées dans des conditions manifestement insuffisantes. L'urgence s'étant estompée, le mécanisme était tombé en léthargie. Il fallut, pour le réveiller, un coup de froid dans l'hiver 1994-1995, puis un coup de cœur (l'abbé Pierre) en faveur des sans-logis. La loi de lutte contre l'exclusion (29 juill. 1998, a. 51-52, C.C.H., a. L. 642-1 s.) s'est inspirée du précédent de la Libération, en instituant une *réquisition avec attributaire,* mais en y introduisant quelque modération, de manière à éviter les frictions et tension interindividuelles qui avaient émaillé les « resserrements » et les cohabitations qu'imposait l'ordonnance. Seuls sont touchés les immeubles des personnes morales (elles n'ont pas d'intimité de la vie privée), et les attributaires directs sont aussi des organismes collectifs, qui sous-loueront ensuite aux familles à reloger. Les propriétaires, en tout cas, doivent être indemnisés sur la base d'un loyer au mètre carré, les attributaires et par derrière l'État se substituant aux occupants surendettés.

Sur la même ligne du besoin de se loger, d'une nécessité éperonnée par l'urgence, il conviendrait de ranger la série des mesures législatives qui confèrent à l'occupant d'un immeuble, même dépourvu de titre, un recours contre le propriétaire pour se maintenir dans les lieux. C'est le *sursis* à expulsion, qui se traduit par une cession forcée de jouissance temporaire (a. 613-1 à 613-5 C.C.H.). Le bénéfice en a même été étendu, en quelques points, aux *squatters* (« entrés dans les locaux par voie de fait »), l. 9 juill. 1991, portant réforme des procédures d'exécution, a. 62, mod. l. 29 juill. 1998). Ce qui caractérise cette sorte de réquisition *brevi manu,* sans déplacement, et la sépare du système précité de l'attribution, c'est que ni la désignation de l'assujetti ni celle du bénéficiaire ne s'y accomplissent sur des critères rationnels. Le transfert de droits se fait sur une remontre de hasard pur ; en quoi l'état de nécessité révèle sa vraie nature, une élection du destin. C'est socialement utile, ce n'est pas juste : pour y remettre quelque justice, il faudra un peu d'argent public.

La puissance publique, au contraire, n'est présente que par la loi dans certaines actions ouvertes directement entre deux particuliers et qui tendent à la cession forcée, par l'un, de biens nécessaires à l'autre. Les exemples marquants en sont, dans le C.C. lui-même, l'acquisition de la mitoyenneté d'un mur (a. 661 ; *infra,* n° 138) et la servitude de passage en cas d'enclave (a. 682 ; *infra,* n° 148), véritables expropriations immobilières pour cause de nécessité privée, d'ailleurs moyennant indemnité, à régler entre les deux intéressés ou, à défaut d'accord, par le juge.

2° *De la nécessité reconnue par la coutume*

On peut regarder comme traditionnelle et ayant valeur de règle coutumière la maxime que nécessité n'a pas de loi. Elle ne saurait,

cependant, être entendue qu'avec beaucoup de prudence : elle ne concerne que l'*extrême* nécessité et impose à celui qui s'en prévaut l'obligation de réparer le dommage qu'il cause. Appliquée dans la matière de la propriété, la maxime emporte comme un droit général de réquisition privée. Même en l'absence de texte, la personne qui a un extrême besoin du bien d'autrui doit pouvoir, si c'est là pour elle le seul moyen d'éviter un mal incomparablement plus grave que celui qu'elle va occasionner – se faire autoriser en justice à user de ce bien, à charge d'indemniser le propriétaire.

Il faut même admettre que, s'il y avait urgence, elle pourrait agir d'office, sur le patrimoine d'autrui, et, sans procédure préalable, prendre possession de ce qui lui est nécessaire. Cette sorte de voie de fait licite se rencontre sous un aspect particulier lorsque, pour satisfaire à un besoin intense, un individu s'approprie des biens nécessaires dans des circonstances qui, objectivement, devraient constituer le délit de vol selon le droit pénal (a. 379, C.P. ; 311-1 N.C.P.). Ex. un alpiniste perdu en montagne se nourrit des provisions qu'il trouve dans la cabane d'un pâtre ; un malheureux sur le point de succomber à la faim ou au froid s'empare d'un pain chez la boulangère ou de quelques bûches dans la forêt. On est à peu près d'accord pour écarter la répression pénale. L'explication la plus plausible de cette impunité est que le droit prend en considération le rapport de fait existant entre l'homme dans le besoin et la chose dont il a besoin, et transforme ce rapport de fait en un rapport juridique. De l'extrême nécessité naît un droit sur le superflu d'autrui, le propriétaire dépossédé conservant, d'ailleurs, au moins en théorie, un recours en indemnité contre l'auteur de la dépossession. Suivant l'a. 122-7 du N.C.P., conçu en termes généraux, l'état de nécessité efface la responsabilité.

[130] ÉTAT DES QUESTIONS

B. G. — A. Sayag, *Essai sur le besoin créateur de droit,* Th. Paris, 1969 ; J. W. Pichler, *Necessitas, ein Element des mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechts,* Berlin, 1982.

a) *L'état de nécessité.* — Le B.G.B. (§ 904) décide que le propriétaire ne peut s'opposer aux entreprises d'un tiers sur sa chose lorsqu'elles sont nécessaires pour écarter un péril actuel ; il faut que le dommage que le tiers veut par là éviter soit incomparablement plus considérable que celui qui est causé au propriétaire, lequel a, d'autre part, droit à réparation. On peut trouver préférable – plus solide – de régler ainsi spécialement les effets de la nécessité dans le droit des biens, comme un cas de réquisition privée, plutôt que d'essayer d'embrasser toutes les hypothèses d'état de nécessité dans une formule générale, relevant du droit de la responsabilité. C'est, cependant, la dernière méthode qui avait été préconisée par la doctrine moderne (Mazeaud, *Resp.,* I, n^{os} 492 s. ; Pallard, *L'exception de nécessité en droit civil,* Th. Poitiers, 1947 ; mais v. Larguier, Les limites de l'état de nécessité, *R. sciences crim.,* 1982, 765). Elle a été suivie par le N.C.P. (a. 122-7). Celui-ci reconnaît à la nécessité pressante le pouvoir de faire disparaître la responsabilité pénale. Il y met, toutefois, une exigence de proportionnalité. Il ne se prononce pas, en revanche, sur le droit éventuel de la victime à réparation (c'est qu'il n'est pas facile d'expliquer l'obligation de réparer là où il n'existe pas de faute ; on comprend, au contraire, qu'une réquisition ne puisse avoir lieu que moyennant indemnité ; cf. Demogue, III, n° 240).

b) *Dans les rapports de voisinage.* — Il est un conflit bien typé où la Cour de cassation s'est référée à une conception très exacte (proche du B.G.B.) de la théorie de la nécessité – un droit d'user de la chose d'autrui peut naître du besoin que l'on en a, mais à charge d'indemnité, étant entendu que le besoin éprouvé est sans commune mesure avec le dommage infligé au propriétaire (le nécessaire et le superflu ; idée un peu plus exigeante, au fond, que le critère, parfois avancé, d'une simple « proportionnalité ») : Civ.[1] 14 déc. 1955, D. 56, 483 ; Civ.[3] 15 avr. 1982, *Bull.,* n° 93 ; Civ.[2] 8 janv. 1992, D. 93, Somm. 12, n. A. Robert. Selon ces arrêts, il ne peut être reproché à des juges du fond d'avoir autorisé des ouvriers à pénétrer dans une propriété, ce passage étant indispensable pour procéder à des réparations urgentes qui intéressaient un voisin : il n'y a pas là une servitude légale particulière (de « tour d'échelle », cf. Civ.[3] 30 oct. 1978, D. 79, 654), ni une extension de l'a. 682 ; c'est la théorie de la nécessité qui justifie la solution (cf. Civ.[2] 8 janv. 1992, *R.T.,* 93, 855, n. Zénati). Mais il y faut une autorisation de justice, alors que, dans l'immeuble en copropriété (l. 10 juill. 1965, a. 9, al. 2), un droit d'accès pour travaux pèse également sur chaque partie privative, sans préalable judiciaire, mais non sans indemnités. Sur ce droit, à la fois coutumier et très actuel, v. l'étude approfondie de J.-M. Bruguière, *Dr. pros.,* 98.

c) *Le vol de pain commis sous l'empire de l'extrême misère.* — Le cas a, historiquement et symboliquement, une valeur propre. Il ne devrait plus avoir grande importance de nos jours, dans une société qui ne connaît pas de famines aiguës et où chacun prétend, pour son minimum vital, à bien mieux que du pain. Mais sa couleur violente n'est pas inutile, et les théories que, dès le Moyen Age, il a suscitées conservent l'avantage d'être allées au cœur du problème que l'état de nécessité pose au droit des biens.

1° L'affaire *Ménard.* En 1898, le tribunal correctionnel de Château-Thierry, entraîné par son président, Magnaud, que ses prises de position socialement avancées avaient rendu célèbre, avait relaxé la fille Ménard, poursuivie pour vol de pain précisément. C'était une fille-mère des plus pauvres, mais sans doute sur le point de mourir de faim. Cependant, pour l'acquitter – faute de texte qui, dans le C.P., fît de la nécessité un fait justificatif ou une excuse –, Magnaud avait cru pouvoir s'appuyer sur la contrainte irrésistible (a. 64, C.P.). La cour d'appel d'Amiens (22 avr. 1898, S. 99, 2, 1, n. Roux, D. 99, 2, 329, n. Josserand), tout en maintenant prudemment la relaxe, se donna les gants de censurer le président de Château-Thierry, en substituant à la contrainte irrésistible le défaut d'intention frauduleuse, ce qui n'était probablement pas beaucoup plus irréfutable au regard du droit pénal (car l'intention frauduleuse, dans la définition du vol, c'est simplement l'intention de s'approprier la chose, et non pas le mobile plus ou moins blâmable auquel a obéi le voleur ; cf. J.-Y. Chevallier, *Mélanges Bouzat,* 1980, 117 ; R. Merle et Vitu, *Droit crim.,* 1997, I, n° 465).

2° *L'affaire de Poitiers.* Ce n'était pas tout à fait la réédition de l'aff. *Ménard.* La mère de famille, qui avait volé des denrées dans des supermarchés, invoquait l'a. 122-7 N.C.P. et la nécessité où elle se trouvait de donner à manger à ses deux enfants. Cependant, il ne s'agissait plus du pain de ce jour, mais de quantités importantes de viande et de charcuterie, et elle avait un compte en banque. Le tribunal avait relaxé, la cour d'appel (Poitiers, 11 avr. 1997, D. 97, 512, n. A. Waxin) a condamné (à 3 000 F d'amende avec sursis) : la nécessité n'était pas établie, c'était une question de fait.

En 1898, la question de droit avait été largement débattue. Fallait-il dire, avec des théologiens du Moyen Age (cf. *R.H.D.,* 1937, 707) : le voleur a été de bonne foi, car il a dû croire que le propriétaire des choses nécessaires consentait tacitement à les donner au premier nécessiteux venu, tel étant le devoir de tout chrétien ? D'autres, il est vrai, dans le droit canon, avaient une explication plus réaliste : que toutes choses deviennent communes en cas de détresse. Et l'école du droit naturel l'avait reprise en l'habillant à sa manière : la nécessité extrême fait revenir les hommes à l'état de nature, au communisme originaire. Elle en déduisait même parfois que le propriétaire n'avait pas droit à indemnité (Burlamaqui, *Principes du droit de la nature,* III[e] Partie, chap. VIII, n° 17). Le droit moderne n'avait organisé qu'une hypothèse de retour au communisme originaire (et encore moyennant indemnité) : c'était sur le navire, quand les vivres venaient à manquer (a. 249, C. Com., abrogé par l. 3 janv. 1969). Si la déclaration universelle des droits de l'homme s'était contentée de garantir à l'homme l'accès à un minimum physiologique, on aurait pu l'entendre comme reconnaissant à l'individu dans le besoin un droit sur le superflu de tous et de *chacun* ; mais, dès lors qu'elle prétend garantir un certain niveau de vie (a. 25), cela ne peut plus se comprendre que d'un droit contre l'État. Mais, si l'État, par des institutions d'assistance ou de sécurité sociale, prend en charge toutes les nécessités, il ne semble plus y avoir de place pour l'intervention individuelle : la vie sociale ne va-t-elle pas en éprouver un manque ? manque d'un ressort moral ? d'une poésie qui émeuve, attendrisse ? On répond qu'il faudra toujours compter avec les lacunes et les lenteurs des institutions administratives. Outre que les œuvres savent sans cesse se créer de nouveaux champs d'activité, l'Administration elle-même n'hésite pas à les encourager en les subventionnant, et si le droit privé avait ici compétence, il les autoriserait à se faire indemniser comme gérants d'affaires, pour avoir déchargé d'autant les services publics.

d) *Le droit à l'habitat et au logement* (cf. *infra,* n° 188). — Sur l'ord. 11 oct. 1945, un excellent juriste, Fréjaville, laissa à la fois un commentaire (D. 45, L., 228) et un bilan (*R.T.,* 48, 1) : celui-ci sous un titre évocateur, la protection de la propriété privée et la liberté individuelle contre les réquisitions irrégulières de logement. En 1998, les circonstances psychologiques avaient beaucoup changé. D'un côté, l'a. 9 C.C. et la jurisprudence de la C.E.D.H. ont fait monter en puissance le quant-à-soi et le respect de la vie privée (en 1945, il y avait eu pas mal de conflits, ex. *J.C.P.* 46, 2, 3112, 3210, et probablement de dérapages, la loi contre l'exclusion s'en est souvenue). En revanche, l'idéologie du moment pouvait incliner à une acceptation plus facile des réquisitions. Par un retour en force de la fonction sociale des propriétaires (en ce sens, Moutouh, *J.C.P.,* 99, 1, 146) ? ou par la vogue du concept d'ingérence humanitaire, diffusé par les médias du droit international au droit privé ? Et sur le tout planait l'état du marché immobilier, dont les gouvernements ne pouvaient ignorer la fragilité récente.

TITRE II

[131] *Les immeubles*

On n'a pas tout dit de la condition immobilière quand on a dit que l'immeuble est une portion du territoire français (cf. a. 538), ou même, si l'on veut, un morceau de la terre, notre mère commune. Les détails techniques sont importants, de droit public et de droit privé. La définition même qui précède suggérerait de faire passer l'étude du *droit public* avant celle du *droit privé de l'immeuble,* car les droits de la collectivité sur l'immeuble paraissent antérieurs à ceux de l'individu. Mais, le droit public de l'immeuble relevant par sa nature d'une autre discipline que le droit civil, celui-ci est fondé à n'en traiter que par manière d'aperçu et, dès lors, secondairement.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — La maîtrise du sol, *Trav. Assoc. Capitant* (XLI), 1990 (droit public, droit civil, droit rural) ; synthèse par F. Moderne, p. 1 ; pour le droit français, rapports Israël, p. 285, C. Saint-Alary-Houin, p. 487 ; Jacques Foyer, p. 641. — *L'évolution contemporaine du droit des biens,* Poitiers, 1991, La propriété foncière par J.-P. Moreau, p. 31 ; La propriété immobilière par Tomasin, p. 47 ; La construction en volume, par G. Gaudemet, p. 135.

HISTOIRE

Dans l'esprit de la Révolution, la propriété immobilière (rurale par prédilection) et la liberté étaient mutuellement garantes l'une de l'autre. D'où une proclamation éclatante, en tête du premier Code rural (d. 28 sept. - 6 oct. 1791), puis d'un décret de la Convention (5-12 juin 1793) : le territoire de la France, dans toute son étendue, est libre comme les personnes qui l'habitent.

SOCIOLOGIE

C'est presque toujours en fonction de la propriété immobilière, plus spécialement rurale, que les problèmes fondamentaux de la propriété (origine, légitimité, utilité économique) furent débattus jusqu'à mi XX^e^ s. (cf. *supra,* n^os^ 70 s.). C'était la « question agraire » (v. Augé-Laribé, *Grande ou petite propriété ? Histoire des doctrines en France sur la répartition du sol,* Th. Montpellier, 1902 ; cf. Ed. Escarra, *Nationalisation du sol et socialisme,* Th. Paris, 1904 ; Argenton, *Les doctrines du marxisme agraire,* Th. Paris, 1934). Mais avait-elle encore un sens chez nous ? Les civilistes du XIX^e^ s. professaient qu'elle avait été résolue de façon définitive, et par le C.C. précisément. Celui-ci, en consolidant l'œuvre révolutionnaire (l'abolition de la féodalité, la dispersion des biens nationaux), avait transformé la France en un pays de libres, mais petits propriétaires, et il avait garanti la pérennité de son système par un régime successoral de partage égal qui empêcherait la reconstitution des grands domaines. L'ensemble paraissait cohérent, et propre à procurer, avec le bonheur individuel, la stabilité sociale. Un auteur comme Troplong (ex. dans la préface de son *Traité des privilèges et hypothèques,* 5^e^ éd., 1854, XXXVII s.), bonapartiste, grand propriétaire de vignes à Saint-Emilion, expliquait par là que la société française eût traversé 1848 sans connaître un nouveau 93 (v. cep. Soboul, La question paysanne en 1848, *La Pensée,* juin 1948, p. 55). Lorsque des critiques se firent jour, elles ne vinrent pas du monde des juristes : ainsi, Balzac (dans *Louis Lambert*) reproche à la divisibilité territoriale instituée par le C. Nap. d'avoir entraîné l'abâtardissement de la nation ; Le Play et son école imputent la dénatalité française à la suppression de la liberté testamentaire (le paysan, à qui la loi interdit de *faire un aîné,* en fait un tout de même... en ne lui donnant pas de frères). La discussion ne s'est guère nourrie que d'observations fragmentaires, voire de simples impressions. Même aujourd'hui, malgré les recherches à petite échelle que les historiens ont entreprises sur les documents cadastraux, il est difficile de démêler quelles conséquences démographiques ou économiques peuvent être scientifiquement rattachées au régime successoral du C.C. L'effet de morcellement a pu être neutralisé (et au-delà) par des efforts de regroupement, par des *stratégies familiales* – matrimoniales, testamentaires, etc., stratégies de *reproduction* en somme, que tout groupe met en action pour transmettre à la génération suivante, conservés, sinon augmentés, les pouvoirs et privilèges qu'il a lui-même hérités (cf. P. Bourdieu, Les stratégies matrimoniales et le système de reproduction, *Annales, économies, sociétés, civilisations,* 1972, n^os^ 4-5 ; Chr. Beroujon et M.-C. Revol, *Patrimoine et familles,* C.N.R.S., 1981). Qui plus est, à l'approche de la seconde guerre mondiale, en 1938-1939, notre droit des successions a fait l'objet de réformes en réaction résolue contre les principes égalitaires (possibilité d'attribuer le domaine agricole à un seul héritier, substitution de l'égalité en valeur à l'égalité en nature, etc. ; cf. t. II).

A partir d'un certain moment, la question agraire a été conçue moins comme une opposition entre grande et petite propriété que comme un conflit entre propriétaires et exploitants (fermiers ou métayers). La statut du fermage de 1945-1946 (cf. *infra,* n° 186) avait eu au moins l'arrière-pensée d'apaiser les tensions par un glissement progressif de la propriété vers l'exploitant (« la terre à celui qui la cultive ») : il est, toutefois, malaisé de mesurer ce qu'ont été réellement ses effets sociaux ; ses virtualités socialisantes ont été, d'ailleurs, plutôt freinées par les interprétations restrictives de la Cour de cassation. Il reste que, dans une vue rigoureusement marxiste, on pourra toujours trouver rudimentaires, économiquement naïves, ces réformes agraires par redistribution, transfert de type interindividuel : elles sont au mieux, dit-on, antiféodales, jamais anticapitalistes, tant que le capitalisme est maintenu dans les autres secteurs de l'économie (cf. Gutelman, *Structures et réformes agraires,* 1974). Mais les réformes scientifiques, par transfert à la collectivité, collectivisation, courent probablement plus de risques d'échec, parce qu'elles renoncent à se faire des alliés parmi les paysans pauvres ou moins riches. S'il y a encore chez nous une question agraire, on l'apercevra en filigrane dans les Actes du *Colloque Loi et coutume* (important, intéressant, non pas toujours impartial), organisé par l'*Association des ruralistes français* (Tours, 1982, ronéo) : ex. : F. Bourquelot, Repères pour l'analyse des luttes foncières en France ; D. Barthélemy, La relativité de la propriété foncière ; Ch. de Crisenoy, Le statut du fermage dans son application quotidienne. Cependant, les débats ainsi menés en termes de droit civil ne sont-ils pas rendus vains par les bouleversements de l'économie ? Bouleversement dont les causalités sont elles-mêmes matière à débats : conséquence spontanée d'un progrès technique déterminant une surproduction ou effet pervers de la politique agricole commune (P.A.C.) dans l'Europe des Douze, des Quinze ? Dans la décennie 1990, toutes les parties pouvaient craindre d'être mises d'accord par la communauté d'un désastre. Désastre dont le signe avant-coureur aurait été la chute des valeurs foncières (les S.A.F.E.R. relevaient en avril 1992 que, depuis 1978, les terres et prairies avaient perdu la moitié de leur valeur ; léger redressement en 1997-1999).

Le prix de la terre étant tombé sensiblement plus bas chez nous que chez nos voisins de l'U.E., fermes et manoirs, en Normandie, Périgord, Cévennes, etc., paraissent passer massivement en mains anglaises, allemandes, néerlandaises, etc. Un cri d'alarme s'est fait entendre (Simonot, *Ne m'appelez plus France,* 1991). « Dans le but de prévenir l'emprise étrangère sur le sol national », l'auteur préconise une réglementation des acquisitions sur le modèle de la loi suisse de 1983. Mais, à la vérité, il s'agit d'une constante de la politique suisse (v. déjà l'arrêté fédéral du 28 mars 1961). Et en France même, la loi de Vichy (annulée depuis) du 16 nov. 1940 avait probablement, sans le dire, la même intention d'écarter de la terre de France des amis/ennemis. L'incidence technique avait été controversée (le transfert de propriété découplé du contrat ; cf. *supra,* n° 112) ; le résultat économique, peu évident. Protectionnisme facile sur des immeubles qui ne peuvent fuir, mais dérisoire quand on le compare à ce qui se passe à la Bourse de Paris, sur le marché des actions (c'est-à-dire des entreprises) françaises : 50 % des actions y seraient détenues par des non-résidents (notamment, fonds de pension américains). L'immatériel montre ici ses failles.

[132] THÉORIE JURIDIQUE

a) Le *droit immobilier* tend à se constituer en discipline autonome. C'était fait depuis longtemps pour la terre, plus généralement les biens ruraux. Le XVIII^e^ s. s'était déjà intéressé au droit rural en s'intéressant à la campagne. On pense aux Physiocrates ou à *La Nouvelle Héloïse.* Un autre phénomène a joué un rôle (et on lui impute d'avoir pour partie provoqué la Révolution) : beaucoup de titulaires de droits féodaux se trouvèrent dans le besoin de regonfler des redevances que le temps avait quelque peu efflanquées (un des *best-sellers* de l'époque : La Poix de Fréminville, *La pratique universelle pour la rénovation des terriers et des droits seigneuriaux,* 1746). Paisible au XIX^e^ s., le

statut du fermage, qui mit les propriétaires sur la défensive, apporta dans le droit rural un regain d'animation.

Le droit immobilier, tel qu'on l'entend en ce XX^e^ s. expirant, est plutôt un droit urbain, en tout cas un droit des immeubles bâtis. Comme toutes les branches du droit nouvelles qui réclament une autonomie, il enjambe le clivage traditionnel droit privé / droit public. Les nouveautés se marquent encore d'autres manières. Le droit du C. Nap. considérait surtout l'immeuble à l'état statique, une fois construit (sauf l'accident de l'accession, a. 555, et quelques dispositions spéciales aux architectes et entrepreneurs, a. 1792, 2270, 2103-4°). Sans doute ce côté statique du droit immobilier n'a-t-il pas disparu. Il a même reçu des rallonges (législation de la copropriété, cf. *infra,* n° 175 ; de la location, cf. *infra,* n° 184). Mais des développements importants ont eu lieu en direction de la construction et de l'immeuble à construire. D'où des codifications nouvelles : Code de l'urbanisme (1973), Code de la construction et de l'habitation (1978) ; d'où, dans le C.C., des remaniements concernant la responsabilité des architectes et entrepreneurs (afin de faire face aux fissures et autres désordres, si fréquents dans les immeubles neufs) – outre une verrue fort laide, le titre VIII *bis,* « du contrat de promotion immobilière ». La doctrine a eu du mérite à systématiser tant d'éléments épars et souvent confus : Savy, *Droit de l'urbanisme,* 1981 ; Saint-Alary, *Droit de la construction,* 4^e^ éd., 1994 ; Malinvaud et Jestaz, *Droit de la promotion immobilière,* 6^e^ éd., 1995 ; Liet-Veaux, *Droit de la construction,* 1994 ; J.-B. Auby et Périnet-Marquet, *Droit* [public et privé] *de l'urbanisme et de la construction,* 5^e^ éd., 1997 ; Atias *et al., Lexique de droit immobilier,* 1989. Pour une synthèse du droit classique et du droit nouveau, v. Atias, *Droit immobilier,* 1982. Depuis 1979 est publiée la *Revue de droit immobilier.*

b) La notion juridique d'*immeuble* recouvre des réalités économiques et sociales fort dissemblables : urbain et rural, bâti et non bâti, capital (l'exploitation agricole, le local de l'entreprise) et objet d'usage (l'habitat). L'habitat lui-même (cf. *infra,* n° 188) se différencie. La résidence principale (le logement, le logement de la famille, a. 215, al. 3) est marquée par la nécessité (d'où le droit au logement, conçu comme un droit fondamental). En contraste, la résidence secondaire, liée aux loisirs, peut apparaître comme un luxe, mais il est des luxes qui tendent à devenir nécessaires, et la notion a pris de plus en plus d'autonomie (cf. Decottignies *et al., Aspects juridiques de la résidence secondaire,* Chambéry, 1991).

SOUS-TITRE I

[133] *Le droit privé de l'immeuble*

La propriété des immeubles donne lieu à de nombreux conflits, de ces conflits entre individus qui sont la matière même du droit privé. « Qui terre a, guerre a. » La première et principale guerre peut être du propriétaire avec ses voisins, car l'immeuble fait nécessairement partie d'une *communauté de voisinage.* La deuxième guerre possible est du propriétaire avec le *preneur à bail,* le *possesseur,* le *constructeur,* qui prétendent sur l'immeuble à des droits rivaux.

Chapitre I

L'IMMEUBLE DANS LA COMMUNAUTÉ DE VOISINAGE

L'immeuble n'est pas isolé : portion du territoire, il fait corps avec les immeubles voisins, ce qui pose tout de suite un problème de *frontières.* Mais, entre ces immeubles voisins, pris dans la même communauté, des aménagements sont nécessaires, destinés à faciliter la vie de chacun d'eux ; aucun immeuble ne peut prétendre s'enfermer, en quelque sorte, dans son égoïsme : le droit prévoit que puissent naître entre eux des rapports de *servitudes,* de services fonciers. Par-delà les immeubles, d'ailleurs, ce sont les propriétaires eux-mêmes qui sont entraînés dans cette communauté ; il existe entre eux des *obligations de voisinage.* Enfin, il faut mettre à part une forme particulière, moderne et plus fortement organisée, de communauté de voisinage : c'est la *copropriété des immeubles divisés par étages ou appartements.*

Une remarque générale doit être faite : c'est que la communauté de voisinage en soi est indépendante de la propriété ; les rapports de voisinage peuvent se concevoir *a priori* entre des locataires ou entre des fermiers, aussi bien qu'entre des propriétaires. Il faut souvent entendre, lorsque des droits sont reconnus, des obligations imposées, à un propriétaire foncier dans les rapports avec les propriétés voisines, que ces droits pourront être exercés, ou ces obligations exécutées, par les locataires et fermiers, ses ayants cause (ex. un locataire ou fermier a le droit d'exercer les servitudes dépendant de l'immeuble et le devoir de supporter les servitudes qui le grèvent ; il peut réclamer des dommages-intérêts à son voisin, ou être condamné à des dommages-intérêts envers lui, pour abus du droit, etc.).

B. G. — H. Mayer, *Les rapports de voisinage dans les immeubles divisés par appartements, notamment dans les grands ensembles,* 1981 (étude très fine, juridique et sociologique) ; André Robert, *Les relations de voisinage,* 1991 (limites de l'immeuble, rapports de droit égalitaires [mitoyenneté] et inégalitaires [servitudes], rapports de fait [nuisances et usurpations]).

[134] 1 / Les frontières de l'immeuble

Il faut toujours que ces frontières soient *délimitées,* et il peut être bon qu'elles soient *mises en défense.*

1 | DÉLIMITATION DE L'IMMEUBLE

Délimiter l'immeuble, c'est délimiter la sphère d'action du propriétaire foncier, c'est fixer, par l'objet, des limites à ses droits. Cette délimitation doit être faite tant *à la surface qu'en hauteur et en profondeur.*

▶ *Délimitation à la surface*

La terre n'est pas une de ces choses communes dont parle l'a. 714. La propriété privée découpe les champs et les villes en quadrilatères, dont chacun est l'immeuble, entité autonome. Pour la *délimitation du terrain,* ce serait assez de tracer des lignes. Mais, avec le terrain, interfèrent des *eaux,* qui, dans leur mobilité, peuvent appeler un régime plus complexe.

a) *Délimitation du terrain*

Elle donne lieu à une opération juridique, qui aura ensuite pour conséquence une opération matérielle : c'est le *bornage.* Chaque propriétaire a le droit (imprescriptible) d'obliger ses voisins à y participer (a. 646), afin que les frontières de l'immeuble, ayant été fixées contradictoirement avec eux, leur soient désormais opposables. Le bornage peut être fait à l'amiable *(procès-verbal d'abornement).* A défaut

d'accord, il est fait en justice. L'action est de la compétence du tribunal d'instance (a. R. 321-9, 3° C.O.J.). Toutefois, quand la propriété est contestée, le tribunal de grande instance devient compétent. En exécution de la convention ou du jugement, des bornes sont plantées sur le terrain comme autant de témoins permanents de l'opération juridique. De l'Antiquité les bornes ont longtemps gardé une sorte de caractère sacré (le dieu Terme), et leur déplacement faisait l'objet d'une incrimination spéciale (Dig. 47, 21, *De termino moto* ; et ancien C.P., a. 456). Aujourd'hui, la répression pénale ne pourrait plus guère s'exercer qu'à travers les dispositions vagues des a. 322-1 et R. 635 N.C.P.

La délimitation des frontières immobilières est régie par deux *principes* :

1° *La délimitation est purement déclarative du droit de propriété préexistant.* — Chaque partie doit faire la preuve de son droit, sauf à remarquer que sa possession peut faire présumer sa propriété, mais non pas irréfragablement. Le juge, en tout cas, est sans pouvoir translatif : il ne pourrait, pour rectifier un tracé incommode ou antiéconomique, procéder à des attributions de propriété, à un échange forcé de parcelles ; cet échange n'est possible que du consentement des deux parties. Une seule exception : le *remembrement,* qui est un déplacement des frontières immobilières, mais par un acte de puissance publique et à la suite d'une procédure collective (C. Ru., a. 19 s.). Cette législation a eu pour objet de remédier au morcellement excessif des domaines ruraux, entrave à la motoculture et cause de moindre productivité (v. C. Ru., a. 1 s.). Mais il y a eu des excès.

2° *La délimitation, une fois faite, est immuable* (sauf accord entre les deux parties). — C'est dire que l'empiétement commis par un voisin, si minime qu'il soit, et fût-il justifié par un intérêt considérable, ne saurait fonder une rectification de frontières, tant qu'il n'a pas été couvert par la prescription trentenaire.

[135] b) *Régime des eaux*

L'eau qui n'a pas le caractère d'une eau courante peut être regardée comme l'accessoire du terrain qu'elle recouvre ; elle est comprise dans ses limites et appartient sans restriction au même propriétaire : ainsi, l'eau pluviale (a. 641, al. 1) ; l'eau des puits, l'eau des étangs (quand ils ne sont pas formés par le barrage de cours d'eau ; cf. a. 558).

L'*eau courante* ne se laisse pas enfermer aussi facilement dans des frontières immobilières. La conception qui en ferait un accessoire des terrains traversés cède devant une autre idée : qu'elle est une chose

commune, dont tout le monde doit pouvoir se servir (cf. a. 714). Il convient, néanmoins, de faire des distinctions :

1° *Sources.* — L'eau d'une source appartient, en principe, au propriétaire du fonds d'émergence (a. 642, al. 1) : il peut non seulement en user, mais en disposer en l'absorbant entièrement ou en aveuglant la source. Toutefois, il n'en est ainsi qu'autant qu'il s'agit d'un filet d'eau ; si le débit était assez puissant pour former, dès la sortie du fonds, un véritable cours d'eau, le propriétaire du terrain cesserait d'être le propriétaire de la source pour n'en être plus qu'un usager comme les autres (a. 643). En toute hypothèse, au demeurant, il lui faut compter avec les droits d'usage qui ont pu être acquis par les propriétaires ou les collectivités se trouvant en contrebas (a. 642, al. 2, 3).

2° *Cours d'eau.* — On mettra à part les rivières navigables ou flottables (par trains de bois), car elles ne sont pas susceptibles de propriété privée (a. 538). Les rivières qui ne sont ni navigables ni flottables (ou petites rivières) donnent lieu à un partage de droits :

— Les *riverains* ont la propriété privative du *lit* (a. 98, C. Ru.) : ce n'est pas seulement, pour eux, le droit éventuel d'occuper le terrain au cas où la rivière viendrait à changer de cours (a. 99 s.) ; ils peuvent, plus immédiatement, en extraire le gravier ou le sable, interdire l'accès au cours d'eau, y empêcher la navigation et la pêche. Sur l'eau elle-même, d'autre part, ils ont un droit d'usage préférentiel (a. 644 ; droit de riveraineté), qui est le droit de s'en servir pour les besoins domestiques, agricoles ou industriels, mais non point le droit d'en capter l'*énergie électrique.* L'énergie électrique de tous les cours d'eau appartient au domaine public depuis la loi du 16 octobre 1919.

— Le *public* conserve un droit général d'*usage* sur les eaux courantes ; mais il ne peut l'exercer que dans la mesure où les riverains le laissent accéder au cours d'eau.

[136] ▶ *Délimitation en hauteur et en profondeur*

La propriété du sol emporte celle du *dessus* et du *dessous,* dans toute la hauteur et la profondeur utiles à son exercice, mais seulement dans cette hauteur et cette profondeur.

a) *Dessus*

Le propriétaire du sol peut s'opposer à ce que sa propriété soit surplombée par des constructions ou plantations s'avançant d'un fonds

voisin (a. 673, al. 3) ; mais il n'a pas le droit de se faire justice lui-même, en démolissant ou en coupant ce qui empiète sur son espace. Il peut, d'ailleurs, être obligé, par l'effet de servitudes légales, de supporter sur son fonds le passage d'un aqueduc (C. Ru., a. 123), d'une ligne électrique (l. 15 juin 1906), etc. Les avions ont libre passage au-dessus des propriétés privées, à la double condition que ne soit pas entravé l'exercice du droit des propriétaires et que soient éventuellement réparés tous les dommages causés (même sans qu'il y ait faute) aux personnes et aux biens situés à la surface (C. aviation civile, 1967, a. L. 141-2).

La propriété du sol contient le droit de construire (a. L. 112-1 C. Urb.) – et en théorie jusqu'à l'infini. Ce droit peut, cependant, se trouver limité, en droit privé, par une servitude conventionnelle *altius non tollendi* en faveur d'un voisin (cf. *infra,* n° 151). Et il est bien plus gravement limité, en droit public, par l'énorme réglementation que charrient le Code de l'Urbanisme et celui de la Construction et de l'Habitation. L'institution même du *permis de construire* (a. L. 421-1 C. Urb.) est un démenti expressif au principe proclamé dans l'a. 112-1.

b) *Dessous*

Le propriétaire du sol peut, en vertu de sa propriété du dessous, couper (et lui-même, en se faisant justice) les racines qui, des fonds voisins, pénètrent dans son propre fonds (a. 673, al. 2, 3). Il peut aussi faire des fouilles et s'en approprier le produit. Toutefois, ce droit est sujet, dans l'intérêt public, à des limitations nombreuses qu'annonce l'a. 552, al. 3. Tantôt ce ne sont que des restrictions administratives à l'exercice des droits de propriétaire (lois et règlements de police) ; tantôt c'est une véritable exclusion de la propriété du dessous. Le régime des carrières et celui des mines illustrent respectivement les deux types de limitations.

Les *carrières* (d'ardoises, granits, cailloux, sable, etc.) appartiennent exclusivement aux propriétaires de la surface, qui seuls ont le droit de les exploiter et peuvent le faire sans autorisation. Néanmoins, les carrières sont sous la surveillance de l'Administration, et si le propriétaire refuse d'exploiter sans motif légitime, un permis d'exploitation peut être attribué par elle à un tiers (C. minier 1956, a. 105, 109 s.).

Les *mines* (de charbon, de fer, etc.), auxquelles sont assimilés les gisements de pétrole, font l'objet d'une propriété distincte de celle de

la surface (l. 21 avr. 1810, modifiée notamment par la l. 9 sept. 1919 ; aujourd'hui C. minier 1956, a. 36). Cette propriété est *concédée* par l'État à une entreprise dont l'exploitation peut s'étendre sous un grand nombre de propriétés foncières. Le *concessionnaire* a ainsi sur le dessous un droit réel spécial, de nature immobilière, qui lui permet d'exploiter. Depuis la l. 17 mai 1946, les exploitations de combustibles minéraux ayant été nationalisées, c'est à des établissements publics, les houillères des différents bassins, et par leur intermédiaire à l'État, qu'appartient la propriété des mines de charbon. Dans tous les cas, le *propriétaire de la surface* a droit à une indemnité de l'exploitant (concessionnaire ou établissement public) : c'est la redevance tréfoncière. Il doit, d'autre part, être indemnisé par lui de tous les dommages que l'exploitation de la mine peut causer au sol (n'y eût-il aucune faute à l'origine du dommage).

[137] 2 | MISE EN DÉFENSE DE L'IMMEUBLE

C'est un *droit* et parfois même une *obligation,* pour le propriétaire foncier, que d'élever à ses frontières une *clôture,* dont la *condition juridique* est d'ailleurs réglementée par la loi.

► *Droit et obligation de se clore*

a) *Le droit de se clore manifeste l'individualisme de la propriété foncière*

Le C.C. (a. 647) proclame encore ce droit dans l'esprit de la Révolution, en y attachant une signification politique. Par là étaient condamnées les pratiques féodales ou communautaires qui, sous l'Ancien Régime, avaient obligé les propriétaires à laisser leurs champs ouverts, tantôt aux chasses seigneuriales ou royales, tantôt aux troupeaux des autres habitants (droit de vaine pâture et de parcours, en vertu desquels, dans le village ou même de village à village, les bestiaux de chacun pouvaient aller paître sur les terres de tous). Le droit de vaine pâture subsiste, cependant, dans une certaine mesure (v. C. Ru., a. 189 s.), mais, là où il subsiste, il suffit de clôturer une terre pour l'en affranchir (a. 648). Le droit de se clore, dans les rapports entre particuliers, ne cède aujourd'hui que devant une servitude grevant spécialement le fonds et dont l'exercice implique passage – servitude fondée soit sur un titre, soit sur la loi (notamment, servitude légale de l'a. 682). Mais, dans l'intérêt public (d'une libre circulation), le C. Urb. (a. L. 441-1 s.) l'a soumis à des rectrictions (déclaration préalable et même autorisation).

b) *L'obligation de se clore (a. 663) n'existe que dans les villes et faubourgs*

L'usage français y est de se clore, et la loi veut faciliter ce cloisonnement. Aussi, chaque propriétaire y a-t-il le droit de contraindre son voisin à élever et à entretenir à frais communs un mur séparatif. La hauteur de ce mur obligatoire est fixée par les règlements ou usages locaux ; à leur défaut seulement, par le C.C.

[138] ► *Condition juridique des clôtures*

Les clôtures peuvent être privatives ou mitoyennes. La *clôture privative* est celle qui appartient entièrement au propriétaire de l'immeuble clos, parce qu'il l'a édifiée à ses frais exclusifs sur son propre terrain, et que les propriétaires des immeubles contigus n'ont pas demandé à en acquérir la copropriété. La *clôture mitoyenne* est celle qui, élevée à la limite extrême de deux fonds, est la copropriété des deux propriétaires voisins, soit que, dès l'origine, elle ait été édifiée à frais communs, soit que, d'abord privative, celui qui l'a construite en ait ensuite cédé la copropriété à l'autre. Bien qu'il existe aussi des haies et des fossés mitoyens (a. 666-670), ce sont surtout les *murs mitoyens* qui donnent lieu à difficultés (l'économie d'un second mur se paie parfois des frais d'un procès).

a) *Copropriété du mur mitoyen*

La mitoyenneté n'est qu'une application particulière de la notion de copropriété forcée et perpétuelle (cf. *supra,* n° 80). C'est un ensemble de droits et de charges.

1° *Droits des copropriétaires.* — Chacun d'eux peut se servir du mur comme s'il lui appartenait en propre, pourvu que ce soit, cependant, en conformité de la *destination* qui est celle des murs mitoyens. Cette destination est double. D'abord, *clore* les fonds : d'où

l'interdiction d'ouvrir dans le mur aucune fenêtre ou ouverture (a. 675) ; ensuite, constituer un *support* : d'où le droit d'appuyer sur le mur des plantations en espaliers (a. 671, al. 2) ou des constructions (a. 662), d'y enfoncer des poutres (a. 657), de le surélever (a. 658). Ces droits ne peuvent pas toujours être exercés unilatéralement : les actes les plus graves nécessitent le consentement préalable de l'autre copropriétaire ou, à son refus, l'intervention d'experts (a. 662).

2° *Charges de la mitoyenneté.* — Le mur mitoyen doit être entretenu à frais communs (a. 655). Ce n'est là, pour chaque copropriétaire, qu'une obligation *propter rem,* à laquelle il peut se soustraire en abandonnant son droit sur le mur (a. 656), ou même seulement sur la portion de mur à réparer (il ne doit donc plus se servir du mur abandonné, ce qui explique que l'abandon lui soit interdit lorsque, de son côté, le mur soutient un bâtiment ou des terres en surplomb de la propriété voisine).

b) *Acquisition de la mitoyenneté*

La mitoyenneté peut dériver d'une *convention* ou d'un *acte unilatéral.*

1° *Convention.*— Les deux voisins conviennent, dès le principe, de faire construire le mur à frais communs de part et d'autre de la ligne séparative ; ou bien, l'un d'eux l'ayant fait d'abord construire à ses frais, en cède à l'autre, à l'amiable, par vente ou donation, la copropriété.

2° *Acte unilatéral.* — L'un des voisins peut imposer à l'autre la transformation d'un mur privatif en mur mitoyen. C'est tantôt le non-propriétaire qui oblige l'autre à lui céder la copropriété ; tantôt le propriétaire qui oblige l'autre à acquérir la copropriété.

— *Cession forcée de mitoyenneté* (a. 661). Le non-propriétaire acquiert la mitoyenneté par sa seule volonté, dès lors que deux conditions sont remplies : la parfaite contiguïté du mur (il suffit de le construire légèrement en retrait de la ligne séparative pour rendre l'a. 661 inapplicable) ; le paiement d'un prix au propriétaire. L'opération n'étant pas conventionnelle, il faut disposer d'une base pour fixer ce prix. On le fixera à la moitié de la valeur du terrain et du coût de construction du mur. Par coût de construction, il faut entendre ce que coûterait la construction au jour de l'acquisition de mitoyenneté, sous déduction d'un amortissement pour vétusté (a. 661, mod. par l. 17 mai 1960 ; cf. *supra,* n° 24). En période de hausse des prix, cette date d'évaluation est la plus favorable au cédant.

L'opération a un double caractère. Elle est une *vente* (immobilière), donnant lieu au privilège du vendeur (d'immeuble), à l'action en résolution de l'a. 1654. Elle est aussi une *expropriation* (pour cause d'utilité privée ; cf. *supra,* n° 129), qui s'accomplit sans la volonté et contre la volonté du propriétaire, ce qui explique que celui-ci ne soit pas obligé à garantie (de la solidité), comme il le serait dans une vente qu'il aurait consentie (a. 1641).

— *Acquisition forcée de mitoyenneté.* C'est souvent le propriétaire privatif qui, après avoir construit le mur à ses frais, cherche à faire contribuer son voisin à la dépense. La jurisprudence lui en reconnaît le droit lorsque les voisins utilisent déjà, en fait, le mur comme support, en y appuyant des constructions, mais non point quand le mur n'a d'intérêt pour eux que comme clôture, fût-on dans une ville ou un faubourg où, selon l'a. 663, ils auraient pu être obligés d'élever une clôture à frais communs.

[139] c) *Preuve en matière de mitoyenneté*

Pour peu que le mur soit ancien, c'est un sujet fréquent de litiges. Le C.C. a établi une hiérarchie de preuves légales.

1° *Titre.* — Il constitue une preuve péremptoire soit de la mitoyenneté, soit de la non-mitoyenneté du mur (cf. a. 653, 666, al. 1), du moins s'il émane des deux propriétaires en conflit, ou d'un auteur qui leur est commun. Un titre qui serait particulier à l'un d'entre eux seulement (ex. dans l'acte par lequel un tiers lui a vendu l'immeuble, la mention que tel mur de clôture est mitoyen avec tel voisin) ne pourrait valoir que comme présomption de l'homme.

2° *Prescription.* — Si, pendant trente ans, les deux voisins se sont comportés comme copropriétaires du mur (ils s'en sont servis ostensiblement, ils ont contribué en commun à son entretien), le mur est réputé mitoyen. Si, à l'inverse, un seul d'entre eux a fait des actes de possession, le mur est réputé lui appartenir privativement (cf. a. 653, 666, al. 1, *in fine*). Encore faut-il que ces actes soient significatifs (pour l'avoir recrépi de son côté, un propriétaire ne rendra pas privatif le mur mitoyen).

3° *Marques de non-mitoyenneté.* — Elles agissent comme des présomptions légales de non-mitoyenneté, réfragables par titre ou prescription. Ce sont des détails de construction qui donnent à penser que le mur a été élevé par un seul des deux voisins, car, suivant l'usage, un mur privatif n'est pas construit de la même manière qu'un mur mitoyen : ainsi, le sommet en est aménagé (par un chaperon à une

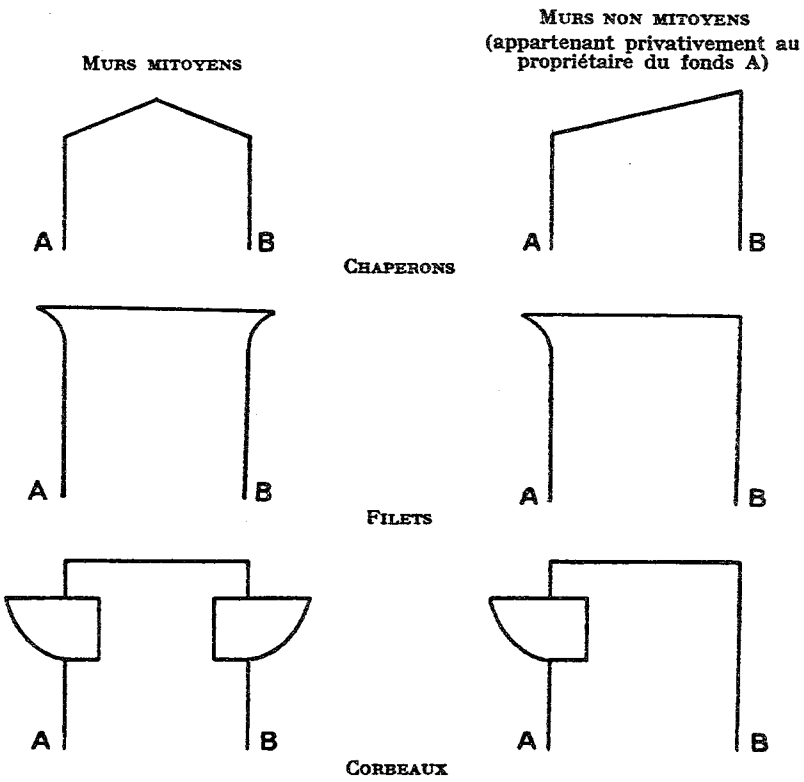

Fig. 2. — Marques de non-mitoyenneté (a. 654)
(sommets des murs ; coupes)

seule pente), pour que l'eau de pluie ne s'écoule que sur le fonds du propriétaire ; et c'est uniquement du côté de ce fonds que l'on prévoit des saillies (corbeaux) destinées à supporter les poutres d'un bâtiment futur. L'a. 654 ne fait, d'ailleurs, que proposer l'interprétation la plus usuelle de la situation ; elle peut être neutralisée par d'autres indices matériels.

4° *Présomption de mitoyenneté.* — Cette présomption légale a souvent à jouer, toute autre preuve faisant défaut. Le C.C., cependant, ne présume la copropriété qu'autant qu'un égal intérêt des deux voisins à construire le mur rend vraisemblable qu'ils l'aient construit à frais

communs. De là, les limites mises à l'application de la présomption. Elle est applicable seulement (a. 653) :

— *entre bâtiments* (si les deux bâtiments sont de hauteur différente, jusqu'à l'héberge, c'est-à-dire jusqu'à la ligne supérieure du bâtiment le moins haut) ;
— *entre cours et jardins* (parce que ce sont des dépendances de bâtiments) ;
— *entre enclos dans les champs* (il faut supposer deux terrains entièrement clos ; si l'un était entièrement clos et l'autre partiellement ouvert, on ne pourrait plus dire que les deux propriétaires ont un égal intérêt à l'existence du mur séparatif, et la vraisemblance serait qu'il appartient exclusivement à celui dont il complète la clôture).

[140] ÉTAT DES QUESTIONS

La présente section réunit des matières qui, dans les ouvrages consacrés au droit des biens, peuvent se trouver dispersées (la dispersion ayant son origine dans le C.C. lui-même) entre le titre *de la propriété,* a. 552, 556 s., et le titre *des servitudes,* a. 641 s., 653 s.

I. — *Droits du propriétaire foncier sur le dessus et le dessous*

B. G. — Planiol-Picard, n^os^ 249 s., 474 s., 521 s. ; Beudant-Voirin, n^os^ 308 s., 391 s. ; cf. Brouillaud, *Les limites du droit de propriété en hauteur et en profondeur,* Th. Bordeaux, 1926. Le régime des eaux et celui des mines forment de véritables droits autonomes (où Droit privé et Droit public sont, d'ailleurs, inséparables) et qui ont leurs littératures propres ; ex. Gazzaniga et J.-P. Ourliac, *Le droit de l'eau,* 1979-1987 ; Personnaz, *Droit des mines,* 1958.

L'a. 552, al. 1, reproduit l'a. 187 de la Coutume de Paris. Par-delà, c'est une version dépoétisée de la maxime de Cinus de Pistoie, poète et maître de Bartole (XIV^e^ s.) : *cujus est solum, ei est usque ad cœlum, usque ad inferos.* A l'arrière-plan, il y a le problème des *mines.* Déjà, sans doute, c'était aux prétentions du seigneur haut-justicier sur les mines que songeait Cinus de Pistoie (prétentions longtemps appuyées peut-être par le sentiment diffus que le monde mystérieux des kobolds ne pouvait être l'objet d'une propriété ordinaire) – et il voulait défendre contre elles les droits du propriétaire foncier. En fait, le régime des mines, aux derniers siècles de la monarchie, s'essayait à concilier les droits du propriétaire foncier, ceux de l'État, ceux du seigneur, et aussi ceux du concessionnaire, personnage que l'on commence à voir apparaître. D'où une complexité qui a permis de l'interpréter tantôt comme attribuant la propriété des mines au roi (arrêt du Conseil du 14 janv. 1744 ; cf. Rouff, *Les mines de charbon en France au XVIII^e^ s.,* Th. Lettres Paris, 1922), tantôt comme en faisant une dépendance de la propriété du sol. Cette dernière interprétation est celle de Merlin, *Questions de droit,* v° « Mines », § 1 (Merlin est de Douai et, comme tel, fort versé dans ces problèmes ;

cependant, il est aussi, comme révolutionnaire, très favorable au propriétaire du sol). Ce qui est certain, en tout cas, c'est que la Révolution, après avoir aboli les droits seigneuriaux, tint à affirmer que l'État *n'était pas propriétaire* des mines, n'avait sur elles qu'un pouvoir de police. Loi 12 juill. 1791, tit. 1, a. 1 : « les mines... sont à la disposition de la nation, *en ce sens seulement* que ces substances ne pourront être exploitées que de son consentement et sous sa surveillance »... En 1804, c'était cette loi de 1791 qui constituait la législation minière réservée par l'a. 552, al. 3. Dans ce contexte historique, il est juste de dire que l'a. 552, comme l'a. 544, par l'élimination des seigneurs et du prince, a été l'affirmation d'une souveraineté nouvelle reconnue au propriétaire foncier. Toutefois, celui-ci, quant aux mines les plus importantes, continuait à avoir affaire au concessionnaire, ce qui réduisait beaucoup la portée pratique de son droit. Au demeurant, la l. 21 avr. 1810 vint, presque aussitôt, en faisant de la mine une propriété distincte de la surface, consommer l'expropriation des propriétaires fonciers au profit des concessionnaires. Expropriation moyennant indemnité, il est vrai ; mais l'indemnité, la redevance tréfoncière, perdit progressivement de sa valeur. La l. 9 sept. 1919 aurait pu préparer la rentrée en scène de l'État, puisque les concessions accordées par lui cessaient d'être perpétuelles et que la mine, après 99 ans au maximum, devait lui faire retour gratuitement, ce qui supposait qu'il en avait gardé une sorte de domaine éminent. Mais cette loi, par une réserve capitale, était inapplicable aux concessions déjà en cours. Ce n'est qu'en 1946, par le biais des nationalisations, qu'a été consacré de nouveau un droit de propriété étatique sur le dessous. Le débat, pour les charbonnages, n'était plus qu'entre la nation et les concessionnaires ; les propriétaires fonciers n'y tenaient plus aucune place. Ils se défendent mieux, au contraire, là où ce sont des gisements de pétrole qui sont en cause, parce que la nouveauté de l'emprise fait que leurs droits paraissent plus vivants (cf. Devaux-Charbonnel, *Droit pétrolier,* 1976).

Les droits du propriétaire foncier sur le dessus n'avaient donné lieu qu'à des conflits insignifiants (ex. Civ.[3] 16 janv. 1991, D. 91, *I.R.,* 55, le droit de contraindre le voisin à l'élagage est imprescriptible) jusqu'à l'apparition de la navigation aérienne. Il était inévitable que la l. 31 mai 1924 vînt reconnaître le droit de survoler les propriétés privées. Mais quel en est le fondement ? On aurait pu dire : le ciel est *res nillius (Dei),* soumis seulement au pouvoir de police du prince. Mais, en droit administratif, on soutient plutôt que l'atmosphère à l'infini est devenue partie intégrante du domaine public, que la loi de 1924 a exproprié du dessus les propriétaires du sol, comme la loi de 1810 les avait expropriés du dessous (en ce sens, Trotabas, n. D. 1931, 3, 1 ; de Laubadère *et al., Droit administratif,* II, 8e éd., 1986, n° 268). Une opinion répandue semble, cependant, conserver à chacun la propriété de sa colonne de ciel, en la grevant seulement d'une servitude de passage, servitude légale d'intérêt public (cf. M. de Juglart, *Traité élémentaire de droit aérien,* nos 153 s.).

L'urbanisation a fait resurgir, d'une autre manière, l'idée d'une limitation verticale (Savatier, D. 76, chr. 103 ; A. de Laubadère, *Mélanges Marty,* 1978, 761 ; Goubeaux, Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière, à propos du découpage de l'espace en volumes cessibles, *Études A. Weill,* 1983, 279). La pénurie de terrains dans le centre des villes incite le propriétaire à tirer de sa surface le maximum de plus-value en construisant le plus haut possible. D'où une hausse excessive des valeurs foncières, qui est une gêne grave pour un urbanisme ordonné

(cf. J.-P. Gilli, *Redéfinir le droit de propriété,* 1975). La l. 31 déc. 1975 (a. L. 112-1 s. C. Urb.) a répondu à ce souci. Elle exproprie les propriétaires fonciers – sans indemnité – de leur espace aérien au-dessus d'une certaine hauteur, sauf à le leur revendre immédiatement sous forme d'autorisations de construire. Quoi de plus conforme au droit naturel, en effet (physiologique, c'est comme naturel), que de faire cesser la propriété de l'individu là où commence son vertige ?

[141] II. — *Bornage, clôtures, mitoyenneté*

B. G. — Planiol-Picard, nos 298 s., 431 s., 443 s. ; Beudant-Voirin, nos 364 s., 555 s. Cf. sur la philosophie des *bornes,* Gridel, *Le signe et le droit,* Th. Paris, 1979, nos 35 s. Dans ces matières, certains livres spéciaux ont une grande importance pratique. Pour le *bornage,* des ouvrages à l'usage des justices de paix : ex. Raviart, *Traité théorique et pratique des actions possessoires et du bornage,* 6e éd., 1948. Pour les *clôtures* et la *mitoyenneté,* v. Boubli, *La mitoyenneté,* 1986 ; sans préjudice d'ouvrages plus directement à l'usage des professionnels du bâtiment, experts, architectes et même entrepreneurs : ex. *Code Perrin* ou *Dictionnaire des constructions et de la contiguïté,* 12e éd. par Bonnefoy, 1925 ; Guillemot-Saint-Vinebault, *Manuel juridique de la propriété bâtie,* 1928-1933, 3 vol. ; Béraud et Debeaurain, *Mitoyenneté, clôture, bornage, servitudes,* 1981 ; Le Court, *Servitudes, mitoyennetés, rapports de voisinage,* 4e éd. 1990 (c'est un genre traditionnel : les célèbres *Lois des bâtiments suivant la coutume de Paris,* de l'architecte du Roi Desgodets, avec les notes de Goupy, architecte expert bourgeois, 1748, ont eu une influence non douteuse sur la rédaction du C.C.). Actualité des questions de contenance, *Rép. not.,* 89, 1, 1369.

HISTOIRE ET GÉOGRAPHIE

On ne peut qu'indiquer les liens étroits des questions examinées ci-dessus avec l'étude (qui appartient à la fois aux historiens et aux géographes) des *structures rurales.* Cf. Klatzmann, *Géographie agricole de la France* (coll. « Que sais-je ? », n° 420). Sur ce dernier point, il est classique, depuis les admirables travaux de Marc Bloch (*Les caractères originaux de l'histoire rurale française,* Paris, 1931), d'opposer bocages (ou champs clos de haies) et champs ouverts, comme deux types de civilisation agraire, en corrélation avec des différences juridiques, les champs clos (Ouest, Centre, Sud de la France) correspondant à une propriété d'esprit strictement individualiste, les champs ouverts (Est et Nord) à un régime (de provenance germanique) qui fut originairement un régime de propriété collective (il en subsiste les biens communaux), et qui reste marqué de servitudes communautaires. Cette explication a été contestée comme accordant trop à l'histoire (et au droit), pas assez à la géographie (v. par ex. Champier, Qu'est-ce qu'une civilisation agraire ?, *Annales de l'Université de la Sarre,* 1952, fasc. 4, p. 321 s., pour qui le bocage serait une structure archaïque et rétrograde, due à l'importance du bétail et à la disette des bois ; Chaumeil, L'origine du bocage en Bretagne, in *L'éventail de l'histoire vivante, Mélanges Lucien Febvre,* I, p. 163 s., pour qui la haie aurait été établie comme protection contre la divagation du bétail et non comme symbole d'appropriation individuelle ; cf. Meynier, *Les paysages agraires,* 1970). Ce qui est remarquable, c'est qu'après avoir été pourchassé, depuis 1945, par la législation du

remembrement (et peut-être aussi le *lobby* des fabricants de tracteurs), le bocage trouve de nouveau des défenseurs : les haies, abritant des oiseaux, coupant le vent, pouvaient bien être nécessaires à l'équilibre naturel des campagnes.

Les *habitats urbains* révèlent peut-être un contraste comparable à celui des structures rurales. Le système coutumier de la mitoyenneté est en accord avec l'esprit communautaire (cf. Olivier-Martin, *Coutume de Paris,* II, p. 130 s.). Le système romain, méridional, du mur privatif (chacune des deux maisons voisines ayant le sien, avec, entre les deux, un étroit espace, l'androne : cf. Bordeaux, 13 nov. 1986, D. 88, Somm. 26, n. A. Robert) procéderait d'un esprit individualiste. Mais l'opposition a, sans doute, d'autres raisons, plus techniques. En tout cas, la préférence donnée par le C.C. à la mitoyenneté (cf. a. 653, 666) – comme ailleurs à la communauté conjugale – doit être regardée comme une victoire du Nord sur le Midi et comme un tribut payé à l'unification du droit, plutôt que comme une défaite épisodique de cet individualisme auquel le législateur de 1804 a été, dans l'ensemble, si favorable. Ce qui est vrai, c'est que la généralisation de la mitoyenneté, à une époque où l'esprit communautaire, qui en atténuait les heurts, allait s'affaiblir, a pu contribuer à aviver les litiges. Nouvelle évolution en cours : le système de la mitoyenneté, qui supposait des murs *porteurs,* s'adapte mal aux leçons modernes de construire (cf. Liet-Veaux, *J.C.P.,* 66, 1, 1991).

Cependant, au déclin de notre XX^e^ s., la mise en défense de l'immeuble évoque des techniques plus sophistiquées ou musclées que les murs et les haies (même avec des chiens derrière). Les citoyens sont obligés de dépenser beaucoup pour une sécurité (sûreté), qui, dans la rigueur des principes, devrait être à la charge exclusive de l'État (cf. *Bull. du CESDIP,* Ministère de la Justice, 93 (VI-2)). Et cette sécurité privée soulève des questions inédites. *Ad intra :* ne faut-il pas l'accord de tous les occupants pour installer un dispositif électronique de fermeture dont l'effet sera, par le secret, d'entraver l'accès des tiers, qui est tout de même une liberté pour chaque habitant ? V. un essai légal de discipline dans les immeubles en copropriété, l. 10 juill. 1965, a. 26-1 s. *Ad extra :* la mise en place de pièges automatiques n'engage-t-elle pas la responsabilité des occupants envers les intrus, innocents ou même coupables ? Jusqu'où va l'inviolabilité du domicile ? Cf. sur le sentiment d'insécurité, Ph. Robert et M.-L. Pottier, *R. fr. de science politique,* 1997, 630, 707.

[142] THÉORIE JURIDIQUE

a) *Clôture forcée.* — La doctrine voit fréquemment dans l'obligation de l'a. 663 une institution de police urbaine : il s'agirait de faire disparaître les terrains vagues, refuges des rôdeurs (cf. Planiol-Picard, n° 445). Mais, s'il en était ainsi, l'obligation devrait être d'ordre public, alors que, selon les arrêts, les voisins peuvent licitement renoncer à en réclamer l'exécution (Req. 9 août 1853, D. 54, 1, 82 ; Req. 10 juin 1874, D. 75, 1, 165). V. une critique pénétrante de la doctrine classique dans Fréjaville, *La clôture forcée,* D.H. 1934, chr. 77, qui analyse la clôture forcée comme une obligation de voisinage, et en tire cette conséquence qu'elle ne doit pas être appliquée avec rigueur, mais doit être tempérée par le respect des usages et des règles de bienséance qui s'imposent entre voisins.

b) *Action en bornage.* — Elle tend exclusivement, dit un arrêt (Civ.[3] 21 nov. 1984, D. 85, *I.R.,* 396), à fixer la ligne divisoire entre les fonds, cf. A. Robert, D. 97, Somm. 17, étude approfondie sur la portée du procès-verbal d'abornement. D'où la conséquence qu'elle n'interrompt pas la prescription acquisitive, faute d'apporter au possesseur une contradiction directe (Civ.[3] 10 oct. 1978, *R.T.,* 79, 400 ; cf. a. 2244). En d'autres cas, cependant, il a été jugé qu'il y avait bien eu interruption (Civ.[3] 5 oct. 1977, D. 78, *I.R.,* 89), sans doute parce que le demandeur tendait aussi à obtenir une rectification de frontières. Question de fait ? Le jugement sur la ligne divisoire n'a pas autorité de chose jugée sur la propriété, (Civ.3 28 oct. 1992, *Bull.,* n° 282).

c) *Mitoyenneté.* — On s'est interrogé sur sa *nature.* Personne ne soutient plus la théorie ancienne (v. encore au début du XIX^e^ s., Toullier, II, n° 183), selon laquelle le mur étant supposé coupé en deux dans son épaisseur par une ligne idéale, chacun des deux voisins aurait été propriétaire exclusif de la moitié sise de son côté et sur son terrain. De l'avis général, tous les deux ont des droits sur les deux moitiés du mur. Il reste vrai, cependant, que chacun use du mur de son côté comme s'il lui était propre et ne peut pas en user du côté du voisin (v. aussi a. 657). La controverse moderne va dans une autre direction : la mitoyenneté peut-elle être une servitude, comme le suggérerait sa place dans le C.C. ? La Cour de cassation (Civ.[3] 20 juill. 1989, *Bull.,* n° 173, D. 89, *I.R.,* 245, *R.T.,* 90, 686, n. Zénati) a très clairement écarté la notion de servitude : la mitoyenneté est un droit de propriété dont deux personnes jouissent en commun. C'est une analyse très personnaliste... En doctrine, l'opinion qui prévalait n'était pas, au fond, très différente, mais elle y mettait une touche plus matérialiste, en analysant la mitoyenneté comme un cas – le plus typique – de copropriété forcée et perpétuelle : Demolombe, XI, n^os^ 308, 425 ; Aubry et Rau, II, § 222 ; Planiol-Picard, n° 298 ; Beudant-Voirin, n° 364 ; Choteau, Nature juridique de la mitoyenneté et incidences sur les modes d'acquisition, *J.C.P.,* 1953, 1, 1125. On a essayé parfois, néanmoins, de trouver un sens à la classification légale. La servitude, selon Beudant-Voirin (n^os^ 368 s.), se rencontrerait à l'origine de la mitoyenneté, l'obligation de céder la mitoyenneté au voisin serait une servitude (légale) grevant la propriété du mur séparatif. Pardessus, lui (*Servitudes,* I, n° 143), avait aperçu la servitude dans l'obligation pour les copropriétaires de demeurer à perpétuité dans l'indivision (contre la liberté de l'a. 815). Peut-être vaudrait-il mieux remarquer que la copropriété de chacun est au *service* de la copropriété de l'autre. A moins que l'on ne préfère reconnaître que le C.C., au titre des servitudes, traite des rapports de voisinage dans leur ensemble, lors même qu'ils ne s'analysent pas techniquement en servitudes. La qualification de servitude pourrait entraîner des conséquences particulières (ex. possibilité de l'acquisition par destination du père de famille ; rejet de la prescription de dix à vingt ans ; cf. *infra,* n° 152). On paraît d'accord pour écarter ces conséquences (cf. Choteau, *loc. cit., in fine*), parce que, même si l'on découvre dans la mitoyenneté des aspects de servitude, elle n'est pas uniquement servitude. — Quant à la *cession forcée de mitoyenneté,* il est classique de lui attribuer une nature mixte, participant de la vente et de l'expropriation (v. Planiol-Picard, n° 317). Ce n'est pas tout à fait cela, cependant, car l'acquéreur de mitoyenneté ne se borne pas à acheter un bien, il contracte aussi des engagements pour l'avenir, l'engagement d'entretenir désormais le mur à frais communs. L'opération ressemble à une société forcée. En tout cas, parce que le cédant n'est pas libre de ne pas céder, il n'est pas tenu de la garantie des vices cachés (cf. Civ.[3] 2 oct. 1980, D. 81, *I.R.,* 234, n. A. Robert).

Des a. 661 et 663, on a tiré une théorie de la mitoyenneté née ou *mitoyenneté de naissance* (Bredin, *R.T.,* 69, 359 ; Barnicaud, *J.C.P.,* 70, 2, 16412). Il y a *mitoyenneté*

d'acquisition dans le cas de l'a. 661 : le constructeur a édifié le mur à la limite extrême de son fonds ; le mur a donc d'abord été privatif. Il y a *mitoyenneté de naissance* quand le constructeur, comme il advient assez souvent, pour clore les deux héritages, édifie le mur à cheval sur la ligne séparative. Le mur est d'emblée mitoyen, et le constructeur a seulement, mais dès l'origine, une créance contre son voisin aux fins de le faire participer à la dépense (sous déduction du prix de la moitié du sol). Cette créance est cristallisée une fois pour toutes au jour de la construction, la l. 17 mai 1960 n'ayant pas prévu de revalorisation dans l'a. 663 (en ce sens, Paris, 5 déc. 1968, *G.P.*, 69, 1, 42, dont Civ.[3] 7 janv. 1971, *J.C.P.*, 71, 2, 16696, n. Goubeaux, a approuvé la solution, mais sans s'approprier la théorie). Le maniement de la distinction ne sera pas toujours aisé : fréquemment, on ignore ce qui s'est passé à l'origine, si le constructeur a construit chez lui ou par enjambement de frontière.

PRATIQUE JUDICIAIRE

[143] a) *Constructions empiétant sur le terrain d'autrui.* — Il arrive qu'un propriétaire s'étant trompé sur les limites exactes de son fonds (à quoi sert la publicité foncière ?), le bâtiment qu'il fait édifier empiète un peu, parfois de quelques centimètres, sur la propriété contiguë. La jurisprudence a parfois traité l'empiétement selon les règles de l'a. 555 (cf. *infra,* n[os] 213, 216) : c'est-à-dire qu'en supposant la bonne foi du constructeur – et celle-ci peut être fondée sur des erreurs de contenance qui font de l'acte d'acquisition un titre putatif (cf. *infra,* n° 199) – le voisin ne pourrait exiger la démolition et serait contraint de devenir propriétaire par accession, à charge d'indemnité, d'un bout de construction encastré dans le bâtiment d'autrui. V. Civ.[1] 4 mai 1959, *J.C.P.*, 60, 2, 11409 ; Civ.[3] 8 oct. 1974, D. 75, 431, *J.C.P.*, 75, 2, 17930. Mais il semble qu'il n'y ait jamais eu là que des solutions d'espèce, pour des emprises qui n'étaient pas d'insignifiantes encoches. Il arrive que les arrêts se placent sur le terrain de la responsabilité : l'empiétement suffit à caractériser la faute, Civ.[3] 10 nov. 1992, D. 93, Somm., 305, *R.T.*, 93, 850, n. Zénati, Civ.[1] 25 mars 1997, D. 98, Somm. 59, et la démolition sera la réparation en nature la plus adéquate. Mais qu'est-il besoin d'un détour par l'a. 1382 ? La solution se trouve plus directement, plus philosophiquement aussi, dans le respect du droit sacré de la propriété (qu'invoquait déjà Civ. 22 avr. 1823, S. chr.), dans une application strictement orthodoxe de l'a. 544 (droit absolu du propriétaire de la surface) et de l'a. 545 (pas d'expropriation pour utilité privée) : Civ.[1] 21 nov. 1967, D. 68, 134 ; Civ.[3] 21 nov. 1969, D. 70, 426 ; Civ.[3] 18 avr. 1985, D. 86, *I.R.*, 198 (qui repousse plusieurs objections, la bonne foi du constructeur, la disproportion du remède, l'absence de protestation pendant la construction) ; Civ.[3] 20 juill. 1988, *G.P.*, 88, 2, Pan. 253 (l'absence de faute du constructeur ne l'excuse pas) ; Civ.[3] 7 juin 1990, D. 91, Somm. 323, n. Aubert (le droit de demander la démolition est discrétionnaire, insusceptible d'abus) ; Civ.[3] 5 juin 1991, *J.C.P.*, 91, 4, 307 (cf. Périnet-Marquet, *J.C.P.*, 92, 1, 3581, I) ; Civ.[3] 18 févr. 1998, *J.C.P.*, 98, 4, 1809 (qui repousse l'interférence, alléguée par le constructeur, des règles de la mitoyenneté) ; Civ.[3] 16 déc. 1998, *J.C.P.*, 99, 4, 1257 ; Versailles, 9 mai 1996, D. 97, Somm. 58. V. encore, pour la violation d'une servitude *non altius tollendi,* Civ.[3] 4 oct. 1989, D. 91, Somm. 26, n. A. Robert, *R.T.*, 90, 682, n. Zénati. Le désastre est alors pour le bâtisseur ; même de bonne foi, il sera condamné à démolir le pan de bâtiment qui empiète, ce qui, de proche en proche, risque de faire crouler l'ensemble. N'est-ce pas aller

contre l'idée sociale, économique, de la conservation des valeurs (cf. *infra,* n° 216, Économie politique, Politique législative) ? En fait, la partie qui a obtenu le jugement ordonnant la démolition hésitera à en poursuivre l'exécution. Elle choisira plutôt de négocier à prix d'or la vente de sa bande de terrain ; le constructeur se retournera contre l'architecte et le géomètre, ceux-ci contre leurs assureurs, ce qui dilue en définitive les inconvénients. En droit, la solution à laquelle s'est arrêtée la Cour de cassation a le mérite d'un attachement candide (et devenu rare) au droit de propriété (cf. A. Robert, D. 91, Somm. 308). Toutefois, ce droit est susceptible d'abus et l'on pourrait soutenir, eu égard au principe inscrit à l'a. 1142 (cf. t. IV, n° 372), qu'il y a abus à exiger que l'atteinte au droit soit réparée en nature plutôt qu'en argent (en ce sens, Cour de cass. belge, 10 sept. 1971, *Bull. Cass.*, 1972, 28, n. W. G. ; mais ce compromis semble condamné par Civ.[3] 20 janv. 1988, *J.C.P.*, 88, 4, 115). Faut-il compter sur la prescription trentenaire pour éteindre tout contentieux ? Si l'empiétement est léger, imperceptible, la victime de l'usurpation sera tentée d'alléguer que la possession de l'usurpateur, malgré sa matérialité, est psychologiquement clandestine (cf. *supra,* n° 120). S'il est imperceptible, il est vrai, ne pourrait-on le tenir pour nul ? *Parum pro nihilo* est une règle de raison (cf. *Flexible droit,* 1998, 81, p. 72 s.), mais elle n'a pas trouvé grâce devant Civ.[3] 8 févr. 1989, *J.C.P.*, 89, 4, 133, ni devant Civ.[3] 7 nov. 1990, D. 91, Somm. 308.

[144] b) *Acquisition forcée de mitoyenneté.* — Ce mécanisme, symétrique de la cession forcée, n'a pas été prévu par le C.C. : c'est par un raisonnement qu'il est entré dans le droit positif. Lorsque le voisin a, sans droit, appuyé des constructions sur le mur privatif, il est clair que le propriétaire de ce mur a le droit de demander en justice qu'il soit mis fin à ce qui est une usurpation. A moins que celle-ci n'ait duré trente ans, auquel cas la mitoyenneté serait acquise par prescription : Cov.[1] 10 mai 1965, D. 65, 820, *J.C.P.*, 65, 2, 14367 ; Civ.[3] 8 déc. 1971; *G.P.*, 72, 2, 492, *R.T.*, 72, 618 ; Civ.[3] 7 oct. 1980 (acquisition pour partie), D. 81, *I.R.*, 234 (on pourrait, il est vrai, esquisser l'objection que la possession alléguée est clandestine par hypothèse, se déroulant de l'autre côté du mur de la vie privée). A supposer qu'il n'y ait pas de prescription accomplie, le propriétaire du mur privatif est fondé à demander la démolition de l'ouvrage illicite (Civ. 22 janv. 1900, S. 03, 1, 751 ; un doute, cependant : ne pourrait-il y avoir abus du droit à le demander ?). Pour éviter d'avoir à démolir, le voisin se trouve obligé d'acquérir la mitoyenneté: Civ.[3] 9 juin 1982, *G.P.*, 82, 2, Panor., 358. Il se peut d'ailleurs que le propriétaire réclame une indemnité pour le préjudice qu'il a subi, et cette indemnité sera pratiquement égale au prix de la mitoyenneté : Req. 9 mai 1939, D.H. 39, 388. Une argumentation plus gracieuse pourrait conduire à la même conclusion : l'emprise réalisée sur le mur contenait une offre tacite d'en acquérir la mitoyenneté, et le contrat de cession s'est noué par la demande d'indemnité du propriétaire. — Il arrive que le voisin, ayant construit à l'extrême limite de la frontière, se serve du mur privatif comme d'un mur de fond (protégeant son local de l'air, des intempéries, etc.), mais sans prendre aucun appui sur lui. Ce n'est pas assez pour le contraindre à acquérir la mitoyenneté : Civ.[3] 8 mars 1972, *J.C.P.*, 72, 2, 17248 ; Civ.[3] 18 févr. 1987, D. 88, Somm. 16, n. A. Robert, 17. Ces espèces font la transition avec une hypothèse où l'utilisation du mur peut sembler plus immatérielle encore : le mur, pratiquement, ne fait que contribuer à clore le fonds du voisin. Même dans les villes et faubourgs, où la clôture est obligatoire (a. 663), la Cour de cassation n'a pas admis que le constructeur

pût imposer à l'autre l'acquisition de la mitoyenneté : Req. 25 juill. 1929, D. 29, 1, 29 ; Civ.[3] 9 juill. 1984, D. 85, 409, *R.T.*, 85, 740 ; Civ.[3] 30 juin 1992, *Bull.*, n° 235. Il peut, avant le commencement des travaux, lui demander de participer aux frais de la clôture commune et l'y obliger en cas de refus ; mais il ne saurait, après coup, prétendre l'associer de force à ce qu'il avait entrepris de sa propre autorité.

[145] c) *Présomption de mitoyenneté.* — La présomption des a. 653, 666 ne doit pas être appliquée d'une manière aveugle. Elle est hors de cause là où les circonstances de fait démentent la considération qui lui sert de fondement : savoir, que les deux voisins avaient un égal intérêt à élever le mur. C'est pourquoi les *murs de soutènement* sont présumés en général appartenir privativement au propriétaire du fonds supérieur, Civ. 13 févr. 1939, *G.P.*, 39, 1, 709 ; Civ.[3] 15 juin 1994, *Bull.*, n° 125. On ne saurait objecter sérieusement qu'ils protègent aussi la propriété d'en bas contre les éboulements, car ceux-ci seraient sous la responsabilité d'en haut (cf. trib. Tours, 10 juill. 1980, D. 81, *I.R.*, 513). Mais un même mur peut remplir simultanément une autre fonction que de retenir la terre, auquel cas, il sera pour partie mitoyen : Civ.[3] 4 janv. 1995, D. 95, Somm. 193. — Civ. 24 oct. 1951, D. 51, 772 : la présomption est neutralisée quand il est démontré que l'un des deux bâtiments a été construit avant l'autre, car, *au moment où le mur a été élevé,* il ne présentait d'intérêt que pour un seul des deux copropriétaires. — Civ.[3] 10 avr. 1973, *Bull.*, n° 271 ; Civ.[3] 6 juill. 1976, *Bull.*, n° 299 : la présomption tombe, plus généralement, en présence de titres, dont les juges du fond ont à apprécier souverainement le sens et la portée – Civ.[3] 19 avr. 1989, *Bull.*, n° 87 : à défaut de preuve par titre, présomption légale ou prescription, des présomptions simples pourraient encore être invoquées pour établir la mitoyenneté. – La mitoyenneté, en tout cas, est verticale : il n'y a pas de présomption de mitoyenneté concevable pour le plafond séparant le rez-de-chaussée du premier dans un immeuble divisé par étages, Civ.[3] 8 juin 1988, *Bull.*, n° 107, *R.T.*,90, 113.

[146] 2 / Les servitudes

La *servitude* (servitude *réelle* parce qu'elle concerne essentiellement les choses, non les personnes ; servitude *prédiale,* parce qu'elle est relative aux fonds, aux immeubles, *praedia*) peut être définie, à partir de l'a. 637, comme une charge imposée à un immeuble *(fonds servant)* pour le service d'un immeuble voisin *(fonds dominant),* qui appartient à un autre propriétaire. Une charge – c'est-à-dire une obligation qui pèse sur tous les propriétaires, présents et à venir, du fonds servant : l'obligation de ne pas exercer chez eux certaines des prérogatives inhérentes au droit de propriété (*servitude négative* ; ex. servitude de ne pas bâtir, afin que la maison voisine ne soit pas privée d'air et de lumière) ou, à l'inverse, l'obligation de laisser exercer chez eux certaines de ces

prérogatives par les propriétaires, présents et à venir, du fonds dominant (*servitude positive* ; ex. servitude de passage ou de puisage). Dans toute cette matière, le législateur de 1804 a été hanté par le souvenir récent de la féodalité abolie, et il a tenu à souligner dans l'esprit de la Révolution, que l'existence d'une servitude n'impliquait aucune infériorité sociale, aucune vassalité du propriétaire du fonds servant (a. 638).

L'a. 639 annonce la distinction de trois espèces de servitudes : les *servitudes dérivant de la situation des lieux* (a. 640 s.), les *servitudes légales* (a. 649 s.), les *servitudes établies par le fait de l'homme* (a. 686 s. ; le fait de l'homme est quelque chose de plus large que la convention, ou même que la volonté privée ; c'est notamment la prescription acquisitive). Quoique cette classification ait été souvent critiquée et qu'il soit permis de considérer, en effet, que le C.C. a traité, à propos des deux premières catégories, de questions étrangères à la notion propre de servitude (ex. a. 647, du droit de se clore, attribut de la propriété ; a. 655, de l'entretien du mur mitoyen, régime d'une copropriété), on comprend assez facilement qu'il ait voulu présenter dans un tableau d'ensemble l'organisation des rapports de voisinage, quelle qu'en fût la nature. Aussi bien, l'idée spécifique de la servitude – l'idée d'une charge imposée à un immeuble pour le service d'un immeuble voisin – n'est jamais tout à fait absente des situations que le Code a réglementées à cet endroit ; si la charge est virtuellement réciproque, cela n'empêche pas que, pratiquement, elle n'entre en jeu que de façon unilatérale, au profit de l'un des deux fonds seulement et à l'encontre de l'autre. Ex. l'a. 647 a pour corollaire l'a. 663 : le propriétaire qui veut se clore a une action pour contraindre son voisin à participer aux frais ; il peut lui en imposer la charge ; à cet égard, il est fonds dominant. Ou encore : le sens général de la mitoyenneté est que le propriétaire d'un mur peut être obligé de supporter, sous certaines conditions (a. 661 et 657, combinés), que le voisin s'en serve de son côté.

Ce qui atteste, d'ailleurs, une certaine unité de la notion de servitude, c'est que dans les trois catégories visées par l'a. 639, se retrouve le même caractère juridique d'*accessoire.* Toute servitude apparaît, activement et passivement, comme une manière d'être, une qualité de l'un et de l'autre fonds ; donc, par rapport à eux, comme un accessoire inséparable. Le *droit* constitué par la servitude est vendu, saisi, hypothéqué avec le fonds dominant, et ne pourrait l'être indépendamment de lui. La *charge* constituée par la servitude se transmet aux propriétaires successifs du fonds servant et ne pourrait être assumée par d'autres.

A ce caractère d'accessoire se rattachent deux corollaires : 1° *La perpétuité* (à l'instar de la propriété et à la différence de l'usufruit) : la

servitude a vocation à durer aussi longtemps que les deux fonds (sauf cause [exceptionnelle] d'extinction, a. 703 s.) ; 2° *La réalité* : activement, la servitude est un *droit réel* (immobilier, a. 526) ; passivement, c'est une *charge réelle,* qui grève, non pas (comme une dette ordinaire, a. 2092) l'ensemble des biens du propriétaire du fonds servant, mais seulement le fonds servant, et même, plus précisément, la partie du fonds servant sur laquelle doit s'exercer la servitude (avec cette conséquence pratique, que le propriétaire intéressé pourrait s'affranchir de toute obligation résultant de la servitude par le *déguerpissement,* c'est-à-dire en faisant *abandon* à l'autre de la portion d'immeuble correspondante).

[147] 1 | LES SERVITUDES DÉRIVANT DE LA SITUATION DES LIEUX

Les plus typiques dérivent d'une différence d'altitude entre les deux fonds voisins. L'idée générale (plus visible dans le texte de 1804, avant que la l. 8 avr. 1898 ne l'ait grossi de dispositions adventices sur le régime des eaux ; cf. *supra,* n° 135) est celle d'un assujettissement du fonds d'en bas au fonds d'en haut (dominant, au sens plein du terme). Le fonds inférieur est assujetti à recevoir toutes les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur (a. 640) ; à l'inverse, il est assujetti à se contenter des eaux qui restent après satisfaction des besoins de ce fonds (du moins, est-ce le principe ; a. 642 s.).

Les servitudes dérivant de la situation des lieux se distinguent des servitudes légales en ce qu'elles résultent d'une situation naturelle et de la force des choses (du droit naturel), non pas d'une disposition plus ou moins arbitraire du législateur. La conséquence de cette nécessité est qu'elles ne peuvent, à la différence des servitudes légales, donner lieu à indemnité au profit des fonds assujettis.

[148] 2 | LES SERVITUDES LÉGALES

L'a. 649 les sépare en deux classes : *servitudes légales d'intérêt public,* et *d'intérêt privé.* Les premières (ex. a. 650, où il faut voir avant tout des restrictions apportées au droit de propriété, relèvent du droit administratif (v. *infra,* n° 219). Les secondes seules entrent dans le

champ de notre étude (a. 651). Elles sont, du reste, assez variées : tantôt *unilatérales,* lorsque chacun des deux fonds se détache dès le principe, soit comme fonds dominant, soit comme fonds servant ; tantôt *réciproques,* chacun des deux fonds ayant, au départ, indifféremment vocation à jouer l'un ou l'autre rôle.

▶ *Des servitudes légales unilatérales*

Leur trait caractéristique est de donner lieu à une indemnité au profit du propriétaire du fonds servant ; ce qui s'explique, car elles s'analysent, somme toute, en une véritable expropriation pour cause d'utilité privée (cf. *supra,* n° 129). Dans le C.C. est réglementée l'hypothèse type, la servitude de *passage en cas d'enclave,* sur le modèle de laquelle d'autres servitudes ont été organisées par les *lois spéciales.*

a) *Servitude de passage en cas d'enclave (a. 682 s.)*

Quand un fonds se trouve enclavé, c'est-à-dire n'a pas d'accès à la voie publique, ou n'y a qu'un accès insuffisant eu égard aux besoins, il bénéficie d'un droit de passage sur les terrains voisins à travers lesquels la route ou la rue peut être atteinte. La nécessité crée ici le droit, et dès que la nécessité a cessé, le droit s'éteint (a. 685-1). Les besoins du fonds sont entendus largement : ils comprennent non seulement les besoins d'une exploitation agricole, industrielle ou commerciale, mais ceux de la vie courante ; non seulement les besoins actuels de l'immeuble déjà en place, mais les besoins virtuels d'une construction en projet.

Condition préalable : l'enclavé ne doit pas s'être enclavé lui-même (lui ou les propriétaires antérieurs, de qui il tient ses droits) : par ex. ils ont aliéné imprudemment des terrains qui leur donnaient accès à la voie publique. Cette origine volontaire mise à part, la servitude doit être reconnue, par la seule force de la loi, partout où il existe un état d'enclave. Elle grève dès ce moment, d'une manière virtuelle et diffuse, tout ce qui sépare le fonds enclavé de la voie publique. Mais, pour devenir actuelle et précise, elle requiert un aménagement, qui peut être l'œuvre soit d'une convention, soit (à défaut d'entente) d'un jugement. Cet aménagement conventionnel ou judiciaire a un double objet :

1° Fixer l'*assiette* du passage (aussi est-il soumis à la publicité foncière). Pour le tracé de l'itinéraire, le C.C. pose des critères à l'intention des juges (lorsque les parties n'ont pu s'accorder). Le critère essentiel est celui du moindre dommage (a. 683, al. 2) ; le critère sim-

pliste de la brièveté du trajet n'intervient, malgré les apparences (a. 683, al. 1), que secondairement, pour décider entre deux parcours également dommageables aux fonds parcourus. *A priori,* le passage doit être cherché sur des terrains ouverts et nus, plutôt qu'au travers d'enclos et surtout de bâtiments ; néanmoins, il peut en être autrement, s'il est nécessaire (le propriétaire du fonds dominant recevra alors une clé de l'enclos ou du bâtiment assujetti). Un critère d'imputabilité peut d'ailleurs neutraliser les précédents (a. 684) : si l'état d'enclave résulte d'un acte juridique auquel a participé l'un des propriétaires voisins, ou son prédécesseur (ex. il a acheté séparément la portion de terrain bordant la voie publique), c'est sur lui que doit être pris le passage, et non sur les autres, étrangers à l'opération. Enfin, un dernier critère : l'habitude, consolidée en prescription acquisitive (a. 685, al. 1).

2° Régler *l'indemnité* due au fonds servant. Cette indemnité, qui peut consister soit dans un capital payé une fois pour toutes, soit dans une redevance annuelle, doit être mesurée sur le préjudice effectif qu'occasionne au propriétaire du fonds servant l'exercice de la servitude (a. 682). Le droit de la réclamer se prescrit par 30 ans (a. 685, al. 2).

b) *Servitudes établies par des lois spéciales*

Ex. un propriétaire peut, pour irriguer ses terres, faire passer un *aqueduc* sur les fonds voisins (C. Ru., a. l. 152-14) ; la délivrance d'un permis de construire par l'administration peut être subordonnée à la création, sur les terrains voisins, de servitudes de ne pas construire ou de ne pas dépasser une certaine hauteur en construisant (servitudes de *cours communes,* qui existent virtuellement en vertu de la loi, mais qui nécessitent, pour leur mise en œuvre, soit une convention, soit un jugement, C. Urb., a. R. 451-1 s.). Les propriétaires des fonds bénéficiant de ces servitudes doivent une indemnité aux propriétaires de fonds servants.

[149] ▶ *Servitudes légales réciproques*

Leur caractère réciproque a fait souvent douter qu'elles fussent de véritables servitudes : elles représentent, dit-on volontiers, le droit commun de la propriété foncière, alors qu'une servitude devrait se définir comme une dérogation au droit commun. C'est parce qu'elles

représentent un droit commun que leur exercice ne peut donner lieu à indemnité au profit du fonds servant (d'où une différence visible avec les servitudes légales unilatérales).

Les servitudes les plus typiques de cette catégorie concernent les *distances* que doit observer chacun des propriétaires voisins, soit pour faire des *constructions* ou *plantations* sur son terrain, soit pour ouvrir des *vues* ou des *jours* dans ses bâtiments. Ce sont des servitudes négatives, qui traduisent l'idée d'un espacement nécessaire entre les hommes, nécessaire à la paix de tous.

a) *Constructions et plantations*

1° *Constructions.* — Un propriétaire peut, en principe, construire à l'extrême limite de son fonds. Cependant, pour certaines constructions, puits, fosses d'aisances, cheminées, etc., dont le voisinage immédiat peut être dommageable, des règlements administratifs ou des usages locaux (à défaut, le juge) peuvent lui imposer de respecter des distances, ou d'élever à ses frais des ouvrages protecteurs, des contremurs (a. 674). Quoique le texte *(in fine)* semble n'avoir en vue que l'intérêt du voisin (c'est-à-dire la protection d'un mur appartenant en propre à celui-ci, ou d'un mur mitoyen), les distances ainsi prescrites le sont parfois aussi dans un intérêt public (ex. pour les cheminées, il s'agit d'empêcher la propagation des incendies) ; dans ce cas, elles sont applicables même quand le mur séparatif appartient exclusivement au propriétaire qui veut faire la construction dangereuse.

2° *Plantations.* — Sauf pour les cultures en espaliers (a. 671, al. 2, 3), qui sont possibles à la limite même des fonds, tout contre le mur séparatif (du moins si celui qui plante est propriétaire exclusif du mur, ou copropriétaire en mitoyenneté) – il faut, en principe, pour les plantations, observer certaines distances, car la proximité des arbres peut être pour les voisins une source d'incommodité (ombre, chute des feuilles, pénétration des racines, etc.). Il convient d'abord d'appliquer les usages locaux, s'il y en a (dans les banlieues « pavillonnaires » de la région parisienne, la coutume admet les plantations à l'extrême limite des jardins). A défaut d'usages, l'a. 671, al. 1, pose une règle forfaitaire : pour un arbre de plus de deux mètres de haut, le minimum de distance est de 2 mètres ; pour un arbre de taille inférieure, il est de 0,50 m. La sanction est dans l'a. 672 : arrachage ou, pour un arbre de plus de deux mètres, réduction à cette hauteur. Le propriétaire de l'arbre peut, d'ailleurs, avoir acquis le droit de le conserver à une distance moindre que la distance coutumière ou légale (a. 672, al. 1, *in*

fine), par titre (ex. convention passée avec le voisin), destination du père de famille (cf. *infra,* n° 153) ou prescription trentenaire : il existe alors, au profit de son fonds, une servitude du fait de l'homme, qui vient neutraliser la servitude légale dans laquelle le fonds voisin apparaissait comme fonds dominant.

[150] b) *Vues et jours*

Les *vues* sont des fenêtres libres, susceptibles d'être ouvertes, donnant passage tout à la fois à la lumière et à l'air, tandis que les *jours* (de souffrance = de tolérance) sont des fenêtres qui ne peuvent s'ouvrir, qui ne laissent donc passage qu'à la lumière (a. 676). Aux fenêtres libres doivent être assimilés à plus forte raison les balcons et les terrasses. Les vues sont, pour le voisin, plus gênantes que les jours, parce qu'elles permettent de jeter chez lui non seulement les regards, mais bien d'autres choses. D'où des règles différentes : 1° Les *vues* ne peuvent être pratiquées que dans un mur situé à une certaine distance du fonds voisin (a. 678 s.) : 1,90 m ou 0,60 m, selon que la vue est droite ou oblique (le torticolis tue la curiosité) ; 2° Les *jours* peuvent être pratiqués dans un mur situé à la limite extrême des deux fonds (a. 676), mais seulement par le propriétaire *exclusif* de ce mur (a. 675). Encore faut-il qu'il les pratique assez haut (a. 677) au-dessus de son plancher pour s'enlever l'envie d'aller y voir.

Le propriétaire peut, d'ailleurs, s'il a ouvert des vues ou des jours à une distance moindre que la distance légale, acquérir par la prescription de trente ans une servitude du fait de l'homme (dite servitude de vue ou de jour) qui vient neutraliser la servitude légale de distance.

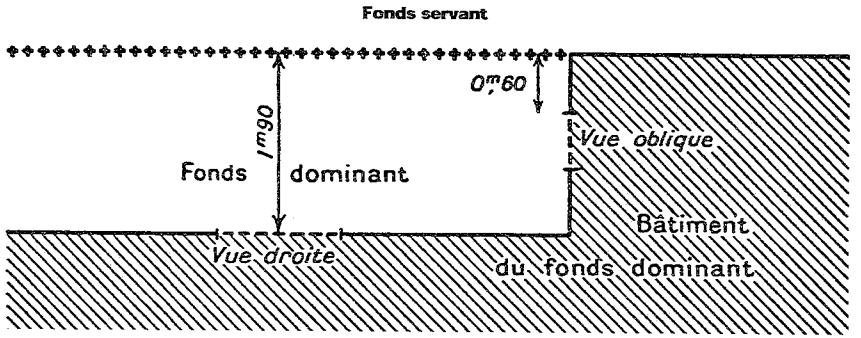

Fig. 3. — Vues droites et obliques (a. 678 s.)

Enfin, il n'est pas tenu d'observer les normes légales, lorsqu'il dispose déjà d'une servitude de passage sur le fonds voisin, ce qui rendrait assez vaine la protection que l'on voudrait donner à l'intimité de celui-ci au nom des a. 678 et 679 (v. l. 30 déc. 1967).

[151] 3 | LES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME

D'une manière plus détaillée et plus souple, les rapports de voisinage, entre propriétés bâties ou non bâties (cf. a. 687), peuvent être aménagés par des servitudes résultant de l'initiative privée, du fait de l'homme. C'est une individualisation du droit de voisinage. Le fait de l'homme, expression générique, recouvre plusieurs *modes d'établissement* des servitudes. Par quelque mode qu'elles aient été établies, les servitudes du fait de l'homme sont, d'ailleurs, soumises aux mêmes règles quant à leur *exercice* et à leur *extinction.*

▶ *Modes d'établissement des servitudes*

Il en est trois : le *titre,* la *prescription* et la *destination du père de famille.* Mais le titre est le mode principal : celui qui a le plus large domaine d'application, et aussi celui qui a valeur de principe. A de certains égards, la prescription et la destination du père de famille, agissent, autant que comme modes indépendants, comme des présomptions de l'existence d'un titre.

a) *Le titre*

L'a. 695, qui contribue à éclairer les a. 690 s., montre qu'en matière de servitude, il existe des titres de deux sortes : *constitutifs* et *recognitifs.*

— Le *titre constitutif* est un acte juridique, manifestation de volonté créatrice d'effets de droit. Le plus ordinairement, une convention entre deux propriétaires voisins : l'un vend (ou fait donation) à l'autre d'une servitude sur son propre fonds. Plus rarement, un testament, par lequel lègue au propriétaire d'un fonds voisin une servitude à démembrer de l'immeuble qui sera dévolu aux héritiers. La convention qui établit une servitude est soumise, pour sa preuve, au droit

commun des a. 1341 s. La preuve ne pourrait se faire, notamment, par l'aveu du propriétaire du fonds servant. Il faut insister sur ce point, car la jurisprudence avait admis autrefois le contraire, se contentant même de l'aveu tacite, qui résultait de l'absence de protestation de l'intéressé.

En tant qu'acte translatif de propriété immobilière, la convention de servitude ne sera opposable au tiers acquéreur du fonds servant que si elle a été soumise à la publicité foncière (ou encore si ce tiers a pu en avoir connaissance par une mention dans son propre titre d'acquisition).

— Le *titre recognitif* est un écrit qui n'est pas créateur d'une servitude nouvelle, mais reconnaît l'existence d'une servitude ancienne dont le titre constitutif n'a pas été retrouvé. A condition d'émaner du propriétaire du fonds servant, il suppléera le défaut de convention actuelle. En fait, il pourra jouer le rôle de preuve que la Cour de cassation n'accorde plus à l'aveu. L'a. 695 paraît renvoyer à l'*acte* recognitif de l'a. 1337, mais il s'en sépare dans l'application.

Directement ou indirectement, les deux sortes de titre tirent leur force de l'*autonomie de la volonté,* ce qui explique leur portée générale, leur indifférence à la discontinuité ou à la non-apparence des servitudes, dont doivent tenir compte les autres modes d'établissement. Telles servitudes que bon leur semble, déclare l'a. 686. Au-delà des catégories traditionnellement définies, des servitudes nommées (ex. passage, puisage, pacage, *non aedificandi, altius non tollendi*), les parties sont libres d'établir des combinaisons nouvelles, à condition de respecter, outre les exigences générales de l'ordre public, deux exigences propres à la matière et inhérentes à la notion même de la servitude, qui est un rapport entre deux fonds.

1° *La servitude doit être imposée au fonds et non à la personne.* — Si la règle vient techniquement du Droit romain, elle a dans le C.C. une pointe politique, dirigée contre toute restauration des corvées féodales. Ce n'est pas à dire que l'on ne puisse, par convention, mettre des services personnels (par ex. des charrois, des labours) à la charge d'un voisin qui y consent. Mais ce ne pourra se faire que sous la forme d'un droit de créance (résultant d'un contrat de travail ou d'un contrat d'entreprise), et ce droit de créance sera nécessairement limité dans le temps (cf. a. 1780, al. 1), tandis qu'une servitude serait perpétuelle et passerait aux propriétaires successifs du fonds servant. Par là est sauvegardée la liberté individuelle.

Le *principe* est donc que l'activité de l'homme ne peut faire l'objet d'une servitude *(servitus in faciendo consistere nequit)*. Ex. les services d'une scierie ne pourraient être mis, sous forme de servitude, à la disposition du propriétaire d'une forêt. Toutefois, il peut être valablement stipulé (a. 698) que le propriétaire du fonds servant assurera lui-même, à ses frais, les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude (ex. entretiendra le chemin par où s'exerce le passage) : c'est que son activité ne constitue pas alors l'objet principal de la servitude, mais seulement un accessoire ; au surplus, ce n'est là pour lui qu'une obligation *propter rem,* et il pourra toujours recouvrer sa liberté en abandonnant la portion de son fonds sur laquelle pèse la servitude.

2° *La servitude doit être établie en faveur du fonds et non de la personne.* — Ce qui exclut *a priori* que puisse être analysé comme servitude un droit (droit de passage, par ex.) ouvert à tous présents et à venir indépendamment de leur qualité de propriétaires de fonds voisins. Mais le principe signifie encore, plus rigoureusement que, par son objet, le droit convenu soit de nature à faciliter l'usage et l'exploitation d'un fonds voisin. Ce qui explique qu'un droit de chasse ou de pêche ne puisse, en thèse générale, être établi sous forme de servitude (mais seulement sous forme de droit de créance, par un contrat de bail, qui ne pourra être perpétuel) : c'est que la chasse et la pêche ne tendent qu'au plaisir de la personne et non, ordinairement, à l'exploitation ni même à l'usage du fonds. Au contraire, la jurisprudence admet que l'on puisse constituer en servitude le droit de prendre sur un domaine voisin le bois nécessaire au chauffage d'une maison, ou bien l'interdiction de construire des immeubles à usage industriel sur un terrain entrant dans le lotissement d'un quartier résidentiel ; ou même, plus aventureusement, une clause de non-concurrence.

L'état d'indivision de l'un des deux fonds ne fait pas obstacle à ce qu'existe entre eux une servitude (arg. A. 709 s.). Au contraire, selon la jurisprudence, la division d'un immeuble en copropriété de la loi de 1965 (n° 175) est incompatible avec la création d'une servitude, soit entre parties privatives, soit d'une partie privative sur les parties communes.

[152] b) *La prescription acquisitive*

Seules peuvent être acquises par la prescription les servitudes qui sont tout à la fois continues *et* apparentes (a. 690), les a. 688 et 689 définissant ces deux qualités. Il faut pour cela une possession (utile, au sens de l'a. 2232), consistant à faire des actes d'exercice de la servitude, à se comporter comme si la servitude existait en droit. Ainsi, quand on a eu, en fait, pendant trente ans une fenêtre à une distance moindre que la distance légale, on a le droit de la conserver parce qu'on a acquis une servitude de vue. La loi n'envisage pour les servitudes d'autre prescrip-

tion que la prescription trentenaire. Arguant de son silence, les tribunaux n'admettent pas que la prescription de dix à vingt ans puisse être invoquée dans le cas où le propriétaire du fonds prétendu dominant tient, de bonne foi, son titre constitutif de servitude d'une personne qui n'était pas le véritable propriétaire du fonds servant.

Aucun délai de prescription, au contraire (a. 691), ne pourra faire acquérir une servitude de passage, fût-elle manifestée par le tracé d'un chemin (elle est bien apparente, elle n'est pas continue), ni une servitude de ne pas bâtir (elle est bien continue, elle n'est pas apparente). Si les servitudes non apparentes ne peuvent s'acquérir par la prescription, la raison en est sans doute que leur caractère généralement négatif rend inconcevable pour elles une véritable possession : que mon voisin s'abstienne de bâtir, la jouissance que j'en ai ne se traduit par aucun empiétement sur sa propriété ; c'est ce que l'a. 2232 appelle (quelque peu obscurément) un acte de pure faculté. Si les servitudes discontinues ne peuvent s'acquérir par la prescription, la raison en est sans doute que les faits de possession qui pourraient leur servir de base sont des actes isolés, peu gênants en eux-mêmes (passage, puisage, etc.), que le propriétaire du fonds prétendu servant a bien pu supporter par esprit de bon voisinage ; ce sont des actes de simple tolérance au sens de l'a. 2232. Sur ce dernier point, toutefois, l'a. 691 est partiellement tourné par la jurisprudence : elle décide que, si des actes de passage, de puisage, etc., répétés pendant trente ans, sont impuissants à fonder une servitude, ils peuvent, tout de même, faire acquérir la *propriété* ou, du moins, la *copropriété* du chemin, du puits, etc., sur lesquels ils se sont exercés, de sorte que, finalement, le propriétaire qui les a tolérés est moins protégé que dans un système où l'a. 691 n'existerait pas.

[153] c) *La destination du père de famille*

L'hypothèse est la suivante (a. 693). Une personne, propriétaire de deux immeubles voisins, établit entre eux un aménagement matériel qui supposerait une servitude si ces immeubles appartenaient à des propriétaires différents. Ex. il fait passer à ciel ouvert des conduites d'eau sur le fonds B afin d'alimenter le fonds A ; il ouvre une vue droite dans la maison A à moins de 1,90 m du jardin B. Puis, il vend l'un des deux immeubles ; ou bien il meurt, et dans le partage, chaque immeuble est attribuée à un héritier différent. Le jour où les deux propriétés cessent d'appartenir au même propriétaire, la servitude se trouve créée au profit du fonds A : l'aménagement établi vaut titre (a. 692). La cause efficiente de la servitude est, d'ailleurs, moins dans la

volonté du *pater familias* que dans son accord tacite avec son acheteur, ou dans l'accord tacite des copartageants, lors de l'acte juridique qui sépare les deux immeubles.

La destination du père de famille, ainsi comprise, a certainement le pouvoir de faire naître une servitude tout à la fois continue et apparente (a. 692 ; comme dans les exemples précités). Mais les servitudes apparentes et *discontinues* (ex. servitude de passage annoncée par une porte et un chemin) donnent lieu à une difficulté : à ne lire que l'a. 692, la destination du père de famille leur serait inapplicable ; cependant, l'a. 694 semble contredire cette opinion en exigeant seulement, sans plus mentionner la continuité, qu'il y ait entre les deux fonds un signe apparent de servitude. La jurisprudence concilie les deux textes en attribuant à chacun un champ d'application distinct.

— *L'a. 692* vise le cas où la convention (vente, partage) qui a séparé les deux immeubles ne peut être retrouvée (que la preuve en soit perdue ou qu'elle en soit dissimulée). L'absence de la convention séparative autorise les soupçons : peut-être contenait-elle une clause précisant que l'aménagement matériel des lieux n'emporterait pas création d'une servitude. Aussi la loi doit-elle ici se montrer exigeante en requérant tout ensemble apparence et continuité. On peut, en effet, admettre qu'une servitude apparente et continue constitue vraiment la manière d'être des deux fonds ; pour qu'elle cessât d'exister après la séparation, il faudrait une clause la supprimant. Donc, à celui qui nie cette servitude de produire la convention qui l'aurait supprimée.

— *L'a. 694,* à l'opposé, vise le cas où la convention séparative est représentée et ne renferme aucune stipulation contraire au maintien de la servitude (il n'est pas besoin qu'elle la maintienne expressément ; son silence suffit). La loi peut être alors plus accommodante et étendre la destination du père de famille aux servitudes discontinues, pourvu qu'elles soient apparentes. Le signe extérieur annonçant la servitude n'a pu échapper aux parties, et si elles ont néanmoins séparé les fonds sans rien mentionner à ce sujet, il est raisonnable de présumer qu'elles ont, d'un accord tacite, entendu maintenir la servitude.

[154] ▶ *Exercice des servitudes*

Le propriétaire du fonds dominant a des droits variables suivant son titre, qu'il peut y avoir lieu d'interpréter (ex. a. 696), ou suivant l'état de fait qui a conduit à l'acquisition de la servitude par prescription ou destination du père de famille. L'exercice des servitudes pré-

sente donc, d'une espèce à l'autre, une grande diversité ; il reste, cependant, toujours commandé par deux principes généraux :

1° La *réalité* de la servitude, son caractère de droit réel. Le propriétaire du fonds dominant n'est pas créancier de son voisin ; son droit porte, de façon immédiate, sur le fonds servant. Aussi peut-il, sans avoir besoin d'autorisation préalable, faire, même sur le fonds servant, tout ce qui est nécessaire à l'exercice de la servitude (a. 697). Réciproquement, le propriétaire du fonds servant n'est tenu que de laisser faire, et de supporter (a. 701, al. 1). Il n'est obligé à aucune prestation positive, sauf le cas où, par exception, il aurait, dans le titre constitutif, assumé la charge de faire les travaux accessoires sans lesquels la servitude ne pourrait être exercée (a. 698, 699).

2° La *fixité* de la servitude, qui est un corollaire de sa perpétuité. Une fois acquise, la servitude ne peut être modifiée dans son étendue : le propriétaire du fonds dominant n'a le droit de rien faire qui l'aggrave (a. 702) ; le propriétaire du fonds servant, de rien faire qui la diminue (a. 701, al. 1). Toutefois, sur ce dernier point, l'a. 701, al. 3, prévoit un tempérament : un déplacement de l'assiette de la servitude peut être imposé au propriétaire du fonds dominant, s'il n'a rien à y perdre et si le fonds servant doit y gagner (il y aurait abus du droit, de sa part, à refuser le changement). Et la jurisprudence a développé l'idée sous-jacente au texte, en acceptant d'adapter le mode d'exercice des servitudes à de nouveaux besoins des fonds dominants.

[155] ▶ *Extinction des servitudes*

Bien que perpétuelles de leur nature, les servitudes sont sujettes à des causes d'extinction accidentelles. Le C.C. (a. 703 s.) prévoit trois de ces causes, auxquelles il convient d'ajouter la renonciation. Mais, à la vérité, il en est qui ne constituent que des obstacles de fait à l'exercice de la servitude et peuvent n'être que temporaires, n'ayant pas touché le droit lui-même.

a) *Obstacles de fait*

1° Le *changement des lieux,* quand il est tel qu'on ne peut plus user de la servitude (a. 703-704) ; la servitude ne s'éteindra vraiment que par le non-usage, si l'impossibilité d'user a duré trente ans.

2° La *consolidation* (confusion, a. 705), qui peut n'être pas définitive (arg. A. 2177).

b) *Causes d'extinction proprement dites*

1° La *renonciation* (gratuite ou payée) du propriétaire du fonds dominant.

2° Le *non-usage trentenaire* (a. 706 s.). C'est l'application de la prescription extinctive aux servitudes, comme à tous les droits (a. 2262), le droit de propriété excepté. La prescription extinctive, à la différence de la prescription acquisitive (a. 691), concerne toutes les servitudes. Cependant, elle ne s'applique aux servitudes continues qu'autant que le propriétaire du fonds servant a fait un acte contraire à leur exercice, tandis qu'il suffit, pour éteindre les servitudes discontinues, de l'inaction du propriétaire du fonds dominant (a. 707). L'extinction ne se produit, d'ailleurs, que dans la mesure du non-usage. Un non-usage partiel n'entraînera qu'une réduction de la servitude (a. 708). Encore faut-il supposer que ce non-usage partiel est dû à une force majeure. Si c'est volontairement que le propriétaire du fonds dominant s'est abstenu, pendant trente ans, de certains actes qu'il avait le pouvoir de faire, il reste fondé à reprendre la servitude dans toute son ampleur : par là est encouragée la modération dans l'exercice des droits.

[156] ÉTAT DES QUESTIONS

B. G. — Planiol-Picard, n^os^ 886 s. ; Beudant-Voirin, n^os^ 494 s. Cf. Leloup, Servitudes et urbanisme, in *L'immeuble urbain,* 1963, p. 141 ; Peyret, in *L'évolution contemporaine du droit des biens,* Poitiers, 1991, p. 69. Parmi les classiques, Demolombe (XI et XII) a eu, sur la matière des servitudes, une grande réputation (son peu d'abstraction le sert ici : il voit des lieux et sait les décrire). Le *Traité des servitudes* de Pardessus, 8^e^ éd., 2 vol., 1838, a beaucoup vieilli : il a été, sous le C.C., le représentant le plus remarquable d'un genre monographique qui fut très cultivé (pour l'Ancien Droit, plus que le sec Lalaure, *Traité des servitudes réelles,* 1777, il faut citer le copieux Caepolla, *Tractatus de servitutibus*). En contraste avec le système romain de *typicité* qui consacrait quelques types définis de servitudes (*via, iter,* etc.) en dehors desquels la volonté des parties n'avait pas de pouvoir créateur, le droit moderne permet aux propriétaires d'établir, sous certaines conditions, des combinaisons nouvelles. Il n'en existe pas moins chez nous des catégories coutumières (passage, puisage, égout, etc.), et leur étude concrète – un *droit spécial* des servitudes – pourrait avoir plus d'utilité que la théorie générale à laquelle on s'en tient ordinairement (v. sous cet angle le t. III du magistrat Gavini de Campile, *Traité des servitudes,* 1853-1869).

HISTOIRE

Nous vivons sur un fonds de solutions romaines (cf. Monier, I, n^os^ 311 s.). Refoulées pendant le Moyen Age par la technique toute différente des charges féodales (cf. Brissaud, p. 364 s.), elles reprirent l'avantage avec la renaissance romaniste vers le

XV[e] s. Les us et coutumes de la ville de Paris jouèrent aussi un grand rôle dans la formation du droit des servitudes urbaines (cf. Olivier-Martin, *Coutume de Paris,* II, p. 120 s.), La Révolution ne paraît pas avoir vu malice aux servitudes (dans les projets de Cambacérès, rien de comparable à l'a. 686). Mais une observation du tribunal d'appel de Lyon sur le projet de l'an VIII détermina un retour de flamme révolutionnaire. Contre un rétablissement des servitudes féodales, ce tribunal avait même demandé des précautions plus précises que celles qui allaient être retenues dans l'a. 686 : « La loi prohibe toute stipulation de services personnels et de services d'animaux ; ... toute servitude ou service foncier au profit d'un individu ».

SOCIOLOGIE

Les servitudes urbaines ne sont pas développées à proportion de l'urbanisation, du moins en tant que servitudes d'intérêt privé, car les fonctions économiques, sociales, esthétiques qu'elles remplissaient au petit bonheur, sur le mode individualiste, au temps du non-interventionnisme d'État, sont maintenant prises en charge collectivement par les servitudes d'intérêt public et les règlements administratifs.

[157] ÉCONOMIE POLITIQUE

Dans son principe même, la servitude offre un moyen technique de multiplier l'utilité économique d'un bien en l'affectant au service de plusieurs. Mais sa fixité est *a priori* un inconvénient, car les circonstances économiques en fonction desquelles elle a été aménagée peuvent changer (cf. E. Moreau, D. 94, chr. 334 s.). Il eût été conforme aux postulats d'une économie libérale que le propriétaire du fonds servant pût toujours racheter cette charge perpétuelle (cf. a. 530, al. 1). Cependant l'a. 701, al. 3, ouvre au propriétaire du fonds servant le droit d'obtenir en justice, contre la volonté de l'autre (Civ.[3] 18 mars 1987, *J.C.P.,* 88, 2, 21127, n. Benet), sinon la modification de la servitude, du moins le déplacement de son assiette (droit remarquable, car, lorsque la servitude avait été établie conventionnellement, c'est un cas de révision de la convention pour imprévision ; cf. t. IV, n° 144). On doit relever le caractère dynamique de ce texte : il autorise le propriétaire à demander le changement non seulement pour éviter un préjudice, mais pour procéder à des améliorations. La Cour de cassation a, pourtant, ajouté à la rigidité antiéconomique du droit réel immuable en décidant qu'il ne saurait s'éteindre par cela seul qu'il serait devenu inutile (Civ.[1] 17 déc. 1966, D. 67, 21, *R.T.,* 67, 194 ; Civ.[1] 3 nov. 1981, *J.C.P.,* 82, 2, 19909). Il est vrai que l'*impossibilité,* seule visée comme cause d'extinction par l'a. 703, est un événement plus tranché et plus tranchant que la simple *inutilité.* Mais n'y a-t-il pas abus du droit (cf. *infra,* n° 172) à réclamer l'exercice d'un droit devenu inutile ? En ce sens, Pau, 17 déc. 1968, *J.C.P.,* 69, 2, 15878, *R.T.,* 69, 592, n. Bredin. La dépréciation monétaire a fait apparaître un autre inconvénient de la fixité des servitudes : le titre constitutif met souvent les travaux d'entretien de la servitude à la charge du propriétaire du fonds servant, conformément à l'a. 698 (la gratuité n'est pas, d'ailleurs, de l'essence des servitudes ; cf. Civ. 5 mai 1919, D. 23, 1, 230), moyennant une redevance en argent ; cette redevance, suffisante à l'origine pour payer les travaux, tend à devenir insignifiante, et l'entretien n'est plus assuré. Les tribunaux ne peuvent pas réviser le titre constitutif de la servitude, pas

plus qu'un contrat, dit-on ; mais la perpétuité aurait pu leur fournir un motif particulier d'intervenir. Pour une critique historique de la perpétuité des servitudes, cf. Zénati, *R.T.,* 89, 594.

[158] POLITIQUE LÉGISLATIVE

On s'interroge sur la valeur législative de la double prohibition portée par l'a. 686, al. 1. Il ne paraît guère, à travers la jurisprudence, qu'il y ait eu des tentatives pour utiliser les servitudes à des fins de féodalité. Et si le législateur de notre époque a craint pour les paysans une résurrection des charges féodales, c'est dans les rapports non pas entre propriétaires voisins, mais entre bailleur et métayer qu'il a aperçu le péril (d'où, dans le statut du métayage depuis 1945, l'interdiction des redevances, C. Ru. [nouveau], a. l. 462-10 ; cf. Soc. 25 janv. 1952, *R.T.,* 1953, 555). Les féodalités économiques, comme on dit aujourd'hui, les grandes sociétés industrielles ou commerciales, auraient pu chercher à asseoir leur domination sur des réseaux de servitudes *in faciendo* (servitudes de fournitures et même d'achat ; ainsi « servitude de bière », imposant au propriétaire d'un débit de s'approvisionner exclusivement dans une brasserie, Douai, 10 nov. 1910, D. 13, 2, 111 ; la question a depuis lors dérivé vers le droit des contrats ; c'est la clause d'exclusivité d'approvisionnement ; cf. Pédamon, *Droit commercial,* 1994, n° 649 ; mais l'intégration au régime foncier aurait peut-être mis la combinaison à l'abri des contrecoups du droit communautaire). Le moyen, en tout cas, manque de souplesse, et la condition de contiguïté, ou du moins, de proximité entre les deux fonds en limite considérablement l'emploi. Si bien que l'a. 686 (comme d'autres sentinelles de la Révolution que l'histoire a oublié de relever, l'a. 896, l'a. 1130, al. 2) peut sembler à beaucoup être moins une protection qu'une gêne. Le C.C.S. (a. 782 s.), que l'on ne peut soupçonner d'indifférence à la liberté, admet, sous le nom de charges foncières, des combinaisons qui ressemblent fort à des servitudes *in faciendo.* Il est vrai qu'elles comportent des possibilités de rachat. C'est à cause de la perpétuité absolue des servitudes que la double prohibition de l'a. 686 peut conserver, chez nous, une valeur en tant que sauvegarde de la liberté individuelle.

L'a. 691 est-il justifié quand il exclut la *prescription* des servitudes discontinues ou non apparentes ? Beaucoup d'auteurs pensent aujourd'hui qu'il eût mieux valu laisser la question sous l'empire des principes généraux, ce qui aurait permis l'acquisition de ces servitudes par prescription toutes les fois que les actes allégués auraient été suffisamment publics et répétés pour constituer une possession utile, toute idée de tolérance étant par là même écartée (en ce sens, Planiol-Picard, n° 956). En 1804, on avait parfois expliqué l'a. 691 par l'a 2229 ; la continuité et l'apparence des servitudes étaient rapprochées de la continuité et de la publicité de la possession. Mais, à la faveur des mots, c'était confondre les notions : si le propriétaire du fonds dominant passe sur le fonds servant toutes les fois qu'il en a besoin, il a la possession continue de cette servitude discontinue ; et il en a la possession publique dès lors qu'il ne se cache pas pour passer, quand bien même aucun chemin, aucune porte, aucun ouvrage extérieur n'annonceraient qu'il doit passer, quand bien même la servitude serait non apparente. Au-delà de la technique, il convient peut-être, il est vrai, de faire sa part à l'explication politique. Les servitudes discontinues (passage, puisage) constituaient un résidu de communisme agraire, où le C.C. devait voir une entrave au progrès économique et une atteinte

à la liberté individuelle ; l'a. 691 allait de pair avec le droit de se clore. Néanmoins une loi ne se débarrasse pas si facilement de la pression des communautés de voisinage. Cette pression s'est fait sentir dans la jurisprudence singulière qui admet que, par la prescription trentenaire, le voisin, faute d'acquérir une servitude de passage, acquiert la copropriété, parfois même la propriété, du chemin : Req. 7 févr. 1883, D. 84, 1, 128 ; Civ. 22 oct. 1924, *G.P.*, 24, 2, 695. Et l'influence s'en retrouve dans une tendance récurrente de la pratique à faciliter la preuve du *fait de l'homme* qui a établi la servitude (v. *infra*, n° 164).

[159] THÉORIE JURIDIQUE

a) *Nature de la servitude.* — V. Kornprobst, *La notion de servitude en droit privé contemporain*, Th. Strasbourg, 1936 ; Ferru, *La notion de servitude*, 1973. Les servitudes supposent le voisinage, la proximité géographique, pas nécessairement la contiguïté des deux fonds (sauf exception rationnelle ; ainsi pour les distances à observer, les vues et les jours, Civ.[3] 22 mars 1989, *R.T.*, 91, 147, n. Zénati). La conception traditionnelle, que l'a. 543 semble appuyer, fait de la servitude un droit réel, *jus in re aliena*, un démembrement de la propriété (du moins la propriété est-elle écornée).

Son existence suppose *deux* propriétaires différents. Cette nécessaire dualité est inscrite aux a. 637 et 705. On en déduit qu'un propriétaire ne saurait constituer de servitudes entre deux fonds lui appartenant (dans les a. 693-694, la servitude est latente, elle n'est pas encore née). Le même obstacle logique empêche de reconnaître, dans une indivision, la possibilité d'une servitude sur l'immeuble indivis au profit de l'immeuble personnel d'un indivisaire (Civ.[3] 8 févr. 1973, *Bull.*, n° 101). Poussant plus loin malgré les objections d'une partie de la doctrine (cf. Atias, D. 87, chr. 285 ; Aubert, *J.C.P.*, 93, 1, 3726), la Cour de cassation a décidé, par des arrêts répétés, qu'il ne pouvait exister de servitude *à l'intérieur* d'un immeuble en copropriété au sens de la l. 10 juill. 1965 (*infra*, n° 176) – très précisément, une partie privative ne peut avoir de servitude (ex. de droit de passage) sur une autre partie privative : Civ.[3] 10 janv. 1984, D. 85, 335, n. critique Aubert ; Civ.[3] 6 et 27 mars 1991, D. 91, 355, n. critique Souleau, D. 92, Somm., 131 ; Civ.[3] 30 juin 1992, D. 93, 156, n. critique Aubert, *J.C.P.*, 93, 2, 22131, n. approbative Giverdon ; *R.T.*, 93, 618, n. critique Zénati. De fait, la servitude, en son image traditionnelle, est tellement attachée à la terre (au *fonds*) qu'on a peine à la concevoir entre ces deux bulles d'air, suspendues en l'air plus ou moins haut, à quoi semblent se ramener les parties privatives. Cependant la 3[e] Chambre civile n'a pas dû juger sur des impressions. Peut-être aurait-elle pu tirer argument de l'a. 687 : ce qui caractérise la servitude urbaine, c'est d'être à l'usage d'un *bâtiment*, et le mot s'entend mieux de l'immeuble entier que d'une portion d'immeuble. Plus ambitieusement, les arrêts paraissent avoir choisi de relier leur solution à une analyse nouvelle des droits du copropriétaire : ce sont des droits complexes, c'est le *lot*, dans lequel la jouissance de la partie privative s'amalgame à un droit fractionnaire d'usage sur les parties communes. Les lots ne se présentent donc pas comme des propriétés unifiées, tangibles, ces propriétés ordinaires qui sont, selon l'a. 637, les supports indispensables de toute servitude. Les lots, souligne l'arrêt de 1992, ne constituent pas des propriétés *indépendantes* : il veut dire que les droits de chaque propriétaire se trouve conditionnés par les droits des autres, par les droits collectifs de la copropriété. Ainsi analysée, la copropriété selon la loi de 1965 se rapprocherait à l'aventure de l'indivision ou même de la société civile immobilière (cf. *infra*, n° 182). A la vérité, si les commentateurs s'autorisaient à sonder les arrière-pensées, ils devraient peut-être avancer l'hypothèse que, plutôt qu'une analyse de la notion de servitude, c'est un jugement psychologique sur la vie en copropriété qui a dicté sa position à la jurisprudence : reconnaître une liaison, par servitude, entre deux copropriétaires serait reconnaître la légitimité de conventicules au sein de la copropriété, à l'encontre de l'idéal unanimiste de l'institution.

L'interdiction qui frappe les servitudes entre parties privatives doit être transportée *a fortiori* à une servitude qui serait constituée au bénéfice d'une partie privative sur les parties communes. *A fortiori*, car aux arguments précédents s'ajoute celui-ci : que par l'opération les parties communes risquent d'être détournées plus ou moins de l'intérêt collectif auquel elles sont affectées. Ce qu'a décidé Civ.[3] 11 janv. 1989, D. 89, *I.R.*, 31, *R.T.*, 90, 310, n. Zénati, en termes très généraux : il y a incompatibilité entre la division d'un immeuble en lots et la création d'une servitude sur une partie commune au profit d'un lot privatif. En pratique, toutefois, les circonstances sont souvent bien différentes : au lieu d'une servitude conventionnelle, c'est une acquisition par prescription qui est en cause. Il n'est pas rare qu'un copropriétaire grignote peu à peu l'usage d'une partie commune. Il n'y a là qu'une voie de fait qu'il incombera au syndic de faire cesser, cf. Civ.[3] 4 mars 1992, D. 92, 386, n. Atias. Mais si la situation se prolonge avec la tolérance des autres, l'audacieux en arrivera à invoquer la prescription. Plutôt que de plaider sur l'a. 2232, nid à discussions (cf. *infra*, n° 164), les autres préféreront opposer l'incompatibilité de principe entre copropriété et servitude, Civ.[3] 19 juill. 1995, D. 96, Somm. 93, *R.T.*, 98, 145.

Revenons au schéma de base. Le rapport de droit existe entre le propriétaire du fonds dominant et le fonds servant. Ce qui ne va pas sans des singularités : le sujet du rapport de droit n'est pas envisagé dans sa personnalité humaine, mais abstraitement, ès qualités de propriétaire du fonds, de sorte qu'il change toutes les fois que le fonds change de propriétaire ; à l'opposé, malgré l'apparente symétrie, on ne se préoccupe pas du propriétaire du fonds servant, et on ne le déclare pas sujet passif de la relation juridique. Une autre analyse ne serait pas inconcevable : que la servitude est un rapport d'obligation entre les deux fonds personnifiés (cf. Jhering, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, III, § 46, p. 72). Déjà, Pothier (*Coutume d'Orléans*, tit. XIII, n° 2) faisait la remarque : « C'est plutôt à l'héritage que les servitudes sont dues qu'à la personne », et le C.C. a employé la même terminologie personnificatrice (a. 701, 702, 705), celle-là même qui (dans les anciens a. 1845, 1852) avait fini par être interprétée comme impliquant la personnalité morale des sociétés civiles. Il ne serait pas impossible de faire apparaître dans l'immeuble, unité économique, communauté domaniale, une personne morale ayant des intérêts distincts, par leur permanence, de ceux du propriétaire foncier. La servitude ne serait alors que la créance ou la dette d'une personne morale envers une autre (à l'appui, le fait qu'on ait parfois préconisé, en comptabilité agricole, de faire figurer les servitudes au passif des capitaux ; cf. Laur, *Économie rurale*, 1929, p. 77). Les propriétaires n'interviendraient qu'en tant que représentants ou organes de ces personnes morales, ès qualités. On pourrait expliquer par là certaines règles du droit positif : l'a. 686 (spécialité de la personne morale : elle ne peut faire que les actes qui sont commandés par son but), l'a. 699 (séparation du patrimoine personnel du propriétaire et de celui de la personne morale). Et peut-être aussi déduire de là des consé-

quences en faveur de la validité des servitudes *in faciendo* ; c'est, dirait-on, la personne morale qui est engagée pour sa propre durée, indéfinie ; pour assurer l'exécution de l'obligation personnelle qu'elle a assumée, elle passera des contrats de travail ou d'entreprise avec des tiers ; à la limite, si elle n'exécute pas, son obligation se résoudra en dommages-intérêts (a. 1142).

b) *Rapport de la notion d'obligation réelle ou* propter rem *avec la notion de servitude.* — V. de Juglart, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français,* Th. Bordeaux, 1937 ; Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation* propter rem *en droit positif français,* Th. Paris, 1955 ; Neuenschwander, *Die Leistungspflichten der Grundeigentümer in franz. C.C. und in schweiz. Z.G.B.,* Th. Berne, 1966 ; Hansenne, De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale, *Études A. Weill,* 1983, 325. — Le langage des lois parfois dérape : d'après la l. 3 janv. 1979 sur les archives, a. 18, le classement d'office qui peut être appliqué à des archives privées ferait naître en faveur de l'État une *servitude* (légale). « Obligation *propter rem* » aurait mieux convenu.

[160] c) *Nature des servitudes légales.* — Le C.C. les a classées comme servitudes, y a vu des charges réelles au sens de l'a. 637. Cette conception n'est pas indéfendable (v. Planiol-Picard, n° 905) ; il y a restriction aux droits d'un propriétaire dans l'*intérêt d'un fonds voisin,* ce qui est la caractéristique de la servitude. Cependant, une opinion très répandue (Aubry et Rau, II, § 194, texte et note 1 ; Demolombe, XI, n° 8) critique la qualification du C.C. : la notion de servitude implique, dit-on, une dérogation au droit commun ; or, ces prétendues servitudes, auxquelles tous les fonds, et en particulier les deux fonds voisins réciproquement, se trouvent soumis, constituent en réalité le droit commun de la propriété foncière (v. déjà, Pothier, *Vente,* n^{os} 194 s.) ; ce sont des limitations normales au droit de propriété. On a proposé aussi de reconnaître aux servitudes légales une nature hybride (Beudant-Voirin, n^{os} 562 s.), en observant que, dans leur régime, des conséquences pouvaient être rattachées à l'une et à l'autre idée (ex. à leur qualification de servitudes, le fait que les a. 697 s. leur sont applicables ; à l'idée d'un droit commun de la propriété foncière, le fait qu'elles ne s'éteignent pas par le non-usage, car on ne prescrit pas contre la loi). Toutefois, on peut se demander si l'aspect de servitude n'est pas en train de devenir prépondérant. Ainsi, la jurisprudence avait commencé par décider que dans une vente, la garantie du vendeur, telle que la prévoit l'a. 1638, n'est pas engagée si un immeuble grevé d'une servitude légale a été vendu sans que la servitude ait été déclarée : nul n'est censé ignorer la loi (Req. 20 févr. 1865, S. 65, 1, 164, D. 65, 1, 297 ; Civ. 4 mai 1870, D. 71, 1, 26 ; Req. 29 avr. 1901,D. 03, 1, 268). Mais, plus récemment, elle a considéré le vendeur comme responsable : Civ.[1] 21 févr. 1956, D. 56, 285, *J.C.P.,* 56, 2, 9200, n. Blin. Cette décision relève que l'état des lieux ne permettait pas à l'acheteur de soupçonner la servitude ; elle paraît avoir voulu par là réserver l'opposabilité de servitudes légales telles que la servitude de halage (cf. Req. 20 févr. 1865, précité), dont l'existence, en quelque manière, est constamment rappelée par le site lui-même (cf. pour le passage en cas d'enclave, Civ.[1] 15 oct. 1963, D. 63, 715). De même, Civ.[3] 12 nov. 1975, *J.C.P.,* 76, 2, 18400, n. critique Goubeaux, en décidant que la suppression de vues irrégulières ne peut plus être demandée après 30 ans, a bien l'air de traiter l'obligation négative de l'a. 678 comme une servitude. On a proposé, cependant (Blin, *loc. cit.*), une autre distinction, qui ne coïncidera pas toujours avec la précédente, entre les charges *normales* et les charges *exceptionnelles* de la

propriété (cf. Civ.[3] 26 avr. 1978, *Bull.,* n° 164). On sent bien, en effet, que les servitudes légales ne sont pas toutes également entrées dans les mœurs. Mais la distinction est plus intuitive que rationnelle. Le vrai est que la maxime « Nul n'est censé ignorer la loi » est de moins en moins en accord avec la complexité et l'arbitraire de la loi moderne. Quant au droit commun, il tend à se dissoudre en statuts spéciaux, lesquels ne peuvent être bien connus que par quelques années de pratique de la propriété. Cf. *R.T.,* 1956, 549 s.

Peut-être faudrait-il aussi, dans le mécanisme de la servitude légale, distinguer davantage entre le droit à la servitude, lequel est créé par la seule force de la loi, et l'aménagement de la servitude, lequel résulte (pour les servitudes d'intérêt privé) d'une convention ou d'un jugement. Envisagée sous cet angle, la servitude légale a encore quelque chose d'hybride : elle est *successivement* légale et conventionnelle (ou judiciaire). Le C.C. It. a une disposition générale (a. 1032) qui souligne bien ces deux moments de la « servitude forcée » *(servitù coattiva).* Dans notre C.C., la distinction est impliquée (à propos de la servitude de passage en cas d'enclave) par les a. 632 s. (cf. Civ. 15 mai 1950, D. 50, 482). Et elle a été transposée dans le régime de la publicité foncière (de la transcription) : le droit à la servitude n'a pas à être publié (on ne transcrit pas la loi), mais le règlement conventionnel ou judiciaire qui intervient ensuite est sujet à la publicité foncière, v. Civ. 17 oct. 1950, S. 51, 1, 169, n. Bulté ; cf. cep., plus faible, d. 4 janv. 1955, a. 37-2°. La jurisprudence a dosé semblablement l'effet extinctif de l'a. 706. Le principe de la servitude légale demeure à perpétuité ; contre la loi, affirme-t-on (sans peut-être assez d'esprit historique), il n'y a pas de prescription : Civ.[3] 11 févr. 1975, *Bull.,* n° 56 ; Angers, 9 déc. 1968, *J.C.P.,* 69, 2, 15783). Les modalités d'exercice, au contraire, sont vulnérables à l'effet extinctif du non-usage (Civ.[3] 12 nov. 1975, *J.C.P.,* 76, 2, 18400 ; Civ.[3] 7 nov. 1984, *Bull.,* n° 186).

[161] d) *Nature du titre en matière de servitudes.* — C'est un acte juridique, mais pas un acte juridique comme les autres. Modelant les deux fonds, leur imprimant une certaine qualité *(praedia qualiter se habentia),* il est de plein droit opposable aux acquéreurs à titre particulier, indépendamment de la publicité foncière (la solution était admise déjà avant que la l. 23 mars 1855 ne fût venue le soumettre à la transcription) : Civ.[3] 10 oct. 1990, D. 91, Somm. 311, n. A. Robert, *R.T.,* 92, 599, n. Zénati. Il a encore cette originalité, en tant qu'il règle l'exercice de servitudes qui sont perpétuelles, d'être lui-même perpétuel dans sa force obligatoire, de participer pour ainsi dire de la perpétuité de la loi. De cette perpétuité du titre, la doctrine classique a même tiré un principe qui ne s'imposait pas et avec lequel les tribunaux ont dû prendre des libertés : la fixité du mode d'exercice (v. pour une critique pénétrante, Atias, *R.T.,* 79, 245, qui propose le principe inverse, la mutabilité des servitudes conventionnelles, pourvu que l'adaptation se fasse dans l'intérêt du fonds et non de la personne). Autre singularité : le titre peut être un acte de partage (cela était fréquent dans les campagnes ; les copartageants, disait Domat, doivent s'incommoder pour s'accommoder) ; le partage, acte déclaratif, va être ainsi constitutif de droits réels (ex. Civ.[3] 18 nov. 1981, *Bull.,* n° 193). Le titre peut consister dans un testament, acte unilatéral, aussi bien que dans une convention entre vivants, vente ou donation. La combinaison est plus curieuse qu'il ne semble. Sous sa forme la plus directe, c'est un legs particulier de servitude : le testateur lègue une servitude qu'il détache de sa propriété, comme il pourrait léguer un usufruit. Mais, tandis que, dans la théorie générale des legs, la désignation de la personne du légataire revêt une importance

capitale, ici le légataire pourrait n'être pas une personne : il faudrait valider la disposition par laquelle le testateur déclarerait léguer telle servitude à tel fonds voisin. Pardessus (*Servitudes,* II, n° 270), qui a prêté quelque attention au problème, indique la possibilité d'une variante : le testateur peut léguer son immeuble à X... en y imposant une servitude au profit d'un fonds qui appartient à Y... : c'est, remarque-t-il, une stipulation pour autrui (a. 1121), un autrui qui est une chose.

PRATIQUE JUDICIAIRE

[162] a) *Servitude de passage en cas d'enclave.* — Dans l'interprétation des a. 682 s., la jurisprudence a fait preuve d'un esprit de progrès (cf. Landreau, *J.C.P.,* 1963, 1, 1784 ; Duni, Du nouveau sur l'enclave, *G.P.,* 68, 1, Doctr. 135). Ex. l'état d'enclave existe dès lors que, pour accéder à la voie publique, le propriétaire serait obligé de faire des travaux excessifs, eu égard à la valeur de sa propriété : Req. 30 janv. 1884, D. 84, 1, 364 ; Civ.[3] 4 févr. 1987, D. 87, *I.R.,* 38. Il peut être réclamé aussi pour des canalisations souterraines d'eau, de gaz, d'électricité : Civ. 22 nov. 1937, D. 38, 1, 62 (Objection : on transforme ainsi une servitude que la loi a voulue discontinue en servitude continue). Le propriétaire enclavé est libre d'accroître les besoins de son fonds en substituant une exploitation industrielle ou commerciale à une exploitation purement agricole ; l'aggravation de servitude qui en résulte peut donner lieu à un supplément d'indemnité ; mais le propriétaire du fonds servant ne peut s'y opposer : Chambéry, 6 févr. 1951, *J.C.P.,* 51, 2, 5311, *R.T.,* 1951, 270, n. Solus, qui observe que, s'agissant d'une servitude légale, la notion d'aggravation ne peut avoir la même force que dans une servitude conventionnelle, figée par l'a. 1134. Les besoins qui justifient la servitude ne sont pas seulement ceux de l'exploitation, mais ceux de l'habitation : d'où le droit de réclamer le passage en auto (l'auto est l'accessoire de la personne), Civ.[1] 11 mai 1960, D. 60, 572 ; Civ.[3] 28 oct. 1974, *Bull.,* n° 387 ; Civ.[3] 19 mai 1993, D. 93, Somm. 307, n. A. Robert. Le critère jurisprudentiel est l'utilisation *normale* du fonds, Civ.[3] 2 mai 1961, *Bull.,* n° 220, Civ.[3] 7 avr. 1994, *Rép. not.,* 94, 1160.

Le passage peut être fixé sur un fonds où il est plus dommageable, mais où la pente est moins raide : Civ.[1] 29 juin 1953, D. 53, 596 (l'arrêt, il est vrai, relève de surcroît que le passage s'était longtemps exercé à titre bénévole sur le fonds choisi ; ce qui pouvait évoquer l'idée d'un accord tacite, ou d'une prescription en train de s'accomplir et méritant déjà une certaine protection). Le dommage causé (non le profit procuré) est la mesure de l'indemnité, Civ.[3] 16 avr. 1973, D. 73, 501 (c'est une *indemnité* d'expropriation pour cause d'utilité privée). Mais, en aucun cas, l'importance du dommage ne peut élever de fin de non-recevoir contre la demande de passage, Civ.[3] 25 janv. 1977, D. 77, *I.R.,* 236 (on prétendait tirer la fin de non-recevoir de l'a. 683, *le moins dommageable,* par une sorte de passage à la limite). Dans sa faveur pour le droit de passage (conçu peut-être comme une liberté), la Cour de cassation avait décidé qu'il pouvait survivre à la disparition de l'état d'enclave, s'il avait été exercé pendant trente ans : Civ.[1] 6 juill. 1959, D. 60, Somm. 26. La l. 25 juin 1971 (a. 685-1) a cassé cette jurisprudence (Bihr, D. 72, chr. 27 ; Goubeaux, *J.C.P.,* 71, 1, 2416). Selon les arrêts, toutefois, le texte ne concernerait pas les servitudes conventionnelles de passage, immunisées, semble-t-il, par l'a. 1134, al. 2, Civ.[3] 27 févr. 1974, *Bull.,* n° 96 ; Civ.[3] 19 janv. 1983, *G.P.,* 83, 1, Panor, 154 ; Civ.[3] 16 janv. 1991, D. 91, Somm. 319, n. A. Robert – à moins qu'il ne s'agît d'une convention ayant eu simplement pour objet l'aménagement de la servitude légale, Civ.[3] 3 déc. 1982, *G.A.,* 83, 1, Panor, 71 ; Civ.[3] 13 déc. 1983, *Bull.,* n° 260. Le débat aurait pu se nouer autour de la notion de cause (à laquelle fait du reste allusion l'arrêt du 13 déc. 1983) et de son rôle après la formation du contrat (cf. t. IV, n[os] 59, 66) : si l'état d'enclave avait été réellement la cause de la convention, celle-ci devrait être caduque dès lors que la cause a disparu (cf. Civ.[1] 16 déc. 1986, *R.T.,* 87, 750, n. J. Mestre).

Suivant une jurisprudence constante, l'état d'enclave n'ouvre aucun droit à obtenir un passage lorsqu'il a pour origine un fait volontaire du propriétaire enclavé ou de ses auteurs, ce que les juges du fond ont à rechercher et à apprécier souverainement : Civ.[3] 4 mai 1964, *Bull.,* n° 230 ; 7 févr. 1969, *Bull.,* n° 128 ; 5 mars 1974, *Bull.,* n° 102 ; 4 oct. 1989, *Bull.,* n° 152 ; 17 juin 1992, *J.C.P.,* 92, 1, 3668, n° 12. Mais quelle sera la suite ? Sans doute faut-il entendre que l'enclavé est renvoyé à négocier avec ses voisins pour obtenir (au prix fort) un droit de passage conventionnel.

[163] b) *Que la servitude ne peut être imposée à la personne, ni en faveur de la personne* (a. 686). — Les deux branches de la prohibition sont souvent emmêlées.

— Bien que la première branche, *Servitus in faciendo consistere nequit,* l'existence même ait pu être mise en doute (cf. Zénati, *R.T.,* 89, 578), de nombreux arrêts refusent de reconnaître des servitudes (perpétuelles et transmissibles passivement aux acquéreurs du fonds servant) dans les combinaisons mettant en jeu l'activité humaine, parce que ce seraient des servitudes *in faciendo,* interdites par l'a. 686. Ex. Req. 18 avr. 1921, S. 22, 1, 76 (la clause par laquelle une commune, en vendant une *scierie* à un particulier, oblige celui-ci à la maintenir en activité pour l'usage et les besoins des habitants, n'a pu constituer un droit réel ; ce qui, cependant, aurait pu rendre ici la servitude plus acceptable, c'est qu'elle était stipulée non au profit d'un individu, mais d'une collectivité ; la pluralité de maîtres atténuait le danger pour la liberté). Cf., pour le droit de four, Req. 15 févr. 1926, *G.P.,* 26, 1, 600. — De fait, cette notion de l'obligation *propter rem* accessoire permet assez souvent de faire entrer l'activité humaine dans l'objet d'une servitude ; ex. une servitude de prise d'eau peut valablement imposer au propriétaire du fonds servant le maniement d'une vanne : Civ. 6 août 1872, D. 72, 1, 240 ; Civ. 22 nov. 1892, D. 94, 1, 45. Autre tempérament à la maxime pour les servitudes impliquant un travail d'extraction de produits naturels (nécessaires à l'industrie). Ex. le droit, stipulé par une verrerie, de prélever du charbon dans une mine voisine (Civ. 9 janv. 1901, S. 01, 1, 169, D. 01, 1, 450, aff. *Mines de Graissessac*) ; le droit d'utiliser l'énergie électrique provenant de la transformation de la force hydraulique (Pau, 14 févr. 1912, S. 12, 2, 249, n. Bonnecase) peuvent être érigés en servitudes. Le point de départ est la validité des servitudes de *prélèvement de produits naturels* (ex. servitude de puisage, a. 696, al. 2). Or, en certains cas, le fait de l'homme apparaît comme un accessoire par rapport à la fourniture de produits naturels. Il faut dire que cette jurisprudence est d'une époque où, dans les prix des produits, la main-d'œuvre et les machines comptaient pour moins que la matière première.

— C'est plutôt sous l'angle inverse (servitude imposée en faveur de la personne) que l'on a discuté du droit de *pressurage.* Req. 28 mars 1908, D. 08, 1, 279, a jugé contraire à l'a. 686 la faculté que s'étaient réservée à perpétuité les vendeurs d'un immeuble de pressurer dans le pressoir tous les fruits qu'il leur conviendrait d'y porter. Il faut sans doute

chercher la cause de cette sévérité dans la formule finale : le pressurage n'était pas limité aux fruits récoltés sur l'immeuble. Les servitudes de chasse et de pêche ont été particulièrement attaquées, et finalement la Cour de cassation les a condamnées : Crim. 9 janv. 1891, S. 91, 1, 489 ; Crim. 5 janv. 1907, S. 12, 1, 419 ; Req. 14 nov. 1932, D.H. 32, 586 ; Civ.[3] 22 juin 1976, D. 76, *I.R.*, 272 ; cf. Civ. 2 juill. 1946, D. 47, 405, n. Ripert. Elles ont facilement une odeur de féodalité, et ce sont le plus souvent des servitudes de pur agrément (critère traditionnel de la servitude imposée à la personne ; v. cep., pour un critère plus souple, Planiol-Picard, n[os] 944, 948 : un service qui serait sans relation directe et immédiate avec l'usage et l'exploitation habituelle du fonds).

— Dans l'ordre urbain, la jurisprudence s'est montrée favorable aux servitudes dites d'*habitation bourgeoise*. Ex. Douai, 12 mars 1900, S. 04, 2, 130, a validé comme servitude l'obligation, contractée par un propriétaire voisin d'une église, de ne jamais établir de bals et de ne pas autoriser la danse dans sa maison (malgré l'importance qu'on attribuait, depuis P.-L. Courier, à la liberté de danser en rond). Les tribunaux ont surtout eu à connaître des clauses des lotissements interdisant à l'acquéreur et à ses ayants cause tout usage professionnel de l'immeuble. Civ. 30 juin 1936, D. 38, 1, 65, a admis que ces clauses avaient pu constituer des servitudes (cf. Aix, 16 mars 1965, *J.C.P.*, 66, 2, 14570). Mais c'est interprétation de volonté, et la conclusion inverse se rencontre, Civ. 29 mars 1933, D.H. 33, 282, Paris, 7 juill. 1989, D. 90, Somm. 89. Sur le mécanisme par lequel la servitude serait engendrée, Fréjaville, D. 1953, 153. Cf. Paris, 28 févr. 1962, D. 62, 452, n. L. Mazeaud. Si l'interdiction de toute activité professionnelle peut ainsi être érigée licitement en servitude, il semble que puisse l'être à plus forte raison l'interdiction d'exercer une profession particulière, notamment une profession dangereuse ou polluante pour le voisinage (vente de carburants). V. cep. Civ.[1] 18 mars 1987, D. 88, Somm. 177. Était plus discutable, au contraire, quoiqu'elle ait été validée comme créatrice de servitude (Com., 15 juill. 1987, D. 88, 360 ; Civ.[3] 24 mars 1993, D. 93, Somm. 306, *Rép. not.*, 93, 771, *R.T.*, 93, 853), la convention par laquelle l'acheteur d'un immeuble s'était interdit d'exercer une activité propre à concurrencer son voisin le vendeur. En forme d'obligation personnelle, la clause de non-concurrence n'aurait pu être perpétuelle. En forme de servitude, elle épousait l'essentielle perpétuité de ce droit réel. Il est vrai que, transformée en servitude, elle était nécessairement localisée, et que la liberté du commerce regagnait ainsi dans l'espace ce qu'elle avait perdu dans la durée. On pouvait objecter, néanmoins, que la combinaison avait été conçue dans l'intérêt non pas du fonds, mais de la personne (cf. E. Moreau, D. 94, chr. 331) – de la personne du commerçant, même pas du fonds de commerce. Au demeurant, le fonds de commerce ne participe pas de la perpétuité du fonds sur lequel il est installé.

[164] c) *Actes de simple tolérance.* — V. Haj-Chahine, *L'acte de tolérance en droit civil*, Th. Paris II, 1992 (ronéo). Un propriétaire laisse faire ses voisins, ou même leur permet expressément de faire quelque chose sur son fonds. Mais il n'entend créer par là aucun droit contre lui-même. D'où l'a. 2232 : ex. Riom, 28 mars 1960, D. 60, Somm. 78. De tels comportements restent dans la zone des relations amicales, du non-droit (cf. *Flexible droit*, 1998, p. 23). Aux juges du fait d'apprécier s'il y a simple tolérance ou possession affirmée, pouvant conduire à la prescription : Civ.[3] 30 janv. 1973, *Bull.*, n° 88, p. 63). A d'autres égards – non sans contradiction – la jurisprudence accorde des effets juridiques à la tolérance : un fonds n'est pas enclavé au sens de l'a. 682 s'il bénéficie d'une tolérance de passage tant que cette tolérance est maintenue :

Civ.[3] 29 mai 1968, D. 69, Somm. 2 ; Civ.[3] 16 juin 1981, *Bull.*, n° 126, D. 82, *I.R.*, 303, n. A. Robert. On ne saurait mieux reconnaître la subsidiarité du droit par rapport à l'amitié (*man braucht kein Recht*, pas besoin de droit). Mais c'est aussi prétendre avec du non-droit faire du droit.

d) *Preuve de l'établissement de la servitude.* — Partant de l'idée plausible que, dans les a. 690-691, le titre s'entend de l'acte juridique, *negotium*, non pas forcément de l'écrit, *instrumentium* (cf. Introduction, n° 162, *in fine*) – des décisions assez nombreuses avaient admis qu'une convention de servitude discontinue peut s'induire légitimement de présomptions, d'indices et, entre autres indices, de l'exercice prolongé de la servitude prétendue, ce qui ressemblait fort à une acquisition par prescription, l'absence de protestation du propriétaire du fonds servant étant de surcroît retenue comme aveu : ex. Civ. 25 mars 1935, D. 35, 1, 301 ; Civ.[3] 5 mars 1971, D. 71, 673, *R.T.*, 72, 155, n. Bredin ; Civ.[3] 8 janv. 1980, D. 80, *I.R.*, 482, n. A. Robert. On pouvait y voir un tempérament de plus à la règle négative de l'a. 691 (cf. *supra*, n° 158, *in fine*), sinon le renversement de cette règle. Cependant, des arrêts ultérieurs, par un raisonnement plus rigoureusement fondé sur la lettre de l'a. 695, paraissent bien être revenus à l'exigence d'un écrit : Civ.[3] 9 déc. 1987, D. 89, *I.R.*, 34, n. A. Robert ; 27 avr. 1988, D. 89, 275, n. Beignier (avec d'importantes données historiques) ; 22 mars 1989, D. 89, *I.R.*, 124, *R.T.*, 89, 589, et surtout, 15 déc. 1993, D. 94, Somm. 166, n. A. Robert, *R.T.*, 94, 647, *Rép. not.*, 94, 417 ; juris Civ.[3] 15 févr. 1998, *J.C.P.*, 98, 4, 1694. L'aveu est inopérant, et si le titre constitutif ne peut être retrouvé, il faut qu'au moins en soit présenté un *titre recognitif*. Ce revirement de jurisprudence n'est pas très réaliste (cf. M.-F. Mialon, D. 74, chr., 15), et il est propre à semer la zizanie dans des relations de voisinage qui se déroulaient paisiblement. Si la 3[e] chambre civile s'attaque ici à l'aveu extrajudiciaire, c'est sur le fondement de l'a. 1355 : elle lui dénie efficacité pour faire preuve d'un *droit*. Or, dans ce type d'affaires, l'aveu allégué – qui n'était pas du reste un aveu verbal, mais un aveu tacite par comportements continués – ne porte pas sur le droit lui-même, mais sur son exercice, l'exercice de la servitude, ce qui n'est précisément qu'un *fait*. C'est seulement dans un second temps que les demandeurs entendent remonter du fait au droit, par la présomption raisonnable que des comportements bien établis d'ayants droit s'expliquent le mieux par la présence d'un droit – effet probatoire de toute possession (cf. *supra*, n° 122). Sur la notion même du titre recognitif, l'a. 695 a affirmé son autonomie par rapport à l'a. 1337, qui vise l'*acte* recognitif parmi les preuves littérales. L'essentiel, dans l'a. 695, est que le titre émane du propriétaire du fonds servant. Celui du fonds dominant n'y a pas de place utile, ex. Civ.[3] 18 nov. 1981, *Bull.*, n° 193 ; Civ.[3] 4 févr. 1998, *Rép. not.*, 98, 812 ; et point n'est besoin que, dans le titre nouveau soit *relaté* le titre primordial, comme pourrait le demander l'a. 1337, Civ. 20 janv. 1913, D. 14, 1, 152.

[165] e) *Quelles servitudes peuvent être établies par la destination du père de famille ?* — Cf. Lafargue, Th. Bordeaux, 1937. — C'est une *intention* (celle du père de famille) qui est en cause, relève la Cour de cassation, Civ.[3] 15 mai 1991, *Bull.*, n° 144 : les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation. Sans doute. Mais il y a aussi un état des choses, qui est matériel. — Pour résoudre l'antinomie des a. 692 et 694, la jurisprudence est constante dans le sens de l'opinion exposée au texte : elle s'attache au contrat qui a séparé les deux fonds. Req. 7 avr. 1863, S. 63, 1, 369 ; Civ. 8 juill. 1919, D. 23, 1, 230 ; Req. 18 déc. 1939, D.H. 40, 62 ; Civ.[3] 10 oct. 1984, *Bull.*, n° 168 ; Civ.[3]

4 mai 1988, D. 89, 448, n. Fauré (en l'espèce, les juges du fond, et leur interprétation était souveraine, avaient relevé la présence de dispositions contraires au maintien de la servitude). Mais un autre système a été soutenu en doctrine (en dernier lieu, par Planiol, V. Rippert-Boulanger, I, nos 3162 s.), et il a été adopté par la jurisprudence belge (Cass. Belge, 29 juin 1905, S. 09, 4, 4). Suivant ce système, l'a. 692 s'occuperait du cas où le propriétaire unique a créé une servitude entièrement nouvelle, qui n'avait jamais existé auparavant ; l'a. 694, d'un cas plus complexe. Une servitude, établie par un mode quelconque, a existé autrefois ; puis, les deux fonds ont été réunis dans les mêmes mains. La servitude s'est éteinte par confusion (a. 705) ; mais elle pourra revivre si les fonds viennent à être de nouveau séparés : il suffira alors d'un indice annonçant l'intention du propriétaire de maintenir l'état de choses antérieur. On hésite à croire que la loi ait pu avoir en vue une hypothèse aussi compliquée, et il ne semble pas que l'histoire invoquée par Planiol soit tellement à sa place ici : les solutions coutumières avaient été changeantes (cf. Olivier-Martin, *Coutume de Paris,* II, p. 124 s.), et la conception à laquelle s'était arrêtée la Coutume de Paris dans sa rédaction de 1580 (a. 125-126) paraît avoir été répudiée par le C.C. : la destination du père de famille n'y valait titre que si elle s'était manifestée par écrit. Un troisième système de conciliation eût été concevable (cf. Pardessus, *Servitudes,* nos 288 s.). Que la destination du père de famille doit être entendue dans son sens le plus direct, comme une volonté du *pater familias,* soit écrite, et c'est un titre (ex. donation-partage), soit, le plus souvent, inscrite dans l'aménagement matériel des lieux (et elle vaut titre ; cf. sur le sens de l'expression dans d'autres institutions de l'Ancien Droit, Merlin, *Rép.* V° *Préclôture*). Sa volonté s'impose aux propriétaires des deux fonds parce qu'ils sont ses héritiers (ou les ayants cause de ses héritiers). Mais elle n'est efficace qu'autant qu'il s'agit d'une servitude tout à la fois apparente et discontinue. Pourquoi ? Parce qu'une volonté non équivoque de créer une servitude ne peut pas s'induire du seul fait que le père de famille a prévu que des actes discontinus (notamment des passages) s'exerceraient, après sa mort, du fonds d'un de ses enfants sur le fonds de l'autre : ce seront des actes de tolérance, à exercer *jure fraternitatis.* L'a. 694 est relatif à une tout autre hypothèse : le propriétaire des deux fonds en a vendu un, sans rien préciser quant aux servitudes : il suffit qu'elles soient apparentes pour s'imposer à l'acheteur ; l'a. 694 est en rapport avec l'a. 1638.

Ayant fait de l'acte qui a opéré division la cause efficiente de la servitude, la Cour de cassation a logiquement posé en principe que les juges devaient se référer à l'état des lieux tel qu'il existait à cette époque, sans avoir égard à des transformations ultérieures : Soc. 27 déc. 1945, D. 46, 136 ; Civ.[3] 5 oct. 1971, D. 72, 77 ; Civ.[3] 29 févr. 1972, *Bull.,* 72, 103 ; Civ.[3] 5 déc. 1978, *Rép. not.,* 79, 1, 1226, n. Souleau ; Civ.[3] 7 janv. 1987, D. 88, Somm. 15 ; Civ.[3] 10 janv. 1996, D. 97, Somm. 24, n. A. Robert. Cependant, le signe de servitude inscrit dans l'état des lieux initial peut être équivoque, appeler une interprétation. Il n'est pas interdit de recourir, pour l'interpréter, à des données non seulement extérieures, mais postérieures à l'acte de division : Req. 22 août 1882, D. 83, 1, 467 ; Civ.[1] 25 mai 1964, D. 64, 626, *J.C.P.,* 64, 2, 13822 ; Civ.[3] 25 janv. 1972, *Bull.,* n° 54 ; Civ.[3] 23 janv. 1991, *Bull.,* n° 38. Il n'y a pas de contradiction entre les deux séries d'arrêts : l'une détermine le moment où doit être photographié le site ; l'autre propose une méthode pour l'interprétation des clichés. Une méthode où se retrouve le réalisme sociologique qu'avait canonisé le Digeste (1, 3, 37) : *Optima est legum interpres consuetudo.* La maxime était écrite pour les lois, elle vaut tout autant pour les actes

juridiques ou même les situations de fait. Pas de plus sûr interprète que la coutume, c'est-à-dire la manière dont la situation a été comprise et assumée en pratique par les intéressés eux-mêmes. Ceux-ci sont, pour ainsi dire, *en possession* de l'interprétation vécue que constitue l'habitude. A quoi bon troubler la possession ?

[166] f) *Le critère de l'utilité.* — Le critère étant inclus dans la définition de l'a. 637, on pourrait penser que, si la servitude est devenue inutile pour le fonds dominant, elle doit disparaître (suspendue plutôt qu'éteinte, faudrait-il préciser pour s'exprimer rigoureusement) : en ce sens Pau, 17 déc. 1968 (il y aurait *abus du droit* à faire valoir une servitude qui n'a plus d'utilité), *J.C.P.,* 69, 2, 15878, *R.T.,* 69, 592, n. approbative Bredin ; cf. Aubry-Rau, III, § 255, texte et n. 1 ; Marty-Raynaud, n° 169). La Cour de cassation, pourtant, est d'un avis contraire : Civ.[1] 7 déc. 1966, pour une servitude de passage, D. 67, 21, n. Voulet ; Civ.[3] 22 mars 1977, pour une servitude de passage en cas d'enclave, mais établie par destination du père de famille, donc hors du champ d'application de l'a. 685-1, *R.T.,* 77, 574, n. Giverdon ; Civ.[3] 3 nov. 1981, pour une servitude de puisage, D. 82, *I.R.,* 301, n. critique A. Robert, *J.C.P.,* 82, 2, 19909, n. approbative Barbieri. Ces arrêts ont pour eux la lettre de l'a. 703 (l'inutilité n'équivaut pas à l'impossibilité, seule visée dans l'a. 703), ainsi que l'esprit de perpétuité inhérent aux servitudes (cf. *supra,* n° 161). Outre que, pratiquement, qui peut juger de l'utilité mieux que l'utilisateur ? Dans l'espèce de 1981, on alléguait que le puisage avait été rendu superflu par une adduction d'eau. Mais l'eau d'un puits peut être plus fraîche, l'adduction d'eau risque toujours d'être coupée par une grève (ou par un siège !). Il est vrai que, dans l'a. 701, al. 3, pour autoriser une modification de la servitude (de son assiette), la loi a pris en compte le critère d'utilité ; le *statu quo* serait inutile au fonds dominant (tandis que le changement est utile au fonds servant). Mais il faut plutôt voir dans cette solution un exemple précurseur de la théorie de l'abus du droit (cf. *infra,* n° 167).

[167] 3 / Les obligations de voisinage

Il existe entre voisins des obligations personnelles auxquelles fait allusion l'a. 1370, al. 3, des devoirs de *bon voisinage,* qui ne sont pas sans une certaine coloration morale. Deux de ces devoirs retiennent l'attention par leur très grande généralité : le voisin ne doit pas chercher à nuire au voisin ; le voisin ne doit pas causer au voisin des gênes intolérables. La jurisprudence suppose ces devoirs en sanctionnant leur violation par une responsabilité civile. Si le voisin responsable est un propriétaire, il semble encourir sa responsabilité par la manière dont il exerce son droit de propriété : manière tantôt abusive, tantôt excessive. Ce qui explique que les deux théories jurisprudentielles envisagées,

l'*abus du droit* et les *inconvénients anormaux de voisinage,* puissent être rattachées au droit des biens, alors qu'elles relèvent, à d'autres égards, du droit de la responsabilité.

1 | RESPONSABILITÉ DU PROPRIÉTAIRE POUR ABUS DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

Sous sa forme la plus générale, la théorie de l'abus des droits revient à dire que l'exercice d'un droit n'est pas permis, et constitue une faute, quand il ne peut avoir d'autre but que de causer à autrui un dommage (cf. *Introduction,* n° 183, t. IV, n^os^ 230 s.). Dans son application à la propriété foncière, elle signifie que le propriétaire commet une faute lorsque, tout en se cantonnant dans les limites matérielles de sa souveraineté sur le fonds, le dessus et le dessous (a. 552), il accomplit un acte qui ne peut avoir d'autre objet que de nuire à un voisin. Ex. il fait édifier sur sa maison une fausse cheminée sans utilité pour lui, uniquement à dessein d'enlever la lumière à un autre immeuble (arrêt *Doerr,* Colmar, 2 mai 1855, D. 65, 2, 9, qui a été le point de départ de la théorie).

a) *Éléments constitutifs de l'abus du droit de propriété*

Il faut supposer :

1° Un *dommage* causé à un voisin ;

2° Par un *acte de propriété* (d'usage, de jouissance, de destruction) que le propriétaire a accompli sur un immeuble.

S'il n'y avait que ces deux premiers éléments, aucune sanction ne serait encourue, car il est de principe que le dommage causé dans l'exercice d'un droit n'engage pas la responsabilité : l'existence du droit agit comme un fait justificatif, qui exclut la faute. Mais, la faute reparaît si le droit n'a été, entre les mains de son titulaire, qu'un instrument pour faire du mal à autrui : la méchanceté gratuite appelle la sévérité *(malitiis non est indulgendum).* C'est pour cette sorte d'actes que la jurisprudence a voulu une sanction. De là deux autres éléments, du reste liés, qui expriment ce qu'il y a de plus caractéristique dans l'abus du droit ;

3° *L'intention de nuire.* — Ce ne serait pas assez que le propriétaire eût commis une négligence ou une imprudence en usant de sa propriété ; il doit avoir causé le dommage intentionnellement, par dol, par esprit de malveillance envers son voisin ;

4° *Le défaut d'intérêt sérieux et légitime.* — C'est-à-dire que l'acte accompli par le propriétaire ne doit présenter pour lui aucune utilité avouable. S'il avait une telle utilité, il serait justifié, et ne cesserait pas de l'être parce que l'intention de nuire s'y serait mélangée. Le défaut d'intérêt est donc l'élément essentiel de l'abus du droit. Il l'est d'autant plus, en pratique, qu'il permet de présumer l'intention de nuire, élément psychologique qu'on aurait de la peine à prouver directement (cf. a. 701, al. 3, où transparaissait déjà un raisonnement de ce genre).

b) *Sanction de l'abus du droit de propriété*

Suivant les principes généraux de la responsabilité civile, le dommage causé au voisin doit être réparé. Sauf exception, la mesure la plus adéquate consistera à ordonner la remise des lieux en état par la destruction des ouvrages malicieusement entrepris. C'est une prévention du dommage futur, qui peut aussi être tenue pour une réparation en nature du dommage passé. A défaut, ou en complément, une condamnation à dommages-intérêts reste toujours possible.

[168] 2 | RESPONSABILITÉ DU PROPRIÉTAIRE POUR INCONVÉNIENTS ANORMAUX DE VOISINAGE

Quand un propriétaire, par l'usage qu'il fait de son immeuble (par ex. en y installant un établissement industriel), est, pour les propriétés voisines, une source d'inconvénients (fumées, odeurs, bruits, trépidations, etc.) dépassant la mesure de ce que la coutume oblige à supporter entre voisins, il en doit réparation. La jurisprudence a rattaché cette responsabilité à l'a. 1382 et à la notion de faute. Mais la Cour de cassation considère aujourd'hui comme un principe de droit, qui peut se passer de texte, que « nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage ».

a) *Conditions de la responsabilité*

1° Le *dommage* est causé aux voisins et, en un sens, à leurs propriétés, dont il diminue la valeur. C'est un dommage continu. Dans la pratique,

les tribunaux prennent en considération les inconvénients résultant du voisinage non seulement d'une usine ou d'une ligne de chemin de fer, mais aussi bien d'un théâtre, d'une école, d'un hôpital. Parfois, les inconvénients dont le propriétaire se plaint ont une origine naturelle : multiplication excessive du gibier dans une garenne ; chute de feuilles qui vont obstruer les chéneaux des maisons voisines. L'inconvénient de voisinage est ordinairement un dommage direct. Exceptionnellement, il peut s'agir d'un dommage indirect : quand un immeuble par l'activité qui s'y exerce présente des risques graves d'incendie, les propriétés contiguës doivent payer un surcroît de primes d'assurance ; il pourra en être demandé raison au propriétaire de l'immeuble dangereux.

2° La *faute* n'apparaît pas toujours clairement. Par hypothèse, le prétendu responsable n'a nullement eu l'intention de nuire à ses voisins, et il a agi dans un intérêt sérieux et légitime, ce qui le sépare du propriétaire à qui un abus du droit est reproché. Il ne peut être question que d'une faute de négligence ou d'imprudence. De fait, les arrêts relèvent souvent que certaines précautions qui auraient pu empêcher le dommage n'ont pas été prises. Mais il arrive aussi que le propriétaire incriminé ait pris toutes les précautions imposées par les règlements administratifs (ex. il a surélevé la cheminée de son usine, utilisé des désinfectants, etc.) : il n'en sera pas moins déclaré responsable dès lors que les inconvénients persistent. En pareil cas, la faute, s'il en est une, ne peut plus être que d'avoir dépassé la mesure coutumière de ce qui doit être toléré entre voisins.

3° Des *faits justificatifs* peuvent-ils être invoqués par le prétendu responsable ? Le droit administratif (l. 19 juill. 1976) prévoit, pour l'ouverture des établissements dangereux, incommodes ou insalubres, une procédure d'autorisation après enquête publique *de commodo et incommodo*. Mais, si l'autorisation administrative obtenue dans ces conditions a bien pour effet de mettre l'exploitant de l'établissement à couvert des sanctions pénales, elle ne supprime pas sa responsabilité civile éventuelle envers les voisins.

La Cour de cassation n'avait pas davantage admis que le défendeur pût s'exonérer en opposant la *pré-occupation,* c'est-à-dire l'antériorité dans l'occupation des lieux, à l'encontre des demandeurs qui ne seraient venus habiter le voisinage qu'à un moment où l'activité dommageable y était déjà implantée. Toutefois, cette jurisprudence de droit civil a été vidée de la plupart de ses intérêts par un a. 112-16 C.C.H., subrepticement introduit par deux lois qui n'avaient mine que de lois techniques, la seconde aggravant la première (l. 76-1285 du 31 déc. 1976, a. 70, l. 80-502 du 4 juill. 1980 d'orientation agricole, a. 75-I). Le droit à réparation des occupants du bâtiment (non pas seulement du propriétaire) se trouve éteint, soit par la demande d'un permis de construire, soit par l'établissement d'un acte authentique constatant l'aliénation (l'acquisition) ou la prise à bail des lieux. Cette immunité couvre les nuisances résultant d'activités professionnelles (la Cour de cassation pourra encore s'amuser avec les activités domestiques), nuisances déjà consommées ou appelées à se poursuivre, pourvu néanmoins que l'origine en soit antérieure à la demande de permis ou à l'établissement de l'acte.

b) *Conséquences de la responsabilité*

La réparation en nature doit, en général, être préférée comme étant celle qui se rapproche le plus du principe de la réparation intégrale (cf. t. IV, n° 285). Le tribunal pourra prescrire au propriétaire responsable de procéder aux aménagements qui peuvent faire cesser le dommage : commencer le remue-ménage moins tôt, tailler la haie obscurcissante, et même démolir la construction gênante (cf. a. 1143), etc. (cf. un ex. légal, pour la gêne apportée à la réception de la radio et de la télévision, dans la l. 76-1285 du 31 déc. 1976, a. 72). Il ne saurait aller, néanmoins, jusqu'à ordonner la fermeture d'un établissement que l'Administration a autorisé. Et puis la liberté du défendeur est sous la sauvegarde de l'a. 1142 (cf. t. IV, n° 372). Il est donc des cas où la persistance d'un préjudice est inévitable : ce préjudice sera réparé par des dommages-intérêts qui pourront être alloués sous forme de rente.

[169] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Picard, n^os^ 454 q. ; Planiol-Esmein, n^os^ 573 s. ; Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité,* 1924. Cf. Merz, Vom Schikaneverbot zum Rechtsmissbrauch, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung,* 1977, 162 s. ; Rotondi, *L'abuso di diritto,* « aemulatio », Padoue, 1979, et *R.T.,* 1980, 66 s.

HISTOIRE

On a pu tirer du droit romain des formules opposées à la théorie de l'abus du droit (notamment Dig. 50, 17, 55 : *nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur*). Mais la maxime *Malitiis non est indulgendum* est également romaine (Dig. 6, 1, 38). Cf. Ch. Appleton, *R.G.,* 1931, 112. Domat (*Lois civiles,* 1^re^ partie, liv. 2, tit. 8, sect. 3, n° 9) condamne comme une malice, que l'équité ne souffrirait point, l'acte du propriétaire qui ne ferait quelque changement sur son fonds que pour nuire aux autres, sans utilité pour lui (le passage se trouve encastré dans une théorie générale de l'*opus novum,* et, à

l'arrière-fond, une certaine méfiance pour le changement qui trouble les possessions et la paix ne devait pas être désagréable à Domat). Dans la pratique, le Parlement s'appuyait sur l'a. 187 de la Coutume de Paris (« Quiconque a le sol... peut édifier par-dessus et par-dessous, et y faire puits, aisements et autre chose *licite...* ») pour ordonner la démolition, comme de choses illicites, des ouvrages trahissant une méchanceté gratuite à l'égard des voisins, Desgodets (*Lois des bâtiments,* 1748, p. 73 s.) cite des arrêts de 1559 et 1588, dont l'arrêt *Doerr,* en 1855, ne paraît être que la suite. Et l'Ancien Droit n'ignorait pas non plus ce qui devait devenir notre théorie des inconvénients anormaux de voisinage (sur le quasi-contrat de voisinage, cf. Pothier, *Société,* n^os^ 235 s.).

SOCIOLOGIE

La communauté de voisinage est une réalité sociologique, plus ou moins intensément sentie selon les époques et les milieux. Sa force semble s'accorder avec l'état d'une société agraire et quelque peu archaïque. Les droits des voisins se sont peut-être expliqués, à l'origine (dans un monde où les familles étaient peu mobiles), par la présomption d'une communauté d'ancêtres : d'où leur vocation successorale dans le vieux droit germanique (cf. Brissaud, *Table,* V° *Vicini*), leur droit de préemption en droit musulman et encore de nos jours dans le C.C. espagnol. De grandes calamités, ramenant une nation vers son enfance (ou son essence) peuvent faire ressurgir de ces prérogatives singulières du voisinage (ex. l. 25 nov. 1940, a. 5, accordant une « priorité » aux voisins pour ramasser les récoltes d'olives abandonnées). La communauté de devoirs survit, dans les mœurs, à la communauté de droits : c'est l'entraide entre voisins. Sans doute, Cicéron (*De Officiis,* I, 18) nous paraît lointain, selon qui il faudrait aider les voisins à rentrer leurs récoltes avant même que d'aider son frère ou son ami. Mais ce peut être aussi réalisme éternel : le voisin est sur place et vous comptez qu'il pourra vous rendre la pareille (cf. *Proverbes* de Salomon, 27, 10 : « Mon voisin près de moi vaut mieux que mon frère au loin. »). Quand le droit a construit le quasi-contrat de gestion d'affaire (a. 1372), il a pensé avant tout aux services entre voisins. L'a. 655 C. Pr. C. en garde un résidu dérisoire : si l'huissier ne trouve pas le destinataire d'un acte de procédure, il peut remettre l'exploit à un voisin, sur lequel la loi compte pour faire ensuite la commission ; mais c'est un fait qu'il n'est plus guère de voisin qui accepte, car on n'aime pas se mêler aux querelles d'autrui. En revanche, des sociologues ont attiré l'attention sur l'importance des relations de voisinage (de palier) dans les grands immeubles collectifs, surtout pas les contacts entre enfants (cf. cep. Chamboredon et M. Lemaire, Proximité spatiale et distance sociale, les grands ensembles et leur peuplement, *Rev. française de sociologie,* XI, 1970, 4). La l. 14 déc. 1964 en avait tiré une conséquence dans l'art. 409. Le voisinage reste surtout efficace dans l'enseignement de la fraternité négative : ne pas se nuire et se supporter. Le voisin est le prochain, celui qu'il est souvent plus difficile d'aimer, ou même de ne pas haïr, qu'un semblable très lointain.

[170]

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *Abus du droit.* — Il pose deux problèmes législatifs. Cf. Markovitch, *La théorie de l'abus du droit en droit comparé,* Th. Lyon, 1936 ; *Congrès de l'Association H. Capitant,* Québec, 1939, p. 613 s. ; Rotondi et autres, *L'abus du droit* (en droit comparé),

Padoue, 1979, 1° Y a-t-il lieu de le consacrer par une formule générale (à insérer soit dans la partie générale d'un Code civil, soit dans le droit de la responsabilité), ou faut-il s'en tenir aux applications particulières principales (notamment, abus du droit de propriété, abus du droit d'ester en justice, etc.) ? Plusieurs pays ont recouru à une formule générale et l'ont insérée ordinairement (renfort d'abstraction) dans la partie générale de leurs codes civils. Le rattachement au droit de la responsabilité pourrait sembler plus scientifique (ex-projet C.O. franco-italien, a. 74). Mais, du point de vue pratique, on peut se demander s'il n'est pas artificiel de réunir dans une formule unique des solutions que l'histoire a élaborées distinctement et qui correspondent à des données sociologiques et psychologiques très différentes : paix dans la communauté de voisinage, répression de la chicane procédurale, etc. ; 2° Convient-il de définir l'abus du droit par un critère psychologique (l'intention de nuire ; ex. B.G.B., § 226 : l'exercice d'un droit est interdit quand il ne peut avoir d'autre but que de causer à autrui un dommage), par un critère moral (ex. C.C.S., a. 2 : Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi ; l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi), par un critère fonctionnel ? Suivant ce dernier critère, préconisé surtout par Josserand (*De l'abus des droits,* 1905, et *De l'esprit des droits et de leur relativité,* 1927 ; cf. Pirovano, *La fonction sociale des droits ; réflexions sur le destin des théories de Josserand,* D. 72, chr. 67), il y aurait abus toutes les fois que le droit n'est pas exercé conformément à sa destination sociale. Cf. C.C. soviétique de 1923, a. 1^er^ : les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans le cas où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale (v. sur l'application de ce texte, *R.I.D.C.,* 1948, 182) et C.C. tchécoslovaque de 1950, a. 3 : Personne ne doit abuser des droits civils au détriment de la collectivité. On s'est souvent effrayé de cette subordination des droits subjectifs à l'intérêt social comme d'un danger possible pour l'individu (cf. Planiol-Esmein, n° 575 ; Ripert, *R.C.,* 1929, 33 ; Dabin, *Droit subjectif,* p. 290 s.). Mais, au moins en matière de propriété, le danger est imaginaire : un contrôle judiciaire de la propriété privée à la demande des voisins sera toujours d'un faible rendement socialiste. La C.R.C.C. (*Travaux,* 1950-1951, p. 14 s.) s'est gardée de toute allusion à la collectivité ; au demeurant, la *clausula generalis* qu'elle propose (sous la rubrique : *de l'exercice anormal des droits,* a. 147) est d'un éclectisme un peu vague : tout acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit n'est pas protégé par la loi et engage éventuellement la responsabilité de son auteur. Cf. Pirovano, D. 72, chr., 67.

b) *Inconvénients anormaux de voisinage.* — La théorie a été facilement présentée comme une manifestation de la socialisation, si souvent décrite, du droit civil. Il faut, pourtant, bien voir quelle est le plus souvent la physionomie sociale du conflit : c'est une entreprise industrielle qui est aux prises avec les habitants de résidences bourgeoises ; les forces productrices se heurtent à la propriété oisive. Le système jurisprudentiel de responsabilité peut alors apparaître facilement comme une entrave au progrès. A telles enseignes que le C.C. It. de 1942, qui s'est piqué d'esprit social, a cru devoir tempérer cette responsabilité. Il pose le principe que le propriétaire d'un fonds ne peut empêcher les « immissions » de fumée ou de chaleur, les bruits, odeurs, trépidations et propagations analogues provenant du fonds du voisin, s'ils ne dépassent pas ce qui est normalement tolérable, eu égard à la situation des lieux (donc, le principe est qu'il faut

supporter). Et il ajoute encore une formule caractéristique : dans l'application de cette règle, l'autorité judiciaire doit concilier avec les droits de la propriété les *exigences de la production.* A l'inverse, on ne remarque pas assez que la responsabilité du propriétaire de l'usine est postulée par un régime économique de libre concurrence (cf. Hayek, *La route de la servitude,* trad. franç., p. 34) : pourquoi ne devrait-il pas payer l'avantage d'être dans un centre urbain ? – La théorie a suscité depuis 1970 un regain d'intérêt comme instrument de réparation des *dommages écologiques* (v. n^{os} 46, 172 ; cf. *Travaux Assoc. Capitant,* La protection du voisinage et de l'environnement, 1976, XXVII).

[171] THÉORIE JURIDIQUE

Cf. R. Martin, De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété, *R.T.,* 1975, 52 ; Libchaber, Le droit de propriété, un modèle pour la réparation des troubles du voisinage, *Mélanges Chr. Mouly,* 1998.

Observation commune aux deux théories : elles n'ont pas spécifiquement de rapport avec le droit de propriété, et le problème serait exactement le même entre deux locataires. Cependant, historiquement, c'est bien comme des limitations de la propriété qu'elles sont apparues, et l'on peut dire que les locataires y sont aux droits des propriétaires.

a) *Abus du droit.* — L'*expression* même a été critiquée par Vareille-Sommière et Planiol comme logomachique (« le droit cesse où l'abus commence »). Mais elle a été défendue comme évoquant bien cette idée que le propriétaire, en pareil cas, s'embusque derrière son droit pour nuire à autrui. Les auteurs se sont interrogés sur le *fondement* de la théorie. Pour expliquer qu'une responsabilité puisse naître d'un acte apparemment conforme au droit, ils sont conduits à admettre que la propriété n'est pas seulement limitée par le droit, mais par la morale. Quelle morale ? Il n'est pas de morale qui, dans l'abstrait, ne se sente en accord avec la théorie de l'abus du droit : la morale chrétienne et sa loi d'amour appliquée au prochain (cf. Ripert, *Règle morale,* n^{os} 95, 103 ; Dabin, *Droit subjectif,* p. 293 s.), la morale républicaine et sa loi de fraternité (cf. Acollas, I, p. 569 s.), la morale vaguement socialisante de la solidarité (recouvrant tant bien que mal les précédentes) – plus généralement, enfin, la morale en suspension dans la conscience collective à un moment de l'histoire (l'abus du droit serait la conséquence d'un décalage historique : la conscience collective désapprouve déjà l'acte, alors que la loi l'autorise encore ; en ce sens, Mario Rotondi, L'abuso di diritto, *Rivista di diritto civile,* 1923, p. 105 s. ; d'où sa formule : « Où le droit commence, l'abus cesse. »).

[172] b) *Inconvénients anormaux de voisinage.* — L'importance, théorique et pratique, de la jurisprudence a eu le tort de faire de l'ombre au véritable principe. Car celui-ci, qui est sous-entendu, n'est point l'obligation de réparer les inconvénients anormaux, mais bien l'obligation de *supporter* les inconvénients normaux. C'est là l'idée maîtresse de la communauté de voisinage. Seulement, les inconvénients anormaux sont plus riches en difficultés. La doctrine a beaucoup travaillé pour découvrir un fondement à la responsabilité du propriétaire dans les situations où l'on ne peut apparemment lui imputer aucune faute, aucun défaut de précautions. Plusieurs explications ont été proposées. Cf. Mazeaud, *Resp.,* I, n^{os} 611 s. 1° *Risque créé* (Ripert, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines,* Th. Aix, 1902 ; Josserand, I, n° 1505, et *Esprit des droits,* n° 16) : le propriétaire a créé un risque anormal par une activité dont il a les profits (mais la responsabilité fondée sur le risque est exceptionnelle dans notre

droit et requerrait un texte) ; 2° *Immissio* (Leyat, *La responsabilité dans les rapports de voisinage,* Th. Toulouse, 1936) : un propriétaire ne peut rien laisser échapper de chez lui qui puisse nuire au fonds voisin ; d'un immeuble à l'autre, toute *immissio* (de fumées, d'odeurs, de bruits, ondes, vibrations, corpuscules en mouvement) constitue *a priori* une faute, parce que la souveraineté du droit de propriété cesse à ses frontières (mais pourquoi l'*immissio* n'engage-t-elle la responsabilité qu'autant que le dommage dépasse une certaine mesure ?) ; 3° *Obligation légale de voisinage* (Capitant, *R.C.,* 1900, 236) : il existe un devoir générique de ne pas nuire aux voisins (mais ce devoir n'est écrit nulle part ; les a. 651, 1370 ne concernent, dit-on, que ces obligations spéciales de voisinage que l'on appelle encore servitudes légales ; d'où l'hypothèse suivante) ; 4° *Obligations coutumières de voisinage* (Blaise, *R.T.,* 1965, 261 s.) ; 5° *Devoir de modération dans l'exercice du droit de propriété* (c'est l'opinion la plus répandue : Planiol-Picard, n° 471 ; Planiol-Esmein, n° 581 ; Azard, D. 66, 301 ; *contra,* Durry, *R.T.,* 66, 812, 67, 640) : il y a faute à user de sa propriété de telle manière que les voisins en souffrent un préjudice exceptionnel (l'idée d'une mesure nécessaire en toutes choses mériterait bien de devenir davantage une idée juridique, mais qu'y a-t-il de démesuré à installer une usine ou un théâtre dans une ville ?). Il faut avouer que souvent la faute est impalpable, et des arrêts déclarent qu'elle n'était pas nécessaire (ex. Civ.[1] 23 mars 1982, D. 83, *I.R.,* 18, n. A. Robert ; Civ.[3] 12 févr. 1992, *J.C.P.,* 92, 4, 1106 [« sans avoir à rechercher une faute »] ; Civ.[2] 19 févr. 1992, D. 93, Somm., 37 [l'arrêt d'appel est censuré pour avoir exigé la preuve d'une faute personnelle du voisin] ; Civ.[1] 2 mars 1994, *J.C.P.,* 94, 1, 3801, n° 3 [peu importe que vous ne fassiez pas vous-même de bruit, si vous habitez l'immeuble d'où vient le bruit]). La fortune de l'a. 1384, al. 1er, aurait permis de rajeunir l'*immissio* en faisant d'elle un cas de responsabilité du fait des choses (*lato sensu* ; par ex. du fait des fumées ; cf. Civ.[2] 9 nov. 1955, D. 56, 320, et la n. Radouant). Mais la jurisprudence paraît interdire l'appel à l'a. 1384, al. 1er, dans les rapports de voisinage (v. pour les feuilles tombées des arbres, Civ.[2] 21 juill. 1953, D. 53, 573). Pourquoi ne pas sortir du droit de la responsabilité ? On aurait pu partir de cette constatation économique que le dommage, plutôt qu'aux propriétaires voisins, est causé aux propriétés voisines : leur valeur vénale se trouve diminuée tandis qu'augmente celle de l'immeuble sur lequel est implanté l'établissement nouveau. Ce serait alors une question que de rechercher si les conditions de l'action *de in rem verso* ne sont pas réunies. En tout cas, on peut dire que l'ouverture de l'établissement soumet les fonds voisins à une sorte d'expropriation pour cause de nécessité privée (cf. Demogue, *Obligations,* IV, n^{os} 721 s.) ; c'est comme si une servitude leur était imposée par l'initiative unilatérale du propriétaire de l'immeuble d'où procèdent les inconvénients anormaux. Il appartient aux tribunaux de vérifier la nécessité invoquée : si elle est infirmée, s'ouvre le contentieux de la réparation en nature ; si elle est confirmée, l'expropriation sera maintenue, mais donnera lieu à indemnité. Cf. l'idée dont s'est inspirée la Cour de cassation belge le 6 avril 1960 (*R.T.,* 61, 220 ; v. aussi C. Yocas, Th. Paris, 1966) : le trouble de voisinage a rompu l'égalité des deux fonds devant les charges de la propriété. On pourrait enfin, passant du droit des biens au droit de la personnalité, donner pour fondement à la jurisprudence la protection d'un droit essentiel de la personne humaine, le droit à la tranquillité (Agostini et Lamarque, D. 76, 222). Si tout individu a un droit subjectif à la pureté naturelle de son « cadre de vie », il y a une faute, par violation de ce droit, dans toute pollution psychologique (cf. P. Girod, *La réparation du dommage écologique,* Th. Paris, 1974, spéc. 85 s. ; Despax, *Droit de l'environnement,*

1980 ; Prieur, *Droit de l'environnement,* 1991), dans tout bruit excessif (cf. Lamarque, *Le droit contre le bruit,* 1975). Cf. F. Haumont, Les troubles de voisinage, à la croisée du droit privé et du droit public, *Mélanges Farjat,* 1994, 175. Mais un arrêt pourrait bien rendre superflues, désormais, toutes les constructions doctrinales (Civ.[8] 13 nov. 1986, *Bull.,* n° 172) : c'est un *principe que nul ne doit causer à autrui un trouble excédant les inconvénients normaux.* Le motif, il est vrai, a des réminiscences de l'a. 1382. Cependant, c'est un *principe* sans texte qui est le fondement de la solution, une coutume savante autoproclamée. Le principe se retrouve, avec une conséquence nouvelle, dans Civ.[3] 30 juin 1998, *Bull.* n° 144 : l'action peut être exercée directement par la victime contre le constructeur chargé des travaux bruyants. D'où l'on peut conclure qu'elle ne requiert plus une relation de voisinage territorial — non plus que la preuve d'une faute : c'est une responsabilité du fait du bruit que l'on fait par nature.

PRATIQUE JUDICIAIRE

[173] a) *Abus du droit.* — Bien qu'un arrêt (Civ.[3] 20 mars 1978, *Bull.,* n° 128) ait incorporé en quelque sorte la théorie à la définition de l'a. 544 (... *un usage* prohibé par les lois ou les règlements ou *de nature à nuire aux droits des tiers*), les décisions qui ont sanctionné l'abus du droit *en matière de propriété* foncière paraissent, tout compte fait, clairsemées (cf. Durry, *R.T.,* 72, 396). Après l'arrêt *Doerr* (Colmar, 2 mai 1855, D. 56, 2, 9), deux affaires ont été montées en épingle par la doctrine du débat du XX[e] s. : l'aff. *Savart* (Trib. civ. Sedan, 17 déc. 1901, S. 04, 2, 217, pour le cas analogue d'une affreuse palissade destinée à assombrir le voisin), et surtout l'aff. de *Clément Bayard* (Trib. civ., Compiègne, 12 févr. 1913, D. 13, 2, 177, n. Josserand ; Req. 3 août 1915, D. 17, 1, 79), où un propriétaire fut condamné pour avoir installé, au voisinage d'un hangar à dirigeables, des piquets de bois hérissés de pointes de fer. Il faut ajouter : Req. 10 juin 1902, D. 02, 1, 454 (fouilles entreprises en vue de tarir les sources du voisin ; Amiens, 5 févr. 1912, D. 13, 2, 177, n. Josserand (tintamarre à dessein d'effrayer le gibier du voisin). Ces décisions font application du critère psychologique, tiré de l'intention de nuire. Il est difficile d'y apercevoir (même dans Req. 10 juin 1902) un reflet du critère téléologique, social, défendu notamment par Josserand (v. *supra,* Politique législative). Ce que l'on peut dire, toutefois, c'est que, par-delà l'intention de nuire, qui est quelque chose d'abstrait, les tribunaux se préoccupent des mobiles concrets qui ont inspiré le propriétaire. C'est ce que suggère une comparaison entre l'aff. de *Clément Bayard,* où le propriétaire a été condamné parce qu'il usait d'un chantage pour se faire acheter sa terre au prix fort, et une affaire plus récente (Lyon, 9 juill. 1954, D. 54, 580), où la responsabilité (pénale, il est vrai) d'un autre ennemi de l'aviation n'a pas été retenue, parce qu'il n'avait cherché qu'à se défendre. La légitime défense contre un voisinage agressif peut justifier l'intention de nuire du propriétaire ; on peut, du reste, admettre que l'acte présente alors un intérêt sérieux et légitime. Civ.[1] 20 janv. 1964 (l'arrêt du *rideau de fougères* après l'arrêt de la *fausse cheminée*), D. 64, 518, *J.C.P.,* 65, 2, 14035, n. Oppetit, est intéressant en ce qu'il cherche la preuve de l'intention de nuire en dehors du fait abusif lui-même, dans les mésintelligences qui préexistaient entre les deux voisins. On s'était demandé si Civ.[3] 12 oct. 1971, D. 72, 210, *J.C.P.,* 72, 2, 16966 (cf. Pirovano, D. 72, chr. 67), ne révélait pas le dessein d'exercer un contrôle sur de possibles abus de la théorie de l'abus. Mais il ne semble pas que cet arrêt ait eu des lendemains. — Quelques applications

récentes : Civ.[3] 20 mars 1978 (refus abusif de détruire des installations vétustes), *Bull.,* n° 128 ; Civ.[3] 7 juin 1990 (pas d'abus à défendre son droit de propriété contre des empiétements), *Rép. not.,* 92, 359, n. Aubert.

[174] b) *Inconvénients anormaux de voisinage.* — Cf. Théron, Responsabilité pour trouble anormal de voisinage en droit public et en droit privé, *J.C.P.,* 76, 1, 2802 ; M.-F. Nicolas, La protection du voisinage, *R.T.,* 76, 675 (réparation et prévention des troubles). La théorie semble avoir été introduite par deux arrêts, Civ. 27 nov. 1844, D. 45, 1, 13, et Req. 20 févr. 1849, D. 49, 1, 148 (du second on détachera la formule : « Le droit de propriété est limité par l'obligation *naturelle* et légale de ne causer à la propriété d'autrui aucun dommage. »). La jurisprudence, depuis lors, a pullulé (ex. D. 91, Somm. 22 et 309, n. A. Robert). Selon un arrêt discutable (Civ.[2] 25 nov. 1992, *Bull.,* n° 278), l'action de la victime n'est pas subordonnée au préalable d'une mise en demeure. Il est vrai qu'en général ce préalable est écarté de la responsabilité extra-contractuelle : le devoir de ne pas nuire à autrui n'existe-t-il pas de plein droit ? Sans doute ; mais ici ce n'est pas n'importe quel dommage qui est visé, seulement le dommage anormal. Et comment l'auteur du trouble pourrait-il en mesurer lui-même l'anormalité ? Elle dépend de la subjectivité du voisin, qui est encore de l'autre côté du mur de la vie privée. Outre qu'il ne serait pas mauvais d'inciter au bon voisinage, en supposant un devoir d'information entre voisins.

La Cour de cassation, après avoir abandonné aux juges du fond la détermination du seuil de l'anormalité (Civ.[3] 3 nov. 1977, D. 78, 434), a paru en ressaisir le contrôle (Civ.[3] 5 juill. 1988, *G.P.,* 89, 1, Somm. 168). Bien que le catalogue des inconvénients qui ont été ainsi jugés anormaux ait l'air très hétéroclite, un classement peut en être proposé. Il est des types d'inconvénients qui se manifestent d'une façon purement matérielle, d'immeuble à immeuble : ex. les désordres, les lézardes imputables à un chantier de construction contigu (Civ.[3] 25 oct. 1972, D. 73, 756, *J.C.P.,* 73, 2, 17491 ; Civ.[3] 8 mai 1979, *G.P.,* 80, 2, 684). D'autres troubles, matériels, impersonnels, à n'en considérer que l'origine, se retrouvent personnalisés à l'autre bout, par la subjectivité des victimes, quand bien même le dommage serait collectif (« paupérisation d'un tissu urbain », trib. Paris, 7 juin 1989, D. 91, Somm. 23) : ex. les fumées, les poussières émises par des usines (Civ. 28 mai 1952, D. 53, Somm. 11 ; Civ.[1] 1[er] mars 1977, *Bull.,* n° 112) ; les odeurs (Civ.[2] 19 mars 1997, D. 98, Somm. 60) ; ou, dans la vaste catégorie des bruits, les bruits industriels, les bruits d'aérodrome (Civ.[2] 11 mai 1966, D. 66, 753 ; Civ.[2] 27 avr. 1979, *J.C.P.,* 80, 2, 19408 ; trib. Nice, 9 déc. 1964, D. 65, 221 ; Aix, 17 févr. 1966, D. 66, *I.R.,* 459) ; les bruits de garage, Civ.[2] 21 mai 1997 (dans une zone pavillonnaire résidentielle), 21 mai 1997, D. 98, 150, n. Fages, *J.C.P.,* 98, 2, 10057, n. L. Mauger-Vielpeau). La prise en compte de la sensibilité individuelle est plus marquée lorsque l'on fait droit au demandeur qui incrimine la lumière trop vive d'une enseigne lumineuse (Civ.[3] 9 nov. 1976, D. 77, 561) ou, à l'inverse, se plaint d'une surélévation qui lui a ôté son soleil (Civ.[3] 18 juill. 1972, D. 74, 73, *J.C.P.,* 72, 2, 17203 ; Civ.[3] 6 juill. 1988, *J.C.P.,* 88, 4, 320. Paris, 7 avr. 1987, D. 88, Somm., 15, n. A. Robert ; mais *contra,* Poitiers, 18 juin 1980, D. 81, *I.R.,* 233 ; Versailles, 9 juill. 1986, D. 88, Somm., 15 ; Toulouse, 17 sept. 1991, D. 92, Somm., 37). La variété la plus délicate à manier est celle où les nerfs de l'un entrent en conflit avec la liberté de l'autre. C'est le domaine surabondamment contentieux des bruits domestiques. Chaque bruit a sa spécificité : les aboiements (Versailles, 4 nov. 1986, D. 86, *I.R.,* 459), la musique (Lyon, 23 déc. 1980, D. 83, 605), la radio ou

l'aspirateur (Civ.[2] 3 janv. 1969, *J.C.P.*, 69, 2, 15920). La répétition, le jour et l'heure (Versailles, 27 janv. 1987, D. 88, Somm., 15), l'aigu du son (ou sa douceur, Civ.[2] 19 nov. 1986, D. 88, Somm., 18) peuvent servir à mesurer l'anormalité. Mais l'on rentre dans le tolérable si les bruits ne sont que l'incoercible expression d'un besoin d'être. Le cas limite est le bruit des pas du voisin du dessus (Paris, 2 mai 1983, *G.P.*, 83, 2, 457 ; 9 mai 1990, D. 90, *I.R.*, 145). Les souliers ne sont pas naturels à l'homme, mais ce serait un empiétement sur l'intimité de sa vie privée que de lui faire imposer par justice le port de pantoufles. Il arrive que le trouble soit engendré par la nature elle-même (ex. Civ. 6 janv. 1948, D. 48, 126, multiplication du gibier ; Civ.[2] 21 juill. 1953, sol. impl., D. 53, 573 et Paris, 10 avr. 1992, D. 92, Somm. 37), et l'on est alors tenté de soutenir que ce qui est naturel ne peut être anormal. Mais il incombe à l'homme propriétaire d'exercer un contrôle sur la portion de nature qui lui a été soumise, et ce sont les relâchements de ce contrôle qui peuvent être anormaux.

L'arrêt *Lecante,* Civ. 18 févr. 1907, D. 07, 1, 385, n. Ripert (relatif aux fumées et odeurs venant d'un four à briques), mérite une mention particulière malgré les péripéties législatives qui ont suivi : non seulement il a réaffirmé le principe de la responsabilité du propriétaire (on remarquera, du reste, que, comme la plupart des arrêts, il se réfère expressément à l'a. 1382 et fait état d'un défaut de précautions), mais, en même temps, il a condamné la thèse de la préoccupation (individuelle), qui, préconisée par Demolombe (XII, n° 659), avait été accueillie par quelques cours d'appel. La même condamnation se retrouve dans Civ.[2] 30 nov. 1961, D. 62, 168, Civ.[2] 22 oct. 1964, D. 65, 344. Au contraire, l'effet justificatif de la *pré-occupation collective* a été généralement reconnu : Paris, 3 avr. 1928, D. 28, 2, 168 ; Besançon, 15 nov. 1934, D. H. 35, 25. Celui qui vient s'installer dans une rue d'usines pour y vivre tranquillement n'est pas fondé à se plaindre de troubles de voisinage. La pré-occupation collective détermine l'usage du quartier, la mesure coutumière de ce que doivent supporter les habitants du lieu.

Mais que reste-t-il des solutions jurisprudentielles ? L'a. 112-16 C.C.H. (loi 4 juill. 1980) a accordé à toutes les pré-occupations une immunité à peu près sans faille. Cette intrusion du droit public dans le droit privé apparaît comme d'autant plus contestable (v. les vives critiques de Despax, *Droit de l'environnement,* 1980, n° 43) que, depuis lors, le Conseil constitutionnel (22 oct. 1982, *Droit social,* 83, 162) a placé sous la protection de la Constitution le principe que toute victime d'un dommage a droit à réparation. Des interprétations restrictives se sont fait jour : v. Civ.[3] 10 oct. 1984, *Bull.*, n° 165 ; Civ.[3] 23 janv. 1991, *Bull.*, n° 31 ; Civ.[2] 17 juill. 1991, *J.C.P.*, 91, 4, 367 ; Civ.[2] 16 mai 1994, *Bull.*, n° 131 ; cf. Périnet-Marquet, *J.C.P.*, 92, 1, 3581, II. La loi ne visant que les bâtiments, les jardins et champs (en danger de pollution) lui échappent. Son fondement le plus vraisemblable étant une présomption de renonciation, encore faut-il que le renonçant ait connu ou pu connaître les nuisances au moment où on le déclare forclos à les invoquer. Il va de soi que, si les nuisances se sont accrues depuis l'autorisation administrative, un nouveau droit à réparation est né (Civ.[2] 3 févr. 1993, *J.C.P.*, 93, 4, 881). Ne pourrait-on enfin aller jusqu'à soutenir que c'est seulement la réparation *en nature* qui est paralysée par le texte, la seule dont l'urbanisme puisse raisonnablement craindre les contrecoups, le droit à indemnité pécuniaire demeurant ouvert ?

Deux arrêts (D. 37, Somm. 61, n. A. Robert) montrent les deux types de réparation auxquels peuvent donner lieu les inconvénients anormaux. 1° Civ.[3] 22 mai 1997 : est justifiée la demande de démolition d'un appentis gênant et polluant (l'arrêt n'hésite pas à étendre l'a. 1143, écrit pour la responsabilité contractuelle) ; même solution dans Civ.[3] 30 sept. 1998, D. 99, 374, n. Kenderian. 2° Civ.[2] 21 mai 1997 : la cause des troubles n'ayant pas (pu ?) être supprimée, le préjudice cristallisé dans la dépréciation de l'immeuble sera réparé par l'allocation d'une somme d'argent (une rente viagère accordée aux propriétaires lésés aurait pu réparer la gêne subie au jour le jour, mais pour réparer la dégradation du capital, il eût fallu une rente perpétuelle).

Les voisins agissent, en principe, contre le propriétaire ; mais ils peuvent aussi avoir une action contre l'entrepreneur dont les travaux ont causé la nuisance, soit qu'ils le saisissent sur le terrain de l'a. 1384, al. 1 (Civ.[3] 20 oct. 1971, D. 72, 414), soit qu'ils invoquent contre lui – bien qu'il n'ait été qu'un membre épisodique de la communauté de voisinage – le degré anormal du trouble qu'il a apporté dans cette communauté (Civ.[2] 14 déc. 1966, D. 67, 197). Dans les deux cas, ils n'auront pas besoin de démontrer l'existence d'une faute caractérisée. En revanche, si le propriétaire, après avoir été déclaré responsable envers ses voisins, veut recourir contre son entrepreneur, il ne pourra se contenter de prouver l'existence d'un inconvénient excessif de voisinage : il est renvoyé au droit commun de la responsabilité (contractuelle), Paris, 10 nov. 1977, *R.T.*, 78, 155, n. Cornu.

[175] 4 / La copropriété des immeubles bâtis

Ce mode d'appropriation des immeubles s'est considérablement développé après la guerre de 1914 dans les grandes villes et les banlieues, ce qui explique l'apparition d'une législation spéciale. Après une loi du 28 juin 1938, c'est la loi du 10 juillet 1965 qui est maintenant le texte de base, non sans avoir été modifiée en quelques points (l. 31 déc. 1985, l. 21 juill. 1994).

Malgré la généralité de sa rubrique, la loi de 1965 ne régit pas les copropriétés ordinaires d'immeubles bâtis (telles que celle qui peut se former entre les deux héritiers d'une maison), mais seulement cette sorte de copropriété où le lot de chaque copropriétaire comprend tout à la fois une partie de l'immeuble privativement appropriée et une quote-part de parties communes. La notion de *lot,* définie dès l'a. 1[er] de la loi, est essentielle. L'immeuble en copropriété, ce n'est plus l'immeuble divisé par étages ou par appartements, ainsi que l'on disait autrefois, c'est aujourd'hui l'immeuble divisé par lots.

L'acquisition d'un appartement en copropriété peut résulter d'actes juridiques très divers : attribution de l'appartement au sein d'une société de construction (l. 16 juill. 1971, a. 5 s.) ; vente consentie par le propriétaire originaire de l'immeuble, qui a divisé son bien en constituant lui-même une copropriété ; partage de l'immeuble après décès du propriété-

taire unique (la division par appartements pouvant, selon la jurisprudence, réaliser un partage en nature au sens de l'a. 832) ; exercice d'un droit de préemption par le locataire ou occupant, lorsque l'appartement est vendu à un tiers (l. 75-1351 du 31 déc. 1975, a. 10) ; etc.

Quelle que soit la cause de l'acquisition, la condition juridique du copropriétaire sera la même, relevant à la fois du droit des biens et de celui des personnes morales, car l'*immeuble en copropriété* est un bien, et le *syndicat des copropriétaires* une personne morale.

1 | L'IMMEUBLE EN COPROPRIÉTÉ

Une pluralité de lots, chacun constitué de *droits* et de *charges*, le tout cimenté par un *règlement de copropriété* : tel apparaît, à l'analyse, le statut de l'immeuble en copropriété.

[176] ▶ *Les droits*

Activement, la situation de chaque copropriétaire est faite de deux *droits réels* : un droit de *propriété* sur la *partie privative,* un droit de *copropriété* sur les *parties communes,* deux droits réels distincts et néanmoins réunis pour former *un même lot.*

a) *La propriété de la partie privative*

La partie privative, c'est l'appartement. Le copropriétaire en a la propriété exclusive, et non pas simplement la copropriété (a. 2). Il peut en user, en jouir et en disposer comme de sa chose – sauf à respecter les droits individuels des autres copropriétaires et, plus collectivement, la destination de l'immeuble (a. 9). Toutefois, il est plutôt moins maître chez lui que les propriétaires ordinaires dans leurs rapports de voisinage (ex. a. 9, al. 2 : de plein droit, il est tenu de subir dans l'intimité de sa partie privative les intrusions commandées par la réalisation de travaux d'intérêt commun (cf. et opp. *supra,* n° 130).

b) *La copropriété des parties communes*

1° *Définition des parties communes* (a. 3). Ce sont avant tout ce que l'on pourrait appeler les parties communes *matérielles* : c'est-à-dire les parties de bâtiments et de terrains qui sont affectées à l'usage de tous ou de plusieurs : ainsi, le sol, les cours, les corridors, les escaliers, les gros murs, la toiture. Mais il faut y ajouter des parties communes *juridiques* : ce sont des *droits* accessoires aux parties communes, tels le droit de surélévation, le droit d'édifier de nouveaux bâtiments dans les cours, le droit de mitoyenneté externe (par opposition à la mitoyenneté interne, a. 7).

2° *Régime des parties communes* (a. 4, 6, 9). Elles sont en état de copropriété, ce qui laisse à chaque copropriétaire la faculté de s'en servir pour son propre compte, pourvu que par là il ne compromette ni les droits des autres ni la destination de l'immeuble (cf. a. 815-9). Et cette copropriété est une copropriété forcée et perpétuelle (cf. *supra,* n° 80).

Les droits du copropriétaire dans les parties communes se traduisent donc par une quote-part idéale, par une fraction arithmétique, en pratique, un certain nombre de *millièmes.* La répartition des millièmes entre les lots s'opère généralement dans un état descriptif de division, qui est joint au règlement de copropriété. Mais la loi (a. 5) fixe elle-même une norme de répartition, d'où la volonté privée ne peut s'écarter sans risque (a. 12). Cette norme est tirée de la *valeur* respective des appartements, eu égard, objectivement, à leur consistance, à leur superficie et à leur situation, mais non point, subjectivement, à l'utilisation qui en peut être faite par tel ou tel propriétaire. La répartition en millièmes est importante, parce qu'elle commande la contribution aux charges, plus précisément aux *charges de copropriété* (a. 10, al. 2), et le nombre des voix dont chaque copropriétaire peut disposer pour voter dans les assemblées générales (a. 22, al. 2).

c) *Le lot en tant qu'unité*

La propriété de la partie privative et la copropriété des parties communes forment un lot, un tout indissociable, un droit unique, immeuble par nature. Ce droit est librement cessible : le syndicat doit seulement être informé de la cession (a. 20), mais il ne pourrait s'y opposer. Le lot existe comme tel dès avant la construction (« lot transitoire ») : c'est le droit exclusif d'utiliser pour y construire une surface déterminée du sol, joint à une quote-part de la propriété du sol et des parties communes.

[177] ▶ *Les charges*

a) *Contribution aux charges*

La loi distingue deux sortes de charges, pour lesquelles elle prévoit deux bases différentes de répartition (a. 10) :

1° Les *charges de propriété,* relatives à la conservation, à l'entretien et à l'administration des parties communes. Chaque copropriétaire en supporte une fraction proportionnelle à la valeur de sa partie privative : c'est-à-dire que la répartition se fait au prorata des millièmes.

2° Les *charges de fonctionnement,* entraînées par les services collectifs et les éléments d'équipement commun (ex. ascenseur, chauffage). Chaque lot y contribue à proportion de l'utilité propre qu'il en retire (ainsi, les appartements du haut prendront une part plus forte aux dépenses de l'ascenseur).

Sur ces bases légales, il appartient au règlement de copropriété, donc à la volonté privée, de chiffrer la répartition des charges. Mais ce travail de chiffrage conventionnel est sujet à un contrôle judiciaire. Car, pour redresser les écarts, une action en révision est ouverte aux intéressés (a. 12). Encore n'est-elle ouverte que pendant un temps limité, et seulement quand l'écart excède 25 %, si bien qu'il peut y avoir, dans la répartition conventionnelle des charges, des injustices légalement consolidées.

b) *Obligation aux charges*

La répartition des charges se traduit par une dette de chaque copropriétaire envers le syndicat. La créance de celui-ci est assortie de garanties (en particulier, d'une hypothèque légale, a. 19). Un non-paiement généralisé peut mettre en péril l'équilibre financier de la personne morale : il faut y pourvoir par des mesures de crise (a. 29-1 s., l. 21 juill. 1994).

[178] ▶ *Le règlement de copropriété*

Tout immeuble divisé par appartements doit avoir un règlement de copropriété (a. 8) – acte complexe dans son objet, puisque l'on peut y voir à la fois un règlement pour la police intérieure de l'immeuble, une sorte de cadastre interne délimitant les droits et les charges de chaque lot, enfin les statuts d'une personne morale.

a) *Élaboration*

Le règlement de copropriété tire sa force obligatoire de la volonté des intéressés. Il peut être voté dans une assemblée générale de copropriétaires (a. 14, 26 *b*). Il peut aussi être établi d'abord unilatéralement

par le promoteur de la construction ou par le propriétaire unique qui désire mettre son immeuble en copropriété : les divers copropriétaires l'accepteront ensuite par le fait même qu'ils acquerront leurs appartements. A défaut d'accord entre les parties, la Cour de cassation admet que le règlement pourrait être établi par le juge. Les droits et obligations qui en résultent se transmettront, du reste, de plein droit aux acquéreurs successifs de chaque lot. Cette dérogation au principe de l'a. 1165 s'explique en ce que la volonté privée a modelé ici les droits réels (cf. t. IV, n° 128). Aussi le règlement de copropriété est-il soumis à la publicité foncière (d. 4 janv. 1955, a. 35-6°).

La loi (a. 8, al. 2) a limité la liberté du règlement de copropriété dans l'intérêt, soit des minorités aux assemblées générales, soit des acheteurs d'appartements : il ne peut imposer aucune restriction aux droits individuels des copropriétaires (ex. leur imposer une interdiction même temporaire d'aliéner), à moins que ces restrictions ne soient justifiées par la destination de l'immeuble (ainsi pourrait être justifiée, dans un immeuble de résidence, une interdiction de faire le commerce).

b) *Modification*

Le règlement de copropriété peut être modifié en assemblée générale dans des conditions variables suivant la gravité de la modification (a. 24, 25 *f,* 26 *b*).

[179] 2 | LE SYNDICAT DES COPROPRIÉTAIRES

Dès qu'un immeuble bâti fait l'objet d'une copropriété du type que la loi définit, une personne morale prend naissance (a. 14, 15, 16) : tous les copropriétaires se trouvent de plein droit groupés en un syndicat. Par son objet, le groupement ressemble à une société civile : il a pour mission la conservation de l'immeuble envisagé dans son ensemble et l'administration des parties communes. Mais comme l'entrée dans le groupement est obligatoire et non volontaire, on parle de syndicat, non de société.

▶ *Organisation*

Cette organisation évoque celle de la société anonyme en droit commercial par les trois espèces d'organes que l'on y rencontre (a. 17) :

1° *L'assemblée générale* des copropriétaires. C'est elle qui a l'essentiel des pouvoirs : elle prend les décisions et comme les autres organes.

2° *Le syndic.* C'est l'exécutif à côté de l'organe délibérant (a. 18). C'est un représentant et un administrateur : représentant de la personne morale dans les actes juridiques comme dans les procès ; administrateur des parties communes.

3° *Le conseil syndical.* C'est essentiellement un organe de contrôle (a. 21), appelé à surveiller la gestion du syndic dans les intervalles entre les assemblées générales. Sa nomination, obligatoire en théorie, se conçoit surtout pour les grands ensembles, où il existe une foule de copropriétaires.

C'est aussi en pensant à ces grands ensembles que la loi (a. 27) a prévu la possibilité de *syndicats secondaires,* un syndicat par bâtiment ou groupe de bâtiments, comme autant de personnes morales distinctes, rattachées à la personne morale principale. Autre chose sont les masses d'entretien et de fonctionnement dont il est question à l'a. 24, al. 2 : quand, à l'intérieur de l'immeuble, certains chefs de dépenses n'intéressent que quelques copropriétaires, ceux-ci peuvent délibérer à part des autres sur les affaires de leur ressort.

[180] ▶ *Fonctionnement*

Le syndicat fonctionne, en général, comme une société. Les lois de 1965 et de 1985 ont même cherché à y insuffler quelque chose du dynamisme des sociétés commerciales, où l'esprit est moins de conserver que de développer – plus précisément, des sociétés par actions, où les décisions peuvent être rapides, donc efficaces, parce qu'il y suffit de la majorité. Néanmoins, des traits subsistent aussi d'une copropriété ordinaire, conservatrice et freinée par la règle de l'unanimité (cf. *supra,* n° 81). Et il est certain que le régime des « faillites » (des entreprises en difficulté) n'est pas ici applicable (la l. 21 juill. 1994, a. 29-1 et s., a réglé ce point d'une autre manière).

a) *Administration*

Elle donne lieu à des votes en assemblée générale, chaque copropriétaire, présent ou représenté, disposant d'un nombre de voix proportionnel à sa quote-part dans les parties communes (à ses millièmes), avec toutefois un maximum (a. 22, al. 2). Les décisions se

prennent, en général, à la majorité simple (a. 24) : la moitié plus une des voix. Cependant, pour des décisions plus graves, la loi exige une majorité plus significative : soit la majorité des voix de *tous* les copropriétaires, y compris les absents non représentés (a. 25), soit même tout à la fois une majorité en individus et en millièmes, la moitié plus un des copropriétaires, titulaires des deux tiers des voix (a. 26). Enfin, c'est l'unanimité qui est exigée quand il s'agit d'aliéner des parties communes dont la conservation est nécessaire au respect de la destination de l'immeuble (a. 26, *in fine*). Et bien entendu, si la décision à prendre implique une atteinte aux droits individuels d'un copropriétaire sur ses parties privatives, rien ne peut être fait sans l'assentiment particulier de ce copropriétaire-là (a. 26, al. 5) : c'est au fond une application de l'a. 1134, al. 2.

b) *Améliorations*

La loi de 1965 a levé le droit de veto (le *jus prohibendi*) que, dans l'esprit de l'a. 815-3, chaque copropriétaire pouvait opposer aux innovations. Aujourd'hui, il suffit d'une majorité (la majorité qualifiée de l'a. 26) pour entreprendre toutes nouveautés utiles (mais non point somptuaires, a. 34), pourvu que la destination de l'immeuble n'en soit pas compromise (ex. l'installation ou la rénovation du chauffage central) ; et la minorité se trouve alors obligée de prendre sa part de la dépense (a. 30-33).

Au refus de la majorité, un groupe minoritaire, voire un seul copropriétaire intéressé, pourrait même se faire autoriser en justice à exécuter des travaux d'amélioration ; mais en ce cas, ce serait à ses frais exclusifs (a. 30, al. 4).

c) *Construction de nouveaux locaux à usage privatif*

Il est question, par exemple, d'élever des bâtiments dans une cour commune ou de surélever d'un étage le bâtiment déjà existant. Ces constructions ne peuvent être faites que par le syndicat et pour son compte, et la décision est sujette à la règle de l'unanimité (a. 35, al. 1). C'est assez d'une majorité (la majorité qualifiée de l'a. 26), s'il ne s'agit que de céder le droit de surélévation (au lieu de l'utiliser directement) ; mais, à cette occasion, on voit poindre un droit de veto particulier aux copropriétaires du dernier étage actuel (a. 35, al. 2).

[181] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Les commentateurs de la loi du 28 juin 1938 avaient déjà beaucoup débroussaillé : ex. J. Chevallier, D. 39, 4, 73 ; Michalopoulos, *Les assemblées de copropriété,* 1960 ; Piédelièvre, La copropriété par appartements, in *L'immeuble urbain,* 1963, p. 181 s. — Depuis 1965, La littérature est considérable : ex. Lombois, D. 1966, L., 93 s. : E. Kischinewsky-Broquisse, *La copropriété des immeubles bâtis,* 4e éd., 1989 ; Atias, *La copropriété des immeubles bâtis,* 1989 ; Givord, Giverdon, Capoulade, *La copropriété,* 4e éd., 1992 ; Jourdain, *Les biens,* 1995, nos 237-251. Outre les ouvrages pratiques, ex. E. J. Guillot, *La pratique de la copropriété,* 1988 ; Zürfluh *et al., Droit et pratique de la copropriété,* 2e éd., 1989, et les périodiques spécialisés (ex. *Rev. droit immob.* ; *Administrer* ; *Informations rapides de la copropriété*).

SOCIOLOGIE

La division des maisons par étages ou appartements était signalée depuis longtemps dans certaines régions (Grenoble, Rennes). La pratique s'en est propagée, entre les deux guerres, sur tout le territoire, et elle est devenue à Paris une manière de vivre. Le phénomène a eu deux causes liées : la disparition d'un type de propriétaire individuel, capable de faire construire et d'entretenir un immeuble de plusieurs étages, destiné à la location ; la non-rentabilité des locations dans un régime de droit tendant à frapper d'inertie les loyers et les locataires. L'effet le plus direct en est, aujourd'hui encore, que, pour se loger dans les grandes villes, il faut acquérir la propriété d'un logement. D'où suivent des conséquences, économiques et sociales, en cascade : la moindre mobilité de la population et la banalisation de l'achat à crédit – dans un plan différent, les retombées (passagères ?) de prospérité sur certaines professions (promoteurs, notariat), la montée de nouvelles couches du tertiaire (syndics de copropriété, agents immobiliers, etc.). Le bilan hésite. Se peut-il que du bien, un vrai bien, ait pu sortir d'une catastrophe (la guerre de 1914) ? On ne peut imaginer, pourtant, un retour à l'état antérieur. Les prudents proposent d'attendre : d'une institution qui est loin d'être centenaire, il est encore trop tôt pour dire si elle est solide (surtout quand ses propres constructions ne le sont pas toujours) ; en matière immobilière, les faits sont lents à parler.

Sur l'écran de la copropriété, des phénomènes de psychologie des groupes se détachent : l'ancien propriétaire exclusif qui, ayant mis son immeuble en copropriété, y garde une prééminence d'intention et de souvenir ; dans les grands ensembles, des copropriétaires qui ont une mentalité de locataires, et se plaignent de la copropriété, c'est-à-dire d'eux-mêmes, comme ils se plaindraient de leur bailleur (cf. Mourey, *Les équilibres psycho-sociologiques de la copropriété,* Th. Strasbourg, 1968). La contradiction reste fondamentale entre les nécessités économico-sociales qui ont imposé ce mode d'habitat et l'aspiration « pavillonnaire et jardinière » qui demeure au cœur des individus et des familles.

[182]

THÉORIE JURIDIQUE

Les questions théoriques demeurent importantes et sont souvent liées entre elles (cf. Atias, Propriété et communauté dans la copropriété des immeubles bâtis, *J.C.P.*, 80, 1, 2971, *La copropriété immobilière sur la voie du droit commun,* D. 89, chr. 263 [y a-t-il des « Droits fondamentaux » du copropriétaire ?]) :

1° *Nature de l'institution elle-même,* qui oscille entre la copropriété et la société personne morale : la copropriété requiert la conservation des droits individuels, l'être moral postule leur sacrifice à l'intérêt collectif (cf. Larroumet, L'intérêt collectif et les droits individuels des copropriétaires,, *J.C.P.*, 76, 1, 2812 ; Giverdon, *R.T.*, 79, 403, qui distingue la copropriété structure d'un bien et la copropriété structure de gestion). La loi de 1965 a accentué ce second aspect, mais sans éliminer le premier, comme l'atteste le maintien d'un certain *jus prohibendi.* Illustration de la prépondérance attribuée à l'intérêt collectif, Civ.3 14 nov. 1985, D. 86, 368 : le syndicat est autorisé à se substituer, par l'action oblique, à un copropriétaire qui demeurait inerte dans la gestion de ses parties privatives ; c'est que la mauvaise gestion d'une partie est de nature à nuire à l'ensemble. Paradoxalement, l'action individuelle elle-même, ouverte à chaque copropriétaire, pourra être mise au service de l'intérêt collectif : en présence de l'inertie de beaucoup de syndicats (ou de syndics), la jurisprudence a été amenée à élargir cette action, bien que l'a. 15, al. 2, l'ait présentée comme une exception *(néanmoins...)* à l'action syndicale (cf. Civ.3 21 nov. 1973, *J.C.P.*, 74, 2, 17636 ; Civ.3 18 déc. 1973, *J.C.P.*, 74, 2, 17682, n. E. Guillot, *R.T.*, 74, 639, n. Bredin). Mais ce n'est pas l'équivalent d'une action populaire sur le modèle de celle qui est ouverte par la L. 316-6 du Code des communes à tout contribuable en cas de carence du maire. Car l'atteinte à l'intérêt collectif de l'immeuble est en même temps une atteinte à la quote-part de chaque copropriétaire dans les parties communes : Civ.3 6 mars 1984, D. 84, *I.R.*, 411 ; Civ.3 15 févr. 1989, D. 89, *I.R.*, 76 ; Versailles, 16 mai 1990, D. 91, Somm. 95. Néanmoins, le copropriétaire qui se plaint d'une atteinte aux parties communes doit démontrer en quoi cette atteinte lui cause un préjudice personnel (Civ.3 30 juin 1992, *Rép. not.*, 93, 1, 1429).

2° *Nature du règlement de copropriété* : elle est tout à la fois contractuelle et réglementaire. La loi de 1965 (a. 8) parle expressément de règlement *conventionnel* et la jurisprudence met cette idée en relief (Civ.3 17 mars 1976, *J.C.P.*, 77, 2, 18542), mais, quand le règlement de copropriété est voté à la majorité en assemblée générale, il évoque la notion d'*acte collectif* (cf. t. IV, n° 18), joint que son opposabilité aux acquéreurs successifs de l'appartement est dérogatoire à la relativité des conventions. Exceptionnellement, selon Civ.3 15 nov. 1989, D. 90, 195, n. Capoulade et Givord, le règlement revêtira le caractère d'un acte judiciaire (ces « stipulations prétoriennes » au sens du droit romain, *Institutes,* 3, 18, ces contrats faits par le juge pour le compte des parties ne sont pas sans exemple, a. 285-1). Le caractère contractuel du règlement explique le principe indiscuté qui veut que les tantièmes attribués par lui aux différents lots dans les parties communes soient intangibles : ex. Civ.3 6 mars 1991, D. 91, *I.R.*, 93 – étant observé que la répartition des tantièmes ne fige pas nécessairement la répartition des charges.

3° *Nature du droit du copropriétaire* : est-ce un droit unitaire et autonome, la « propriété de l'appartement » (en ce sens, Azoulay, Th. Paris, 1956 ; Givord, note D. 1966, 168), ou bien un complexe de droits, distinctement une propriété de la partie privative et une copropriété des parties communes ? La thèse dualiste prédominait déjà du temps de la loi de 1938, et depuis elle a été fortifiée : 1° par la loi de 1965 qui, en substituant la notion de division par lots à celle de division par appartements, a fait du lot, c'est-à-dire du complexe défini à l'a. 1er, la clef du système ; 2° plus récemment, par la jurisprudence qui a déclaré impossible la constitution d'une servitude entre deux lots,

précisément parce qu'il n'y avait pas là deux propriétés unitaires (cf. *supra,* n° 159). Une fois bien distinguées dans le lot la partie privative et la quote-part des parties communes, on pourra se demander comment se distribuent entre elles le principal et l'accessoire. On nie la réalité physique si, cédant à la séduction de l'habitat, on fait des parties communes un accessoire, alors qu'entrent en elles (a. 3) le sol et le gros œuvre, l'essentiel en comme de l'immeuble bâti. Ce qui est vrai, c'est que la jouissance d'une partie privative est toujours la cause déterminante (au sens de l'a. 1131) de l'acquisition en copropriété.

Si maintenant nous essayons de raisonner sur la seule partie privative, dans sa nudité, dépouillée de son enveloppe de gros œuvre, la nature du droit qu'exerce sur elle le copropriétaire ne s'éclaire pas, pour autant, aussi facilement qu'on le supposerait. C'est, tout de même, plus que le droit à un cube d'air. C'est le droit à un *appartement,* à un clos-et-couvert circonscrit par les parties communes. On a parfois fait remarquer que, dans le cas du droit de superficie (v. *infra,* n° 213), le sol est pareillement partie commune entre le propriétaire du fonds et le superficiaire, ce qui n'empêche pas celui-ci d'être propriétaire exclusif à l'intérieur de sa maison. Il est vrai ; mais le superficiaire a pour lui, et bien à lui, les murs et le toit. Faut-il alors ramener le droit du copropriétaire sur sa partie privative à n'être qu'un bien incorporel ? La thèse a été soutenue (Azoulay, *op. cit.*). Elle a semblé déconcertante, mais il faut prendre garde que, dans la jurisprudence précitée sur l'impossibilité des servitudes, une dérive s'est amorcée, qui pourra pousser le lot en direction de la notion de part sociale. Pour l'heure, néanmoins, la nature immobilière, donc éminemment corporelle du lot, continue de s'affirmer : il est susceptible d'hypothèque (a. 2218 et a. 19 de la loi, combinés) ; la saisie dont il peut faire l'objet est la saisie des immeubles (ce qui a d'abord été décidé pour le lot transitoire, Civ.[3] 15 nov. 1989, D. 90, 217, vaut *a fortiori* pour le lot définitif ; cf. Civ.[3] 14 nov. 1991, D. 91, 277). Des arrêts, Civ.[3] 28 mai 1988, D. 89, 421, n. Atias ; Civ.[3] 5 juill. 1989, *R.T.,* 92, 146, n. Zénati, décident qu'un propriétaire a, en principe, le droit de diviser son lot, et que le syndicat ne peut s'opposer à cette division si elle ne porte pas atteinte à la destination de l'immeuble. N'en est-il pas matériellement propriétaire ? S'il s'agissait d'un bien incorporel, il semble que cette division interne devrait prendre plutôt la forme d'une mise en société. Position symétrique pour la réunion de deux lots par un escalier, Versailles, 29 oct. 1990, D. 92, Somm. 132.

4° *Nature du droit de chaque copropriétaire en relation avec l'ensemble des droits de copropriété dans le même immeuble.* On aurait pu se représenter chacun des droits, en tant que droit réel, comme radicalement étranger aux autres. Mais la jurisprudence a préféré regarder les parties privatives et les parties communes comme formant un ensemble. D'où l'impossibilité de constituer des servitudes entre lots ; d'où l'irrecevabilité des actions possessoires entre copropriétaires : Civ.[3] 6 mars 1991, D. 91, 355, *R.T.,* 91, 565 ; mais c'est aussi que le règlement de copropriété est un contrat ; la protection possessoire est inutile là où il existe une obligation contractuelle) ; Civ.[3] 9 juin 1999, D. 99, *I.R.,* 175. Autre effet concevable : si un copropriétaire fait abandon de son lot afin de se soustraire pour l'avenir aux charges qui lui incomberaient, il y aura retour du droit démembré à la souche (cf. a. 699), accroissement (forcé) aux droits des autres copropriétaires, par un mécanisme dont le modèle se retrouve dans des situations comparables de droits concurrents sur le même bien (cf. G. Morin, *La clause d'accroissement,* D. 1971, chr. 55).

[183] PRATIQUE JUDICIAIRE

a) La Cour de cassation (Civ.[1] 19 janv. 1960, D. 60, 477, *J.C.P.,* 60, 2, 11458, Civ.[3] 11 mars 1987, *Rev. loyers,* 87, 282) admet que le *partage* d'un immeuble successoral puisse se réaliser sous la forme d'une division par appartements entre les cohéritiers. On objectait que la mise en copropriété selon la loi de 1965 est impuissante à faire cesser complètement l'indivision, comme ce serait la vocation d'un partage, puisqu'elle laisse subsister nécessairement des parties communes. Mais c'était confondre avec la copropriété ordinaire (ou indivision primaire) la copropriété forcée et perpétuelle : c'est celle-ci qui est le modèle des parties communes, et elle échappe à l'a. 815, al. 1 (v. *supra,* n° 80). Cf. Mazeaud-Breton, *Leçons de droit civ. Successions,* 1982, n° 1722.

b) Pour les arrêts concernant la constitution de *servitudes* à l'intérieur de la copropriété, v. *supra,* n° 159.

c) Les actions *personnelles* entre copropriétaires ou entre copropriétaire et syndicat sont éteintes par une *prescription* particulière de dix ans (a. 42). Mais celle-ci n'est pas applicable à l'action par laquelle le syndicat demande la démolition de ce qui a été construit par empiétement sur les parties communes : Civ.[1] 24 févr. 1993, *R.T.,* 94, 384, n. Zénati, *Rép. not.,* 93, 1, 777, n. Aubert. C'est que l'action est ici une action *réelle,* sorte de revendication, qui n'est justiciable que de la prescription trentenaire (mais souvent le syndicat pourra plaider qu'il y a eu simple tolérance, laquelle exclut toute prescription, a. 2232, Civ.[3] 20 mars 1996, *R. loyers,* 96, 301).

d) Le droit de la copropriété, comme d'ailleurs celui du bail, est grevé d'un fort volume de *contentieux.* Il est naturel que les occasions de rencontre – rencontre des personnes dans les mêmes parties communes, des droits subjectifs dans la même institution, des prétentions et des discours dans les mêmes assemblées générales – soient autant d'occasions de heurt, qui exacerbent l'insociabilité, l'agressivité, la processivité (le C.C.S. permet l'exclusion du copropriétaire qui rend la vie commune intolérable). Dresser un tableau systématique d'un contentieux aussi abondant n'eût pas été compatible avec les dimensions du présent ouvrage. Quelques exemples, cependant, peuvent être significatifs.

Si la loi de 1965 a mis fin à quelques controverses (ex. sur le droit de surélévation, a. 35; v. cep. Civ.[3] 6 oct. 1993 (2 arrêts), D. 94, Somm. 203), elle en a fait foisonner d'autres. On se dispute au sujet de la répartition des charges, bien sûr (ex. Civ.[3] 1er avr. 1987, D. 87, *I.R.,* 91 ; Civ.[3] 4 janv. 1989, D. 89, 260, n. Souleau ; Paris, 25 et 26 févr. 1987, D. 87, *I.R.,* 85 et 67), des charges de l'ascenseur, en particulier (ex. Civ.[3] 5 juin 1970, D. 70, 751, les rez-de-chaussée sont dispensés d'y contribuer ; Civ.[3] 19 févr. 1976, *J.C.P.,* 77, 2, 18525 ; Civ.[3] 12 févr. 1980, D. 80, *I.R.,* 447 ; cf. Gallet, *Rev. loyers,* 1991, 180, 225), ou de la consommation d'eau (Civ.[3] 12 févr. 1986, D. 86, *I.R.,* 232). Mais souvent les querelles touchent aux fondations : la délimitation de ce qui est commun ou privatif (ex. Civ.[3] 28 mars 1990, D. 91, Somm. 76, pour les balcons), la destination de l'immeuble (ex. Civ.[3] 3 janv. 1979, D. 79, *I.R.,* 444 ; Civ.[3] 31 oct. 1989, D. 89, Somm. 124 ; 24 oct. 1990, D. 91, 312 ; Civ.[3] 8 mars 1995, D. 98, Somm. 263), celle des parties privatives (laquelle ne se confond pas toujours avec la destination de l'immeuble ; Civ.[3] 9 et 10 déc. 1986, 3 arrêts, D. 86, 146, n. Giverdon ; Civ.[3] 8 juill. 1987, D. 87, 597, n. Atias ; cf. Boccara, *J.C.P.,* 83, 1, 3115). Autre exigence, plus immatérielle, l'harmonie de l'immeuble, de sa façade, qu'un copropriétaire ne peut compromettre par des travaux, des *innovations* sur ses parties privatives, Civ.[3]

7 nov. 1978, *Rev. dr. immob.*, 79, 241, Civ.[3] 10 mars 1981, *J.C.P.*, 82, 2, 19765 ; Civ.[3] 4 mai 1995, D. 98, Somm. 266. Sous ces réserves, le principe est proclamé de la libre disposition des parties privatives (a. 9), Civ.[3] 10 mars 1981, D. 92, *I.R.*, 292 ; Civ.[3] 28 mai 1993 (aménagement d'une mezzanine dans un atelier, ce qui va, pourtant, accroître la surface du lot), *R. loyers et copr.* Il peut être délicat, dans les délibérations d'une assemblée générale, de distinguer après coup d'une décision arrêtée ce qui n'est encore que vœu, mesure préparatoire, résolution de principe (Civ.[3] 28 avr. 1993, D. 93, *I.R.*, 135). Et il y a des procès à propos des actions en justice, contentieux sur contentieux (ex. Civ.[3] 6 mars 1991, D. 91, *I.R.*, 93 ; Civ.[3] 6 nov. 1991, D. 92, Somm. 142 (cf. Tomasin, Le juge et le droit de la copropriété, *Mélanges Perrot*, 1996, 499).

« Qui terre a guerre a », enseigne le proverbe. Les copropriétaires n'ont pas toujours le sentiment d'avoir la terre. La guerre, ils peuvent l'avoir. Décidément, ils sont bien propriétaires.

Chapitre II

[184]

L'IMMEUBLE DANS LES RAPPORTS DU PROPRIÉTAIRE AVEC LE PRENEUR A BAIL, LE POSSESSEUR ET LE CONSTRUCTEUR

Les situations que ce chapitre réunit, très dissemblables dans leur analyse juridique, ainsi que par les solutions auxquelles elles donnent lieu, ont cependant ceci de commun que les droits du propriétaire y sont attaqués non pas, comme précédemment, par les droits concurrents des propriétaires voisins, mais du dedans, par des prétentions qui surgissent, en quelque manière, à l'intérieur de sa souveraineté foncière. Car, sur un même immeuble, la propriété peut coexister avec un *bail*, la *possession* peut être séparée de la propriété, le terrain et les *constructions* peuvent procéder d'origines différentes. Autant de dissociations qui sont des sources de conflits.

B. G. — A.-M. Patault, La propriété non exclusive au XIX[e] s., histoire de la dissociation juridique de l'immeuble, *R.H.D.*, 83, 217.

1 / Propriétaire et preneur à bail

Comme la propriété en général, la propriété immobilière peut se trouver démembrée par une constitution d'usufruit (cf. *supra*, n° 92). Mais une autre situation est encore plus fréquente : le bail, où une personne (le preneur à bail, locataire ou fermier, emphytéote) use et jouit de l'immeuble pour en avoir acquis le droit par *contrat* passé avec le

propriétaire (ou avec l'usufruitier). Le propriétaire qui, pour une raison quelconque, ne peut utiliser son fonds lui-même, ni le faire valoir directement, a intérêt à le donner à bail, à le louer à autrui. La propriété va en être, sinon techniquement démembrée (sauf le cas de l'emphytéose) – du moins fortement restreinte dans ses prérogatives d'usage et de jouissance. La présence d'un locataire ou fermier qui est dans les lieux, qui habite l'immeuble ou l'exploite, tend à dépouiller la propriété de ses attributs les plus concrets, les plus utiles, pour la réduire à une prééminence lointaine.

Il reste : 1° Que la restriction subie par la propriété a été consentie par le propriétaire, puisque le bail est un contrat (mais la portée de la remarque est affaiblie en pratique parce que, de l'entrée par contrat, la loi fait aujourd'hui dériver quantité d'effets que les contractants n'ont pas voulus, même une cristallisation indéfinie de la situation) ; 2° Que cette restriction a pour contrepartie un prix, loyer ou fermage, payé au propriétaire (mais la considération a un moindre poids si, comme il advient, le prix est légalement limité).

L'étude du bail appartient à la matière des contrats spéciaux. On ne peut, cependant, apprécier pleinement la force réelle du droit de propriété sur les immeubles, si l'on n'a pas une idée sommaire des *différentes espèces de baux immobiliers.*

On peut commencer par opposer le *bail emphytéotique* au *bail ordinaire*, car il offre cette particularité essentielle de constituer un véritable démembrement de propriété au sens technique, l'emphytéose étant un droit réel.

[185] ▶ *Bail emphytéotique*

L'institution nous vient du droit romano-byzantin. A l'époque moderne, elle avait reçu sa réglementation d'une loi du 25 juin 1902, qui a donné depuis les a. 451-1 s. Nouveau C. Ru. (c'est, en effet, surtout un bail rural, bien que l'on puisse voir des baux emphytéotiques urbains, par ex. pour des terrains à bâtir). La forme moderne et urbaine du bail emphytéotique est le *bail à construction* (l. 16 déc. 1964 ; cf. *infra*, n° 214).

Le bail emphytéotique est un bail de longue, souvent très longue durée (entre 18 et 99 ans), par lequel le preneur acquiert un *droit réel* d'usage et de jouissance, lui conférant une liberté étendue dans l'utilisation et l'exploitation de l'immeuble. Le preneur (emphytéote) paie une redevance généralement modique, parce qu'il assume (ce qui

est caractéristique de cette variété de bail) la charge de faire des *améliorations* ou des *constructions*, destinées à augmenter la valeur du fonds au profit du propriétaire. Il peut céder librement son droit.

[186] ▶ *Bail ordinaire*

Son régime actuel est une combinaison de C.C. et de *législations particulières.*

a) *Code civil*

Il est représenté par les a. 1709, 1711, 1713 s. Le bail y apparaît comme un contrat conférant au preneur un droit *personnel* d'usage et de jouissance, un droit de créance contre le bailleur, mais non un droit réel sur l'immeuble – du moins est-ce l'opinion qui a prévalu au siècle dernier. Le C.C. demeure la toile de fond sur laquelle se découpent les législations particulières, marquées d'ordinaire par une faveur de principe pour les preneurs, parce qu'ils paraissent incarner quelque chose de plus vivant – activité ou besoin, que les droits acquis de la propriété foncière.

b) *Législations particulières*

On entend par là des séries de lois qui, depuis la guerre de 1914, sont venues modifier les règles du C.C. Dans leur ligne la plus générale, elles tendent à consolider la situation des preneurs – sans, pour autant (du moins est-ce l'opinion dominante), faire du droit au bail un droit réel sur l'immeuble. Il y a trois séries de lois à envisager, trois législations différentes, suivant la destination économique de l'immeuble loué.

1° *Législation des exploitations agricoles.* — Elle a été édictée par l'ordonnance du 17 oct. 1945 *(statut du fermage)*, qui est aujourd'hui incorporée au C. Ru. (depuis 1983, livre IV nouveau, a. L. 411-1 s.). Le but général de cette législation complexe, d'esprit socialisant, est d'assurer, notamment par un droit au renouvellement indéfini du bail, la permanence des fermiers et métayers sur la terre qu'ils cultivent et même, par un droit de préemption, leur accession à la propriété. Au seuil du XXI[e] s., le statut du fermage continue de fonctionner – sans grand éclat jurisprudentiel – comme un témoin persévérant de la seconde après-guerre, mais il est enveloppé dans l'ensemble d'une politique agricole que détermine la Communauté européenne (la PAC, la

politique agricole commune), largement indifférente aux rapports de droit privé entre preneurs et bailleurs.

2° *Législation des locaux à usage commercial, industriel ou artisanal.* — Elle a été introduite en 1926, en partant de cette considération que le locataire qui exploite un fonds de commerce risque de perdre sa clientèle si son bail n'est pas renouvelé après expiration, car la clientèle dépend en grande partie de l'emplacement. Aussi le locataire commerçant a-t-il acquis un droit au renouvellement indéfini du bail, moyennant un loyer que le juge a pouvoir d'apprécier. C'est ce droit que l'on qualifie couramment de *propriété commerciale*, ce qui suggère l'idée que la propriété du propriétaire de l'immeuble a subi un démembrement. Cette propriété commerciale, instituée en 1926, est aujourd'hui réglementée par un décret (loi) du 30 septembre 1953. Le *pas-de-porte*, dont la perception est licite en matière commerciale, est une somme d'argent – supplément de loyer ou indemnité – payée d'avance par le preneur au bailleur à son entrée dans les lieux (avoir trouvé un local peut représenter en soi un avantage).

3° *Législation des locaux d'habitation.* — Depuis qu'elle a émergé (à l'occasion de la guerre de 1914), cette législation (dite couramment législation des *loyers*, par opposition au droit classique du *louage*, du *bail*) n'a pas cessé d'être complexe et mobile, subissant la pression d'un phénomène récurrent, d'origine et d'intensité variables, la *crise du logement* (qu'elle a peut-être contribué elle-même à alimenter), entendue comme pénurie de logements d'habitation (la « crise immobilière », au contraire, vers 1990, sera une crise par surabondance de logements à louer ou à vendre, entraînant une chute des valeurs vénales). Une loi du 22 juin 1982, la loi *Quilliot*, d'inspiration socialiste, n'a eu qu'une durée éphémère. Elle était remarquable par la base idéologique qu'elle s'était donnée dès l'a. 1 : le *droit à l'habitat* conçu comme droit fondamental (naturel ?), tendant à rééquilibrer le droit (fondamental ?) de propriété. Dans une décision du 19 janvier 1995, le Conseil constitutionnel a affirmé que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle (un *objectif*, pas un principe). A la loi *Quilliot* succéda la loi *Méhaignerie*, du 23 décembre 1986. D'inspiration libérale, c'était tout de même une loi de compromis : il avait fallu transiger entre les réclamations de la propriété bâtie et la défensive des locataires. Mais la loi *Méhaignerie*, à son tour, a été profondément modifiée par la loi *Mermaz-Malandain* (6 juill. 1989, mod. 21 juill. 1994), d'inspiration socialiste, procédant de nouveau du postulat d'un droit fondamental, dénommé cette fois-ci *droit au logement*. De la même inspiration, le

N.C.P., a. 225-14, a placé l'exigence d'un hébergement décent sous la sanction des atteintes à la dignité de la personne (cf. t. I, n° 82). Aucune de ces lois n'a réussi, du reste, à balayer les mesures empiriques du droit antérieur : subsistent notamment (a. 28 s.) des pans tenaces de la vieille loi du 1er septembre 1948, longtemps regardée comme la charte des *loyers*.

[187] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Sur le *bail* en général, Ghestin et Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, 1995 ; Malaurie et Agnès, *Les contrats spéciaux*, 1996 ; Antonmatter et Raynard, *Contrats spéciaux*, 1997 ; Gross et Bihr, *Contrats spéciaux*, I, *Baux d'habitation, baux commerciaux*, 1993 ; Bénabent, *Contrats spéciaux*, 1993 (cf. J.-P. Aubert *et al.*, *Gestion de l'immeuble*, 1992). — Sur l'*emphytéose*, Planiol-Picard, nos 1000 s. ; Viatte, *Rev. loyers*, 73, 302 ; Le Masson, D. 92, 375. — Sur le statut du *fermage*, Ourliac et de Juglart, *Fermage et métayage*, 3e éd., 1951 ; R. Savatier, *Les baux ruraux*, 1973 ; Ourliac, Le nouveau statut du fermage, *J.C.P.*, 75, 1, 2732, et Propriété et exploitation, l'évolution récente du droit rural, *Mélanges Marty*, 1978, 881 s. — Sur la législation de la *propriété commerciale*, Pédamon, *in* Aubry-Rau, 7e éd., V-2, *Baux commerciaux*, 1979 ; Chartier, Raffray, Saintourens, in *Mélanges Derrupé*, 1991, p. 71, 83, 93. — Sur la législation des *locaux d'habitation*, avant la loi *Quilliot*, l'ouvrage collectif, *L'immeuble urbain à usage d'habitation*, 1963, et la collection de la *Revue des loyers*. Sur la loi *Quilliot*, série d'études dans la revue *Droit prospectif*, Aix, 1982-3 et commentaire par B. Soinne et F. Warembourg-Auque, *J.C.P.*, 81, 1, 3098. — Sur la loi *Méhaignerie*, commentaires par Lassaubatjeu-André, *Rép. not.*, 87, art. 33884 ; Warembourg-Auque, *J.C.P.*, 87, 1, 3290 ; Aubert *et al.*, *Rev. dr. immobilier*, 1987, Zénati, *R.T.*, 87, 165. — Sur la l. 6 juill. 1989, Berthault, *Rev. loyers*, 89, 317 ; Fr. Warembourg-Auque, *J.C.P.*, 89, 1, 8421.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Un peu partout en Europe, dans l'Allemagne d'après 1945 (Pédamon, *Contrat en dr. allemand*, 1993, 128), comme dans la Suisse qui fut neutre (Tercier, *Contrats spéciaux*, Zurich, 1995, p. 239), des lois spéciales tendent à protéger les locataires, en particulier contre les hausses excessives de loyers. En Allemagne, elles ont pris appui sur le caractère social que la loi fondamentale a imprimé au droit de propriété. C'est un argument qui a eu son analogue (cf. notamment, à propos de la loi de 1948, *supra*, n° 75). Mais nos auteurs ont poussé plus loin l'analyse : v. par ex. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1952, nos 227 s. ; Théry, De l'utilisation à la propriété des choses, *Études Ripert*, II, p. 17 s. ; Ripert, *Les forces créatrices du droit*, nos 84 s. Ils se sont demandé s'il n'y avait pas derrière la législation dirigiste du bail quelque chose de plus grave qu'une limitation ou une socialisation du droit de propriété (cf. *supra*, n° 116) : savoir, un de ces transferts cycliques de la propriété foncière, dont l'histoire offre tant d'exemples, et qui se font par démembrements successifs des propriétés anciennes avec lente reconstitution en d'autres mains ; v. en ce sens, les pénétrantes réflexions d'un historien, R. Filhol, Aperçus historiques sur la propriété, revue *Sour-*

ces, 1953, n° 8, p. 23 s. — Ce serait une autre question que de savoir si cette décomposition du domaine n'est pas, économiquement et moralement, une régression. Les individualistes reliront l'avertissement de Jhering (*L'esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, II, § 38, p. 223) : « L'influence morale que la propriété foncière peut et doit exercer sur le propriétaire : le sentiment de sécurité, de liberté, d'indépendance, l'amour de la terre et l'attachement au sol peuvent être ébranlés de la manière la plus sérieuse par le droit d'immixtion et d'opposition appartenant à un tiers ; l'homme libre veut un bien libre. » Les socialistes eux-mêmes pourraient se demander si la tactique est bonne, et si à émietter indéfiniment le gâteau sans avoir le courage de le redistribuer, on ne fait pas pulluler les souris plutôt que de former des hommes.

[188] THÉORIE JURIDIQUE

a) *Droit subjectif à l'habitat ou au logement* (cf. *supra*, n^{os} 129, 130). — Ce n'est pas seulement le droit élémentaire (alimentaire, le logement fait partie des aliments au sens des a. 205 s.), le droit de se mettre simplement à l'abri de la pluie, du vent et du froid ; c'est aussi aujourd'hui le droit plus raffiné de garder son cadre de vie habituel, de n'en être point séparé (interprétant la loi *Quilliot*, cependant, la Cour de cassation avait exclu du droit à l'habitat comme un superflu la résidence secondaire, Civ.^{3} 29 nov. 1983, D. 84, 41, *J.C.P.*, 84, 2, 20196) ; et même le droit à la ville, à la ville de tous, pas à un ghetto (l. 13 juill. 1991 d'orientation pour la ville). La Déclaration universelle des droits de l'homme, en 1948, avait reconnu à tout homme (a. 25) un droit au logement. Ce fut un incitant moral, pour beaucoup de pays, à organiser ce droit (et même à construire, plus ou moins solidement, des H.L.M.) : *Travaux de l'Assoc. H. Capitant* [XXXIII], « Le droit au logement », 1982 ; J. Rubellin-Devichi *et al.*, *Droits du logement, droits au logement et stratégies familiales*, Lyon, 1988) ; A. De Vita, Diritto alla casa in diritto comparato, in *Digesto* (civile), vol. VI, Turin, 1990. En 1994, le Conseil constitutionnel a affirmé en thèse que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un *objectif* de valeur constitutionnelle. Un *objectf*, remarquons-le, pas un principe. Ce droit à l'habitat est appelé à se manifester dans les contextes les plus divers : tantôt à l'intérieur des familles (ex. a. 215, al. 3, 285-1, 1751), tantôt à l'encontre de propriétaires (ex. le maintien dans les lieux selon l'a. 4 de la loi de 1948 ; faudrait-il pousser plus loin, jusqu'à faire du *squattage*, au nom de la nécessité, un droit subjectif ?, *supra*, n° 129), tantôt enfin à l'encontre des pouvoirs publics (ex. le logement d'office, le sursis aux expulsions). C'est toujours le besoin, plus ou moins largement compris, qui fonde le droit à l'habitat. Mais, en face, d'où vient le devoir d'y répondre ? Le phénomène de l'hospitalité a été une des forces vives de la sociabilité. Affaibli chez les Modernes en une réciprocité de courtoisies, il a été senti chez les Anciens comme un impératif religieux (Genèse, 18, 21, le mythe fondateur ; cf. « recueille dans ta maison les malheureux sans asile », Esaïe, 58, 7). Des traces en subsistent dans la mentalité collective et c'est peut-être les reflets d'un devoir qui nous a donné l'illusion d'un droit. La loi du 31 mai 1990 (loi *Besson*), visant à mettre en œuvre le droit au logement, a bien vu elle aussi que, pour l'expliquer, il était bon de se référer à un devoir ; mais, plutôt que d'un devoir d'hospitalité, elle a préféré invoquer, selon la morale d'État aujourd'hui la plus courante, le devoir de solidarité tous azimuts qui incombe à l'ensemble de la nation. La suite du texte montre, d'ailleurs, que le devoir peut prendre son temps avant que le sans-logis ne soit logé. A l'esprit de solidarité ou d'amour de la loi *Besson* la loi du 29 juillet 1998,

relative à la lutte contre les exclusions, a apporté des satisfactions fragmentaires : mesures tendant à accroître l'offre de logement et surtout à prévenir les expulsions, par la faculté d'y surseoir judiciairement ou par la mise sous condition de l'emploi de la force publique (mais sur ce dernier point, le Conseil constitutionnel n'a pas suivi, l. 9 juill. 1991 sur les procédures civiles d'exécution, a. 62).

b) *Nature du droit du preneur dans le bail ordinaire.* — Cf. Derrupé, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Th. Toulouse, 1952 ; Planiol-Ripert, X, par Givord et Tunc, 1956, n° 546 s. Tirant principalement argument de l'a. 1743, qui déjà dans sa rédaction de 1804 déclarait le bail opposable aux acquéreurs successifs de l'immeuble, Troplong (*Louage*, II, n^{os} 473 s.) avait analysé comme un véritable droit réel le droit des locataires et fermiers. Il n'avait été suivi ni par la doctrine ni par la jurisprudence. Mais la controverse a rebondi après les deux guerres mondiales, au fur et à mesure que les lois sont venues incruster plus fortement les preneurs dans les lieux loués. On peut se demander, pour finir, si la l. 9 juillet 1975, accordant aux détenteurs une protection *possessoire* (cf. *infra*, n° 202), n'a pas apporté un nouvel appui (un peu flou) à la thèse de la *réalité*. Sous un autre angle, cependant, le droit du preneur, surtout du locataire, peut se construire comme une *liberté* : il est maître *chez lui*. Ce principe d'indépendance peut être raccordé à l'a. 9 (respect de la vie privée).

c) *Distinction du bail et de combinaisons voisines.* — En réaction aux législations particulières qui tendent à comprimer leurs droits, notamment leur droit de recouvrer la disposition de l'immeuble à la fin du contrat, les propriétaires ont cherché à placer leurs relations avec les utilisateurs de lieux sous d'autres qualifications que celle du bail : ainsi, constitution d'un droit réel d'habitation (*supra*, n° 102), prêt à usage de l'immeuble (ex. Civ.^{1} 5 juill. 1960, *R.T.*, 61, 153 ; Civ.^{1} 3 févr. 1993, *J.C.P.*, 94, 2, 2239) et surtout convention d'occupation précaire (ex. *R.T.*, 49, 274 ; 50, 198 ; 52, 79 ; 56, 147). La notion de *précarité* est dans le C.C. (a. 2236) pour caractériser la situation fragile du détenteur (en contraste avec le possesseur). La convention d'occupation précaire se défend toute seule lorsqu'elle se présente comme un simple service d'ami (Civ. 15 mai 1962, *Bull.*, n° 248) se situant dans le non-droit et n'engendrant aucune obligation juridique. Mais, le plus souvent, c'est bien de droit qu'il s'agit, et la nullité peut être encourue s'il est prouvé qu'il y a eu fraude à la loi, que le bailleur a voulu tourner des règles impératives (cf. Civ.^{3} 14 mars 1990, *G.P.*, 90, 2, 537). Il existe, néanmoins, des créneaux où la convention d'occupation précaire est valable (cf. Pizzio, *J.C.P.*, 80, 1, 2975). 1° Dans les *baux à ferme*, en vertu de l'a. L. 411-2 C. Ru., mais pour des cas étroitement définis qui sont des cas de nécessité (cf. Civ.^{3} 14 mars 1990, *G.P.*, 90, 2, 537). 2° Dans les *baux commerciaux* (cf. C. Roy-Loustaunau, D. 88, chr., 216) lorsque la précarité, le provisoire sont inscrits dans le site même, sont imposés par sa nature (ex. la porte cochère sous laquelle est installé un éventaire) ou par son état (le bâtiment dont la démolition est programmée). 3° Dans les *baux d'habitation*, dès lors que n'est pas établie une fraude à la loi garantissant la durée de la location, mais il faut que soient reconnus les caractères qui différencient du bail cette convention : la fragilité (Paris, 24 sept. 1991, D. 92, Somm., 369), le provisoire (Civ.^{3} 29 nov. 1996, *J.C.P.*, éd. N., 96, 2, 1009). La convention n'est pas incompatible avec le paiement d'une redevance (Soc. 4 nov. 1960, D. 61, 11), à condition que celle-ci reste modique (Civ.^{3} 29 juin 1994, *R. Loyers et copr.*, 94, n° 411).

[189] 2 / Propriétaire et possesseur

Le droit de propriété et le fait de la possession peuvent se trouver dissociés. Cette dissociation, tout à fait exceptionnelle en matière mobilière à cause de la maxime de l'a. 2279, l'est beaucoup moins en matière immobilière. Ce n'en est pas moins une situation pathologique, et l'intérêt social est de ne pas la prolonger.

L'institution de la *prescription acquisitive* tend à ramener le fait au droit en faisant sortir du fait un droit nouveau. Mais on peut aussi rétablir l'unité d'une autre manière : en brisant le fait, en rendant la possession au propriétaire qui ne l'avait plus. Tel est l'objet des revendications, des actions pétitoires, qui, avec les actions possessoires, forment le *contentieux de la propriété immobilière*. Ce contentieux, sous son double aspect, suppose la dissociation de la propriété et de la possession : les actions possessoires, parce qu'elles protègent la possession indépendamment de tout droit de propriété ; les actions pétitoires, parce qu'elles protègent une propriété qui a perdu la possession.

1 / La prescription acquisitive des immeubles

Il existe, selon l'a. 2219, deux sortes de prescription : la *prescription acquisitive* ou *usucapion*, qui est un mode d'acquérir la propriété, et la *prescription extinctive*, qui est un mode d'extinction des droits et spécialement des droits de créance. L'objet de la présente étude est la *prescription acquisitive* dans son application aux *immeubles*. De la prescription acquisitive applicable aux meubles il sera question plus loin, et de la prescription extinctive plus tard dans le droit des obligations (t. IV, n[os] 354 s.).

Le *temps* est l'élément commun à la prescription acquisitive et à la prescription extinctive. Mais il y faut quelque chose de plus. Pour la prescription extinctive, c'est l'inaction du titulaire du droit, du créancier : s'il reste un certain temps sans exercer son droit, celui-ci est éteint. Pour la prescription acquisitive, c'est sans doute l'inaction du véritable propriétaire, mais c'est aussi et surtout la possession de celui

qui va prescrire, acquérir par la prescription. La prescription acquisitive peut se définir comme *un mode d'acquérir la propriété* (ou, quelquefois, un droit réel, usufruit, servitude) par la *possession prolongée*. Du fait (la possession), le droit (la propriété) va sortir sous l'effet consolidateur du temps.

Le temps nécessaire n'est pas, d'ailleurs, le même dans tous les cas. Il existe ainsi, distinctes selon la durée, deux sortes de prescription acquisitive en matière immobile : la *prescription trentenaire* et la *prescription abrégée* (de dix à vingt ans). Ces deux sortes de prescription suivent pour partir des *règles particulières* à chacune d'entre elles, pour partie des *règles communes*.

[190] 1 | RÈGLES PARTICULIÈRES A CHACUNE DES DEUX PRESCRIPTIONS ACQUISITIVES

En déterminant ces règles, on fait apparaître la physionomie propre à chacune des deux institutions. La prescription trentenaire est celle qui a le plus vaste domaine d'application, elle est la prescription de principe, tandis que la prescription abrégée est une prescription de faveur, réservée aux possesseurs de bonne foi.

▶ *La prescription trentenaire*

Le délai de trente ans est à la fois le délai maximum et le délai de droit commun de toute prescription. Le texte qui le prévoit, l'a. 2262, est tout à fait général, et englobe à la fois la prescription extinctive et la prescription acquisitive. Il faut en extraire ce qui concerne la prescription acquisitive : toutes les *actions... réelles* [c'est-à-dire, principalement, les revendications]... sont prescrites par trente ans. Après trente ans, le véritable propriétaire ne peut plus revendiquer, cela suppose que la propriété est acquise à un autre. Quoique trop peu explicite, le texte ne signifie pas simplement que la propriété ancienne est anéantie, mais, plus énergiquement, que la possession est transformée en propriété. La prescription trentenaire est un mode d'acquérir la propriété (cf. a. 712).

Tout possesseur d'un immeuble en devient ainsi propriétaire au bout de trente ans. Il lui faut seulement justifier de deux conditions élémentaires : d'une *possession* véritable (par opposition à la détention

précaire ; a. 2236) ; d'une possession *exempte de vices* (car c'est cette possession seule qui est utile *ad usucapionem* ; a. 2229 ; cf. *supra*, n° 120).

Aucune autre condition n'est requise ; notamment, le possesseur n'a besoin ni d'avoir un titre, ni d'être de bonne foi (a. 2262). La prescription trentenaire peut donc rendre propriétaire celui qui s'est emparé illégitimement (pourvu que ce soit sans violence) de tout ou partie de l'immeuble d'autrui.

[191] ▶ *La prescription abrégée*

Sur les effets de cette prescription-ci, il ne peut y avoir d'ambiguïté ; l'a. 2265 s'en explique clairement : par elle, le possesseur prescrit la *propriété*, il l'acquiert. C'est une prescription exceptionnelle, une prescription de faveur. La faveur consiste dans un abrègement notable du *délai* : dix ans, au lieu de trente. Toutefois, le délai est doublé lorsque le véritable propriétaire (celui qui pourrait revendiquer) n'est pas domicilié (au sens de l'a. 102), dans le ressort de Cour d'appel, où est situé l'immeuble. Le délai est ainsi porté à vingt ans dans cette hypothèse parce que, présume-t-on, le véritable propriétaire, n'étant pas sur place, a moins de facilités pour surveiller son immeuble. Si le propriétaire a changé de domicile pendant le cours de la prescription, il pourra y avoir lieu de combiner les deux délais, chaque année passée hors du ressort devant avoir pour conséquence d'allonger d'une année supplémentaire la base décennale (a. 2266). La prescription abrégée peut donc avoir, en fait, une durée comprise entre dix et vingt ans.

Pour bénéficier de cette prescription exceptionnelle, *deux conditions* sont nécessaires (outre le minimum que requiert la prescription trentenaire elle-même, savoir une possession exempte de vices) : il faut avoir un *juste titre* et être *de bonne foi* (a. 2265). Les deux conditions sont, du reste, reliées l'une à l'autre, en ce sens que la bonne foi est une erreur au sujet du juste titre. Le postulat est que le possesseur est entré en possession de l'immeuble sur la base d'un acte juridique émanant d'une personne qu'il croyait propriétaire, tandis qu'en réalité elle ne l'était pas (elle ne l'a jamais été ou bien, l'ayant été, son droit, par la suite, a été rétroactivement effacé). La fonction de la prescription de dix ans est alors de mettre le possesseur, acquéreur de bonne foi *a non domino*, dans la même situation que s'il avait traité avec le véritable propriétaire.

a) *Le juste titre*

C'est la cause de la possession, l'acte juridique en vertu duquel le possesseur est entré en possession. Par *juste* titre, l'a. 2265, d'accord avec la tradition, exprime l'idée que le titre doit présenter certains caractères *juridiques* (il n'y a pas de justice à chercher là-dessous). Il doit s'agir d'un acte :

1° *Translatif de propriété* (arg. a. 550). — Plus précisément, propre à transférer la propriété : le juste titre est un acte juridique qui eût transféré la propriété au possesseur s'il avait été passé avec un propriétaire et qui a manqué cet effet parce qu'il a été, au contraire, passé avec un non-propriétaire (c'est là son vice au sens de l'a. 2265). Le type du juste titre est le contrat de vente, mais il faut y ajouter l'échange, la donation, le legs (particulier). Ce sont des actes translatifs. *A contrario* ne peuvent servir de base à la prescription abrégée les actes déclaratifs (d'une propriété préexistante). Ex. lors d'un partage, un cohéritier a reçu dans son lot un immeuble qu'il croyait appartenir au défunt et qui appartient en réalité à un tiers ; il ne pourra opposer à la revendication de ce tiers la prescription abrégée, car le partage est un acte déclaratif (a. 883) et ne saurait, dès lors, servir de juste titre. Le titre, en tout cas, doit exister réellement : un titre imaginaire, *putatif* (cf. *infra*, n° 199) – plus pratiquement qui ne couvrirait pas tout ce qu'imaginait l'acquéreur –, ne pourrait pour cet excédent justifier une prescription abrégée.

2° *A titre particulier*. — Cette exigence exclut du bénéfice de la prescription abrégée les ayants cause à titre universel ; ainsi, l'héritier ou le légataire universel qui auraient trouvé dans la succession un immeuble dont ils auraient cru que le défunt était propriétaire. La solution est rationnelle, car les ayants cause à titre universel n'ont pas plus de droits que leur auteur et ne peuvent, dès lors, se prévaloir plus que lui de la prescription abrégée.

3° *Exempt de toute cause de nullité absolue*. — C'est ainsi que l'on interprète l'a. 2267, en le généralisant à toutes les nullités absolues, qu'elles soient imputables à un défaut de fond ou de forme. Au contraire, le possesseur pourrait s'appuyer sur un titre atteint seulement de nullité relative (ex. pour incapacité), ce qui est logique, puisque la nullité relative ne peut être invoquée que par la partie qu'elle tend à protéger (ici l'aliénateur), et non par un tiers (tel le propriétaire revendiquant).

b) *La bonne foi*

C'est l'ignorance du défaut de propriété par lequel a été vicié le juste titre. Le possesseur est de bonne foi quand il est absolument persuadé (le moindre doute à ce sujet détruit la bonne foi) que celui de qui il a acquis l'immeuble en était propriétaire. C'est au moment de l'acquisition qu'il convient de se reporter pour apprécier l'état de conscience de l'acquéreur (a. 2269 : *mala fides superveniens non nocet*, la mauvaise foi survenant en cours de possession ne nuit pas au possesseur). La bonne foi est présumée (a. 2268), qu'elle soit le résultat d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait (on écarte ici la maxime que nul n'est censé ignorer la loi). Mais le propriétaire revendiquant peut prouver la mauvaise foi du possesseur par tous les moyens : souvent, les indications mêmes du titre (l' « origine de propriété » par laquelle commence l'acte de vente) feront apparaître que l'acquéreur ne pouvait pas ignorer le défaut de droit en la personne de l'aliénateur.

[192] 2 | RÈGLES COMMUNES AUX DEUX PRESCRIPTIONS ACQUISITIVES

Il existe une technique de *computation des délais* qui est la même pour les deux prescriptions acquisitives. Et une fois les délais légaux accomplis, les *effets*, dans les deux cas, sont sensiblement les mêmes.

► *Computation des délais*

Trois institutions sont mises en jeu par cette technique :

a) *Jonction des possessions*

Il n'est pas nécessaire d'avoir possédé soi-même pendant tout le temps de la prescription. On peut joindre à sa propre possession celle de son auteur, mais cette jonction des possessions s'opère différemment, bien que l'a. 2235 ne distingue pas, selon que le possesseur actuel est l'ayant cause à titre universel ou à titre particulier du possesseur précédent.

1° *L'ayant cause à titre universel* (ex. héritier) ne fait que *continuer* la possession du défunt, avec les caractères juridiques qu'elle avait à l'origine. Si le défunt était de mauvaise foi, l'héritier ne pourra prescrire que par trente ans, quand bien même il serait personnellement de bonne foi. Si le défunt était de bonne foi, l'héritier bénéficiera de la prescription abrégée, quand bien même il connaîtrait la situation réelle ;

2° *L'ayant cause à titre particulier* (ex. acheteur) commence une possession distincte de celle de son auteur (le vendeur). Mais il a le droit, s'il y trouve intérêt, de *joindre* aux années de possession qu'il a accomplies lui-même celles qu'a accomplies son auteur, pourvu que les deux possessions soient de la même qualité ; toutefois, des années utiles pour la prescription abrégée pourraient servir à compléter une prescription trentenaire (alors que des années utiles pour la prescription trentenaire ne pourraient, à l'inverse, servir à compléter une prescription abrégée).

[193] b) *Interruption de la prescription*

La prescription est interrompue quand survient quelque événement qui en efface tous les effets antérieurement accomplis. L'interruption n'a lieu que pour des causes légalement définies ; elle peut être (a. 2242) soit *naturelle*, soit *civile* (juridique).

1° *L'interruption naturelle* résulte de ce que le possesseur a perdu matériellement la possession pendant plus d'un an (a. 2243). Ce délai correspond à celui qui est ouvert par l'a. 1264 C. Pr. C., pour intenter les actions possessoires : si le possesseur dépossédé agit dans l'année du trouble, il sera remis rétroactivement en possession par le juge ; si, au contraire, il a laissé passer le délai, son action possessoire sera rejetée, et il apparaîtra que la possession est interrompue ;

2° *L'interruption civile* émane, tantôt du véritable propriétaire, s'il intente contre le possesseur une action en revendication, par quoi il marque qu'il n'entend pas abandonner son droit (c'est la citation en justice a. 2244 ; le commandement et la saisie, également visés par l'a. 2244, ne concernent que la prescription extinctive) ; tantôt du possesseur, qui reconnaît expressément ou tacitement le droit du véritable propriétaire (a. 2248).

La prescription, interrompue, peut recommencer à courir, en partant de zéro ; mais il faut que les conditions requises pour prescrire se retrouvent encore. Cela suppose, dans le cas de l'interruption naturelle, que le possesseur primitif ait recouvré la possession perdue. Dans

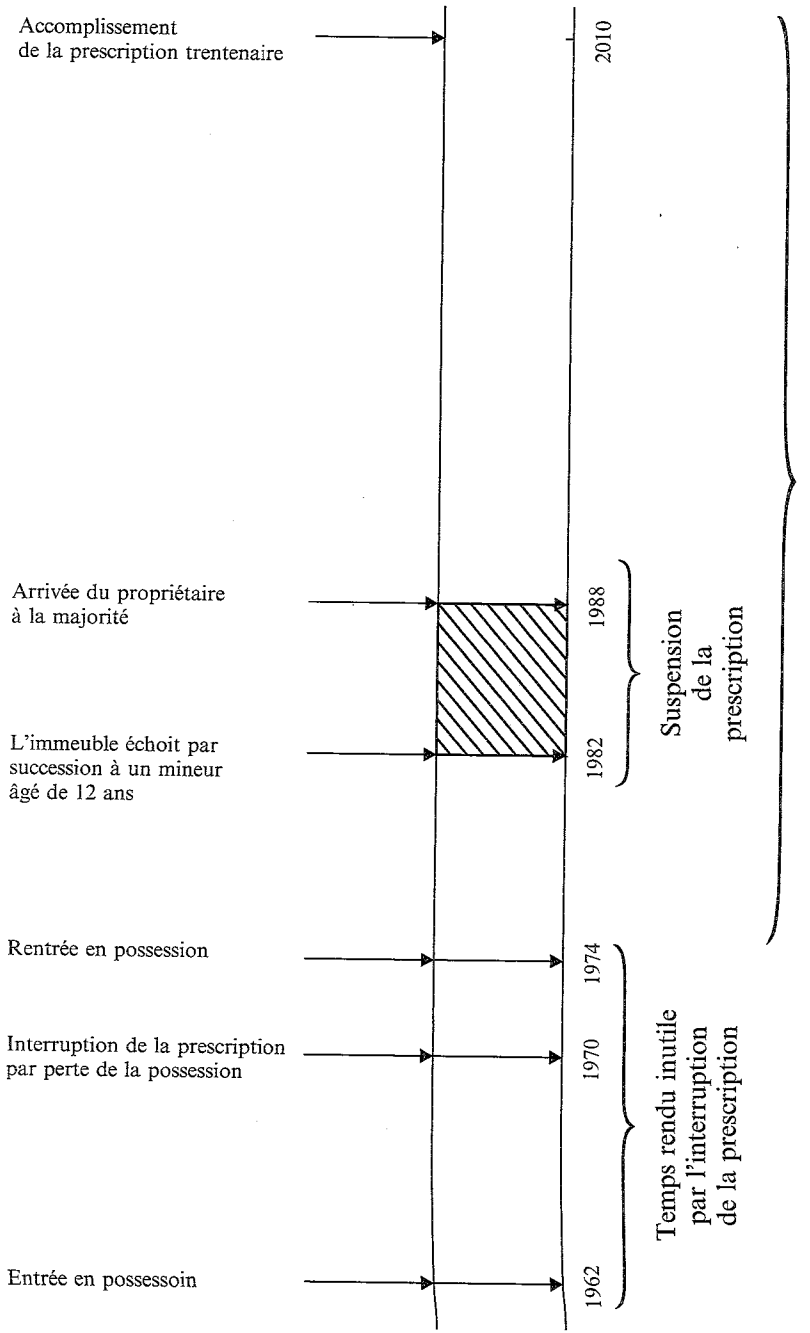

Fig. 4. — Interruption et suspension d'une prescription trentenaire

le cas de l'interruption civile par reconnaissance du droit du propriétaire, il faut remarquer que cette reconnaissance aura eu pour effet de constituer le possesseur de mauvaise foi, ce qui, à tout le moins, exclura la prescription abrégée ; parfois même, elle l'aura constitué détenteur précaire (s'il s'est obligé à restituer), ce qui exclura toute prescription. Enfin, si l'on raisonne sur l'interruption civile résultant d'une assignation en justice, de deux choses l'une : ou la revendication ainsi engagée réussit, et il ne peut plus être question de revendication, le véritable propriétaire rentrant en possession de son immeuble ; ou elle est rejetée, et l'interruption qu'elle avait produite est rétroactivement anéantie (a. 2247).

[194] c) *Suspension de la prescription*

La prescription est suspendue quand surviennent certaines circonstances qui en arrêtent provisoirement le cours, sans pour autant en abolir les effets déjà accomplis (là est la différence essentielle avec l'interruption). La suspension est une simple mise en sommeil de la prescription. Elle se traduit par un allongement du délai légal, allongement correspondant au temps pendant lequel la cause de suspension a persisté.

Les causes de suspension sont, en principe, prévues par la loi (a. 2251). Celle-ci, par faveur, suspend la prescription dans certaines situations temporaires où l'exercice de l'action en revendication pourrait être entravé, sinon radicalement empêché ; ainsi, quand le véritable propriétaire est un mineur ou un majeur en tutelle (a. 2252 ; on peut craindre que son tuteur, s'il en a un, ne néglige d'agir) ; ou encore quand le possesseur est le conjoint du propriétaire (a. 2253 ; celui-ci éprouverait une difficulté morale à engager un procès contre celui-là). La prescription, au contraire, n'est pas suspendue de façon générale au profit des femmes mariées (a. 2254).

La jurisprudence, en outre, appliquant une maxime traditionnelle *Contra non valentem agere non currit praescriptio* (cf. t. IV, n° 361), déclare parfois la prescription suspendue au profit de celui qui a été mis dans l'impossibilité d'agir par quelque obstacle de force majeure (ex. interruption des communications, peut-être même ignorance, par le véritable propriétaire, de son droit de propriété). Mais, à l'occasion des guerres de ce siècle, des lois spéciales sont intervenues pour régler, avec des modalités variables, l'incidence que pourrait avoir sur le cours des prescriptions la force majeure résultant du déroulement des hostilités.

Enfin, par une idée un peu différente, en étendant à l'usucapion l'a. 2257 écrit pour la prescription extinctive, les arrêts décident que, lorsque le véritable propriétaire a un droit de propriété subordonné à une condition ou à un terme, le possesseur ne peut commencer à prescrire contre lui qu'après l'arrivée de cette condition ou de ce terme (*actioni non natae non praescribitur*, pas de prescription extinctive d'une action qui n'est pas encore née).

[195] ▶ *Effet de l'accomplissement des délais*

Le délai légal étant accompli, le mode d'acquérir va fonctionner. Mais plusieurs traits, dans son mécanisme, sont à souligner.

a) *La prescription n'opère pas de plein droit*

Ce mode d'acquérir en vertu de la loi laisse tout de même une part à la volonté de l'acquéreur éventuel. Pour que la prescription produise ses effets, il faut :

1° *Que le possesseur l'invoque*, quand il est poursuivi devant un tribunal par l'action en revendication (a. 2224). S'il ne l'invoquait pas, les juges ne pourraient relever d'office dans son intérêt ce moyen de défense (a. 2223). C'est que la prescription va dépouiller le véritable propriétaire. Aussi la loi laisse-t-elle au possesseur le soin d'apprécier, dans le secret de sa conscience, s'il veut se prévaloir d'un moyen qui, en morale, n'est peut-être pas absolument pur.

2° *Que le possesseur n'y renonce pas*, car il peut y renoncer, expressément ou tacitement (a. 2221). Toutefois, de l'a. 2220 résulte une distinction (qui est une des bases de la théorie générale des renonciations ; cf. *Introduction*, n° 185) : il est licite de renoncer à une prescription après l'accomplissement du délai (parce que le possesseur renonce alors en connaissance de cause) ; mais on ne pourrait valablement s'engager d'avance – en cours de prescription ou même avant que la prescription n'ait commencé à courir – à ne jamais se prévaloir de la prescription.

b) *La prescription opère rétroactivement*

Le possesseur est censé avoir acquis la propriété de l'immeuble du jour où il est entré en possession et non du jour où le délai légal a été achevé. La conséquence pratique est que les droits réels qu'il avait pu,

en cours de prescription, consentir à des tiers vont se trouver consolidés ; il pourra de même conserver définitivement les fruits qu'il avait perçus durant cette période, sans qu'il y ait à se préoccuper de sa bonne foi selon l'a. 549, car c'est comme propriétaire et non comme possesseur que, maintenant, il est réputé les avoir perçus.

c) *La prescription opère à l'égard de tous*

Elle est opposable aux tiers sans qu'il y ait lieu à publicité foncière (arg. d. 4 janv. 1995, a. 3, le droit est acquis sans titre ; a. 28-1°, il n'y a ni acte ni décision judiciaire).

[196] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, spécialement n^os^ 613 s. ; n^os^ 650 s. ; Planiol-Picard, n^os^ 688 s. ; Beudant-Voirin, n^os^ 753 s. — Jestaz, *Prescription et possession en droit français des biens*, D. 84, chr. 27.

HISTOIRE

Le Droit romain a fourni, avec l'essentiel des règles, les deux noms de l'institution, *usucapio* et *praescriptio*, correspondant à deux conceptions, d'origine et d'époque très différentes, que Justinien avait fondues. V. Monier, I, n^os^ 303 s. Après avoir connu un système original, venu du droit germanique (cf. Brissaud, p. 291 s.), notre Ancien Droit, dans son dernier état (dont on peut se faire une idée par la monographie, peu systématique, de Dunod de Charnage, *Traité des prescriptions*, 1730), pratiquait le système romain, teinté de préoccupations morales au contact du droit canon. V. Olivier-Martin, *Coutume de Paris*, II, p. 73 s. Le C.C. a plutôt cherché à éliminer cette influence canonique (ex. l'a. 2269, écartant la règle ancienne qui exigeait la bonne foi pendant tout le cours de la prescription) ; il en subsiste, cependant, plus d'une trace (ex. la clause de conscience de l'a. 2223). — Envisagées d'un point de vue évolutif, l'histoire du Droit romain et celle de notre Ancien Droit présentent un parallélisme frappant : d'abord des délais très courts (à Rome, *usucapio* par une ou deux années ; dans le très Ancien Droit coutumier, tenure d'an et jour) ; plus tard, de longs délais, et des conditions, des raffinements moraux, destinés à sauvegarder les droits du propriétaire primitif. Les courts délais conviennent à une société barbare, peu bureaucratique, où les preuves de la propriété sont périssables ; avec le développement de la civilisation du papier, on peut allonger les délais ; mais, un progrès de plus, et on reviendra à la brièveté, pour des raisons différentes, parce que les droits sont tellement bien assis qu'il ne se produit pour ainsi dire plus d'usurpations. — Sur la période révolutionnaire, v. Kanayama, in *La Révolution et l'ordre juridique privé*, II, 1988.

SOCIOLOGIE

Il est vraisemblable que l'institution est en recul. Dans les pays de livres fonciers (ex. Allemagne, elle n'a logiquement plus de place : la prescription ne peut avoir lieu à l'encontre d'un propriétaire inscrit (cf. A. Jourdan, *La prescription dans le C.C. allemand*, Th. Aix, 1905). Mais, même ailleurs, la tyrannie de l'écrit, les tendances bureaucratiques, la manie des vérifications d'identité (qu'a notablement accentuée le d. 4 janv. 1955 sur la publicité foncière, a. 4 s.) font que l'achat d'un immeuble entier à un non-propriétaire est un événement des plus rares en la métropole (beaucoup d'arrêts sont d'outre-mer), hors le cas particulier de l'achat à un héritier apparent (où l'acquéreur de bonne foi est, d'ailleurs, protégé dès avant l'accomplissement de la prescription ; cf. Planiol-Maury-Vialleton, n^os^ 340 s.). Encore moins facile à imaginer aujourd'hui qu'un intrus dénué de droits s'empare de tout un immeuble et le fasse fructifier pendant des années sans être inquiété. Il ne faut donc pas rêver de la prescription acquisitive comme d'un socialisme empirique qui permettrait de faire accéder à la propriété de la terre, par éviction des propriétaires négligents, les individus laborieux ayant assumé les peines et les risques de l'exploitation. Il est probable que l'institution est surtout active pour des fractions de terrains aux confins des immeubles, fractions sur lesquelles un acte de vente a pu porter par erreur, ou qui ont pu, même, être usurpées sciemment aux dépens des voisins, des coins de parties communes dont un copropriétaire, dans les immeubles en copropriété, s'est servi pendant trente ans sans éveiller de réactions (cf. Paris, 18 nov. 1994, D. 97, Somm. 243). C'est un procédé de délimitation et de pacification des frontières. Outre son rôle de commodité probatoire au profit du propriétaire qui ignore ou ne retrouve plus ses titres de propriété. Mais il faut convenir que la prescription acquisitive, envisagée dans cette fonction, n'a plus grand-chose de commun avec l'institution sociologique destinée à transformer le fait en droit. Elle signifie seulement que, dans l'établissement de l' « origine de propriété » d'un acte de vente, on pourra se contenter de remonter à trente années en arrière (éventuellement même, si un titre translatif est représenté, à dix années). Encore les notaires n'aiment-ils guère cela et préfèrent-ils rechercher les titres, pour le motif que l'on n'est jamais sûr qu'une prescription n'ait pas été suspendue ou interrompue.

[197] POLITIQUE LÉGISLATIVE

Le principe de la prescription acquisitive ne se discute plus guère. Ce fut, pourtant, un grand sujet de controverses à résonances politiques, entre réalistes et idéalistes. Chaque camp avait tiré sa devise du fonds gréco-latin, et *patrona generis humani* pour les uns (selon le mot de Cassiodore), la prescription était *impium praesidium* pour les autres (comme avait dit Justinien). Les canonistes insistèrent sur la seconde idée, sur le péché de la prescription. La controverse continua dans l'École du Droit naturel : l'institution était-elle de droit naturel ou de droit civil ? De ces scrupules, il nous est resté quelque chose : que la prescription accomplie et invoquée, le possesseur a tout de même encore l'obligation naturelle (cf. t. IV, n° 2) de restituer au véritable propriétaire. Toutefois, au XVIII^e^ s., la plupart de ceux qui croient au droit naturel croient que la prescription en fait partie (ex. Vattel, *Le droit des gens*, liv. 2, chap. 11, § 141). Il n'en est que plus remarquable que les « esprits avancés » du XIX^e^ s. aient été souvent (tout

comme des canonistes) sensibles à l'injustice de l'usucapion. Ex. Acollas, III, p. 848, sur le thème : « On ne prescrit pas contre le droit », ou les variations plus obscures de P.-J. Proudhon (*Qu'est-ce que la propriété ?*, 1^er^ mémoire, chap. 3, § 3) sur l'assez mystérieuse loi des XII Tables *adversus hostem aeterna auctoritas esto* (contre l'ennemi, revendication éternelle). C'est qu'ils craignaient que l'argument de la longue durée ne fût utilisé en faveur de l'ordre de choses qu'ils voulaient combattre (le Second Empire, la propriété individuelle). Cet ordre de choses étant conçu comme une usurpation sur les droits de l'homme, il fallait affirmer ces droits comme éternels, et dénoncer la prescription comme contre-révolutionnaire. Aujourd'hui, les positions sont de nouveau retournées et chacun pense bien être dans la ligne de l'évolution en poussant la prescription en avant et en accélérant son cours : n'est-ce pas un moyen de grignoter la propriété privée ? On ne voit pas qu'il est des plus illusoires.

L'évolution vers la brièveté est moins universelle et moins nette pour l'usucapion (des immeubles) que pour la prescription extinctive, et l'on peut trouver aussi qu'elle est moins nécessaire : l'esprit de la propriété immobilière est de conservation et de lenteur, non de rapidité et de circulation ; au surplus, la possession n'est réellement significative, probante, que si elle est prolongée. Le délai de trente ans est, cependant, jugé trop long. La réduction à dix ans a été demandée par les conservateurs des hypothèques, et le notariat y souscrirait sans doute (elle allégerait l'établissement des « origines de propriété » dans la rédaction des actes). Il est vrai que la prescription de dix ans est fréquemment applicable, et on pourrait l'ouvrir davantage en élargissant la notion du juste titre. Une longueur plus critiquable est celle qui vient des suspensions et interruptions trop facilement admises, mais surtout des suspensions, car, comme elles tiennent à la personne du propriétaire, jusqu'au dernier moment le possesseur et le public n'en soupçonnent rien ; d'où une source d'insécurité. La suspension dont bénéficient le mineur et le majeur en tutelle pourrait être supprimée si les tuteurs étaient plus actifs. En soumettant à la publicité foncière les citations en justice et les reconnaissances interruptives de prescription, ainsi que les renonciations à une prescription acquise, le d. 4 janv. 1955, a. 28-8°, a apporté une première atténuation au danger des allongements clandestins de l'usucapion. Il reste que, par un autre côté, l'institution de la prescription est subversive de tout le système de la publicité foncière, puisque, l'acquisition par prescription n'étant pas elle-même sujette à publicité, il suffit de l'invoquer pour couvrir les manquements au système (cf. Cl. Giverdon et P. Salvage-Gérest, *R.T.*, 85, 747 ; J.-L. Aubert, D. 85, 345).

[198] THÉORIE JURIDIQUE

a) *Nature de la prescription acquisitive.* — Les auteurs modernes insistent volontiers sur sa fonction probatoire, ce qui conduit à en faire une présomption égale, qualification que suggère d'ailleurs en passant l'a. 1350-2°. Dans les textes fondamentaux (a. 712, 2219), cependant, la prescription est présentée comme un mode d'acquérir. Et l'on a même pu soutenir, ramenant à l'unité les deux prescriptions (cf. F. Zénati et S. Fournier, Essai d'une théorie unitaire de la prescription, *R.T.*, 96, 339), que celle qui est dite *extinctive* est au fond acquisitive, ne se contentant pas de *libérer* le débiteur (cf. a. 1350-2°), mais lui faisant acquérir la créance qui existait contre lui. S'il y a mode d'acquérir, il se range classiquement parmi les modes d'acquérir *lege* (cf. *supra*, n° 111).

Il semble bien que la loi soit la cause efficiente du transfert de propriété. Plus subtilement, néanmoins, on fait remarquer que la volonté du possesseur est nécessaire, en ce sens qu'il peut toujours ne pas invoquer la prescription. Et la volonté du véritable propriétaire aussi, en ce sens qu'il pourrait toujours empêcher la prescription en revendiquant (*taciturnitas et patientia consensum imitantur*, disait Cujas ; cf. Dig. 50, 16, 28, pr.). Cela ferait-il donc comme un contrat, avec la conséquence que le possesseur serait, après l'accomplissement de la prescription, l'ayant cause du véritable propriétaire ? Au moins pour la prescription abrégée, une objection s'élève : cette prescription est regardée comme une consolidation du juste titre (Planiol-Picard, n° 748) ; or, il est rationnellement impossible que le nouveau propriétaire tienne son droit d'un individu sans droit. Il vaut mieux finalement mener la recherche sur un autre terrain : quel est le moment décisif dans l'usucapion ? l'achèvement d'une durée (a. 2261) – donc un *fait juridique* aveugle, tout l'opposé d'un acte juridique volontaire. Telle est l'analyse de la Cour de cassation (Civ.[3] 13 nov. 1984, D. 85, 345, *R.T.*, 85, 747), qui y trouve appui pour justifier l'autonomie de la prescription à l'égard des règles de la publicité foncière : l'acquisition d'un droit réel immobilier par la prescription abrégée est opposable à tous sans être publiée. Ce qui n'implique pas qu'elle ne produira effet qu'à dater de son achèvement. Elle rétroagit, mais pas à la date où l'acte faisant juste titre a été signé, ainsi qu'il serait logique dans la théorie de la consolidation : plus exactement à la date de l'entrée en possession (il se peut qu'en fait les deux dates n'aient pas coïncidé). C'est ce que précise Civ.[3] 10 juill. 1996, *Bull.*, n° 180, *R.T.*, 97, 701, n. Zénati.

b) *Juste titre.* — Il est certain que le titre est ici l'acte juridique *(negotium)* et non l'écrit *(instrumentum)* qui le constate. Mais, ce point admis, la notion de juste titre donne lieu à beaucoup de difficultés, d'autant qu'elle n'a pas, suivant l'opinion traditionnelle, tout à fait le même sens dans l'a. 550 (acquisition des fruits par le possesseur), où elle n'intervient que pour fonder la bonne foi, et dans l'a. 2265, où elle aurait une valeur indépendante par rapport à la bonne foi (arg. le contraste des formules : « de bonne foi quand il possède... en vertu d'un titre »... ; « de bonne foi *et* par juste titre... » ; d'où des conséquences admises par la pratique ; v. *infra*, Pratique judiciaire, *a, d*) – sans préjudice de l'a. 2279, où le juste titre intervient également en relation avec la possession, bien qu'en matière mobilière. Cf. J. Fournier, *Le juste titre en droit français moderne*, Th. Caen, 1942. — Ce qui obscurcit la notion du juste titre, c'est qu'elle vient d'une époque où le transfert de la propriété ne s'opérait pas par le seul consentement et nécessitait une *traditio* (cf. *supra*, n° 108). Le juste titre, c'était la *justa causa* de la *traditio*, de la remise de la possession (ce qui explique la définition qu'en donnait Pothier, *Prescription*, n° 57 : le *titre de possession*). Il aurait fallu en repenser la notion à la lumière des transformations successivement opérées par l'a. 1138, puis la l. 23 mars 1855 sur la transcription, enfin par le d. 4 janv. 1955 sur la publicité foncière. Il ne serait peut-être point paradoxal de soutenir que le juste titre aurait aujourd'hui sa traduction la plus adéquate dans la formule : un titre susceptible d'être publié.

c) *Bonne foi.* — C'est une notion qui va beaucoup plus loin que le cas particulier de l'a. 2265. V. Breton, Des effets civils de la bonne foi, *R.C.*, 1926, 86 s. ; Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, Th. Paris, 1928 ; Vouin, *La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français*, Th. Bordeaux, 1939. Cf. à propos de la bonne foi dans les contrats, t. IV, n° 112. — Pour s'en tenir à l'a. 2265, il apparaît que la notion de bonne foi oscille entre deux pôles : 1° Le pôle purement technique, où la bonne foi n'est qu'erreur, voire plus exactement ignorance, c'est-à-dire le vide psychologique (d'où le postulat de l'a. 2268), et ignorance d'un fait précis, le défaut de propriété en la personne de l'aliénateur ; 2° Le pôle moral, où la bonne foi est l'honnêteté de l'acquéreur, scrutée sous toutes ses faces (conception développée sans doute par les canonistes, mais qui n'était point étrangère au Droit romain classique ; cf. Collinet, *Justa causa et bona fides* dans l'usucapion d'après Gaïus, *Mélanges Fournier*, 1929, p. 83). Il serait peut-être utile de retourner le problème : c'est peut-être moins la bonne foi qui joue un rôle que la mauvaise foi. La mauvaise foi doit être entendue dans un sens technique : elle est la connaissance d'un fait. Est-ce la connaissance du défaut de propriété en la personne de l'aliénateur ? Il vaudrait mieux dire la connaissance des droits du véritable propriétaire. Séparés de la possession, qui les rendrait visibles, ces droits ne sont pas opposables aux tiers. Mais ils le deviennent (en l'absence d'un système de publicité fonctionnant parfaitement) par la mauvaise foi. La mauvaise foi est un moyen empirique de rattacher un tiers à une situation juridique qui, sans cela, lui serait inopposable.

[199] PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Notion du juste titre.* — C'est une question de droit, sur laquelle la Cour de cassation exerce son contrôle, Civ.[1] 26 oct. 1953, D. 54, 24 ; Civ.[3] 13 janv. 1999, *J.C.P.*, 99, 4, 1414. Dans l'a. 550, la formule *titre translatif de propriété* a pris une valeur technique que l'on n'avait peut-être pas prévue en 1804, où il s'agissait seulement, sans doute, d'exclure les contrats, tels que bail, prêt, etc., portant sur l'usage ou la jouissance de l'immeuble (cf. Pothier, *Prescription*, n° 57). Aujourd'hui, ces mots sont entendus comme faisant antithèse avec les actes déclaratifs, et les tribunaux ont été amenés ainsi à dénier le caractère de juste titre aux *actes déclaratifs* tels que partage (Civ. 10 déc. 1845, D. 46, 1, 45 ; Colmar, 9 févr. 1848, S. 50, 1, 513 ; cf. Baudry-Lacantinerie-Tissier, n° 659) ou actes administratifs de classement et de reconnaissance (ex. Req. 12 juin 1928, D. 29, 1, 44 : une commune ne peut prescrire par dix à vingt ans la propriété d'un prétendu chemin rural au sujet duquel est intervenu à son profit un arrêté de reconnaissance). Cette conception étroite du juste titre se relie à l'idée qu'il y a là une condition distincte pour la prescription abrégée et non pas simplement un élément de la bonne foi. Si le juste titre n'était requis que par rapport à la bonne foi et, en quelque manière, pour la colorer, il suffirait de tout acte prouvant que le possesseur s'est mis *régulièrement* en possession de l'immeuble. On reconnaît que cette conception serait meilleure en législation, il n'est pas sûr qu'elle soit incompatible avec le droit positif, aujourd'hui que même les actes déclaratifs sont sujets à la transcription (d. 4 janv. 1955, a. 28-4°-*e*), s'il est vrai (cf. *supra*, Théorie juridique, *b*) que la notion de juste titre, dans l'a. 2265, puisse être traduite : un titre susceptible d'être transcrit. Nous ne disons pas : effectivement transcrit, ce qui serait un autre problème, d'ailleurs tranché négativement, peut-être à tort, par la jurisprudence (Civ. 1[er] août 1939, D.C. 41, 91, n. Radouant ; Civ.[3] 31 janv. 1984, D. 84, 396, n. J.-L. Aubert). Celle-ci exige du moins que le juste titre ait acquis une date certaine, opposable au revendiquant, selon l'a. 1328 (Civ.[3] 16 janv. 1969, D. 69, 453).

b) *Titre putatif.* — C'est celui qui n'existe que dans la *pensée* du possesseur. Il est impuissant à fonder l'usucapion décennale, Civ.[1] 6 nov. 1963, *Bull.*, n° 483. Mais il ne faut pas croire que n'importe quelle illusion peut suffire (cf. Aix, 19 mars 1980, D. 83,

I.R., 15). L'exemple classique est celui du testament révoqué, sans qu'on le sache, par un second testament (a. 1035), qui n'est découvert que plus tard ; le légataire particulier mis en possession de son legs ne pourra se prévaloir de la prescription abrégée, parce que son titre (le premier testament) n'existait pas réellement. La question s'est présentée dans une hypothèse plus pratique (Civ. 13 avr. 1881, S. 83, 1, 453, D. 81, 1, 353 ; cf. Civ. 25 oct. 1927, S. 28, 1, 47) : l'acquéreur d'une propriété rurale dont la contenance est déterminée par l'acte de vente prend possession non seulement des parcelles qu'il a achetées, mais de parcelles contiguës et enchevêtrées qu'il croit, à tort, comprises dans son acquisition ; il ne pourra invoquer la prescription abrégée contre le véritable propriétaire, car, à l'égard de ces parcelles qui sont en dehors de la contenance vendue, il est en réalité dépourvu de titre, quoiqu'il se soit imaginé en avoir un. Civ.[3] 26 nov. 1970, D. 71, 127, est très clair en ce sens (cf. Civ.[3] 6 mai 1987, D. 87, *I.R.*, 125). Mais c'est peut-être attribuer aux simples indications de contenance, dans les actes de vente, une portée limitative qui ne s'accorde guère avec le régime souple des a. 1617-1622, ni avec la négligence qui, bien souvent, a présidé, et préside encore, à l'établissement de ces mentions. En tout cas, si le titre putatif ne permet pas au possesseur de recourir à la prescription abrégée, il peut fonder la bonne foi d'un constructeur au sens de l'a. 555 et lui éviter d'avoir à démolir ce qu'il a édifié par empiétement sur le terrain d'autrui (Civ.[3] 8 oct. 1974, D. 75, 431, n. Fabre).

c) *Bonne foi.* — Quant à *l'objet* de l'erreur, on peut se faire de la bonne foi une conception plus ou moins exigeante : 1° (Conception purement technique) il suffit que l'acquéreur ait cru au droit de propriété de son auteur (Req. 27 févr. 1856, S. 56, 1, 799, D. 56, 1, 189 ; Civ.[3] 18 janv. 1972, *Bull.*, n° 39 ; cf. Baudry-Lacantinerie-Tissier, n° 682) ; 2° (Conception morale) il faut qu'il ait cru son titre pur de toute espèce de vice (Req. 14 nov. 1887, S. 88, 1, 473). — Quant à l'*intensité* de l'erreur, la jurisprudence a consacré la solution non la plus morale, mais la plus rigoureuse : l'acquéreur doit être regardé comme de mauvaise foi s'il a pu avoir le moindre doute sur les droits de son auteur : Req. 8 août 1870, D. 72, 1, 17 ; Req. 22 mai 1906, D. 06, 1, 351 ; Req. 11 mai 1909, S. 10, 1, 172, D. 09, 1, 312. Souvent, le titre lui-même révélera que l'acquéreur n'a pu croire à la propriété de l'aliénateur (ex. prix anormalement bas et réserves insérées par le vendeur sur l'existence de son droit, Civ. 15 févr. 1927, S. 27, 1, 190). Au demeurant, la bonne foi est appréciée souverainement par les juges du fond, Civ.[3] 31 janv. 1984, D. 84, 396. Elle doit avoir existé au moment de l'acquisition, Civ.[3] 7 avr. 1994, D. 95, Somm. 192.

d) *Comparaison du juste titre dans l'a. 550 et dans l'a. 2265.* — La pratique a adopté la distinction théorique signalée *supra* (Théorie juridique, *b*), et le juste titre est conçu plus largement dans l'a. 550 (ce qui n'est pas injustifiable, assure-t-on, parce que les conséquences sont moins graves d'une acquisition des revenus que d'une acquisition du capital). C'est ainsi que celui qui possède de bonne foi, en vertu d'un *titre putatif*, acquiert les fruits (ex. Req. 8 févr. 1837, S. 37, 1, 729 ; Colmar, 18 janv. 1850, S. 51, 2, 533) – alors que nous venons de voir qu'il ne pourrait usucaper l'immeuble. Le même raisonnement explique que le juste titre de l'a. 550 puisse être un contrat passé avec le véritable propriétaire, la possession de bonne foi servant alors à couvrir non pas un défaut de propriété, mais quelque nullité du contrat translatif (ex. Toulouse, 27 mai 1878, D. 79, 2, 141 ; trib. civ. Saumur, 18 avr. 1946, *G.P.*, 46, 2, 190), pourvu que ce ne soit pas une nullité d'ordre public (Civ. 11 janv. 1843, S. 43, 1, 149 ; Civ. 19 déc. 1864, S. 65, 1, 18, D. 65, 1, 116) – au lieu que l'a. 2265 suppose toujours une acquisition *a non domino*, l'usucapion abrégée ne pouvant couvrir d'autre vice que l'absence de droit en la personne de l'aliénateur (Civ. 30 mars 1914, D. 17, 1, 180). Cela signifie pratiquement que, si une personne a acquis un immeuble par un contrat qui, à son insu, est nul, elle ne pourra prétendre repousser l'action en nullité sous prétexte qu'elle est restée en possession, de bonne foi, pendant plus de dix ans. La solution contraire, fait-on observer (cf. Mazeaud-Chabas, *Droit civil*, II, n° 1504), conduirait à la subversion du système légal, toutes les fois qu'il a entendu soumettre l'action en nullité à une prescription extinctive de plus de dix ans. Il ne serait, pourtant, pas irrationnel que le délai requis pour consolider un acte nul fût réduit lorsque à l'inaction du demandeur s'ajoute une possession publique et paisible du défendeur (cf. a. 196). En tout cas, il est permis de trouver contestable, du point de vue d'une exégèse logicienne, la dualité introduite par la jurisprudence dans une notion que le C.C., à l'a. 550, semble bien avoir voulu définir une fois pour toutes (cf. Mazeaud-Chabas, II, n° 1587).

[200] *2 / Le contentieux immobilier*

Le contentieux de la propriété immobilière est organisé à deux niveaux : le niveau du *possessoire*, qui est de la compétence du tribunal d'instance (a. R. 321-9, 2° C.O.J.) ; et celui du *pétitoire*, qui concerne le *fond du droit*, la propriété (a. 1265 C. Pr. C.), et qui est de la compétence du tribunal de grande instance. Il existe une relation entre le possessoire et le pétitoire, en ce sens que le possessoire a été conçu comme une sorte de préalable au pétitoire : une partie cherchera à faire reconnaître sa possession dans le procès possessoire afin de s'assurer la position de défendeur dans un procès pétitoire éventuel – position de défendeur qui est doublement avantageuse : elle dispense du fardeau de la preuve et elle confère la jouissance intérimaire de l'immeuble pendant la durée de la revendication. Mais le possessoire touche au pétitoire d'une manière plus étroite encore, en ce que, bien souvent, par une action possessoire, on s'épargne une action en revendication : une fois la question de possession vidée, il ne sera plus nécessaire d'obtenir un jugement sur la propriété ; la partie qui troublait la possession de l'autre, parce qu'elle lui contestait la propriété, renoncera à intenter la revendication, dès lors qu'elle aura été condamnée au possessoire. L'immense majorité des possesseurs étant des propriétaires (cf. *supra*, n° 118), les actions possessoires peuvent ainsi fonctionner pratiquement comme des revendications simplifiées et concourent à la protection de la propriété immobilière.

[201] 1 | LE POSSESSOIRE

La matière qui était très traditionnelle, a été sensiblement remaniée par la l. 9 juill. 1975 (et le d. du 28 mars 1979). Elle se trouve maintenant partagée entre deux articles du C.C. (2282, 2283) et quatre articles du C. Pr. C. (1264 à 1267). Les actions possessoires relèvent au premier chef du droit judiciaire ; elles touchent, cependant, au droit civil par leurs *conditions d'ouverture*, ainsi que par certains principes généraux de leur *procédure*.

▶ *Conditions d'ouverture des actions possessoires*

Bien que les textes y fassent seulement allusion, on peut continuer de distinguer les trois actions possessoires que connaissait la tradition et qu'elle nommait *complainte, dénonciation de nouvel œuvre* et *réintégrande*. Chacune présente une physionomie particulière parce qu'elle sanctionne une sorte différente de *trouble à la possession*, et parce qu'elle protège une catégorie différemment déterminée de *demandeurs*. La réforme de 1975 a entendu aligner les trois actions sur la réintégrande, celle des trois qui donnait au demandeur la protection la plus forte.

a) *Troubles à la possession sanctionnés par les actions possessoires*

1° La *complainte* est l'action possessoire générale, ouverte dans tous les cas de *trouble actuel* (trouble de fait : agression matérielle commise contre la possession ; trouble de droit : acte extrajudiciaire contredisant la possession ; ex. sommation faite à un locataire de ne plus payer les loyers entre les mains du possesseur) ; la possession est *affectée* (a. 2282).

2° La *dénonciation de nouvel œuvre* est ouverte pour empêcher un trouble éventuel (que laissent craindre des travaux entrepris sur un fonds voisin) ; la possession est *menacée* (a. 2282).

3° La *réintégrande* (action en réintégration, dit l'a. 1265) sanctionne une dépossession, une spoliation commise sinon par violence (abus de force au combat), du moins par voie de fait, acte illicite grave. La gravité de l'atteinte portée non seulement à la possession d'un individu, mais à la paix publique, justifie une ouverture large de l'action. Est en jeu le principe que nul ne peut se faire justice soi-même – principe qui est apparu bien avant que l'on ne parlât d'État de droit, car il est contemporain des premiers refoulements de la vengeance privée.

[202] b) *Demandeurs protégés par les actions possessoires*

Ce sont en première ligne les *possesseurs*, pourvu que leur possession présente certaines qualités ; en seconde ligne, les *détenteurs*, mais sous une distinction essentielle.

1° *Possesseurs.* — Pour exercer la complainte ou la dénonciation de nouvel œuvre, il faut justifier d'une possession paisible et ayant duré un an (a. 1264). Pour la réintégrande, il suffit d'une possession paisible, sans condition de durée. Dans tous les cas, même un possesseur de mauvaise foi peut intenter les actions possessoires, car elles protègent la possession pour elle-même.

2° *Détenteurs précaires.* — Leur situation est toute différente selon qu'ils entendent exercer les actions possessoires contre ceux de qui ils tiennent leurs droits ou contre des tiers (a. 2282, al. 2) :

— *Rapports du détenteur avec la personne pour le compte de laquelle il possède l'immeuble* (ex. du locataire ou fermier avec le bailleur). Les actions possessoires lui sont refusées. Et il est classique d'observer qu'il n'en a pas besoin, parce qu'il a déjà : 1° la protection du droit pénal (contre les violations de domicile, a. 226-4, N.C.P.) ; 2° et surtout, la protection de son contrat, dont il n'aura qu'à réclamer l'application (si, par ex., le bailleur le trouble dans sa jouissance, à l'encontre de l'a. 1719-3°, ou prétend le mettre dehors alors que le bail n'est pas expiré).

— *Rapports du détenteur avec les tiers.* Si le détenteur (locataire ou fermier) est troublé par un tiers dans sa jouissance, il peut se contenter (a. 1726) de dénoncer le trouble à son cocontractant, véritable possesseur, qui a toujours qualité pour exercer les actions possessoires. Mais ce circuit n'est pas obligatoire pour lui : contre les tiers, toutes les actions possessoires lui sont directement ouvertes (la l. 9 juill. 1975 a élargi une jurisprudence antérieure qui déjà reconnaissait aux locataires et fermiers l'exercice de la réintégrande contre les tiers ; cf. *supra*, sur le droit du preneur à bail, n° 188).

[203] ▶ *Procédure des actions possessoires*

Cette procédure est commune aux trois actions.

1° Les actions possessoires sont *annales*, c'est-à-dire qu'elles doivent être intentées dans l'année du trouble subi par le possesseur (a. 1264), ce qui contraste avec l'imprescriptibilité de la revendication.

2° Les actions possessoires sont *indépendantes* du fond du droit, ce qu'exprime l'a. 1265 en disposant que le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés. Ce principe a une double portée : il s'adresse à la fois aux parties et au juge :

— *A l'égard des parties*, le principe signifie que celui qui agit au pétitoire ne peut plus se pourvoir au possessoire (a. 1266), à moins que ce ne soit pour des troubles nouveaux, qui se seraient produits depuis l'introduction de l'instance. En agissant d'emblée au pétitoire, en effet, le plaideur a reconnu la possession de son adversaire, et il ne peut revenir sur cette reconnaissance. Mais le défendeur au pétitoire peut parfaitement se pourvoir au possessoire : avant que la question de propriété ne soit réglée, il peut avoir intérêt à faire cesser les troubles apportés à sa possession. Et même la revendication exercée contre lui constitue en soi un trouble à possession, un trouble de droit.

— *A l'égard du juge*, le principe signifie l'interdiction d'examiner le fond du droit (a. 2282, al. 1). Le jugement ne pourrait pas maintenir une partie en possession au motif qu'elle justifie de sa propriété, ou, à l'inverse, refuser de l'y maintenir au motif que son défaut de droit est évident. Le juge a uniquement à rechercher s'il existe des faits de possession. Il ne lui est pas interdit, toutefois, de consulter les titres de propriété, s'ils peuvent servir à éclairer les comportements du possesseur (a. 1265, al. 2).

3° Dans son *jugement*, le juge d'instance reconnaîtra la possession contestée, et ordonnera les mesures nécessaires pour la faire respecter (*maintenue possessoire* ; c'est l'*uti possidetis* des interdits romains, la valeur donnée au *statu quo*) : ex. il fera remettre en possession (éventuellement, par des astreintes ; cf. t. IV, n° 373) celui qui a été dépossédé, prescrira la démolition des travaux constituant le trouble ; il pourra accessoirement condamner l'auteur du trouble à des dommages-intérêts. La partie condamnée pourra, sans doute se pourvoir plus tard devant le tribunal de grande instance en invoquant son droit de propriété, supérieur à la possession de son adversaire ; mais elle doit préalablement exécuter le jugement rendu contre elle (a. 1267). L'adversaire aura ainsi, dans la revendication qui éventuellement suivra, le bénéfice de la possession et de la position de défendeur ; en revanche, ce qui a été jugé en sa faveur au possessoire n'exercera au pétitoire aucune autorité de chose jugée.

[204] ÉTAT DES QUESTIONS

B. G. — Glasson et Tissier, *Traité théor. et prat. de procédure civile*, 3e éd., 1925, I, nos 197 s. ; Esmein, sur Aubry et Rau, II, § 184 ; Vincent-Guinchard, *Procédure civile*, 1987, nos 54 s. Certains ouvrages rédigés à l'usage des tribunaux d'instance (anciennes justices de paix) ont une grande importance au point de vue pratique ; ex. Raviart, *Traité théorique et pratique des actions possessoires et du bornage*, 8e éd., 1956. — Sur la l. 9 juill. 1975, Goubeaux, *Rép. not.*, 76, a. 31062, Viatte, *Rev. loyers*, 1977, 399 ; Atias, *Droit civil, les biens*, 1999, nos 480 s.

HISTOIRE

Sur le passage des interdits possessoires du Droit romain aux actions possessoires du Droit médiéval, v. J. de Malafosse, *L'interdit « momentariae possessionis »*, Th. Toulouse, 1947. Beaucoup de règles consacrées par la pratique au XIXe s. sont venues de l'ancien droit (cf. Brissaud, p. 265 s.).

SOCIOLOGIE

Les actions possessoires, qui ont joué un rôle énorme dans le contentieux paysan, semblent en déclin depuis les deux guerres mondiales, sans qu'on puisse, sur ce terrain-là, déterminer de façon sûre les causes de cet affaiblissement de l'esprit processif (éloignement des juges d'instance, augmentation des frais, exutoire des sports, etc.). Cependant, une forme nouvelle de contentieux possessoire est apparue, urbaine, liée en partie à l'enchevêtrement des droits entre immeubles voisins (ex. entre usagers d'une cour commune, Civ.3 20 nov. 1973, *Bull.*, n° 426). Mais une action possessoire ne peut servir à faire respecter un règlement de copropriété : ce règlement est un contrat, et il suffit (Civ.3 10 juin 1980, D. 81, *I.R.*, 230 ; Civ.3 18 janv. 1989, *R.T.*, 90, 527 ; Civ.3 6 mars 1991, D. 91, 355, *R.T.*, 91, 565 ; cf. *supra*, n° 178).

POLITIQUE LÉGISLATIVE

La question avait été soulevée au siècle dernier (v. D. *Jurispr. générale*, v° « Action possessoire », n° 23), si notre dualité du possessoire et du pétitoire n'est pas une source de frais et de lenteurs. L'opinion dominante est que le système reste utile, parce que, dans la très grande majorité des cas, le possessoire dispense du pétitoire. Ce qui est exact, c'est que, souvent, les sentences possessoires donnent lieu à appel et même pourvoi en cassation, sous prétexte que le juge d'instance a violé le principe de non-cumul du possessoire et du pétitoire, car la distinction est des plus subtiles (ex. d'applications récentes, *R.T.*, 92, 149, n. Zénati ; cf. Élisabeth Michelet, *La règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire*, Th. Paris, 1973). Une réforme raisonnable consisterait à admettre que, sur appel du possessoire, le défendeur ait le droit de former une demande reconventionnelle au pétitoire, ce qui bloquerait possessoire et pétitoire à ce stade de la procédure. Mais une telle réforme supposait que l'appel des tribunaux d'instance fût porté devant les tribunaux de grande instance, ce qui n'est plus le cas

depuis 1958 : on va maintenant devant la cour d'appel. On pourrait, il est vrai, imaginer de faire une exception pour l'appel des jugements rendus au possessoire (une exception de ce genre existe déjà pour les décisions du juge d'instance en tant que juge des tutelles, a. 1215 C. Pr. C.).

Le débat a été court-circuité en grande partie par une pratique qui s'est instaurée et que la Cour de cassation a légitimée, Ass. plénière, 28 juin 1996, D. 96, 497, *J.C.P.*, 96, 2, 22712, *R.T.*, 97, 216, *Rép. not.*, 96, 1427 : en l'absence de procédure particulière de référé au niveau du tribunal d'instance (a. 810 C. Pr. C.), le demandeur au possessoire est en droit de saisir le président du tribunal de grande instance par la voie du référé (a. 808), afin de faire cesser un trouble.

PRATIQUE JUDICIAIRE

Domaine d'application de la protection possessoire. — Le refus de l'étendre à la revendication mobilière paraît sans faille : Civ.[1] 6 févr. 1996, D. 96, Somm. 331, *J.C.P.*, 96, 1, 3972, n° 4, *R.T.*, 96, 943. Au sein de l'immobilier, en revanche, la tendance actuelle n'est pas toujours restrictive : ainsi selon Civ.[3] 15 févr. 1995, *R.T.*, 95, 925, la réintégrande peut avoir pour objet sans problème une servitude de passage, alors qu'anciennement (ex. : Civ.[1] 19 mai 1954, D. 54, 662, et encore Civ.[3] 9 juill. 1984, *Bull.*, n° 134), les servitudes discontinues et non apparentes paraissaient exclues de la protection possessoire, ce qui pouvait, il est vrai, être critiqué comme mélangeant l'effet créatif de la possession à son effet purement défensif (au reste, le texte de 1975 s'est bien gardé d'exiger une possession utile de tous points, *ad usucapionem*). Sur l'exclusion de la protection possessoire dans les rapports entre copropriétaires, v. *supra*, n[os] 178, 182-4°).

[205] 2 | LE PÉTITOIRE

La revendication, que nous n'envisageons ici qu'en matière immobilière, est l'action en justice qui appartient au propriétaire pour faire reconnaître son droit, méconnu par hypothèse. Elle tend à faire reconnaître le fond du *droit*, et non pas simplement le fait de la possession (en quoi elle est une action pétitoire, par opposition aux actions possessoires). Autre précision : elle ne concerne que le droit de *propriété*, à l'exclusion des droits réels démembrés de la propriété. Pour ceux-ci, il existe d'autres actions : l'*action confessoire*, qui tend à faire reconnaître un droit d'usufruit ou de servitude sur l'immeuble d'autrui ; l'*action négatoire*, par laquelle un propriétaire entend faire juger que son immeuble est libre d'un usufruit ou d'une servitude qu'alléguait un tiers. Mais, si ces actions peuvent bien être qualifiées de pétitoires, ce ne sont pas techniquement des revendications.

L'action en revendication est intentée par le propriétaire privé de la possession de son immeuble. Elle peut l'être quelque long temps

qu'il soit resté sans agir, car en elle-même elle est imprescriptible selon la jurisprudence, la propriété ne se perdant pas par le non-usage (cf. *supra*, n° 77), sauf à observer qu'elle n'en sera pas moins inefficace, si, dans l'intervalle, le possesseur a pu faire jouer la prescription *acquisitive*.

La revendication est intentée contre le possesseur actuel, défendeur à la revendication et présumé propriétaire jusqu'à preuve contraire, et elle tend à le faire condamner à restituer la possession. Il faut pour cela que le demandeur fasse la *preuve* de son droit ; si cette preuve est faire, la revendication aboutit à l'*éviction* du défendeur.

Le tribunal de grande instance a une compétence exclusive d'attribution dans ce type d'affaires (a. L. 311-2, 9°, C.O.J.).

[206] I. — Preuve exigée du demandeur

Suivant le principe de l'a. 1315, c'est au demandeur qu'incombe la charge de la preuve. Cela signifie qu'il doit justifier positivement du droit qu'il allègue et ne pourrait se borner à démontrer que le défendeur est sans droit. Cela signifie encore que, dans le doute, le défendeur, possesseur actuel, sera laissé en possession. Mais il ne faudrait pas en déduire que le défendeur n'a jamais rien à prouver ; car, dans le système de la jurisprudence, qui implique une comparaison des possessions et des titres, il est pratiquement obligé de produire ses preuves lui aussi.

▶ *Objet de la preuve*

Le procès porte sur le *droit de propriété*. C'est ce droit qui, en principe, devrait être prouvé. Mais, ici, se présente une difficulté théoriquement considérable : une partie ne peut se dire propriétaire qu'autant qu'elle a acquis d'une personne qui était elle-même propriétaire pour avoir acquis d'un propriétaire, et ainsi de suite, en remontant à l'infini la chaîne des transmissions.

La preuve directe du droit de propriété étant humainement impossible à rapporter *(probatio diabolica)*, la loi et la jurisprudence se contentent de preuves indirectes, présument la propriété à partir de circonstances qui peuvent être plus facilement connues.

1° *La loi* a institué la prescription acquisitive : une partie fera la preuve de sa propriété d'une manière irréfragable, en démontrant qu'elle a, par elle-même ou par ses auteurs, possédé pendant le temps requis pour prescrire.

2° Si la prescription est hors de question parce qu'elle n'a pas eu le temps de s'accomplir, *la jurisprudence*, assouplissant les principes, décide que la preuve exigée d'une partie n'est pas la preuve absolue du droit de propriété, mais la preuve purement *relative* d'un droit meilleur ou plus probable que celui de l'adversaire.

[207] ▶ *Moyens de preuve*

Le principe est que la preuve de la propriété immobilière est libre. La jurisprudence a mis, cependant, en relief certains modes de preuve et a dégagé des normes pour régler les conflits qui peuvent s'élever entre eux.

a) C'est par des *présomptions de fait* (a. 1353) que se prouve, à défaut de prescription, la propriété immobilière dans la revendication. Ces présomptions de fait peuvent se grouper autour de deux notions : la *possession* et le *titre*.

La *possession* peut être la possession actuelle (du défendeur) ou la possession ancienne, maintenant perdue (du demandeur). Elle peut être plus ou moins bien caractérisée, ce qui dépend de sa durée, de ses qualités (au regard de l'a. 2229), et aussi de toutes les autres présomptions de fait qui peuvent l'appuyer (tirées, par ex., de l'état des lieux, des énonciations du cadastre, du paiement des impôts afférents à l'immeuble). Il existe ainsi des degrés dans la vraisemblance de propriété qui s'attache à la possession.

Le *titre*, c'est-à-dire l'acte juridique constaté par écrit (vente, donation, etc.) en vertu duquel une partie aurait acquis l'immeuble, n'est pris lui-même en considération que comme présomption de fait. Aussi peut-il être compris très largement. Il n'est pas nécessaire qu'il émane d'un auteur commun aux deux plaideurs (en tant qu'acte juridique, au contraire, le contrat d'acquisition de l'un serait inopposable à l'autre, a. 1165). Il n'est pas non plus besoin que ce soit, comme en matière d'usucapion, un acte translatif ; un acte déclaratif (ex. partage) suffit, pourvu qu'il rendre vraisemblable le droit allégué.

b) Titres et possessions peuvent entrer en *conflit*.

Entre deux titres émanant du même auteur, celui qui a été le premier publié l'emporte légalement : la publicité foncière a précisément pour but de régler ce conflit entre deux parties ayant successivement acquis l'immeuble du même aliénateur (cf. *supra*, n° 110). Mais, si les deux titres émanent d'auteurs différents, les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation, et l'on peut dire que c'est au titre le meilleur et le plus probable qu'ils donnent la préférence.

De même, *entre deux possessions*, ils retiennent celle qui est la mieux caractérisée, compte tenu de toutes les circonstances.

Enfin, dans le conflit *entre titre et possession* (le demandeur produisant un titre et le défendeur n'ayant que sa possession), foi est due au titre, pourvu qu'il soit antérieur à la possession du défendeur. Il est probable, en effet, que, lorsque ce titre a été rédigé, l'aliénateur était en possession, et s'il était en possession, c'est sans doute qu'il était propriétaire, ce qui a rendu l'acquéreur propriétaire à son tour, tandis que sur la possession plus récente, que ne colore aucun titre, pèse le soupçon qu'elle s'est établie par usurpation.

Au-delà de ces distinctions, on pourrait traduire l'essentiel de la jurisprudence en disant que les juges du fond doivent mettre en balance les présomptions de fait invoquées de part et d'autre, et décider en faveur de la partie qui a pour elle des *présomptions meilleures et mieux caractérisées*.

[208] II. — Éviction du défendeur

Le possesseur *évincé, vaincu* dans la revendication, doit restituer au demandeur l'immeuble revendiqué avec ses accessoires. Il peut, en outre, lui devoir diverses indemnités, comme, à l'inverse, se trouver son créancier pour certaines causes. C'est un compte à faire entre eux. Ainsi, entre le véritable propriétaire et le possesseur, primitivement étrangers l'un à l'autre, le fait de la possession a pu faire naître des créances et des dettes, et la revendication, action réelle, se mélange d'éléments personnels.

▶ *Prestations dues au revendiquant par le possesseur évincé*

L'étendue de ces prestations varie selon que le possesseur était de bonne ou de mauvaise foi (au sens de l'a. 550).

a) *Fruits de l'ensemble*

1° Le *possesseur de bonne foi* n'a pas à les restituer (a. 549). Il les a acquis par la perception, sans distinction entre fruits civils et fruits naturels ou industriels. Sur ce point, on relève une différence avec la situation des usufruitiers, qui acquièrent les fruits civils à proportion de la durée de l'usufruit (a. 586 ; cf. *supra*, n° 95). Différence non

injustifiable : la possession qui est un *fait* s'accommode, sans y perdre sa nature, de cet autre fait qu'est la perception (et de ses hasards), tandis que l'usufruit et la propriété sont deux *droits*, qui peuvent et doivent être exactement délimités. La bonne foi doit être appréciée séparément pour l'époque de chaque perception (a. 550, al. 2). Même de bonne foi, du reste, le possesseur doit restituer intégralement les fruits qu'il a pu percevoir après l'assignation introductive d'instance : c'est la conséquence d'un principe de procédure qui impose au juge de se placer au jour de l'introduction du procès pour apprécier les droits des parties, afin que les lenteurs de la justice ne leur préjudicient pas.

2° Le *possesseur de mauvaise foi* doit restituer, avec l'immeuble, tous les fruits qu'il a perçus (a. 549 ; cf. a. 526 [ancien] C. Pr. C.), et même, admet-on par une sorte de sanction, la valeur de ceux qu'il a négligé de percevoir (cf. a. 1403, al. 2). Toutefois, le revendiquant n'a jamais droit qu'à la restitution du produit net ; c'est-à-dire que le possesseur est autorisé à déduire, des revenus qu'il est condamné à reverser, les frais qui ont été nécessaires à leur production (a. 548, traduction de la maxime *Fructus non sunt nisi deductis impensis*).

b) *Indemnités pour les détériorations subies par l'immeuble*

1° *Le possesseur de bonne foi* n'est pas responsable de ces détériorations, fussent-elles survenues par son fait, à plus forte raison si elles sont imputables à un cas fortuit.

2° *Le possesseur de mauvaise foi* est responsable de toutes les détériorations, même de celles qui seraient imputables à un cas fortuit (arg. a. 1379, *in fine*), sauf à démontrer, quant à ces dernières, qu'elles se seraient également produites si l'immeuble avait été sous la garde du véritable propriétaire (arg. a. 1302, al. 2).

[209] ▶ *Prestations dues au possesseur évincé par le revendiquant*

Le possesseur a pu, pendant sa possession, faire des travaux et, partant, des dépenses sur l'immeuble. Ces dépenses incorporées à l'immeuble portent le nom d'*impenses*. La jurisprudence applique ici une théorie des impenses, élaborée en fonction de la tradition romaine et de plusieurs allusions éparses dans le C.C., mais où l'on voit aujourd'hui

une application de la théorie plus générale de l'enrichissement sans cause (t. IV, n° 307). L'idée générale est que le revendiquant, appelé à profiter des impenses par la restitution de l'immeuble auquel elles sont incorporées, a l'obligation d'indemniser le possesseur qui les a faites. Cette obligation est indépendante, en général, de la bonne ou mauvaise foi du possesseur ; mais elle varie avec la nature des travaux faits sur l'immeuble. On en distingue trois catégories (cf. a. 815-13).

a) *Impenses nécessaires*

Ce sont celles qui ont eu pour objet la conservation de l'immeuble : à leur défaut, l'immeuble eût péri (ex. réparations de la charpente). Le propriétaire doit les rembourser intégralement (arg. a. 861, al. 2), car il eût été semblablement contraint de les faire, s'il avait été en possession de l'immeuble. Toutefois, quand les impenses nécessaires se présentent comme des dépenses d'entretien de l'immeuble, qu'il est d'usage d'acquitter sur les revenus (ex. remaniement périodique des tuiles), le possesseur de bonne foi ne peut prétendre s'en faire indemniser : puisqu'il est autorisé à garder les fruits, il doit assumer seul les charges correspondantes.

b) *Impenses utiles*

Ce sont celles qui ont eu pour conséquence d'améliorer l'immeuble (cf. a. 862, 1469, 1634) et d'en augmenter la valeur (ex. installation de l'eau courante dans une maison ; travaux de drainage du sol). Mais on n'y comprend pas les constructions neuves et plantations, qui font l'objet d'un règlement particulier sur le fondement de l'a. 555 (*infra*, n° 212). Les impenses utiles ainsi entendues donnent lieu à indemnité en faveur du possesseur, même de mauvaise foi. Le montant en sera fixé, selon la jurisprudence, comme sur l'action *de in rem verso*. Le revendiquant est donc en droit de s'en tenir à la plus faible des deux sommes en débat : soit la dépense qu'avait exposée l'évincé, soit la plus-value qui a été procurée à l'immeuble et qui subsiste au jour où la revendication est admise.

c) *Impenses voluptuaires*

Ce sont celles qui ont un caractère de luxe ou de pur agrément. Le possesseur ne peut jamais demander d'indemnité pour elles, mais il a la faculté de les enlever, lorsqu'il est possible de le faire sans dégrader l'immeuble (arg. a. 599, al. 3).

[210] ÉTAT DES QUESTIONS

B. G. — Planiol-Picard, n^os^ 351 s. ; Beudant-Voirin, n^os^ 828 s.

HISTOIRE

Mystique dans le très Ancien Droit romain (cf. H. Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, 1960, 60 s.), la revendication est devenue dans le Droit romain classique un mécanisme rationnel, dont le centre de gravité n'a, du reste, cessé de se déplacer de la chose vers les personnes, les rapports personnels entre revendiquant et possesseur prenant de plus en plus d'importance. Cf. Monier, I, n° 270. Par l'intermédiaire de Pothier (*Domaine de propriété*, n^os^ 281 s., spécialement pour la preuve à faire, n^os^ 323 s. : cf. Merlin, *Rép.*, V° *Revendication*, § 2, 2), c'est cette revendication de la compilation justinienne, mélange d'action réelle et d'action personnelle, qui, dans le silence du C.C., a servi de guide aux premiers commentateurs.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Les champs sont moins isolés des habitations ; les actes sont mieux rédigés ; la publicité foncière est plus largement obligatoire et effective ; toutes ces causes concourent à raréfier les usurpations et, partant, les revendications. On ne voit pas très souvent, de nos jours, des revendications du type romain, portant sur un immeuble entier (ou bien il s'agira de garrigues plus ou moins montagneuses ; ex. Req. 19 avr. 1937, D. 39, 1, 24). Ce que l'on voit souvent, ce sont des contestations sur une partie d'immeuble, sur une bande de terrain, sur les limites d'un immeuble (comme un incident à l'action en bornage, incident qui pourra être de la compétence du tribunal d'instance, a. R. 321-9, 3° C.O.J.). Il n'est pas sûr que les règles de la revendication classique soient parfaitement adaptées à ce genre de contestations. La recherche des droits préexistants, embrouillés, devrait importer moins que l'utilité présente, l'intérêt des fonds et l'intérêt social. Il faudrait reconnaître au juge de la revendication un pouvoir constitutif, et non pas seulement déclaratif de droits, pour établir les bases d'un règlement, d'un *modus vivendi*, entre les deux fonds. Sur les bases de cette délimitation politique s'opérait ensuite la délimitation technique (bornage ; cf. *supra*, n° 134).

THÉORIE JURIDIQUE

V. l'ouvrage profond, mais souvent difficile, d'Emmanuel Lévy, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, Th. Paris, 1896 (l'auteur souligne le caractère *relatif* de la preuve du droit de propriété selon la jurisprudence, donc le caractère relatif de la garantie judiciaire de ce droit, pour en conclure que la propriété a elle-même un caractère relatif ; cette relativité de la propriété est un des fondements de son socialisme juridique, d'une imprécision toute poétique).

[211] PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Preuve de la propriété immobilière.* — L'œuvre de la jurisprudence, qui a été considérable, s'est inspirée avant tout de la tradition et des besoins pratiques. Mais, à

partir d'une certaine époque, Aubry et Rau (IV, § 219) ont pu contribuer à mettre dans les arrêts un esprit de système. Sur la formule de synthèse (pouvoir souverain des juges du fond pour dégager les présomptions de propriété les meilleures et les plus caractérisées), v., entre autres, Civ.[3] 12 juill. 1977, *Bull.*, n° 311. Le principe que la preuve de la propriété immobilière est libre est réaffirmé par Civ.[3] 20 juill. 1988, *Bull.*, n° 136, D. 88, *I.R.*, 232 ; les titres, ajoute Civ.[3] 26 oct. 1988, *J.C.P.*, 88, 4, 410, ne sont jamais que des présomptions, et le juge ne pourrait limiter la liberté des parties en spécifiant par avance les preuves admissibles, Civ.[1] 20 juin 1995, D. 97, Somm. 21, n. A. Robert. Et Civ.[3] 4 déc. 1991 (D. 92, *I.R.*, 11 ; cf. Périnet-Marquet, *J.C.P.*, 92, I, 3581, I) censure des juges du fond pour avoir oublié la précellence de la prescription acquisitive, sa royauté au-dessus des titres aussi bien que des présomptions (ce qui ne veut pas dire qu'ils auraient pu l'évoquer d'office, l'a. 2423 le leur aurait interdit). Ces principes rappelés, venons-en à la mise en œuvre.

1° *Notion du titre.* — La jurisprudence a voulu faciliter l'utilisation de ce mode de preuve. Un titre déclaratif peut être retenu aussi bien qu'un titre translatif : Civ. 27 déc. 1865, D. 66, I, 5 ; Civ. 3 janv. 1905, D. 08, 1, 441 ; Civ.[3] 5 mai 1982, *Bull.*, n° 116 ; Civ.[3] 2 juill. 1997, *J.C.P.*, 97, 4, 1888 (si le titre n'est pris en considération que comme indice, présomption de fait, il n'y a pas de motif, en effet, de se priver des indications d'un partage ou d'un jugement). Nous n'avons pas à nous préoccuper de l'a. 1165 ; l'acte d'acquisition invoqué par une partie peut être opposé à l'autre, bien qu'il n'émane pas d'un auteur commun : Civ. 22 juin 1864, D. 64, 1, 412 ; Civ. 9 janv. 1901, D. 01, 1, 449 ; Civ.[1] 8 mars 1954, D. 54, 362 ; Civ.[1] 1^er^ avr. 1981, sol. impl., *J.C.P.*, 82, 2, 19897 ; Civ.[3] 5 mai 1982, D. 83, *I.R.*, 17. Deux explications : 1° L'a. 1165 ne concerne les conventions qu'en tant que sources d'obligations, parce que l'obligation est un rapport entre deux personnes, mais non en tant que modes d'acquérir la propriété (a. 711), la propriété ayant, comme tous les droits réels, un rayonnement *erga omnes* (v. *supra*, n° 40 ; on peut objecter que c'est confondre l'objet de l'acte avec l'acte lui-même ; cf. pour la critique de l'explication, Wahl, S. 1898, 1, 337) ; 2° Le titre n'est pas utilisé ici comme preuve d'une convention, mais comme présomption de fait, indice, créant une probabilité en faveur de la prétention du demandeur, ou colorant la possession du défendeur (en ce sens, entre autres, Civ.[3] 5 mai 1982, *Bull.*, n° 116 ; cf. Planiol-Picard, n° 362). Il faut observer que l'opposabilité du titre d'une partie à l'autre a d'abord été admise – et continue le plus souvent à fonctionner – pour des actes authentiques (actes notariés ou jugements). Néanmoins, elle a été admise aussi pour des actes sous seing privé (ex. Nancy, 20 juin 1867, D. 68, 2, 166). La difficulté n'existe peut-être que dans cette extension, car il y a des motifs propres pour reconnaître à l'acte authentique – malgré l'a. 1319, dont la rédaction a besoin d'être bien comprise (cf. Baudry-Lacantinerie-Barde, III, n° 2082) – force probante à l'égard des tiers (cf. l. 25 ventôse XI, a. 19 : « tous actes notariés feront foi en justice »). Peut être probant, en tout cas, un acte non publié quand il aurait dû l'être, Civ.[3] 23 avr. 1981, *Bull.*, n° 80, *R.T.*, 82, 168, car la publicité foncière a une finalité distincte et différente du système des preuves de la propriété (c'est, tout de même, fermer la porte à une évolution qui imprimerait plus de dynamisme à la publicité).

2° *Conflits de présomptions.* — Nous avons, dans le texte, quelque peu simplifié les solutions jurisprudentielles. Les tableaux que l'on en donne ordinairement sont plus

complexes. On peut se demander, cependant, s'ils n'attribuent pas une valeur trop générale à tel ou tel arrêt, et surtout s'ils n'ont pas l'inconvénient d'estomper ce qui domine réellement toute la matière : savoir, le très vaste pouvoir d'appréciation (aux confins de l'équité) que se reconnaissent ici les tribunaux (et d'autant mieux peut-être que beaucoup de revendications immobilières portent sur des morceaux de terrains sans grande importance ; cf. *supra*, Politique législative). Sous le bénéfice de cette observation, on peut répartir les arrêts entre les trois types de conflits que distingue la doctrine classique.

— *Titre contre possession.* Foi est due au titre du revendiquant : il y a une *hiérarchie* à observer entre les deux modes de preuve. Toutefois, le titre ne triomphe qu'autant qu'il est antérieur à la possession du défendeur : Req. 2 janv. 1907, D. 07, 1, 125 ; Req. 24 oct. 1938, D. H. 39, 3 ; Civ.[1] 7 oct. 1964, *Bull.*, 64, n° 430. Pourquoi cette exigence d'antériorité ? c'est que, sans elle, on ne serait pas sûr que le demandeur a traité avec le propriétaire ; mais la réponse n'est pas décisive, car il pourrait bien avoir traité avec un propriétaire non possesseur. En sens inverse, on peut trouver que le raisonnement par lequel on justifie la foi due au titre n'est pas suffisant : on présume la propriété de l'aliénateur à partir de sa possession passée (elle-même supposée, au surplus) ; mais il serait aussi légitime de présumer la propriété du défendeur à partir de sa possession (actuelle et réelle). Le vrai est que les arrêts accordent préférence au titre parce qu'il a une date certaine ancienne, ce qui écarte le soupçon qu'il ait été forgé pour les besoins de la cause. Cette valeur prêtée à l'ancienneté n'est pas rationnelle ; mais le droit n'est pas toujours rationnel, il est historique, Civ.[3] 5 mai 1970, *G.P.*, 71, 2, 529, a parfois été interprété (Mazeaud, n° 1643) comme ayant abandonné le système de la hiérarchie des preuves ; mais il a seulement, semble-t-il, consacré la toute-puissance de la prescription trentenaire.

— *Titre contre titre* (les deux titres émanant d'auteurs différents). On trouve en jurisprudence divers systèmes : la préférence du titre le plus ancien (Bourges, 15 mars 1898, D. 00, 1, 229), en considérant que l'ancienneté d'un titre a des vertus particulières ; la préférence du titre qui est appuyé d'une possession actuelle, car celle-ci a aussi son mérite, qui est le mérite de la vie, et, au demeurant, elle est, par l'a. 1337, al. 3, le seul môle un peu légal dont nous disposions (Civ. 12 nov. 1907, D. 08, 1, 313, n. Ripert) ; la préférence du titre le meilleur et le plus probable, compte tenu de toutes les circonstances de la cause. C'est ce dernier système qui, aujourd'hui, paraît rendre raison le plus exactement de l'ensemble des arrêts : Civ. 27 mars 1929, S. 29, 1, 215 ; Civ.[1] 6 déc. 1955, *J.C.P.*, 56, 2, 9042 ; Civ.[1] 26 nov. 1964, *Bull.*, n° 525 ; Civ.[3] 31 mai 1978, *R.T.*, 79, 152, précise qu'un titre commun aux deux plaideurs doit l'emporter sur des titres postérieurs, mais propres à un seul des deux.

— *Possession contre possession* (le demandeur et le défendeur sont deux possesseurs successifs, également dépourvus de titre ; à la vérité, ce que chacun invoque, c'est moins une possession que des *faits de possession*, des actes de jouissance). Il pourrait sembler logique de donner constamment la préférence au possesseur actuel (la force de la possession, si elle doit en avoir une, lui venant de ce qu'elle est un fait, donc de ce qu'elle est effective, actuelle). Suivant Civ.[3] 20 juin 1973, D. 73, *I.R.*, 194 et Civ.[3] 3 juin 1981, D. 82, *I.R.*, 183, n. A. Robert, c'est au tribunal de rechercher quelle est la possession *la mieux caractérisée*. Ex. de caractérisation insuffisante : Civ.[3] 13 janv. 1999, *J.C.P.*, 99, 4, 1388.

3° *Les documents qui ne sont pas des titres.* On s'y trompe parfois. Il arrive que les mentions cadastrales sont retenues comme probantes (ex. Req. 1er avr. 1937, D. 39, 1, 24 ; Civ.[3] 21 mai 1970, *Bull.*, n° 345) : le principe est, néanmoins, que le cadastre n'est qu'un document administratif, qui n'affecte pas la propriété (cf. Civ.[1] 8 nov. 1954, *J.C.P.*, 54, 4, 170 ; Civ.[3] 9 mars 1976, *R.T.*, 78, 159). Quant au paiement de l'impôt foncier, la loi fiscale (a. 1881, C.G.I.) y voit une présomption de propriété (dont l'enregistrement peut se prévaloir pour soutenir qu'il y a eu mutation) ; mais, au regard du droit civil, c'est un fait (de possession passive, de possession-charge, par opposition à la possession-jouissance) dont la signification psychologique est très variable selon les cas (de tels paiements ont souvent lieu par inadvertance). Bien que l'acquisition de la propriété par prescription soit opposable aux tiers sans avoir besoin de la publicité foncière, Civ.[3] 13 nov. 1984, D. 85, 345, les notaires ont pris l'habitude de dresser et publier des actes de notoriété (« notoriétés prescriptives » ou « acquisitives ») constatant, à la demande des intéressés, l'accomplissement du délai légal. C'est aussi, pour eux, un moyen de combler les trous qui peuvent apparaître dans leurs « origines de propriété ». Mais ces actes ne sauraient faire preuve de la réalité des actes matériels de possession – prolongés pendant dix ou trente ans – que suppose la prescription, Civ.[3] 30 juin 1999, D. 99, *I.R.*, 209, *Rép. not.*, 99, 1054, n. Atias. On pourrait, toutefois, leur reconnaître, comme à d'autres « notoriétés » (ex. a. 71, 311-3), Valeur de présomption simple. Aller plus loin demanderait une évolution du notariat vers la juridiction (et le pouvoir d'enquêter).

4° *Conclusion.* Si deux parties revendiquent l'une contre l'autre, sans qu'aucune des deux puisse établir la supériorité de son droit, la Cour de cassation (Civ.[3] 16 avr. 1970, D. 70, 474, n. Contamine-Raynaud) interdit au juge du fond de les renvoyer dos à dos : il y aurait déni de justice (a. 4), qui aurait de surcroît pour résultat de laisser l'immeuble sans maître, donc (semble-t-il) de le faire revenir à l'État (a. 539 ; cf. *infra*, n° 77). Mais la Cour ne dit pas ce qu'il convient de faire dans l'état de doute absolu (même quant à la possession) qui est l'hypothèse : couper l'immeuble en deux ? Le déclarer indivis (cf. par analogie d'équité, a. 573, al. 2) ? Civ.[3] 18 juin 1980, D. 81, *I.R.*, 233, qui repousse ces solutions inspirées de Salomon, laisse pareillement le juge sans directive.

b) *Après l'éviction du possesseur* (la *victoire* du revendiquant), il y a lieu à des *restitutions*, par ex. restitution des fruits, à moins qu'ils n'aient été perçus de bonne foi (a. 549), la présomption étant que la bonne foi a cessé au moins au jour de la demande, Civ.[3] 28 juin 1983, *Bull.*, n° 148 ; Civ.[3] 9 déc. 1998, *J.C.P.*, 99, 4, 1207. Pour une théorie générale des restitutions, qui peuvent se rencontrer ailleurs que dans la revendication, cf. Marie Malaurie, *Les restitutions en Droit civil*, 1991 ; M.-L. Morançais-Demeester, *R.T.*, 93, 757. La restitution de l'immeuble peut s'accompagner d'un compte à faire, où l'évincé pourra apparaître comme créancier d'indemnités, muni d'un droit de rétention en garantie de sa créance, même s'il est de mauvaise foi (cf. *infra*, n° 218, *c*). La trilogie des *impenses* nous est venue du droit romain, où elle s'était formée à propos de la restitution de la dot par le mari à la femme, donc dans un contexte conjugal ou postconjugal, favorable aux considérations d'équité (Dig. 25, 1, 1 ; cf. J.-Ph. Lévy, *Les impenses dotales en droit romain*, 1937). La jurisprudence contemporaine, elle aussi, semble faire une place à l'équité lorsque, pour évaluer les indemnités pour impenses utiles, elle se réfère au double critère – aux deux limites alternatives (cf. t. IV, n° 312) – de l'action *de in rem verso*, action d'équité au premier chef : Civ.[3] 18 mai 1982, D. 83, *I.R.*, 14, n. A. Robert.

Seulement, le résultat peut n'être pas équitable du tout : en période de dépréciation de la monnaie, le remboursement au nominal de la seule dépense faite – que le propriétaire ne manquera pas de choisir – peut n'apporter au possesseur qu'une bien maigre compensation. Au regard des textes, on constate que, si l'a. 555, prévoit la possibilité de ne rembourser que la dépense, c'est sur la base d'une estimation actualisée ; et bien d'autres dispositions (a. 861, al. 1, 1673, 2175) ne connaissent d'autre mode de règlement que l'indemnisation à concurrence de la plus-value. Le Digeste (25, 1, 8) fixait aux indemnités pour impenses utiles une sorte de plafond équitable : il ne fallait pas, tout de même, que le propriétaire fût obligé de vendre l'immeuble pour payer le possesseur. Il en est peut-être passé quelque chose dans l'a. 599, al. 2 (*supra*, n° 99) ; et l'inspiration pourrait s'en retrouver dans un arrêt, Civ.[3] 18 mars 1981 (*Bull.*, n° 62), qui approuve des juges du fond d'avoir opéré un rabais sur la plus-value. L'impense n'est plus utile au propriétaire si elle le met dans la gêne. Le raisonnement est spécieux : il substitue à l'utilité du fond l'utilité de l'individu. Mais le résultat est équitable.

[212] 3 / Propriétaire et constructeur

Le C.C. a consacré plusieurs règles à la propriété des constructions – auxquelles il assimile les plantations et même les autres ouvrages (ex. un dallage), mais on peut, pour abréger, raisonner sur le cas des constructions, qui est le plus important.

A l'unisson, le C.C. (a. 552, al. 2) et le C. Urb. (a. L. 112-1) proclament que le droit de construire est attaché à la propriété du sol. Corollaire : le propriétaire du sol est en droit de s'opposer ou à l'inverse de consentir à ce qu'un autre y construise. Mais ces principes ne règlent rien quant au sort des constructions. Ce sera l'objet des a. 553 à 555.

L'a. 553 commence par poser la présomption que les constructions appartiennent au propriétaire du terrain. Cette présomption, cependant, cède devant la preuve contraire : il peut résulter d'un titre, ou même de la prescription acquisitive, que les constructions appartiennent à une autre personne. Dans cette hypothèse exceptionnelle, la propriété de l'immeuble se trouve comme démembrée verticalement : le droit de propriété sur les constructions ou *droit de superficie* est distinct du droit de propriété sur le sol. C'est un droit réel, droit immobilier, donnant lieu à la publicité foncière (d. 4 janv. 1955, a. 7). L'existence de ce droit, comme indépendant de la propriété du sol, reconnue dans le cas particulier (archaïque) de l'a. 519, s'induit d'une lecture *a contrario* de l'a. 555 (si le propriétaire du sol ne veut pas des constructions et ne demande pas qu'elles soient enlevées, à qui d'autre iront-elles qu'au constructeur, à titre de droit de superficie ?).

Lors même que le propriétaire du terrain a construit avec des matériaux qui ne lui appartiennent pas, il devient propriétaire des constructions. Le plus souvent, la maxime de l'a. 2279 suffirait déjà à empêcher celui à qui les matériaux appartenaient de les revendiquer. Mais, même dans les cas où la revendication lui est théoriquement ouverte (perte ou vol), l'a. 554 lui interdit de les reprendre, car ce ne serait possible que par une démolition, qui irait contre l'intérêt social : il devra se contenter d'en réclamer la valeur (outre des dommages-intérêts, s'il y a eu faute du constructeur et préjudice).

L'hypothèse inverse est beaucoup plus pratique : une personne construit avec ses propres matériaux sur un terrain qui ne lui appartient pas. Le principe est que le propriétaire du sol devient propriétaire de ce qui est dessus, à la surface *(superficies solo cedit)*. C'est une acquisition par *accession* (cf. *supra*, n° 59) : la construction, regardée comme étant rationnellement l'accessoire, suit la condition juridique du sol, qui représente le principal. Ce principe découle des a. 551 et 553, mais surtout de l'a. 555, qui en règle l'application. Seulement, l'a. 555 suppose que le constructeur est un *tiers*, qu'il n'est uni au propriétaire du terrain par *aucun lien de droit contractuel*. Ce qui conduit à se demander quelles solutions sont applicables quand un *lien de droit contractuel* préexiste entre les intéressés.

[213] 1 | DES CONSTRUCTIONS ÉLEVÉES SUR LE TERRAIN D'AUTRUI EN L'ABSENCE D'UN LIEN DE DROIT CONTRACTUEL

▶ *Solutions de l'a. 555*

Le propriétaire du sol acquiert la propriété des constructions, mais à titre onéreux. L'acquisition n'est pas toujours pour lui, d'ailleurs, une acquisition forcée (justement à cause de l'obligation d'indemniser le constructeur, qui peut être lourde). Il faut distinguer selon que le constructeur a été de *bonne* ou de *mauvaise foi*, c'est-à-dire a ignoré ou a su, au moment de construire, que le terrain sur lequel il construisait appartenait à autrui. C'est par référence aux normes de l'a. 550 que la jurisprudence définit la bonne foi de l'a. 555. Quoique celle-ci doive se présumer (a. 2268), le cas du constructeur de bonne foi est présenté en queue d'article, un peu comme une exception : c'est qu'il donne lieu,

par faveur, à une atténuation des pleines prérogatives de la propriété foncière, prérogatives que l'on peut considérer comme formant le droit commun.

a) *Mauvaise foi du constructeur*

Le propriétaire du sol tient le constructeur à sa merci, en ce sens qu'il peut exiger de lui la démolition de ce qui a été fait et la remise en état du terrain, outre des dommages-intérêts éventuellement (a. 555, al. 1, 2). C'est son droit de propriétaire que d'éliminer toute trace d'usurpation. Il peut, toutefois, décider de conserver les constructions. Mais il ne les aura pas gratuitement, car il doit, à son choix, soit payer au constructeur une somme égale à la plus-value du fonds, soit lui rembourser le prix des matériaux et de la main-d'œuvre, évalués à la date du remboursement effectif (ce qui met à sa charge le risque de la hausse des prix, l. 17 mai 1960 ; v. *supra*, n° 22), compte tenu cependant d'un abattement pour vétusté. Il choisira, bien entendu, la moins onéreuse des deux voies. Son choix ne saurait, quel qu'il soit, être taxé d'injustice, la double limite de l'action *de in rem verso* (cf. t. IV, n° 308) est respectée dès lors qu'on peut dire soit que le constructeur n'est pas appauvri, soit que le propriétaire n'est pas enrichi. Les juges ne peuvent exercer le choix du propriétaire à sa place, mais si malgré mise en demeure il reste taisant, c'est forcément le demandeur qui choisira.

b) *Bonne foi du constructeur*

Le propriétaire est alors obligé de conserver les constructions intruses (a. 555, al. 4), bien qu'il puisse n'en pas vouloir, ce qui est une restriction considérable à son droit de propriété. Et il doit payer pour les conserver. Il bénéficie, d'ailleurs, quant à la fixation de sa dette, de la même option qu'en face d'un constructeur de mauvaise foi.

► *Domaine d'application de l'a. 555*

L'hypothèse que l'a. 555 a eue directement en vue est celle où les constructions ont été faites par un *possesseur* de l'immeuble, plus tard évincé à la suite d'une revendication intentée par le véritable propriétaire (arg. la formule : « Un tiers évincé, etc. »). La bonne foi du constructeur doit être entendue par référence à la théorie générale de la possession (elle doit, notamment, s'appuyer sur un juste titre selon

l'a. 550) ; et les indemnités prévues par l'a. 555 trouvent leur place dans le règlement de comptes qui doit intervenir à l'issue de la revendication (v. *supra*, n^os^ 208 s.).

De cette hypothèse on peut rapprocher celle où les constructions ont été faites par un propriétaire sous condition résolutoire, par un acquéreur dont le titre d'acquisition a été résolu ou annulé. La résolution et l'annulation étant rétroactives, tout se passe comme si les constructions avaient été faites par un non-propriétaire, par un possesseur, sans lien contractuel avec le propriétaire du terrain. Pour certains cas de résolution, le C.C. lui-même a édicté des règles particulières (ex. a. 861, 1673). La jurisprudence, en dehors de là, applique l'a. 555, en considérant que le propriétaire sous condition résolutoire a été de bonne foi, à moins qu'il n'ait déjà connu, au moment où il a construit, la cause de résolution affectant son titre.

Au contraire, la Cour de cassation, s'appuyant sur l'a. 599, al. 2, a refusé d'étendre l'a. 555 aux constructions élevées par l'usufruitier (cf. *supra*, n° 99).

[214] 2 | DES CONSTRUCTIONS ÉLEVÉES SUR LE TERRAIN D'AUTRUI DANS LE CAS OÙ PRÉEXISTE UN LIEN DE DROIT CONTRACTUEL

Les problèmes les plus vivants soulevés aujourd'hui par l'accession concernent les rapports du propriétaire avec les personnes à qui il a concédé, par contrat, l'usage et la jouissance du terrain, en particulier les rapports du propriétaire *bailleur* avec ses *locataires* ou *fermiers*. Bien qu'il n'ait pas été écrit pour cette hypothèse, l'a. 555 continue à fournir ici à la jurisprudence le principe d'une solution, au moins par analogie. Mais il faut aussi avoir égard à la volonté des parties exprimée dans le contrat et à l'intervention de la législation spéciale (sur les baux à loyer ou à ferme). Ces différents éléments composent un régime qui n'est pas uniforme pour tous les preneurs à bail, ni quant au *droit de construire*, ni quant aux *droits résultant de la construction*.

▶ *Droit de construire reconnu à certains preneurs à bail*

a) *Dans le droit classique du bail*, le principe est que le preneur n'a pas le droit d'élever de sa propre initiative des constructions sur le terrain qu'il a loué nu. Ce serait aller contre l'obligation qui lui incombe de ne pas modifier la destination de l'immeuble (a. 1728-1°) et de le rendre à la fin du bail dans l'état où il l'a reçu (a. 1730).

Les atténuations ne peuvent venir que de la volonté des parties. Il arrive (la combinaison n'est pas rare pour les terrains nus à usage industriel ou commercial) que le bail contienne une *permission de bâtir*. Cette permission met le preneur à couvert de sa responsabilité contractuelle ; en outre, elle pourra influer plus tard sur l'application de l'a. 555, car il est couramment jugé qu'elle établit la bonne foi. Combinaison plus dynamique encore (rarement utilisée, pourtant), un bail non pas simplement avec permission, mais *à charge* de bâtir : c'est le *bail à construction*, organisé par la l. 16 déc. 1964, bail de longue durée (dix-huit à soixante-dix ans), où le bailleur apporte le sol, le preneur s'engageant à y élever et y conserver des bâtiments (cf. *supra*, n[os] 38, 185).

b) *La législation spéciale* des baux, dans une inspiration sociale, a introduit des exceptions à la prohibition de construire qui découlait du C.C. C'est peu de chose dans les baux à loyers : selon la loi du 6 juill. 1989, a. 6 *d*, le bailleur ne saurait s'opposer aux *aménagements* (c'est moins que des constructions) réalisés par le locataire, dès lors qu'ils ne constituent pas une transformation de la chose louée (cf. l. 1[er] sept. 1948, a. 72, et l. 12 juill. 1967, relative à l'amélioration de l'habitat). Mais, dans les baux ruraux, le C. Ru. [nouveau], a. L. 411-73, confère au tribunal paritaire le pouvoir d'autoriser contre la volonté du bailleur tous les travaux dont le preneur pourra démontrer l'utilité, même des constructions nouvelles.

[215] ▶ *Droits résultant de la construction au profit des preneurs à bail*

Ces droits doivent être considérés *en cours de bail*, puis *en fin de bail*.

a) *En cours de bail*, le preneur-constructeur est provisoirement propriétaire des constructions, ce qui lui confère un droit de *superficie* distinct du droit sur le sol. Il reste donc libre, jusqu'à la fin du bail, de les

supprimer ; et il peut les céder ou les hypothéquer à autrui (cf. a. 2133, rédaction du d. 4 janv. 1955).

Dans le bail à construction, le preneur a en cours de contrat un droit réel original sur l'ensemble immobilier, indépendamment de son droit de propriété (de superficie) sur les constructions (l. 16 déc. 1964, a. 3).

b) *En fin de bail*, les droits du preneur sont réglés tantôt par l'application du *droit commun*, tantôt par l'application de la *législation spéciale* :

1° *Droit commun.* — Son domaine est celui des baux à loyer (quelques points mis à part). La jurisprudence applique l'a. 555 au locataire. Celui-ci, *en principe*, devrait être regardé comme un constructeur de *mauvaise foi*, car il ne pouvait ignorer qu'il construisait sur un terrain ne lui appartenant pas. En conséquence, le bailleur aura le droit de le contraindre à démolir, sauf, s'il préfère conserver les constructions, à l'en indemniser selon le prix des matériaux et de la main-d'œuvre.

Cependant, les tribunaux écartent souvent cette solution rigoureuse, en considérant que le locataire est de *bonne foi* (en un sens moral et non plus technique) quand il a construit en vertu d'une permission de bâtir incluse dans le bail : le bailleur perd alors le droit d'exiger la démolition. Mais il y faut une permission formelle ; il ne suffirait pas que la construction eût été faite au vu et au su du bailleur, et comme avec son accord tacite. Le bail contenant permission de bâtir peut, d'ailleurs, avoir lui-même réglé d'avance les bases, voire le montant de l'indemnisation.

Dans le *bail à construction*, à la fin du contrat, le bailleur acquiert les constructions en pleine propriété, libres de toutes charges qui auraient pu naître du chef du preneur (l. 16 déc. 1964, a. 2, 6).

2° *Législation spéciale.* — Elle concerne surtout les baux ruraux. Le statut du fermage (C. Ru. [nouveau], a. L. 411-73) fixe suivant une technique complexe l'indemnité due au fermier le critère de principe est le coût de construction, moins la vétusté) ; le bailleur peut obtenir du juge des délais pour s'acquitter.

[216] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Picard, n[os] 262 s. ; et Planiol-Givord-Tunc, X, *Louage*, n[os] 607 s. (pour les constructions du preneur à bail). Cf. Saint-Alary, *R.T.*, 47, 263 ; Delmas-Saint-Hilaire, *R.T.*, 59, 411 ; J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble, contribution à l'étude du droit de superficie*, Th. Toulouse, 1979.

HISTOIRE

Si les Romains n'ont sans doute pas conçu ce que nous appelons l'accession comme un mode d'acquérir autonome, ce sont eux, cependant, qui ont forgé les règles à partir desquelles s'est constitué notre a. 555 : l'acquisition de la propriété des constructions par le propriétaire du sol ; l'obligation d'indemniser le constructeur (parce que le propriétaire du sol commettrait un dol à prétendre s'enrichir au détriment d'autrui) ; la distinction à faire selon la bonne ou mauvaise foi du constructeur (car le constructeur de mauvaise foi a une faute à se reprocher, ou bien on peut dire qu'il a voulu faire un cadeau au propriétaire du sol, *donasse videtur*). V. Dig. 41, 1, 7, 12. Sur les origines du système, cf. Monier, I, n° 288. L'Ancien Droit reproduit les règles romaines (ex. Domat, *Lois civiles*, 1re partie, liv. 3, tit. 7, sect. 2, n° 13). La question de l'indemnité du constructeur est souvent englobée dans la théorie générale des impenses. La pratique devait comporter pas mal d'accommodements d'équité. Un passage de Pothier (*Domaine de propriété*, n° 350), montre que l'ancienne jurisprudence ne répugnait pas à faire un traitement de faveur au possesseur de mauvaise foi, quand sa mauvaise foi était purement technique et exempte d'immoralité – idée dont se sont inspirés, de nos jours, les tribunaux pour reconnaître le bénéfice de la bonne foi au locataire qui a construit en vertu d'une permission de son bail. Au XIXe s., Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, 1824, est un des Exégètes qui auront le mieux senti la nature (double, droit de construire et propriété des constructions) du droit de superficie. Cf. Ourliac, Sur le droit de superficie, *J.C.P.*, 92, 2, 21890.

ÉCONOMIE POLITIQUE

Il y a eu, dès l'origine romaine, dans l'institution de l'accession, un esprit de conservation des valeurs économiques créées, d'où l'interdiction de revendiquer les matériaux, *ne urbs ruinis deformetur*. On a pu apercevoir là le fondement de l'institution (cf. Brissé-Saint-Macary, *De l'accession artificielle immobilière*, Th. Bordeaux, 1929), et juger, de ce point de vue, l'a. 555, al. 1, anti-économique, en tant qu'il autorise la démolition. Anti-économique encore peut apparaître, pour les immeubles urbains, le rôle de principal attribué au sol : les bâtiments, en général, valent beaucoup plus, et s'il ne fallait décider que par des critères économiques (cf. a. 571), il devrait bien plutôt s'opérer une accession du terrain aux constructions. Avant la guerre de 1914, on était surtout sensible à la difficulté, pour le propriétaire du terrain, de se procurer de l'argent liquide afin d'acquitter les indemnités mises à sa charge (entre le constructeur et lui, ce n'est pas toujours lui le capitaliste) : il ne pourrait, décidait-on, les acquitter sous forme de rente comme l'admettait l'Ancien Droit (cf. Planiol-Picard, n° 270). La dépréciation du franc avait retourné la situation : le règlement n'intervenant souvent que longtemps après la construction, le prix des matériaux et de la main-d'œuvre ne représentait plus que peu de chose en comparaison de la plus-value que le terrain en retirait (alors que, normalement, dans les périodes de monnaie stable, la plus-value subsistante était, par suite de la vétusté, inférieure au prix de revient). La l. 17 mai 1960 a rétabli l'équilibre.

[217]

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Le C.C. devrait réglementer le cas des constructions élevées par les preneurs à bail. Peut-être faudrait-il, à cet égard, généraliser le système établi par le statut du fermage (C. Ru. [nouveau], a. 411-69 s.), sur les deux points du droit de construire et du droit à indemnité, du moins en faveur des preneurs à bail qui ont le caractère de professionnels, commerçants et industriels ou agriculteurs (cf. en ce sens, Saint-Alary, *R.T.*, 1947, spécialement p. 286 s. et D. 1955, 592-593). La tendance est assurément à restreindre les prérogatives des propriétaires du sol au profit des constructeurs, jugés plus dynamiques (cf. Bertrel, *R.T.*, 94, 737).

THÉORIE JURIDIQUE

a) *Droit de construire.* — L'importance prise par le permis de construire (a. L. 421-1 C. Urb.), la création d'un plafond légal de densité (v. *supra*, n° 47) ont conduit à se demander si, malgré la lettre apparente de l'a. L. 112-1 C. Urb.), le droit de construire ne devrait pas être détaché de la propriété du sol. Pas nécessairement (quoique l'on y ait pensé) pour être dévolu en toute plénitude à la collectivité. V. ainsi l'analyse originale de H. Périnet-Marquet (*Le droit de construire*, Th. Poitiers, 1980, ronéo) : il faut combiner le pouvoir d'autoriser la construction, qui est le droit de l'administration, avec le pouvoir de prendre l'initiative de construire, qui continue d'appartenir comme un droit réel au maître du sol.

b) *Charge de construire.* — Nature juridique du bail à construction, Cornille, *J.C.P.*, 98, 2, 10059.

c) *Accession.* — Elle a été traditionnellement expliquée comme l'effet d'une force attractive exercée par le sol : les constructions deviennent ma propriété *vi ac potestate rei meae*. On peut juger qu'il y a là une métaphore plutôt qu'une analyse. Néanmoins, c'est bien un critère matériel que met aussi en relief l'a. 551, texte de définition (union, incorporation à la chose). Le rapport d'accessoire à principal critère intellectuel, peut donner lieu à des appréciations incertaines. Il n'est pas exact, du reste, que la *propriété* de l'accessoire doive toujours suivre la *propriété* du principal. S'il en était ainsi, il faudrait admettre que, de deux personnes copropriétaires d'un même bien, l'une pour les 2/3, l'autre pour 1/3, la première a de plein droit le pouvoir d'exproprier l'autre. En théorie pure, la construction sur le terrain d'autrui appellerait bien plutôt, pour solution, comme le notait Grotius (*de jure belli ac pacis*, liv. 2, chap. 8, n° 22), une indivision entre les deux propriétaires. Le sens de l'accession est d'éviter les inconvénients économiques de cette indivision. — Il est classique de rattacher à la théorie de l'enrichissement sans cause l'obligation d'indemniser le constructeur (cf. Planiol-Picard, n° 268) : de fait, l'option ouverte au propriétaire du sol évoque invinciblement la double limite de l'action *de in rem verso*. Mais on pourrait penser aussi à une expropriation pour cause d'utilité privée, moyennant indemnité : dans le cas du constructeur de mauvaise foi, c'est la volonté du propriétaire du sol qui déclenche le mécanisme.

d) *Droit de superficie.* — Bertrel, L'accession artificielle immobilière, contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie, *R.T.*, 94, 737-775. C'est une recherche approfondie. L'auteur propose du droit de superficie, droit complexe, une

analyse dualiste qui paraît fondée. Il y a dans ce droit deux éléments : un droit de construire sur le sol d'autrui (qui est déjà en soi une participation à la propriété du sol lui-même) et un droit de propriété sur les constructions au fur et à mesure de leur élévation.

[218] PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Option du propriétaire.* — Elle n'est pas sujette à des formes, et le choix du propriétaire peut s'induire de son comportement, Civ.[1] 25 janv. 1961, *Bull.*, n° 65 ; Civ.[3] 29 janv. 1980, *Bull.*, n° 26. C'est un choix discrétionnaire, qui ne pourrait être contesté par le constructeur sous prétexte d'abus du droit, Civ.[1] 13 janv. 1965, *Bull.*, n° 34. Comme d'autres options ou droits protestatifs (cf. Introd. n° 162), on admet que celui-ci est attaché à la personne : le juge ne saurait se substituer au propriétaire pour l'exercer, Civ.[3] 24 oct. 1990, *Bull.*, n° 204, mais si l'intéressé, sommé d'opter, reste taisant, le choix passe au constructeur – entendons : sous le contrôle du juge, Civ.[3] 17 juill. 1996, D. 97, Somm. 20, n. A. Robert, *J.C.P.*, 97, 1, 4010, n° 1, n. Périnet-Marquet, *R.T.*, 97, 457, n. Zénati.

b) Les questions les plus pratiques concernent les *extensions de l'a. 555, ratione personae*, à partir du cas originel et assez rare, celui du *possesseur évincé* à la suite d'une action en revendication. La Cour de cassation pose en thèse générale que l'a. 555 régit uniquement le cas où des constructions ont été élevées sur un immeuble par un tiers : Civ.[3] 6 nov. 1970, D. 71, 395 ; Civ.[3] 30 nov. 1988, D. 90, Somm. 85. Corollaire : il est inapplicable lorsque les travaux ont été effectués en exécution d'une convention, laquelle fait alors la loi des parties (la convention est parfois supposée à partir de peu, ex. à partir d'un lien de famille, Civ.[1] 15 juin 1953, D. 53, 613 ; Civ.[1] 22 avr. 1981, D. 82, 396). La Cour de cassation ne l'applique pas non plus à l'empiétement du voisin : c'est l'a. 545 qui régit l'hypothèse (ex. Civ.[3] 3 févr. 1982, D. 83, *I.R.*, 14 ; cf. *supra*, n° 143), et la démolition est au bout. Mais qu'est-ce qui fait l'empiétement ? Paradoxalement, c'est sa faible dimension.

A cet endroit, peut s'insérer la bifurcation entre bonne et mauvaise foi. Pour la Cour de cassation, on ne saurait donner à la bonne foi de l'a. 555 d'autre définition que celle de l'a. 550. Elle exige, en conséquence, que le constructeur ait possédé le sol en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignorait les vices : Civ.[3] 17 nov. 1971, *Bull.*, n° 565; Civ.[3] 9 juill. 1987, D. 87, *I.R.*, 193 ; Civ.[3] 30 nov. 1988, *R.T.*, 89, 772. Une atténuation, seulement (que l'on admet, du reste, sous l'a. 550 ; cf. *supra*, n° 199), un titre putatif suffit : Civ.[3] 8 oct. 1974, D. 75, 431 ; Civ.[3] 3 mai 1983, *Bull.*, n° 102, *R.T.*, 84, 333, n. Giverdon.

Cela dit, des arrêts ont appliqué l'a. 555 au propriétaire sous condition résolutoire (Req. 8 mars 1886, D. 87, 1, 298), en raison de la rétroactivité de la résolution (cf. Civ.[3] 12 mai 1976, *R.T.*, 76, 799 ; Civ.[3] 12 juin 1991, *J.C.P.*, 91, 4, 319). Mais des arrêts, Req. 20 déc. 1910, S. 12, 1, 305, D. 11, 1, 377, Civ.[3] 28 févr. 1969, *J.C.P.*, 70, 2, 16220, ont refusé de l'étendre au copropriétaire qui a construit pendant l'indivision, lorsque ses constructions sont ensuite mises par le partage dans le lot d'un autre. Pourtant, le partage est lui aussi rétroactif (a. 883), de sorte que le constructeur est censé n'avoir eu aucun droit sur le terrain au moment où il a construit ; reste, sans doute, qu'il était lié aux autres copropriétaires par la communauté d'intérêts (le lien quasi contractuel ?) résultant de l'indivision. On comprend mieux qu'entre époux communs en biens, le

régime des récompenses, qui se suffit à lui-même (a. 1437), ait pour conséquence d'exclure l'a. 555 : Civ.[1] 19 juill. 1966, D. 66, 713. Il en serait autrement entre époux séparés de biens: Civ.[1] 22 avr. 1981, D. 81, 396 (solution qui a une apparence de logique, mais à laquelle on pourrait objecter que, même séparés de biens, deux époux ne sont pas, psychologiquement, vraiment *tiers* l'un à l'égard de l'autre).

c) *Rapports entre bailleurs et preneurs :* c'est l'extension la plus considérable. La jurisprudence est constante sur le principe : le preneur est un tiers au sens de l'a. 555, à moins que le bail ne règle spécialement le sort des constructions. Cf. Req. 1[er] juill. 1851, D. 51, 1, 249 ; Civ.[1] 7 mars 1955, D. 55, 590, *J.C.P.*, 56, 2, 9053 ; Civ.[3] 9 janv. 1979, *G.P.*, 79, 2, 309. A quel moment, le cas échéant, s'opérera l'accession ? La Cour de cassation avait d'abord décidé que le bailleur devenait immédiatement propriétaire des constructions : Req. 27 mai 1873, S. 73, 1, 254 ; Civ. 14 déc. 1921, D. 25, 1, 111. A quoi on pouvait objecter l'indépendance du locataire dans les lieux loués. Mais un revirement s'est produit : Civ.[1] 1[er] déc. 1964, D. 65, 473, *J.C.P.*, 65, 2, 14213, affirme très clairement que la propriété des constructions restera acquise au locataire pour toute la durée du bail. Cf. dans le même sens : Civ.[3] 4 oct. 1972, *Bull.*, n° 493 et Civ.[1] 23 oct. 1990, *Bull.*, n° 217. Le bailleur deviendra donc propriétaire des constructions de plein droit en fin de bail. Est-ce un effet mécanique d'accession ? La volonté du locataire y joue un rôle : il aurait pu enlever ses installations, il a choisi de les laisser. La volonté du bailleur n'est pas non plus absente : il aurait pu exiger leur enlèvement, il accepte de les garder. Cela ressemble fort à un accord de volonté, et même à une vente (cf. *R.T.*, 45, 195).

Dans ces rapports entre bailleur et preneur les notions de bonne ou mauvaise foi se détachent nécessairement du titre translatif. Le locataire, à le considérer comme un tiers, est nécessairement un tiers de mauvaise foi, car il ne pouvait ignorer qu'il n'était pas propriétaire du terrain sur lequel il a construit : Civ.[3] 28 janv. 1987, D. 88, Somm., 15. Cependant, lorsque le bail comportait une permission de bâtir, on admet que cette clause a pour effet de fonder la bonne foi du constructeur : Req. 25 oct. 1921, D. 22, 1, 55 ; Civ.[1] 17 mars 1955, D. 55, 590, *J.C.P.*, 56, 2, 9053 ; Civ.[3] 3 oct. 1990, *Bull.*, n° 180. C'est un glissement équitable de la notion technique à la notion morale de la bonne foi, de l'a. 550 à l'a. 1134, al. 3. Plus objectivement, on peut justifier la solution en observant que le bailleur quand il autorise le preneur à construire renonce par là même à exiger de lui la suppression des ouvrages en fin de bail. Il s'est volontairement placé dans le cadre de l'a. 555, al. 4 : ce faisant, il a implicitement reconnu d'avance au constructeur le bénéfice de la bonne foi. Mais il y faut un consentement sans équivoque, sinon une convention en règle ; une simple tolérance ne pourrait suffire : Civ.[1] 17 mars 1955, précité, où il avait été seulement constaté que les constructions avaient été élevées au vu et au su du bailleur ; Civ.[3] 9 janv. 1979, *G.P.*, 79, 2, 309 ; Civ.[3] 8 juill. 1987, D. 88, Somm., 15 ; Colmar, 4 mars 1966, *G.P.*, 66, 1, 314.

Il peut être précisé dans le bail que les constructions reviendront au propriétaire, en fin de contrat, sans indemnité (ex. Civ.[3] 26 nov. 1985, *G.P.*, 86, 1, 114 ; Aix, 10 déc. 1951, D. 52, 240 ; on ne doute pas de la validité, on n'admettrait probablement pas, pourtant, une renonciation anticipée à l'action *de in rem verso*). Il peut être également prévu qu'elles lui reviendront moyennant une indemnité, qui est d'ores et déjà fixée dans le bail. Req. 20 mars 1939, D.H. 39, 291, n'admet pas que le preneur puisse, en pareil cas, exercer l'action en rescision pour lésion de l'a. 1674, car il y a là, dit l'arrêt, un mode de règlement conventionnel forfaitaire du droit d'accession, et non une

vente immobilière (mais si le droit d'accession opère comme une vente immobilière, au même titre que, par ex., la cession de mitoyenneté ?).

On pourrait épiloguer sur la définition que la jurisprudence donne ici du *tiers* : tout constructeur qui n'est pas, avec le propriétaire du sol, dans les liens d'un contrat se référant *spécialement* aux constructions. On peut dire, certes, que, lorsque le contrat ne se réfère pas spécialement aux constructions, les contractants sont, sur ce point, l'un à l'égard de l'autre, comme s'il n'y avait pas de contrat (cf. Josserand, I, n° 1669). Mais l'explication n'est pas irréfutable, car ils sont censés alors se référer tacitement aux règles légales de leur contrat, et celles-ci peuvent bien comprendre une disposition relative aux constructions (ex. pour le bail, les a. 1728-1° et 1730, portant interdiction de changer la destination des lieux). Joint à cela que la définition ainsi donnée s'harmonise malaisément avec les arrêts précités qui traitent le locataire en constructeur de bonne foi, donc en tiers au sens de l'a. 555, quand il a construit en vertu d'une permission de bâtir, c'est-à-dire d'une convention se référant spécialement aux constructions.

d) *Ratione materiae*, la jurisprudence se montre restrictive. Elle exige, pour l'application de l'a. 555, des constructions nouvelles, fussent-elles légères (ainsi, un hangar, immeuble par nature, Rennes, 12 mars 1998, *J.C.P.*, 98, 2, 10193, n. Rochard), et elle se refuse à l'étendre à des travaux qui, s'identifiant aux ouvrages préexistants, n'auraient que le caractère de réparations ou de simples *améliorations* (cf. Civ.[3] 8 janv. 1997, *J.C.P.*, 97, 4, 388 ; Civ.[1] 18 juin 1970, D. 70, 561, n. Breton, *J.C.P.*, 72, 2, 17165, n. H. Thuillier ; Civ.[3] 5 juin 1973, *Bull.*, n° 405 ; Versailles, 17 août 1987, D. 89, Somm., 28). L'arrêt de 1970 en tire cette conséquence que l'auteur des améliorations ne peut réclamer, pour sa créance d'indemnité, le bénéfice de la revalorisation par évaluation retardée que la l. 17 mai 1960 a introduite dans l'a. 555 (cf. *supra*, n° 33). Mais peut-être aurait-il été plus équitable (cf. Thuillier, *loc. cit.* ; cf. Colmar, 13 janv. 1966, *J.C.P.*, 67, 2, 14971) de voir dans la loi de 1960 un principe général régissant les améliorations aussi bien que les constructions (la l. 3 juill. 1971, mod. les a. 861-862, encourage l'extension).

e) La jurisprudence a constamment reconnu au constructeur de bonne foi le droit de ne pas se dessaisir de l'immeuble jusqu'au paiement de l'indemnité (Civ.[1] 14 mai 1957, *Bull.*, 57, I, n° 342). Au contraire, le droit de rétention (cf. t. IV, n° 194) a souvent été dénié au constructeur de mauvaise foi (Req. 13 juill. 1903, S. 04, 1, 21 ; Civ.[1] 5 déc. 1960, *J.C.P.*, 61, 4, 6). Discrimination d'un moralisme spécieux, car la mauvaise foi n'est pas ici forcément immorale (cf. a. 862). La troisième Chambre civile (23 avr. 1974, *J.C.P.*, 75, 2, 18170, n. Thuillier ;12 mars 1985, *Bull.*, n° 50 ; 3 oct. 1990, D. 91. Somm. 307, n. A. Robert) n'hésite pas à considérer que le constructeur de mauvaise foi autant que l'autre a le droit d'être payé.

[219]

SOUS-TITRE II

Le droit public de l'immeuble

La matière relève directement du droit administratif. Il faut, cependant, en donner ici une idée générale, sans laquelle le civiliste risquerait d'attribuer à la propriété immobilière plus de force qu'elle n'en comporte réellement. L'intervention du droit public quant aux immeubles est traditionnelle et s'explique par leur nature territoriale, mais elle s'est développée considérablement depuis le milieu du siècle, comme un aspect essentiel d'un dirigisme économique, devenu général, renforcé à partir des années 70 par les préoccupations contradictoires de l'urbanisation et de l'environnement. Elle se manifeste de plusieurs manières : par des *restrictions aux droits des propriétaires fonciers*, par l'institution de *l'expropriation pour cause d'utilité publique*, par l'existence d'un *domaine immobilier des collectivités publiques*.

1 | RECTRICTIONS AUX DROITS DES PROPRIÉTAIRES FONCIERS

Ces restrictions sont nombreuses et diverses – diverses par leur *objet* comme par leur *technique*.

a) *Objets des restrictions*

Il ne peut être question que de citer des exemples.

1° *Propriété urbaine.* — Le Code de l'urbanisme réglemente le permis de construire, institue un régime des lotissements, organise une

procédure administrative au sujet des bâtiments menaçant ruine (le maire peut mettre les propriétaires en demeure de réparer ou démolir, faute de quoi il y fait procéder d'office à leurs frais). Des règlements municipaux, dans les grandes villes, fixent un maximum à la hauteur des maisons et des cheminées, prescrivent le ravalement des façades, etc.

2° *Propriété rurale.* — Le principe demeure, proclamé par la Révolution et impliqué par l'a. 544, que le paysan est libre dans l'exploitation de la terre dont il a la propriété. A ce principe il y a, toutefois, des restrictions, procédant de deux sources historiques différentes : les unes sont traditionnelles (ex. régime des forêts, codifié déjà en 1827, puis en 1952 ; dispositions de police rurale, dans les Codes ruraux successifs et, en dernier lieu, dans celui de 1955) ; les autres sont de notre époque et font partie d'un système général d'économie dirigée (ex. réglementation de la culture du blé ou de la vigne).

b) *Technique des restrictions*

Ce sont généralement des *obligations* imposées aux propriétaires : tantôt des obligations de ne pas faire (ex. interdiction d'allumer des feux dans les champs à une distance des bâtiments moindre que la distance légale, de faire circuler des véhicules à moteur dans des zones sensibles, l. 91-2 du 3 janv. 1991),tantôt des obligations de faire ou du moins de faire faire (ex. obligation d'écheniller).

Quand il s'agit d'une propriété voisine d'un espace dépendant au domaine public (ainsi, d'une propriété voisine de la voie publique, d'une rivière domaniale, du littoral), l'obligation imposée au propriétaire peut revêtir la forme d'une *servitude d'intérêt public*, où le domaine public joue le rôle de fonds dominant (ex. a. 650 ; les servitudes archaïques de halage devenues depuis lors servitudes de passage pour piétons, a. L. 160-6 C. Urb., et finalement itinéraires de randonnées, l. 22 juill. 1983 ; après la rêverie du promeneur solitaire, le piétinement des légions en marche).

En certains cas, l'intervention de l'autorité publique emprunte une formule toute différente, l'appel à une action communautaire : les propriétaires fonciers d'un lieu sont obligatoirement groupés (la majorité faisant la loi à la minorité) dans une *association syndicale*, qui procédera à frais communs à des travaux d'intérêt collectif (ex. défense des terrains contre la mer, défense contre les incendies de forêts, drainage).

Il faut mettre à part l'*obligation d'exploiter* résultant des a. L. 125-1 et s. Nouveau C. Ru. sur la mise en valeur des terres incultes ou manifestement sous-exploitées – législation théoriquement très remarquable, malgré la rareté des réalisations, puisqu'elle entend contraindre le propriétaire à être pleinement lui-même : si le propriétaire n'obtempère pas à l'injonction qui lui est adressée de remettre en valeur les terres incultes, celles-ci peuvent faire l'objet d'une concession temporaire en faveur de tiers qui s'engagent à exploiter. C'est une sorte de bail forcé, qui évoque déjà la technique de l'expropriation.

[220] 2 | EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE

Les collectivités publiques peuvent accroître leur patrimoine immobilier par les modes d'acquérir du droit commun : par des achats à l'amiable ou par l'effet de libéralités. Mais elles peuvent recourir aussi à un procédé qui leur est spécial, parce qu'il a pour ressort l'idée même de puissance publique : la cession forcée, qui, dans son application aux immeubles, revêt la forme de l'*expropriation pour cause d'utilité publique*. L'a. 545 prévoit l'institution dans le prolongement des lois et règlements qui restreignent le droit de propriété ; et de fait, c'est une restriction à l'une des prérogatives du propriétaire : le droit de ne pas disposer, virtuellement contenu dans le droit de disposer, dans l'*abusus*. Mais on peut lire aussi autre chose dans cet a. 545, une garantie donnée à la propriété individuelle, car l'expropriation est subordonnée : 1° à l'existence d'une cause d'utilité publique ; 2° au paiement d'une indemnité juste et préalable ; il faut ajouter qu'elle ne peut être prononcée que par l'autorité judiciaire, encore qu'une première phase de la procédure soit administrative. Depuis 1804, cependant, une évolution s'est produite dans la législation de l'expropriation (aujourd'hui, Code de l'expropriation, 1977) et dans son application. L'utilité publique doit toujours être constatée, mais elle est entendue extensivement. L'indemnité doit toujours être payée avant que l'autorité expropriante puisse être envoyée en possession (encore le principe souffre-t-il quelques exceptions ; ex. C. Urb. a. L. 318-3, 332-6) ; mais, en fait, elle est calculée (par un juge spécialisé, magistrat du tribunal civil) avec moins de largeur qu'au siècle dernier (où elle dépendait d'un jury de propriétaires).

[221] 3 | DOMAINE IMMOBILIER DES COLLECTIVITÉS PUBLIQUES

Une portion non négligeable du territoire n'est pas la propriété des particuliers, mais des collectivités publiques : de l'État, en premier lieu, des départements (c'est peu de chose), des communes (leur domaine est important), des établissements publics (souvent, ils ne sont que des patrimoines).

Ces immeubles appartenant aux collectivités publiques n'ont pas la même condition juridique que les immeubles des particuliers. Il faut, toutefois, distinguer selon qu'ils dépendent du domaine public ou du domaine privé. La doctrine a construit la distinction au siècle dernier, en prenant appui sur les a. 538-541 (il n'est pas sûr, pourtant, que l'expression « domaine public » y ait été employée dans un sens spécialisé). La ligne de partage entre les deux domaines n'est pas d'une parfaite netteté. L'idée la plus courante est que, parmi les immeubles des collectivités publiques, il faut comprendre dans le *domaine public* non seulement ceux qui sont affectés à l'usage du public (par ex. voies publiques et lieux publics visés par l'a. 538), mais aussi, plus extensivement, ceux qui, sans servir directement au public, sont affectés à un service public, du moins lorsqu'ils apparaissent comme indispensables à ce service (ex. arsenaux, voies ferrées). Tout le reste est du *domaine privé* (même les bâtiments administratifs ; à plus forte raison, les immeubles des entreprises nationalisées). Le domaine public s'oppose au domaine privé en ce qu'il est *inaliénable* et *imprescriptible* (allusion dans les a. 537, al. 2, et 2226) – deux différences très saillantes avec la propriété des particuliers.

Dans le domaine privé des communes (rurales), il convient de faire une place particulière à ce que l'on appelle les *biens communaux* : des bois et des pâturages laissés à la jouissance individuelle et directe des habitants de la commune. C'est une survivance de la propriété collective (cf. a. 542).

[222] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, II, 10e éd. Par J.-C. Venezia et Y. Gaudemet, 1995, nos 205 s. (sur la domanialité) ; nos 388 s. (sur l'expropriation) ; nos 685 s. (sur les interventions de la puissance publique en matière immobilière) ;

J.-M. Auby et P. Bon, *Droit administratif des biens*, 1993 ; Atias, II, nos 169 s. (droit de construire), n° 263 (expropriation) ; Prieur et Henriot, *Servitudes de droit public et de droit privé*, 4e éd., 1979 ; J.-B. Auby et Périnet-Marquet, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 5e éd., 1997 ; Liet-Veaux et Thuillier, *Droit de la construction*, 1991. Cf. *L'immeuble urbain à usage d'habitation, études de droit privé*, 1963, spécialement : Lombois, *La construction*, p. 3 ; Normand, *Les réparations et la démolition*, p. 69 ; Leloup, *Servitudes et urbanisme*, p. 141, et La maîtrise du sol, *Trav. Assoc. Capitant*, XLI, 1990, pour le droit public, rapport Patry, p. 271.

HISTOIRE

Sur l'*expropriation*, on n'a jamais rien écrit de plus fondamental que l'histoire du roi Achab et de la vigne de Naboth (I, Rois, 21 : 16 s.). Renan a beau insinuer que c'est le conflit d'un monarque civilisé avec un rustre qui ne comprend rien à l'utilité publique, le cœur est du côté de Naboth. Le XVIIIe s. (cf. J.-L. Mestre, *Le contentieux des communautés de Provence*, Th. Toulouse, 1976, p. 297 s., et article sur l'expropriation, du Moyen Age au C.C. dans *Droits*, 1985, n° 1, p. 51) a retenti des plaintes des propriétaires que lésait la percée des voies nouvelles (« vols faits à l'agriculture ») : d'où le meunier de Sans-Souci, puis l'a. 17 de la déclaration des droits de 1789 (« la propriété étant un droit inviolable et *sacré* [c'est l'idée biblique : le partage des terres émane de Dieu lui-même par l'intermédiaire de Josué], nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la *nécessité* publique... »), enfin l'a. 545 du C.C. (d'un accent déjà bien plus faible). Le XIXe s., qui couvrit la France de chemins de fer, fit pleuvoir sur elle des indemnités plantureuses ; ce fut l'époque de l'expropriation-bonne aubaine. Au XXe s., la nouvelle vague des expropriations (surtout à partir de 1958 : routes, autoroutes, plans d'urbanisme, etc.) a été souvent sentie comme agressive par les propriétaires fonciers : non seulement les indemnités sont maigres à force d'être *justes*, mais la législation est opaque, la procédure désinvolte et les résultats souvent polluants. Cf. Blanc-Pattin et autres, *L'expropriation en question*, 1977 ; J. de Lanversin, Les avatars du droit de l'expropriation, *Mélanges Chapus*, 1992, 343 ; et pour la pratique, Ferbos et Bernard, *L'expropriation et l'évaluation des biens*, 8e éd., 1992.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

L'intervention de l'État dans le droit immobilier est, en fait, moins oppressive que ne le laisserait supposer une collection de tous les textes applicables. Elle n'avait pas empêché la propriété foncière non donnée à bail, valeur-refuge en période d'inflation, valeur de rareté en période d'urbanisation à outrance, d'aligner des prix de vente en hausse considérable même en francs constants. Les valeurs vénales n'avaient guère été touchées que là où elles se heurtaient à l'embryon d'une propriété foncière concurrente, celle du preneur à bail, locataire ou fermier (cf. *supra*, n° 184). La situation s'est, cependant, dégradée pour la propriété urbaine avec la récession des années 90 ; de plus longue date pour la propriété rurale (cf. *supra*, n° 131). Sur les incidences de cette évolution récente, v. Carrias et Catalano, D. 97, chr. 343.

En tout cas, le libéralisme économique, affiché au moins d'intention à plusieurs reprises, n'a guère infléchi notre droit immobilier. Le Code de l'Urbanisme, comme le Code de la construction et de l'habitation, et parallèlement le Code rural, restent profon-

dément marqués par le dirigisme et la réglementation (une réglementation qui, par sa complexité et son formalisme, a pu couvrir bien des malversations). On remarquera, quant aux immeubles ruraux, qu'après une première phase, symbolisée par le statut du fermage, où les restrictions apportées au droit de propriété demeuraient dans un cadre de droit privé et se traduisaient par un transfert de valeur d'individu à individu (d'individu à famille), une seconde phase s'est ouverte, marquée par les lois d'orientation agricole (début : l. 5 août 1960 ; suite : l. juill. 1980), où l'intervention de l'État a pris des formes de droit public, notamment par l'action des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural, les S.A.F.E.R., pourvues d'un droit de préemption (cf. Ourliac, Propriété et exploitation, l'évolution récente du droit rural, *Mélanges Marty*, 1978, 881 s.). A quoi s'ajoute maintenant, de plus en plus incisif, le dirigisme de la C.E.E., de la Politique agricole commune (P.A.C.) : n'en arrive-t-on pas à analyser les quotas laitiers comme des servitudes de droit international public grevant les exploitations ?

[223] THÉORIE JURIDIQUE

Signification juridique des restrictions apportées aux droits du propriétaire foncier dans l'intérêt public. Plusieurs analyses se proposent :

1° *Domaine éminent de l'État.* — La terre ne peut être à l'homme autrement que comme à un être qui passe (cf. Lévitique, 25 : 23). L'immeuble est une fraction du pays et le pays se personnifie dans l'État. Les prétendues restrictions aux droits des propriétaires fonciers ne sont que des droits retenus par le suzerain dans le domaine utile concédé aux particuliers ; mais lui-même a le domaine éminent. Les légistes de la monarchie avaient tiré parti de l'analyse même du régime féodal. C'est ainsi que le roi fut amené, surtout à partir du XVII[e] s., à invoquer sa qualité de « souverain fieffeux » pour réclamer une « directe universelle », c'est-à-dire un domaine éminent sur toutes les terres du royaume (cf. Olivier-Martin, *Histoire du droit français*, n° 480) ; plusieurs offensives fiscales s'appuyèrent sur cette théorie, notamment celle de 1692 qui émut fort Saint-Simon. Si la Révolution a aboli le régime féodal, il se peut qu'elle n'ait pas supprimé la directe universelle du roi, mais l'ait seulement transportée à l'État. Ainsi se justifierait le droit de retour institué par le C.C. pour le cas de disparition du propriétaire (a. 539, 713), droit qui, justement, selon l'opinion générale, ne concerne que les immeubles (cf. *infra*, n° 240). Le droit anglais paraît reconnaître comme un principe (encore que la portée pratique en soit extrêmement affaiblie) que toutes les terres du pays appartiennent à la Couronne, de sorte que tout propriétaire foncier est censé détenir sa terre à titre de tenure (v. Jolowicz, *Droit anglais*, 1986, n° 292).

Le débat eut un grand retentissement au milieu du siècle dernier. L'Enregistrement, qui n'avait pas alors de privilège sur les immeubles successoraux pour le recouvrement de l'impôt de mutation par décès, demanda à *prélever* cet impôt par préférence à tous autres créanciers en se prévalant du domaine éminent de l'État. La thèse fut accueillie par la Cour de Paris (13 mars 1855, S. 55, 2, 162), sur les conclusions conformes, socialistes sans le vouloir, de l'avocat général de La Baume. Mais le monde juridique s'effraya ; la solution fut présentée comme la négation de tous les principes de notre droit public (abolition de la féodalité) et de notre droit civil (absolu de l'a. 544). Troplong l'avait combattue d'avance dans son opuscule *De la propriété d'après le C.C.* (publié en 1848). La Cour de cassation, dont il était le premier président, prit énergiquement position contre la thèse fiscale (Civ. 23 juin 1857, S. 57, 1, 401 ; cf. Aubry et Rau, II, § 190, texte et note 9). Cependant, l'avenir devait apporter des revanches législatives à l'administration fiscale : non seulement quant au point précis en litige – une hypothèque légale lui a été conférée sur les immeubles successoraux (a. 1929-2 C.G.I.) –, mais, plus remarquablement, quant au débat de fond que le litige avait suscité, un droit de préemption lui a été reconnu sur tous les immeubles et droits immobiliers faisant l'objet d'une vente, lorsqu'elle estime insuffisant le prix déclaré (a. L. 18, Livre des procédures fiscales ; cf. Linotte, *G.P.*, 83, 2, doctr., 468). Ce droit de préemption, qui évoquait un retrait quasi féodal (cf. *supra*, n° 77), aurait pu renforcer la théorie du domaine éminent si l'interprétation restrictive, voire hostile, des tribunaux judiciaires ne l'avait tiré dans une direction tout opposée : ne supposant ni droit réel (Com. 22 juill. 1986, *Bull.*, n° 175), ni pouvoir discrétionnaire (Com. 16 juin 1987, *Bull.*, n[os] 148-151), ce ne serait, en définitive, qu'une banale mesure de contrôle des évaluations.

2° *Pouvoir de police de l'État.* — L'immeuble est *dans* le pays : comme tout ce qui s'y trouve, il est soumis au pouvoir de police exercé par le souverain (arg. a. 3, al. 1 et 2 rapprochés). Dans cette conception tranquille, qui fut celle des civilistes du XIX[e] s., le droit du propriétaire sur l'immeuble apparaît comme un droit absolu, c'est-à-dire (suivant une traduction plausible de l'a. 544) comme un droit unitaire en principe, non décomposé – l'exception étant représentée par les servitudes légales d'intérêt public (a. 650), lesquelles sont des droits réels et démembrent la propriété. Une telle conception était bonne pour une époque où la propriété foncière subissait peu de restrictions administratives. Le législateur de 1804 avait eu probablement pour projet de faire tenir toutes ces restrictions dans le C.C., fût-ce par simple allusion ou renvoi (ex. a. 537, 539, 545, 652, 663). Mais, au cours du XIX[e] siècle, assez vite le projet fut débordé par des lois spéciales.

3° *Patrimoine commun de la nation.* — Dans cette formule liminaire du C. Urb. (a. L. 110) on pourrait voir un avatar républicain du domaine éminent. C'est tout le territoire français, tout le sol de France, qui est proclamé patrimoine commun de la nation. Mais cette communauté ne peut guère s'entendre que de l'ordre des symboles, à peine de nier les propriétés privées. Il n'empêche que sur ces symboles sont assises des prérogatives très fortes de la collectivité. En établissant son plan d'occupation des sols (P.O.S. ; a. L. 123-3 C. Urb.), une commune n'a-t-elle pas, par exemple, le pouvoir d'en faire varier la valeur dans des proportions énormes, selon qu'elle les déclare constructibles ou non constructibles ? Le patrimoine national ainsi compris – qui se confond en somme avec la carte de France – se double d'un patrimoine biologique, la faune et la flore dont elle est habitée, du moins dans celles de leurs espèces qui, pour être conservées, doivent être protégées. Cette révolution – ou réaction – par le vocabulaire, mais aussi par les interdits et les pénalités, a été l'œuvre de la grande loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature (insérée depuis au N. C. Ru., a. L. 211-1 s.). A toutes fins de réflexion, on pourrait mettre en parallèle notre concept du patrimoine commun de la nation, dont les contours juridiques restent bien indécis, avec l'a. 11 de la Constitution de feu l'U.R.S.S. (sous Brejnev) : « La terre et ses ressources, l'eau, les plantes, les animaux sont la propriété perpétuelle et gratuite des peuples qui y vivent. »

TITRE III

[224]

Les meubles

On n'a pas tout dit de la condition mobilière quand on a dit que le meuble est oiseau et liberté. Les détails techniques sont importants. Ils varient, du reste, beaucoup d'une espèce de meuble à une autre. La distinction fondamentale à faire est entre les *meubles corporels* et les *meubles incorporels.* Les premiers, malgré leur matérialité, sont plus mobiles et plus libres que les seconds, parce qu'ils ne dépendent, pour leur existence, que d'eux-mêmes.

Chapitre I

LES MEUBLES CORPORELS

Ce qu'il y a d'original dans la condition des meubles corporels, c'est que, pour eux, la propriété dépend largement de la possession, le droit du fait ; c'est aussi que, pour eux, il peut y avoir une vacance de la propriété ou même de la possession. Les deux traits sont en rapport avec la nature de ces biens : avec leur discontinuité, leur isolement dans l'espace, leur instabilité, et par-delà, en somme, leur moindre perméabilité au droit. Telle est la signification essentielle que l'on peut retrouver sous les deux mécanismes techniques propres à la matière : *la maxime « En fait de meubles, la possession vaut titre »* et *l'acquisition des meubles vacants.*

ÉTAT DES QUESTIONS

I. *Hétérogénéité de la catégorie*

Si divers sont les meubles corporels qu'il faudrait souhaiter (malgré l'utilité pédagogique de l'abstraction) une sorte de droit mobilier spécial, des études monographiques où chaque variété concrète de meuble serait envisagée dans son droit privé et dans son droit public, comme objet de droits et source d'obligations. Quelques exemples :

[225] *a)* Un droit de l'*animal* – depuis l'abolition de l'esclavage, le meuble le plus proche de l'homme (cf. Digard, *L'homme et les animaux domestiques,* 1990 ; Chapouthier, *Au bon vouloir de l'homme, l'animal* [zoophile modéré], 1990) ; comme l'esclave, objet d'un droit de propriété et, par conséquent, d'une responsabilité (a. 1385), mais aussi sujet possible d'affection. Toutefois, sur ce dernier point, jusqu'où le droit peut-il s'engager ? Cf. Nerson, *La condition de l'animal au regard du droit,* D. 1963, chr., 1. C'est peut-être, pour une civilisation juridique, un signe de maturité que de *réifier* les animaux avec une certaine brutalité, de ne pas les laisser accéder, fût-ce imparfaite-

ment, au rang des personnes. L'homme n'a-t-il pas reçu de sa plus ancienne alliance avec la divinité (Genèse, 9 : 2, 3, l'alliance d'après le déluge, qui fonda, professent quelques-uns, le plus ancien droit naturel) tous pouvoirs sur l'animalité ? Le fait est qu'à imaginer des droits subjectifs sous le pullulement des bêtes, les droits archaïques (tel qu'on imagine, de loin, le droit hindou) nous semblent avoir fait courir à l'humanité un péril d'étouffement (cf. A. M. Sohm-Bourgeois, *La personnification de l'animal, une tentation à repousser,* D. 90, chr. 33 ; Elisabeth de Fontenay, *Le silence des bêtes, la philosophie à l'épreuve de l'animalité,* 1996). Notre droit positif, pourtant, porte traces d'oscillations. Dans le sens de la *réification* de l'animal : Cons. d'État, 17 avr. 1963 (interdiction d'inhumer le chien *Félix* dans une sépulture de famille), D. 63, 459, n. Esmein ; Civ.[1] 17 nov. 1964 (bail à nourriture en faveur de deux chats, interprété comme symptôme de démence), *J.C.P.,* 65, 2, 14000 ; Paris, 5 juin 1991, où le chien n'a pas été traité comme un enfant commun des époux divorçants, D. 91, *I.R.,* 188. Dans le sens de la *personnification* : Lyon, 20 oct. 1958 (possibilité d'ouvrir une souscription au bénéfice d'un chien d'aveugle), D. 59, 111, n. Nerson, et trib. Lille, 23 mars 1999 (encore un chien-guide, qualifié de « prothèse vivante du non-voyant »), D. 99, 350, n. Labbée, favorable, *Rép. not.,* 99, 1050, n. Malaurie, très sévère, et davantage encore l'arrêt de la Cour de cassation qui avait fait grand bruit, Civ.[1] 16 janv. 1962 (réparation du préjudice affectif causé par la perte du cheval *Lunus*), D. 62, 199, n. Rodière, *R.T.,* 62, 316, n. (très critique) Tunc (cf. *R.T.,* 63, 93). Sur cette dialectique entre objet et sujet de droit, qui persiste, v. n. approfondie Couret, D. 80, 361 : Marguénaud, *L'animal en droit privé,* 1992 (l'animal comme une chose inanimée, l'animal comme un être aimé) et D. 98, chr. 205 ; F. Ringll et Putman, L'animal saisi par le droit, *Dr. pros.,* 95 (1), 45 ; S. Antoine, Le droit de l'animal, D. 96, chr. 126, et 93, chr. 167.

S'il fallait composer un bestiaire juridique, il serait principalement constitué de droit pénal (cf. Jeandidier, *Mélanges Chavanne,* 1990). L'intervention traditionnelle, encore que tardive, y fut longtemps représentée par l'utile loi *Grammont* (2 juill. 1850, a. 453 C.P.). La protection des animaux y était conçue comme une protection avancée de l'être humain, les mauvais traitements qui leur sont infligés pouvant provoquer, chez les spectateurs comme chez les acteurs, des habitudes de cruauté sur toute chair vivante. Le général Delmas de Grammont (1796-1862), qui s'était illustré en Algérie, était député (de droite) à la Législative. On cite encore la loi *Grammont,* mais l'a. 511-1 N.C.P. n'en a pas gardé grand-chose. L'esprit des textes a diamétralement changé : l'animal est désormais protégé pour lui-même, et la répression s'est renforcée. La matière est devenue l'objet de pressions et de groupes de pression (pour les bébés-phoques, contre la vivisection), avec des contre-offensives régionales (pour les courses de taureaux, pour les combats de coqs, pour la chasse aux palombes, cf. C. d'État, 25 mai 1990, D. 91, 113 ; Vignier, *Mélanges L. Boyer,* 1996, 779) ; et l'U.E. s'est plus ou moins arrogé compétence en la matière (cf. Lattes, *Annales U. sc. soc.,* Toulouse, 97 (XLV), 59. Là-dessus, notre loi du 10 juill. 1976, sur la protection de la nature, est venue protéger l'animal-individu comme *être sensible* (a. 9), et aussi les espèces animales (a. 3 s.), mais ici, c'est comme élément d'un décor. Tout un domaine à dépassionner. La loi du 22 juin 1989, quoique sympathisant avec les associations de protection des animaux, craint les maladies contagieuses. D'où des mesures de police contre les chiens et les chats en état de divagation. Après le sanitaire, le sécuritaire : c'est l'objet principal de la loi du 6 juin 1999, la loi *Pitbull,* dont l'intention initiale a été de museler les chiens d'attaque (sur d'autres volets du texte,

v. *infra,* n° 243 ; cf. Revet, *R.T.,* 99, 479). De près a suivi la loi *Termites,* du 8 juin 1999. Deux lois qui sont bien propres à faire prendre conscience à l'homme de la guerre inconsciente qui est menée contre lui dans le grouillement animal.

[226] *b)* Un droit de l'*automobile* – un meuble pour lequel l'homme moderne est capable de beaucoup de sottises. Le droit, en tout cas, ne s'en occupe que comme d'une chose, objet de droits réels, de contrats, source de responsabilité (la responsabilité civile la plus intense à notre époque). Cf. l'ouvrage collectif *L'automobile en droit privé,* Paris, 1965. L'automobile a aussi un statut de droit administratif, renforcé de droit pénal (C. Route, a. R. 110 s.) : la base en est l'*immatriculation* (dont le certificat est dit *carte grise*). Cette immatriculation préfectorale a, cependant, une nature ambiguë. Comme elle sert de support au droit de gage du vendeur à crédit (d. 30 sept. 1953, a. 2), il aurait été plausible d'y voir une mesure de publicité, nécessaire en général pour rendre opposable aux tiers l'aliénation du véhicule (comme la publicité foncière pour les aliénations d'immeubles). Mais telle n'est pas l'opinion qui a prévalu : hormis le cas du gage, la validité des transferts de droits réels sur les automobiles est indépendante de l'immatriculation (d'où la possibilité d'un don manuel, trib. Toulouse, 24 oct. 1951, D. 52, 83 ; cf. Besançon, 24 janv. 1963, sol. impl., D. 63, 248) ; la carte grise n'est pas un titre de propriété (cf. Civ.[1] 19 mars 1958, D. 58, 353, bien qu'elle soit un accessoire indispensable du véhicule, Civ.[1] 14 mai 1996, D. 96, *I.R.,* 147). La dualité des points de vue se reflète, néanmoins, dans la saisie des véhicules terrestres à moteur, telle que l'ont organisée la l. 9 juill. 1991 (a. 57 et 58) et le d. 31 juill. 1992 (a. 165 et 170). Car deux formes en sont prévues : soit par déclaration à la préfecture (c'est un meuble sujet à publicité), soit par immobilisation matérielle, application d'un « sabot de Denver » (c'est un meuble soumis à l'a. 2279).

c) Un droit de l'*or* – un meuble que les hommes du XX[e] s. auront été disposés un moment à payer très cher (peut-être parce que sa clandestinité le metttait hors du droit ; l'or, c'est de la liberté frappée). Au demeurant, on s'interroge, quand il vient à la lumière du droit, sur sa nature juridique : monnaie ou marchandise ? Cf. Pédamon, *Mélanges Savatier,* 1965, 738 ; Civ.[1] 1[er] juill. 1969, *J.C.P.,* 70, 2, 16171.

d) Un droit des *bijoux.* Ce sont des objets à connotation conjugale et familiale. V. *Rép. not.,* 50, art. 26885 ; 53, art. 27147 ; cf. Savatier, D. 61, 641 ; Ponsard, *J.C.P.,* 61, 2, 12352 ; Cl.-J. Foulon-Piganiol, D. 78, 340 ; Barbieri, 84, 2, 20202 ; et sur les usages de la joaillerie dans la remise des objets précieux, Com. 25 févr. 1981, *Bull.,* n° 107.

e) Un droit de l'*objet d'art* (tableau, statue) : C'est un bien corporel qui peut être porteur d'un bien incorporel appartenant à autrui (la propriété artistique ; *infra,* n° 83). Cf. J. Chatelain, L'objet d'art, objet de droit, *Études Flour,* 1979, 60 s. ; Trigeaud, L'authenticité du bien d'art, *R.T.,* 82, 55 ; Lhuilier, « Les œuvres d'art, *res sacrae* » ? (affectées à une révélation), *Dr. pros.,* 98 (2), 513. Le droit commun de la propriété (de la possession) mobilière s'adapte mal à l'originalité du marché de l'art (cf. Bourdieu, Le marché des biens symboliques, *A.S.,* 71, 49 ; v. par ex. A. Robert, D. 93, Somm. 305, 306).

f) Un droit des *déchets* – les résidus abandonnés ou destinés à l'abandon (l. 15 juill. 1975, a. 1, 15 déc. 1988). Leur paradoxe est d'être plutôt des *anti-biens,* qu'il faut se hâter d'éliminer, parce qu'ils sont sources de pollutions et de nuisances. Ils redeviennent, néanmoins, des biens dans la mesure où ils donnent lieu à récupération. Leur

statut de droit public laisse intact leur statut civiliste de meubles corporels (cf. a. 4, al. 2, pour la responsabilité ; France et Allemagne, *R.I.D.C.,* 92, 7 s.). Pour la philosophie, cf. Michael Thompson, *Rubbish Theory,* 1980.

II. *Originalité de la catégorie*

La mobilité congénitale du meuble corporel lui imprime, au sein du patrimoine, une instabilité particulière : c'est un bien qui tend à s'échapper des mains de son propriétaire. Ainsi s'explique la fréquence avec laquelle il peut donner lieu à une vacance de la propriété, comme à cette absorption de la propriété dans la possession que traduit la maxime de l'a. 2279. Et c'est de la même nature centrifuge que découlent deux autres accidents auxquels le meuble corporel est exposé et qui se réfractent dans le droit, le vol et le mélange. Les deux types de phénomène méritent d'être signalés ici. Mais brièvement, car le premier a beau avoir une importance considérable, il ne relève pas du droit civil à titre principal, et si le second se situe bien dans le droit civil, il n'y fait que des apparitions épisodiques.

a) *Le vol.* — Selon la définition pénale, c'est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui (a. 311-1 N.C.P.). Seuls les meubles en sont susceptibles, et même plus étroitement, seuls les meubles corporels, hormis quelques extensions jurisprudentielles (ex. le vol d'électricité, Crim. 8 janv. 1958, *J.C.P.,* 58, 2, 10546 ; cf. Vitu, *Droit pénal spécial,* II, 1982, n^os^ 2212 s.). Cette vulnérabilité de la possession mobilière à la dépossession marque les droits des propriétaires d'une fragilité qui n'a pas d'équivalent dans les autres sortes de biens. Sans doute une action en revendication est-elle ouverte, sous conditions, à la victime du vol (a. 2279, al. 2, 2280 ; cf. *infra,* n° 231), sans préjudice des demandes de restitution qui peuvent s'articuler directement sur la procédure pénale (cf. *infra,* n° 238). Encore faut-il pour cela que soit identifié le possesseur actuel et retrouvé l'objet dérobé. C'est, en définitive, l'État, dans ses fonctions de police et de répression, qui assure le mieux, quoique de façon diffuse, la protection avancée de la propriété des meubles corporels.

b) *Le mélange.* — Le rapprochement entre des objets mobiliers de nature comparable les met en péril de confusion. Il peut s'agir d'un mélange physico-chimique : la vendange de A a été versée dans la même cuve que celle de B ; une séparation du produit sera impossible. Mais la confusion peut aussi être de nature juridique, par défaut de preuve : il y a eu cohabitation (entre époux, concubins, maître et servante), et aucun des cohabitants n'a de titre faisant preuve des origines de propriété : la présomption de l'a. 2279 est neutralisée par l'équivoque de la possession (cf. Civ.[1] 7 nov. 1995, D. 96, 451). Dans ces hypothèses, le fait matériel du mélange, de la mixtion des meubles se laisse aisément transposer en une conséquence juridique : il va engendrer une copropriété, laquelle pourra avoir pour issue un partage en valeur, les ayants droit vendant les biens indivis pour s'en répartir le prix. C'est une solution d'équilibre (arg. a. 573, al. 2, 575 ; a. 1538, al. 3 [entre époux séparés de biens] ; cf. a. 1045). Quelquefois, cependant, c'est à un créancier que la mixtion des meubles peut faire question. Il a fait saisir indifféremment tout le mobilier qui se trouvait au domicile de son débiteur. Survient un tiers qui se prétend propriétaire de tel ou tel objet mêlé à ce mobilier. C'est la demande dite de *distraction de saisie* (d. 31 juill. 1992 sur les procédures d'exécution, a. 127 ; cf. Vincent et Prévault, *Voies d'exécution,* n^os^ 264 s.). Le demandeur qui vit au foyer du débiteur peut difficilement se prévaloir d'une possession des objets qu'il réclame, car la communauté de vie entache cette possession d'équivoque (ex. Civ.[2] 29 janv. 1986, *G.P.,* 86, Somm. 422). Mais il peut invoquer d'autres preuves, que le juge de l'exécution appréciera. De ce qui précède pourrait encore être rapproché le phénomène de la *confusion des patrimoines* qui, dans la pratique du redressement judiciaire (l. 85-98 du 25 janv. 1985, a. 182), justifie l'extension de la procédure d'une société à une autre et surtout d'une société à ses dirigeants (cf. F. Gisserot, *R. trim. dr. comm.,* 79, 49) : le phénomène se situe à un degré supérieur d'abstraction (des actes d'ingérence au lieu d'un mélange matériel), mais le mécanisme mental est semblable (les indiscernables).

[227] 1 / La maxime « En fait de meubles la possession vaut titre »

Cette maxime, passée de la jurisprudence du XVIII^e^ s. dans l'a. 2279, C.C., donne au droit des meubles corporels (y compris les titres au porteur, dans la mesure très restreinte où la loi de dématérialisation en a laissé subsister) sa physionomie propre. Elle est faite pour eux, qui peuvent être touchés, maniés, transmis sans formalité, sans publicité, de la *main* à la *main* (on dira tout à l'heure qu'ils peuvent faire l'objet d'un don *manuel*). Elle cesse donc, très logiquement, d'être applicable lorsque l'on a affaire à des meubles corporels dont, par exception, *l'aliénation est soumise à publicité* (suivant la formule de l'a. 1424, l. 13 juill. 1965). Ce sont ces meubles corporels *importants* auxquels faisait déjà allusion l'a. 531 : pratiquement, aujourd'hui, les navires de mer, les bateaux de navigation antérieure, les aéronefs. L'automobile, au contraire, reste régie par l'a. 2279, son immatriculation étant regardée comme une mesure purement administrative.

Pour les meubles corporels, la possession vaut titre. Il faut entendre : titre *de propriété.* Ce qui, à première vue, paraît signifier : le possesseur sera considéré comme propriétaire, la propriété suivra la possession. Mais cette idée a besoin d'être précisée. Et de fait, il est de droit positif que la maxime peut, et doit, suivant les cas, être comprise de deux manières. Il en existe deux sens, et comme deux fonctions.

La maxime veut dire d'abord que, lorsqu'une personne a acquis un meuble d'un non-propriétaire, elle en devient elle-même propriétaire (contrairement au principe de la conservation des droits transmis), si elle en a reçu la possession de bonne foi. La possession (de bonne foi) fait acquérir la propriété. C'est, dit-on parfois, la fonction acquisitive de la maxime. Ce premier sens est celui qui découle le plus directement

des a. 2279-2280 : dans ce bloc de textes, est constamment supposée la *revendication intentée par le propriétaire dépossédé contre le possesseur (de bonne foi) qui a acquis le meuble d'un non-propriétaire.*

La maxime veut dire en second lieu, et secondairement, que la possession fait présumer, jusqu'à peuve contraire, une acquisition régulière de propriété en la personne du possesseur. C'est la fonction probatoire de la maxime. Elle suppose une *revendication intentée contre le possesseur par le propriétaire (ou les héritiers du propriétaire) de qui il prétend tenir ses droits.* C'est une signification dérivée ; elle est manifestement étrangère au contexte de la maxime, mais non pas incompatible avec la lettre de celle-ci : la possession vaut titre d'*acquisition,* fait présumer un tel titre.

[228] 1 | REVENDICATION INTENTÉE PAR LE PROPRIÉTAIRE DÉPOSSÉDÉ CONTRE LE POSSESSEUR (DE BONNE FOI) QUI A ACQUIS LE MEUBLE D'UN NON-PROPRIÉTAIRE : FONCTION ACQUISITIVE DE LA MAXIME

Quand pareil conflit s'élève pour un immeuble, l'action en revendication permet au propriétaire dépossédé d'obtenir la restitution de son bien tant que la prescription acquisitive ne s'est pas accomplie au profit du possesseur, ce qui, à supposer un juste titre et la bonne foi, requiert un minimum de dix ans. Au contraire, pour un meuble, le principe est que l'acquisition est immédiate, dès lors que l'acquéreur est mis de bonne foi en possession ; la revendication du véritable propriétaire se trouve, pour ainsi dire, étouffée dans l'œuf. La différence est conforme à la nature des meubles. Il est dans leur nature matérielle d'être difficiles à suivre et à identifier ; dans leur nature économique, d'être vendus et revendus rapidement, de passer de main en main sans laisser de traces écrites. Celui qui acquiert un meuble n'a ordinairement ni le loisir ni la possibilité de reconstituer l'histoire juridique du bien, afin de vérifier la qualité des droits qui lui sont transmis, la chaîne des propriétés antérieures qui conditionnent son propre droit. Aussi faut-il essayer de le garantir contre les revendications. C'est l'esprit du système légal. A la sécurité des affaires mobilières, il sacrifie dans une certaine mesure les droits des propriétaires précédents. Il les

sacrifie visiblement quand il pose comme un *principe,* dans l'a. 2279, al. 1, la suppression de la revendication mobilière (contre les acquéreurs de bonne foi). Mais il les sacrifie encore, bien que dans une moindre mesure, lors même que, par *exception,* dans les a. 2279, al. 2, et 2280, il ouvre cette revendication pour le cas de perte ou de vol, car le revendiquant sera enfermé dans un délai et soumis à une condition que ne comportait pas le droit commun.

C'est, cependant, la distinction du principe et de l'exception *(néanmoins...)* qu'il convient de prendre pour base d'une étude des a. 2279-2280. Elle correspond à la distinction de deux situations concrètement très différentes. L'exception vise nommément les cas de perte et de vol, qui ont ceci de commun qu'on n'y rencontre pas, à l'origine de la dépossession, la volonté du propriétaire. Par opposition, on peut penser que le principe concerne des cas où la dépossession a eu à son origine un acte volontaire du propriétaire, des cas où il avait commencé par se dessaisir volontairement de la chose en la confiant à un cocontractant, dépositaire, mandataire, emprunteur, etc. Celui-ci, abusant de la confiance qui lui était faite, a, par la suite, vendu à un tiers ce meuble dont il n'était que détenteur précaire. On conçoit que le propriétaire dépossédé soit traité plus défavorablement en pareille hypothèse ; s'il n'a pas toujours à se reprocher la faute d'avoir mal choisi son cocontractant, on peut toujours dire, du moins, qu'il a accepté des risques en se dessaisissant du meuble.

[229] ▶ *Le principe : suppression de la revendication mobilière contre un acquéreur de bonne foi lorsque le propriétaire s'était dessaisi volontairement*

C'est le domaine propre de la maxime « En fait de meubles... ».

a) *Conditions d'application du principe*

Elles se rapportent à la *dépossession* du propriétaire et à la *mise en possession* de l'acquéreur.

1° *Dépossession du propriétaire.* — Elle doit être intervenue dans des circonstances qui ne constituent ni une perte ni un vol, tels qu'ils seront définis plus loin. Pratiquement, cela recouvre surtout des hypothèses où le propriétaire a été victime d'un abus de confiance (a. 314-1 N.C.P. ; il avait confié volontairement le meuble à un cocontractant qui l'a détourné) ou d'une escroquerie (a. 313-1 N.C.P. ; la remise du meuble a

été volontaire, mais d'une volonté viciée par des manœuvres frauduleuses). Il n'est pas nécessaire, cependant, que soient réunis les éléments d'une infraction pénale légalement punissable. Il peut même advenir que la dépossession n'implique aucune faute civile de la part de celui qui a aliéné le meuble appartenant à autrui (ex. un héritier du détenteur précaire décédé a cru, par une erreur invincible, que le meuble était la propriété de son auteur, donc que lui-même avait le droit de l'aliéner).

2° *Mise en possession de l'acquéreur.* — Pour caractériser la possession qui est remise de l'acquéreur, il est admis que la maxime « En fait de meubles » doit être complétée par un emprunt à l'a. 1141, ce texte, plus explicite, pouvant être regardé comme une application anticipée de l'a. 2279, al. 1. En effet, l'a. 1141 raisonne sur un vendeur qui a successivement vendu le même objet mobilier à A, puis à B. Quand il l'a vendu à B, il n'en était déjà plus propriétaire ; s'il l'avait encore entre ses mains, c'était à titre de détenteur précaire, pour le compte de A, comme si celui-ci le lui avait laissé provisoirement en dépôt. La situation est donc identique à celle que régit l'a. 2279, et de fait, l'a. 1141 la résout de la même manière : B acquerra la propriété du meuble, quoiqu'il ait traité avec un non-propriétaire, s'il a été mis en possession. Mais il y faut deux conditions, qui sont précisées, et qui vaudront aussi pour l'a. 2279 :

— Il faut que l'acquéreur se soit mis en possession *réelle,* ce qui exclut, estime-t-on, la mise en possession purement symbolique dont on se contente ailleurs (cf. a. 1606, al. 3) ;

— Il faut surtout qu'il se soit mis en possession *de bonne foi.* C'est une condition capitale : l'effet créateur de droit, dans l'a. 2279, vient autant de la bonne foi que de la possession. Le possesseur est de bonne foi si, au moment où il est entré en possession, il a cru traiter avec le propriétaire véritable. La bonne foi se présume (a. 2268), mais, parfois, la jurisprudence introduit dans son appréciation une certaine coloration morale : un acquéreur est de mauvaise foi si, eu égard à la nature et à la valeur de l'objet, comme aux circonstances de l'affaire, il a négligé de prendre des informations sur l'identité de l'aliénateur et l'origine de la propriété prétendue.

Une partie de la jurisprudence récente y ajoute (comme dans le second emploi de l'adage) l'exigence d'une possession exempte de vices.

[230] b) *Portée du principe*

Dès lors que se rencontrent les conditions qui viennent d'être définies, la propriété est acquise au possesseur immédiatement et sans

possibilité de preuve contraire ; la revendication intentée contre lui par le propriétaire dépossédé devra être rejetée (arg. A. 2279, al. 2, *a contrario*).

Le possesseur a les mêmes droits que s'il avait acquis du véritable propriétaire. Il a même, en un sens, plus de droits, car on admet que la possession couvre éventuellement les vices, les causes de nullité qui peuvent affecter son contrat d'acquisition ; elle remplace même ce contrat s'il se trouve radicalement nul : elle vaut titre. L'a. 2279 fait ainsi acquérir au possesseur une propriété détachée de tous antécédents.

Les solutions indiquées concernent seulement le conflit du propriétaire dépossédé avec l'acquéreur *a non domino.* Elles laissent de côté deux sortes de rapports, qui restent sous l'empire du droit commun :

1° Les rapports du propriétaire avec celui entre les mains de qui il s'est volontairement dessaisi de la chose. Il a généralement contre ce détenteur précaire une action personnelle, née du contrat (dépôt, mandat, prêt, etc.), aux fins de restitution de la chose (ex. a. 1932). Mais il peut également exercer contre lui l'action réelle en revendication (c'est la seule action qui lui soit ouverte si, par exemple, le contrat est nul ; cf. a. 1926) – sans limitation de temps, à ce qu'il semble, en raison de la précarité qui affecte le titre du défendeur (a. 2236) ;

2° Les rapports du propriétaire avec un tiers acquéreur de mauvaise foi : ici encore, la revendication est ouverte ; et, faute de prescription particulière, elle l'est pendant trente ans (a. 2262).

[231] ▶ *L'exception : admission de la revendication mobilière contre un acquéreur de bonne foi en cas de perte ou de vol*

a) Il existe deux cas d'ouverture à la revendication, deux *cas de dépossession où l'exception est admise.* — C'est d'abord la perte, le fait d'égarer l'objet (dépossession involontaire, et qui peut même être inconsciente) ; c'est ensuite le vol (au sens de l'a. 311-1 N.C.P.), qui suppose une soustraction, et exclut, partant, toute volonté de remettre la chose. Il n'est pas nécessaire, pour autant, que l'événement ait constitué une force majeure ; il peut fort bien être imputable à une négligence du perdant ou du volé. Mais l'exception ne saurait être étendue par analogie à d'autres éventualités que la perte et le vol ; en particulier, elle ne peut être étendue à l'abus de confiance, ni même à l'escroquerie, malgré l'affinité que ces deux délits ont avec le vol selon la théorie pénale.

b) La revendication, toujours ouverte par l'événement de la perte ou du vol, l'est plus ou moins libéralement selon la *personne du possesseur* contre qui elle est dirigée.

1° Si le dépossédé revendique contre l'*inventeur* (celui qui a trouvé le meuble égaré) ou contre le *voleur* lui-même, ou contre un possesseur qui a acquis *de mauvaise foi* l'objet de la perte ou du vol, c'est le droit commun qu'il convient d'appliquer : l'action ne s'éteindra donc que par trente ans (a. 2262), encore qu'il y ait matière à discussion en ce qui touche l'inventeur (v. *infra,* n° 81).

2° Si le dépossédé revendique contre un possesseur qui a acquis de *bonne foi* le meuble perdu ou volé, ou entre dans les hypothèses régies par les a. 2279-2280. La revendication est enfermée dans un délai de trois ans, qui se calcule de façon rigoureuse, à partir de la dépossession du propriétaire et non de l'entrée en possession de l'acquéreur, sans aucune possibilité d'allongement, car il s'agit d'un délai préfix (cf. t. IV, n° 358), non pas d'une prescription véritable. Mais il y a plus : le revendiquant ne pourra en certains cas reprendre la chose qu'à charge de rembourser à l'acquéreur le prix qu'elle lui a coûté. Il en est ainsi lorsque l'acquéreur justifie, en quelque sorte, d'une bonne foi renforcée parce qu'il a acheté le meuble dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou dans la boutique d'un marchand vendant des choses pareilles, bref dans des conditions propres à faire présumer la provenance loyale des marchandises. Il est permis de se demander quel peut être alors l'intérêt du dépossédé à revendiquer. C'est qu'il peut tenir à sa chose, dût-il la racheter ; puis, on peut imaginer que le tiers acquéreur l'avait achetée à bon compte, car il est facile à un voleur de se montrer accommodant sur le prix. Le propriétaire, qui a dû payer pour recouvrer sa chose, a, du reste, un recours contre le voleur ou l'inventeur pour le préjudice ainsi subi, parfois même contre le commerçant intermédiaire (vendeur de choses pareilles) si celui-ci avait revendu précipitamment par fraude pour se soustraire à la revendication imminente.

N.B. — A côté des solutions données par le C.C., applicables aux *meubles corporels en général,* il a longtemps existé un régime spécial, plutôt plus protecteur, pour les titres au porteur perdus ou volés (en dernier lieu, d. 11 janv. 1956 et, quant aux titres émis par l'État, d. 27 nov. 1964). Mais ce régime n'a plus guère pratiquement de domaine d'application depuis le 3 mai 1988, où est devenu effectivement obligatoire l'inscription en compte des valeurs mobilières au porteur, celles-ci ayant été par là même dépouillées de toute matérialité et mises ainsi à l'abri du risque de perte ou de vol (cf. *supra,* n^{os} 51, 53, 58).

Tableau des actions ouvertes en cas de dépossession mobilière

Demandeur	*Défendeur*	*Action*	*Prescription*
Propriétaire dépossédé autrement que par perte ou par vol (dessaisissement volontaire)	Détenteur qui a reçu le meuble du propriétaire à titre précaire.	Action personnelle, en restitution, née du contrat.	30 ans.
		Revendication.	Imprescriptible.
	Possesseur ayant acquis de mauvaise foi le meuble détourné par le détenteur.	Revendication.	30 ans.
	Possesseur ayant acquis *de bonne foi* le meuble détourné par le détenteur.	Aucune	Acquisition instantanée.
Propriétaire dépossédé par perte ou par vol	Inventeur ou voleur.	Revendication.	30 ans.
	Acquéreur ayant acquis de mauvaise foi le meuble perdu ou volé.	Revendication.	30 ans.
	Acquéreur ayant acquis *de bonne foi* le meuble perdu ou volé.	Revendication.	3 ans.
	Acquéreur ayant acheté *de bonne foi* le meuble perdu ou volé dans une foire, un marché, etc.	Revendication à charge de remboursement du prix.	3 ans.

[232] 2 | REVENDICATION INTENTÉE CONTRE LE POSSESSEUR PAR LE PROPRIÉTAIRE (OU LES HÉRITIERS DU PROPRIÉTAIRE) DE QUI IL PRÉTEND TENIR SES DROITS : FONCTION PROBATOIRE DE LA MAXIME

La maxime va intervenir de nouveau pour mettre obstacle à la revendication. Mais l'obstacle n'est pas ici définitif : *la présomption en faveur du possesseur* peut être ruinée par la *preuve contraire réservée au revendiquant.*

▶ *Présomption en faveur du possesseur*

Ce qui fait le nœud du conflit, c'est la cause en vertu de laquelle le meuble se trouve entre les mains du possesseur. Le revendiquant peut prétendre que le possesseur le lui a soustrait ; il peut alléguer aussi qu'il l'avait remis à titre précaire (par ex. prêt ou dépôt) à ce soi-disant possesseur. Celui-ci, de son côté, soutiendra en avoir acquis régulièrement et définitivement la propriété par un contrat passé avec le revendiquant ou avec son auteur, ainsi par une vente ou par un don – sans être, pour autant, en mesure de rapporter la preuve, spécialement la preuve écrite, de ce contrat. La jurisprudence vient à son secours : considérant qu'il serait contraire à la nature économique des meubles d'exiger une preuve préconstituée de leur acquisition, elle présume pour eux une acquisition régulière, un titre translatif de propriété dans le seul fait de leur possession.

L'hypothèse la plus classique est celle du *don manuel.* C'est une variété licite (coutumière) de donation, portant sur des meubles corporels et s'opérant par simple remise de l'objet (*traditio* au sens du droit romain, cf. a. 1606) de la main à la main, sans formalités. Après un décès, les héritiers découvrent qu'une personne est en possession d'objets mobiliers ayant appartenu au défunt. Flairant une soustraction, ils intentent une revendication. Ils rapportent la preuve que les biens litigieux ont été antérieurement la propriété du *de cujus.* Mais le possesseur se défend en déclarant que celui-ci lui a transmis cette propriété par don manuel. Il est, cependant, hors d'état de le prouver directement (le fait est qu'il n'est guère dans les habitudes de dresser un écrit des dons manuels, ni d'ailleurs de les faire devant témoins). C'est à ce stade du débat que l'on voit la jurisprudence autoriser les possesseurs à se retrancher purement et simplement derrière leur possession : elle vaudra titre à leur profit, en ce sens qu'elle fera présumer l'existence du titre d'acquisition qu'ils invoquent et les dispensera d'en rapporter une preuve directe. La jurisprudence applique avec beaucoup de libéralisme la présomption de l'a. 2279 au don manuel. Elle considère que la mise en possession des meubles est suffisamment accomplie par la remise du titre qui les représente, qu'une somme d'argent peut être donnée par chèque ou virement en banque, le transfert des deniers pouvant être imaginé derrière ces opérations. C'est se contenter d'une mise en possession symbolique et non réelle, contrairement à l'a. 1141, corollaire de l'a. 2279.

Il y a là plus que la présomption de propriété attachée à toute possession (cf. *supra,* n° 122). Cette première présomption est déjà tombée, par hypothèse, sur la seule démonstration d'un droit de propriété antérieur en la personne des revendiquants (ou de leur auteur). Mais une autre question s'est ouverte : le droit de propriété dont les revendiquants se prévalent n'a-t-il pas été régulièrement transmis, depuis lors, au possesseur ? C'est à cette nouvelle question que répond l'a. 2279, al. 1 (tel que l'interprète la jurisprudence) en présumant sous la possession une *transmission* régulière de propriété.

[233] ▶ *Preuve contraire réservée au revendiquant*

La maxime, dans sa fonction probatoire, n'a pas l'effet absolu qu'elle a dans sa fonction acquisitive. Le revendiquant peut, en quelque manière, ruiner du dedans la possession du défendeur, en établissant qu'elle manque des caractères requis pour faire présumer une transmission de propriété. Car, s'il n'y a pas à se préoccuper ici de la bonne foi (qui n'aurait pas de sens dès lors que le possesseur a été en rapport avec le propriétaire lui-même), du moins faut-il qu'il y ait véritable possession, non pas détention précaire, et que cette possession soit exempte de vices.

a) *Détention précaire*

Un titre d'acquisition de la propriété ne peut être présumé que là où la possession est exercée à titre de propriétaire. Si donc le revendiquant produit un contrat (ex. dépôt ou prêt) qui affecte de précarité la situation du prétendu possesseur et emporte pour lui l'obligation de restituer, la présomption tirée de l'a. 2279, al. 1, cesse d'être applicable. Mais c'est au revendiquant de prouver l'existence de ce contrat, de cette *causa detentionis* (cf. a. 2230).

b) *Vices de la possession*

L'exigence d'une possession utile, exempte de vices, qui n'a pas de portée pratique pour la fonction acquisitive de la maxime, a ici, au contraire, une grande importance. La possession ne fait présumer un titre régulier d'acquisition que si elle est tout à la fois publique, paisible, continue et non équivoque. En démontrant qu'elle est entachée de l'un des quatre vices correspondants, le revendiquant écartera donc la présomption que le possesseur voulait en déduire. C'est surtout du

vice d'équivoque qu'il est question dans les procès où un don manuel est allégué : bien souvent, le possesseur actuel (concubine, domestique, enfant resté au foyer) partageait la vie du défunt, de sorte que la possession qu'il invoque manque d'exclusivité.

[234] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Baudry-Lacantinerie-Tissier, *Prescription,* n^os^ 816 s. ; Planiol-Picard, n^os^ 376 s. ; Beudant-Voirin, n^os^ 722 s. ; Esmein, sur Aubry et Rau, II, § 183. Cf. Saleilles, *De la possession des meubles,* 1907 ; Abdel-Baki, *Rôle de la possession en matière mobilière,* Th. Paris, 1943 ; Michèle Muller, *R.T.,* 89, 697.

HISTOIRE

De l'histoire de la revendication mobilière, Planiol, dans son *Traité élémentaire* (v. Ripert-Boulanger, II, n^os^ 2813 s.), a donné un sommaire qui est longtemps demeuré classique (établi notamment d'après les travaux de Jobbé-Duval, *Étude historique sur la revendication des meubles,* 1880). Aujourd'hui, on pourra se reporter à un important chapitre d'Olivier-Martin, *Coutume de Paris,* II, p. 103 s. Cf. Villers, *Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris,* t. XXIII (1962), p. 91 s. — Au départ, l'opposition est très frappante entre la maxime « En fait de meubles... » et le système du Droit romain, où la revendication mobilière était toujours ouverte tant que le possesseur n'avait pas acquis le meuble par usucapion (ce qui, dans la législation de Justinien, C. Just., 7, 31, 1, requérait un délai de trois ans, modèle lointain, après confusions, de notre délai de l'a. 2279, al. 2). Aussi est-il naturel de rapporter à une influence germanique la suppression de la revendication mobilière, encore qu'un texte comme Dig. 41, 2, 47, sur lequel les Glossateurs avaient beaucoup épilogué – lu de travers, sans doute, mais peu importe – ne nous semble pas avoir été inutile pour donner corps, plus tard, à l'idée que le propriétaire du meuble déposé perd tout lorsque le dépositaire abuse du dépôt. Toujours est-il que, selon l'opinion commune, les coutumes germaniques excluaient la revendication mobilière, sauf les cas de vol et de perte, où le propriétaire dépossédé avait une action pénale ou plutôt une sorte de droit de perquisition, lui permettant de suivre la chose et de la reprendre entre quelques mains qu'elle fût passée (à tout le moins, si elle était reconnaissable, marquée, la marque étant à la fois une preuve de la propriété et un moyen de publicité, destiné à constituer de mauvaise foi les tiers acquéreurs). Cependant, aux XIII^e^, XIV^e^ s., on voit réapparaître la revendication mobilière même en dehors des cas de vol et de perte. C'est peut-être un effet de la renaissance du Droit romain et un retour à la législation justinienne. Mais c'est peut-être aussi, simplement, un ensemble de solutions empiriques élaborées par la jurisprudence. Celle-ci a dû tenir compte des usages pratiqués dans les corporations (orfèvres pour les opérations sur bijoux, bouchers pour les achats d'animaux en foire), et s'efforcer de concilier les intérêts en présence. Toutefois, l'intérêt du commerce, pour lequel la revendication est une gêne, paraît céder momentanément à l'intérêt de la propriété, qui, à une époque de troubles et de pillages, appelle une protection plus énergique, et aussi à l'intérêt de l'ordre public, aux exigences de la police urbaine, l'admission de la revendication mobilière ayant une pointe tournée contre l'activité des brocanteurs, dont le Pouvoir s'est défié, de tout temps, parce qu'ils se prêtent souvent à recéler des objets volés. Aux XVII^e^ et XVIII^e^ s., va se produire un retour : l'ordre et la paix étant revenus et le commerce se développant, on sentira moins l'utilité, et davantage les inconvénients, de la revendication. D'où un mouvement pour la restreindre. Elle est enfermée dans un délai de trois ans là où elle continue à être admise, mais finalement, elle n'est plus admise que dans le cas de perte ou de vol. C'est au XVIII^e^ s. qu'apparaît la maxime « En fait de meubles... », présentée par Bourjon (*Le droit commun de la France,* 1747) comme une jurisprudence nouvelle du Châtelet de Paris (juridiction plus proche des besoins du monde des affaires que ne l'étaient les Parlements). Il se peut que l'innovation soit en rapport avec l'expansion de la finance (introduction des billets au porteur par l'ordonnance de 1673 ; système de Law) plus encore qu'avec celle du commerce : la Hollande, nation plus financière, semble avoir adopté la règle avant nous (cf. l'espèce hollandaise rapportée par Merlin, *Questions de droit,* v° « Revendication », § 1). Il est habituel de relever que Pothier (*Prescription,* n^os^ 199 s. ; *Cheptels,* n^os^ 40 s. ; *Vente,* n° 325) paraît ignorer ce progrès du droit et, romaniste de formation, s'en tient au système romain de revendication (peut-être aussi son jansénisme était-il mal à l'aise devant ce qui est, somme toute, une règle de trafic, et le droit de profiter de l'abus de confiance commis par autrui). Il connaît, du reste, le rôle probatoire de la possession mobilière (*Coutume d'Orléans,* titre XIV, n° 4), et même l'emploi précis qui en peut être fait pour la preuve du don manuel (*Donations,* sect. 2, art. 4, *in fine*). D'une façon générale, ce dernier emploi semble attesté avant l'autre ; il était d'autant plus facile à admettre qu'il pouvait se confondre avec la règle du dépouillement du donateur ; peut-être faudrait-il sonder de ce côté-là (cf. Merlin, *Questions de droit,* v° « Donation », § 6).

La maxime n'était peut-être pas, à la veille de la Révolution, devenue banale autant qu'on l'a dit depuis, car c'est un fait que le premier objet de Cambacérès suivait un système tout contraire (la possession des meubles, hors le cas de vol, devait en opérer la prescription par deux ans). Il serait diabolique d'attribuer à la résurgence de la maxime dans le C. Nap. un dessein du parti au pouvoir, l'intention de jeter le voile sur les trop nombreuses dépossessions militaires du Directoire et du Consulat (cf. C.C. soviétique de 1923, a. 59). Ce qui est sûr, c'est que les événements politiques ultérieurs n'ont pas été sans influencer l'attitude de la législation à l'égard de la revendication mobilière : les dépossessions de la Commune ont provoqué, par réaction, la loi du 15 juin 1872 (remplacée aujourd'hui par le d. 11 janv. 1956), pour la protection des propriétaires de titres au porteur ; celles du gouvernement de Vichy, l'a. 10 de l'o. 21 avr. 1945 (S. 46, 1, 137, Comment. C. Lyon-Caen).

[235] SOCIOLOGIE

On mesure mal par les recueils de jurisprudence l'importance de la règle « En fait de meubles... » dans la vie sociale, puisque sa fonction est justement d'empêcher les procès. Les revendications que l'on voit affleurer, dans le cas de perte ou de vol, paraissent concerner : les bijoux (ex. Paris, 19 janvier 1933, S. 33, 2, 134 ; Paris, 17 mars 1954, D. 54, Somm. 60, la valeur du bijou influe sur l'appréciation de la bonne

foi), les animaux (beaucoup moins que dans l'Ancien Droit, pourtant ; cf. Pothier, *Cheptels,* nos 50 s. ; v. ex. pittoresque, Grenoble, 20 juill. 1949, D. 52, 551) ; mais encore les automobiles et cycles, qui sont les animaux d'aujourd'hui (ex. Paris, 21 juin 1952, D. 52, 713 ; Lyon, 15 mars 1954, D. 55, 460, et sur l'interférence d'un assureur, Civ.[1] 1er mars 1988 et 25 avril 1990, *Bull.,* nos 59 et 82). Sur le marché des meubles d'occasion, qui est aussi celui des objets d'art, les intermédiaires (ex. brocanteurs ; cf. Pau, 3 juill. 1979, D. 81, *I.R.,* 232) sont souvent suspects : la loi les soumet à un régime de police et aggrave à leur encontre les peines du recel (a. 321-2 1°, 321-7 et R. 321-1 s. N.C.P. ; cf. Crim. 19 déc. 1989, *G.P.,* 90, 2, Somm. 522).

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Quelques législations latines (Espagne, Portugal ; cf. Arminjon-Wolff, I, nos 255 s.) ont conservé, dans la tradition romaine, l'ouverture de la revendication mobilière pendant trois ans, même en l'absence de perte ou de vol. A l'inverse, suivant un vieux principe du droit anglais (cf. Lévi, Th. Paris, 1936), l'achat de bonne foi sur un marché dit ouvert (*market overt,* il y en avait au sud de Londres) purgeait le vice de vol. Ce principe, devenu dangereux avec la multiplication des vols d'objets d'art, paraît avoir été aboli en janvier 1995. Entre les deux pôles, nos a. 2279-2280 semblent représenter une moyenne satisfaisante. Pourtant, les indications de la législation postérieure vont plutôt dans le sens d'une plus grande exigence morale : la loi du 15 juin 1872, sur les titres au porteur perdus ou volés (plus tard, d. 11 janv. 1956), était applicable à tous les cas de dépossession illégitime et involontaire (y compris abus de confiance et escroquerie ; cf. Civ. 5 mars 1934, D. 34, 1, 6) ; l'a. 10 de l'o. 21 avr. 1945 sur les spoliations de guerre ouvrait la revendication mobilière (en la soumettant, il est vrai, à un délai spécial d'une année) pour des dépossessions où l'on aurait pu ne pas reconnaître les éléments constitutifs du vol au sens de l'a. 379, C.P., et il dispensait en toute hypothèse le revendiquant du remboursement du prix. – Sur une critique plus technique de la conception française (qui se préoccuperait insuffisamment du titre du possesseur), v. Planiol-Picard, n° 385.

[236] THÉORIE JURIDIQUE

a) *Différentes fonctions de la possession mobilière.* — La fonction acquisitive et la fonction probatoire n'étaient pas clairement différenciées dans la doctrine du XIXe s. C'est Saleilles, *op. cit.,* qui semble avoir fait la lumière. Ripert-Boulanger, I, nos 3403, 3444 s., qui enseignent la distinction avec une extrême netteté, ajoutent une troisième fonction, que l'on pourrait appeler la fonction translative, et qui explique directement l'a. 1141 : la possession sert à régler le conflit entre deux acquéreurs successifs tenant leurs droits du même aliénateur ; elle est nécessaire au transfert de la propriété mobilière à l'égard des tiers. Comme c'est le rôle que joue pour les immeubles la publicité foncière (d. 4 janv. 1955, a. 30), on est facilement conduit à voir dans la possession mobilière un mode empirique de publicité. On pourrait expliquer de même l'a. 2076 : le déplacement de la possession est nécessaire pour constituer valablement le droit réel de gage à l'égard des tiers.

b) *Fondement juridique de la règle « En fait de meubles... »* (dans son premier sens). — Débat assez académique (cf. Baudry-Lacantinerie-Tissier, nos 830 s.). Quatre théories :

1° *prescription instantanée* (Demolombe, IX, n° 622 ; Acollas, III, p. 908 ; arg. la place de l'a. 2279 dans le C.C., ce qui justifierait la jurisprudence de lui appliquer l'a. 2229 ; mais contradiction de la formule : l'essence de la prescription, c'est la durée) ; 2° *présomption irréfragable de propriété* (Aubry et Rau, II, § 183, texte et note 3 ; mais la possession est-elle encore un titre si elle ne crée qu'une présomption, même irréfragable ? elle n'est plus qu'une défense, une protection négative) ; 3° *propriété* acquise à l'acquéreur *sous condition résolutoire* que ne soit pas reconnu le droit d'un éventuel revendiquant (Michèle Muller, *R.T.,* 89, 697) ; 4° *mode d'acquisition* lege, *par la seule force de la loi,* comme dans l'occupation (Planiol-Picard, n° 388 ; mais une prescription, une présomption absolue ne sont-elles pas également des modes d'acquérir en vertu de la loi ?).

On pourrait, aussi bien, retourner le problème, et soutenir que ce n'est pas la coïncidence de la possession et de la propriété qui a besoin d'explication juridique (parce qu'elle correspond, au moins en matière mobilière, à la réalité la plus profonde du droit), mais bien, à l'inverse, le défaut de coïncidence entre la possession et la propriété et, partant, l'ouverture de la revendication. Pourquoi donc est-elle ouverte dans le cas de perte ou de vol contre le tiers acquéreur de bonne foi ? Peut-être parce que les choses égarées ou furtives se trouvent mises hors du commerce pendant trois ans, si bien que les aliénations consenties par l'inventeur ou le voleur sont suspendues dans leurs effets pendant ce délai, afin que puisse s'exercer en toutes mains le droit de perquisition privée (saisie-revendication) du perdant ou du volé. Celui-ci dispose d'une sorte de droit de retrait ou de préemption (cf. le retrait litigieux, a. 1699 et, pour les préemptions, *supra,* n° 77) : l'ancienneté de sa propriété lui crée un droit de perquisition et de reprise dans le patrimoine enrichi de fraîche date.

[237] PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Exigence de la bonne foi dans l'a. 2279, al. 1.* — La jurisprudence est constante sur le principe. Ex. Req. 1er févr. 1893, S. 94, 1, 86 ; Req. 21 nov. 1927, D. 28, 1, 172 ; Req. 11 janv. 1937, *R.T.,* 37, 389, n. Solus. Des préoccupations morales expliquent la solution qui a prévalu (cependant, il faut observer que, même si l'on avait cru devoir mettre l'acquéreur de mauvaise foi à l'abri de la revendication, il aurait été tenu d'une obligation personnelle de restitution en vertu de l'a. 1382 ; cf. Aubry et Rau, II, § 183, note 29). La morale apparaît aussi dans la conception que les tribunaux se font ici de la bonne foi. La bonne foi est, sans doute, présumée (a. 2268), et la mauvaise foi du possesseur doit être établie par le revendiquant : ex. Req. 25 mars 1901, D. 07, 1, 342 ; Civ.[1] 13 févr. 1980, D. 80, *I.R.,* 438, *R.T.,* 80, 786 (dans une espèce où le possesseur se prévalait d'une acquisition par donation ; pourtant, sur l'action paulienne, on n'exige pas la mauvaise foi du tiers acquéreur à titre gratuit, *certat de lucro captando,* cf. t. IV, n° 367). Mais il n'est pas nécessaire, pour établir la mauvaise foi, de prouver que le possesseur avait su nettement, en acquérant le meuble, qu'il traitait avec un non-propriétaire ; il suffit de démontrer l'existence de circonstances qui auraient dû éveiller ses soupçons sur la légitimité de la possession de celui avec qui il traitait. Ex. Req. 3 mars 1896, D. 97, 1, 495 ; Req. 16 mai 1899, S. 00, 1, 86 ; Req. 11 janv. 1937, précité ; Civ.[1] 16 juin 1971, D. 71, 566. Le doute exclut la bonne foi : Civ.[1] 23 mars 1965, *Bull.,* n° 206 ; trib. Seine, 12 janv. 1966, *J.C.P.,* 67, 2, 15266, *R.T.,* 68, 172 ; Paris, 23 janv. 1991, D. 91, Somm. 306. C'est au moment de l'acquisition, plus précisément

de l'entrée en possession, que la bonne foi doit avoir existé. Il n'était pas facile, cependant, de concilier cette solution civile avec une solution pénale selon laquelle celui qui avait acquis de bonne foi un meuble détourné par abus de confiance n'en commettait pas moins le délit de recel (a. 321-1 N.C.P.), s'il conservait le bien après en avoir appris l'origine délictueuse (Crim. 7 juill. 1944, *J.C.P.*, 47, 2, 3410). Mais la Chambre criminelle semble bien avoir abandonné cette position, Crim. 24 nov. 1977, D. 78, 42, n. Kehrig, et 24 janv. 1978, *Bull. crim.*, n° 27 (cf. Vitu, *Droit pénal spécial*, II, 1982, n° 2462).

b) *Exigence d'une possession exempte de vices.* — Cette condition peut facilement se confondre avec la précédente par le canal de l'équivoque. Celui qui a eu des doutes sur la propriété de son vendeur ne saurait se sentir une possession des plus claires : à quoi bon enquêter là-dessus, quand il apparaît déjà globalement comme possesseur de mauvaise foi ? La notion d'équivoque a son site naturel dans les mystères de la *familiarité*, des communautés de vie. C'est à cet endroit que les tribunaux s'en sont emparés pour en faire le contrepoids de la fonction probatoire assignée à l'a. 2279 (nous retrouverons *infra*, n° 239 *g*, leur jurisprudence abondante). En revanche, il n'était pas habituel que l'équivoque fût prise en compte, non plus que n'importe quel autre vice de la possession, pour neutraliser la fonction acquisitive de la maxime. Deux arrêts ont, pourtant, franchi le pas : Com. 3 mars 1996, D. *Dr. aff.*, 96, 523, *R.T.*, 97, 372 ; Civ.[1] 14 mai 1996, *J.C.P.*, 96, 1, 3972, n° 2 ; D. 96, *I.R.*, 147 – tous deux articulés sur des réserves de propriété et le droit du crédit (cf. Zénati, *R.T.*, 98, 408). Il ne semble pas qu'il faille y voir des arrêts de principe. Dans le contentieux du don manuel, les juges recourent au reproche d'équivoque pour s'excuser de ne pas entrer dans les brouillards trop épais d'une vie privée. Ce sont des motifs psycho-sociologiques qui ne se reproduisent pas dans le droit des affaires, où, tout au contraire, le but économique de la maxime commanderait une application rapide – sur le seul ressort de la bonne foi (au double sens, technique et moral, de l'expression peut-être) – sans l'alourdissement de recherches subalternes.

c) *Refus de la revendication dans les cas d'abus de confiance et d'escroquerie.* — Aucune analogie n'est possible, non pas tant parce que l'a. 2279, al. 2, est un texte d'exception, donc d'interprétation stricte, mais parce que la raison qui a fait accorder la revendication au propriétaire du meuble perdu ou volé ne se retrouve plus quand il y a eu abus de confiance ou escroquerie : ce n'est plus sans sa volonté que le propriétaire a été dépossédé, et il a une faute à se reprocher (d'avoir mal placé sa confiance, d'avoir été imprudent). Le refus de la revendication n'a jamais fait difficulté pour le cas d'abus de confiance : ex. Civ. Req. 16 juill. 1884, S. 86, 1, 407, D. 85, 1, 232 ; Civ. 6 juill. 1886, D. 87, 1, 25 ; Civ.[1] 9 janv. 1996, *J.C.P.*, 96, 1, 3972, n° 6 ; Paris, 7 mai 1991, D. 91, Somm. 306. On peut en donner un motif supplémentaire : l'a. 1141 n'admet pas la revendication du premier acheteur contre le second acheteur entré en possession de bonne foi ; or, ce premier acheteur a été victime d'un abus de confiance, d'une violation de dépôt, car c'est à titre de dépôt qu'il avait laissé provisoirement le meuble entre les mains du vendeur. On a hésité davantage pour l'escroquerie (la volonté du propriétaire, viciée par le dol, ne peut-elle être tenue pour nulle ? La victime de l'escroquerie, eu égard à sa propre inexpérience et à l'habileté de l'escroc, n'a souvent aucune faute à se reprocher ; cf. Bordeaux, 3 janvier 1859, S. 59, 2, 452). La Cour de cassation, néanmoins, a toujours dénié la revendication dans cette hypothèse :

Civ. 20 mai 1835, S. 35, 1, 321 ; Civ. 19 juin 1928, D. 29, 1, 45. Il faut dire que l'escroquerie était déjà devenue en 1804 une catégorie distincte du vol (l. 19-22 juill. 1791, tit. 2, a. 35). — Il arrive que la police, ayant retrouvé l'objet entre les mains d'un tiers acquéreur, invite celui-ci à le restituer à la victime du délit; le tiers s'exécute afin d'éviter des poursuites pour recel, auxquelles il serait peut-être exposé malgré sa bonne foi initiale (cf. *supra*, a) : Civ.[1] 5 oct. 1972, D. 73, 1, *J.C.P.*, 73, 2, 17485, n. critique Bénabent, décide qu'il a perdu le droit d'invoquer ensuite l'a. 2279 contre la victime (ne pourrait-il, toutefois, faire annuler pour vice du consentement sa restitution, qui s'analyse comme un acte juridique de renonciation ? Il pourrait plaider l'erreur de droit, sinon la violence).

[238] d) *Action en revendication, saisie conservatoire et restitutions.* — En matière mobilière, il est rare qu'un propriétaire dépossédé use de l'action en revendication proprement dite, avec assignation du possesseur devant le tribunal de grande instance, débats et jugement. Le risque, en effet, c'est que le possesseur ne mette à profit les lenteurs de cette procédure pour faire disparaître le meuble. Le remède du séquestre (a. 1961-2°) ne fait que déplacer le problème, car il faut toujours commencer par retrouver le meuble. Ce qui explique qu'en pratique on procède par la voie plus rapide et plus énergique d'une saisie conservatoire, justement qualifiée de *saisie-revendication.* C'était l'appellation de l'ancien C. Pr. C. (a. 826 s.) ; elle a été maintenue par le d. 31 juill. 1992 (a. 155-163), qui a mis en œuvre la l. 9 juill. 1991, réformant les procédures civiles d'exécution. Le revendiquant obtient du juge de l'exécution, à l'insu du possesseur, une ordonnance l'autorisant à saisir le meuble litigieux chez telle personne désignée, et cette autorisation comprend implicitement celle d'opérer une perquisition. Il y aura lieu ultérieurement à un jugement de validité, qui constatera le droit du revendiquant et ordonnera la restitution du meuble entre ses mains. Autre inflexion de la pratique : lorsque le meuble a été saisi au cours d'une affaire pénale, soit comme corps du délit (l'objet volé), soit comme pièce à conviction, la revendication doit se couler dans une procédure particulière, celle des *restitutions* (a. 41-1, 99, 420-1, 478 C. Pr. P. ; cf. R. Merle et Vitu, *Droit crim.*, II, 1989, n[os] 113, 163, 445). C'est un type de contentieux qui peut se nouer déjà devant les juridictions d'instruction (ex. Crim. 19 févr. 1985, D. 85, *I.R.*, 225). Le juge apprécie souverainement s'il y a lieu ou non d'accueillir la requête aux fins de restitution (Crim. 20 juin 1972, *Bull crim.*, n° 210, 23 mars 1977, *ibid.*, n° 109). Il doit vérifier si la propriété invoquée par la victime n'est pas sérieusement contestée, Crim., 16 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 239, et en cas de contestation sérieuse, maintenir le meuble sous la main de justice, sans avoir à statuer lui-même sur la propriété, Crim. 13 juill. 1951, D. 51, 686 ; 6 juill. 1966, D. 67, Somm. 19 ; 23 oct. 1994, *Bull.*, n° 315). Sa recherche ne tend qu'à remettre les choses en l'état où elles se trouvaient avant la saisie. C'est une sorte de débat au possessoire. A défaut de juge d'instruction, le procureur de la République a compétence, dans les mêmes conditions, pour ordonner la restitution, Crim., 14 avr. 1992 et 10 janv. 1994, *Bull. crim.*, n° 163, *J.C.P.*, 94, 4, 934.

e) *Revendication en cas de perte ou de vol contre un acquéreur de bonne foi.* — Celui-ci aurait, en théorie, vocation à se prévaloir de l'a. 2279, al. 1 ; et il pourra s'en prévaloir à l'égard des tiers. Mais, dans ses rapports avec le perdant ou le volé, son droit se trouvera gelé durant trois ans (délai préfix, d'ailleurs, qui n'est susceptible ni

d'interruption ni de suspension, Crim. 30 oct. 1969, *J.C.P.*, 70, 2, 16333 ; Bordeaux, 22 janv. 1974, D. 74, 542). Pourquoi le possesseur actuel succombe-t-il ici ? Ce n'est pas, comme dans la revendication immobilière, l'effet d'une supériorité toute naturelle de la propriété sur la possession, du droit sur le fait. Car on ne demande pas au revendiquant de prouver sa qualité de propriétaire ; il lui suffit de justifier d'une possession régulière, antérieure à celle du défendeur, Civ.[1] 1er juin 1977, *Bull.*, n° 261 (cf., pour une analyse approfondie de l'arrêt, v. Cuilliéron, *R.T.*, 86, 504). A la vérité, l'a. 2279, al. 2, reconnaît un privilège aux victimes de la perte et surtout du vol. C'est la vieille idée canonique, moralisante : *Spoliatus ante omnia restituatur* (cf. a. 1293-1°). A quoi peut s'opposer la faveur du *quieta non movere* : ex. Paris, 30 mars 1990, *J.C.P.*, 90, 2, 21584, n. Barbieri, qui, sans s'intéresser à la spoliation alléguée, retient que la prescription avait joué, triennale ou trentenaire, peu importait.

f) *Cas où le meuble volé a été acheté chez un marchand vendant des choses pareilles.* — L'interférence du droit pénal et même de la pratique policière, avec l'a. 2280, est considérable : si le volé a obtenu la restitution de sa chose, soit par un jugement du tribunal correctionnel (Paris, 7 févr. 1950, D. 51, 456, 1re esp., n. Lalou), soit même *extra ordinem* par l'intervention officieuse de la police ou de la gendarmerie (Civ.[1] 22 févr. 1956, D. 56, 286 ; Paris, 27 janv. 1981, D. 81, *I.R.*, 510, n. approbative A. Robert), le tiers acquéreur ne peut plus lui en réclamer le prix, car l'a. 2280, déclarent les arrêts, suppose qu'il est resté en possession, son droit à être remboursé n'est qu'une conséquence de son droit de rétention (on était habitué, cependant, à voir dans le droit de rétention un accessoire, plutôt qu'un principal). Le propriétaire qui a dû rembourser au tiers acquéreur le prix du meuble peut-il se retourner contre le marchand ? Civ. 11 févr. 1931, D. 31, 1, 129, n. Savatier, n'admet ce recours que si une faute peut être démontrée à la charge du marchand.

[239] g) *Application de la règle « En fait de meubles... » dans les rapports entre le possesseur actuel et son auteur prétendu (ou les héritiers de son auteurs).* — Le possesseur n'a pas à prouver l'origine des meubles, sa seule possession valant titre. La jurisprudence s'est affirmée en ce sens depuis la fin du siècle dernier : v. surtout Req. 5 déc. 1893 (dans une espèce où un don manuel était allégué, S. 96, 1, 79, D. 94, 1, 48), et depuis, Req. 30 juin 1908, D. 08, 1, 440 ; Civ.[1] 20 oct. 1982, *R.T.*, 83, 559 ; Civ.[1] 11 juin 1991, *Bull.*, n° 199 ; Crim. 28 oct. 1991, D. 93, Somm. 34 ; et pour conclure, Civ.[1] 30 mars 1999 (une présomption de don manuel bénéficie au possesseur qui l'allègue), D. 99, *I.R.*, 124, *Dr. fam.*, 99 (5), 16. En faveur de cette jurisprudence bien assise, on peut faire valoir la formule même de l'a. 2279, al. 1, très large et pliable à tous sens (comme il arrive aux proverbes). Mais il faut convenir que la solution n'a guère de rapport avec le but de sécurité commerciale que l'on attribue à la maxime, car il s'agit pratiquement de donner une facilité au don manuel, opération du droit familial ou antifamilial, étrangère, en tout cas, au droit des affaires. Les arrêts viennent cependant au secours des héritiers en leur permettant de démontrer que la possession du défendeur n'en est pas une, étant entachée de précarité, ou qu'elle est affectée d'un vice, clandestinité et surtout équivoque : ex. Civ. 21 oct. 1929, D. 31, 1, 56 ; Civ.[1] 20 juin 1961, *J.C.P.*, 61, 2, 12352 ; Civ.[1] 2 mars 1976, D. 77, 353 ; trib. Bordeaux, 20 mars 1978, D. 78, 390, n. Diener, *R.T.*, 79, 625, n. Giverdon. Encore faut-il qu'ils fassent cette démonstration, Civ.[1] 13 oct. 1982, D. 82, *I.R.*, 525 ; Civ.[1] 19 oct. 1983, 28 avr. 1986, 18 janv. 1995, *Bull.*, nos 241, 106, 42. — En dehors du schéma classique de conflit, mettant aux prises héritier revendiquant et prétendu donataire, on rencontre, toujours sur la fonction probatoire de l'a. 2279, d'autres types de contentieux : Civ.[1] 8 déc. 1987, entre bailleur et locataire à propos des meubles meublant les lieux loués, *J.C.P.*, 88, 4, 67 ; ou encore, Civ.[1] 7 nov. 1995, entre époux séparés de biens, D. 96, 451, *J.C.P.*, 96, 1, 3908, *R.T.*, 98, 139, *Rép. not.*, 96, 409, mais l'arrêt décide que les règles de preuve de l'a. 1538 excluent l'application de l'a. 2279, ce qui pourrait se justifier par la supériorité reconnue en principe au spécial sur le général (cf. Introd., n° 107).

h) *Notion de la mise en possession réelle.* — Dans l'utilisation qu'elle fait de l'a. 2279 pour donner une base légale au don manuel, la jurisprudence a été amenée à se contenter (contre l'a. 1141) d'une mise en possession feinte plutôt que réelle, symbolique plutôt que matérielle. Ex. Req. 17 mai 1855, D. 55, 1, 247 ; Civ.[1] 4 janv. 1960, *Bull.*, 60, 1, n° 2 ; Lyon, 20 mars 1969, *G.P.*, 70, 1, 255 : la remise du titre constatant une créance vaut don manuel de la créance, ce qui pourrait se recommander de l'a. 1689 *in fine*, s'il ne fallait tenir compte davantage de l'a. 1690 (s'agissant d'une opposabilité aux tiers). La remise d'une procuration générale permettant de faire des retraits sur un livret de compte d'épargne est traitée comme valant remise des sommes retirées, Civ.[1] 14 mai 1996, *J.C.P.*, 97, éd. Not. 2, 1039 ; Civ.[1] 12 juin 1996, *Dr. fam.*, 98, n° 16. Encore faut-il, précise le premier arrêt, que la remise ait eu lieu devant témoins, ce qui donnerait à imaginer une solennité d'un autre âge. Il est des procédés plus abstraits, des dons manuels scripturaux pourrait-on dire : il n'est plus contesté aujourd'hui que le don manuel puisse s'accomplir par virement en banque, Civ.[1] 12 juill. 1966, D. 66, 614, *R.T.*, 67, 198, ou par émission d'un chèque à ordre, Civ.[1] 24 mai 1976, *J.C.P.*, 78, 2, 18806, n. Gavalda ; Civ.[1] 4 nov. 1981, *Bull.*, n° 327, *R.T.*, 82, 789 ; Civ.[1] 10 févr. 1993, *Bull.*, n° 65. Pour des synthèses, v. Arrighi, *Le don manuel par chèque*, D. 80, chr. 165 ; Vivant, *J.C.P.*, 82, 2, 19706 (il y a don du titre avec tous les droits qui s'y attachent) ; Brault, La donation de somme d'argent, *Rép. not.*, 96, 65. L'exigence d'un dépouillement irrévocable, inhérente à la notion de donation selon l'a. 894, paraît satisfaite dès lors que le crédit est entré dans le compte personnel du gratifié, et elle l'est même auparavant, quand il y a remise d'un chèque, par le droit que le bénéficiaire acquiert immédiatement sur la provision, Civ.[1] 10 févr. 1993, *J.C.P.*, 93, 4, 937 (d.-l. 30 oct. 1935, sur le chèque, a. 17). Logiquement, cet argument favorable sera écarté, et le don manuel exclu, si le chèque est dépourvu de provision au moment de la remise, Civ.[1] 20 nov. 1985; *R.T.*, 87, 137 ; *Rép. not.*, 86, 609, ou même si la provision est insuffisante, Civ.[1] 11 juin 1991, *Rép. not.*, 91, 1134, n. Champenois. Cependant, les objections se reportent irrésistiblement sur l'a. 2279 lui-même, que l'on ne saurait séparer de son corollaire, l'a. 1141 : peut-on retrouver sous le jeu des procédés bancaires une mise en possession *réelle* ? Il y faut déployer un effort d'analyse : il y a bien remise effective des deniers mais par un mandataire (la banque), qui réalise la mise en possession pour le compte de son mandant. Mécanisme de représentation valable, pourvu que le mandat soit exécuté avant la mort du donateur (car la mort du mandant met fin au mandat, a. 2003). Il subsiste, néanmoins, une barrière que les tribunaux hésitent à franchir : peu importe que le donateur ait agi à la veille de sa mort, si l'encaissement du chèque, si l'inscription du virement au crédit du bénéficiaire n'a lieu qu'après, il n'y aura pas de don manuel : Civ.[1] 23 janv. 1980, D. 80, *I.R.*, 298 ; 6 mars

1996, *J.C.P.*, 97, 1, 4021 ; Aix, 12 mars 1987, D. 88, 167, n. Beignier. C'est que valider le don manuel en pareil cas, ce serait reconnaître l'existence d'une donation à cause de mort, catégorie à laquelle notre droit est traditionnellement hostile, parce que les disposants s'y laisseraient entraîner trop aisément, n'étant pas retenus par la nécessité d'un dépouillement immédiat (a. 894) : s'ils veulent disposer *post mortem,* qu'ils fassent des testaments, qui sont essentiellement révocables (a. 895). En dépit de cette restriction, les facilités que la jurisprudence a ouvertes au don manuel sont énormes : elles vont dans le sens du libéralisme économique et, plus encore, financier de l'époque, d'une assimilation croissante, souhaitée par les banques, des monnaies immatérielles aux monnaies tangibles. On devrait se demander, toutefois, s'il n'y a pas dans l'a. 2279 un matérialisme ancestral qui le rend malhabile à appréhender les biens immatériels, sauf au prix de distorsions. Il faudrait s'interroger aussi sur les conséquences sociales, morales du libéralisme des tribunaux : la possibilité de faire passer toute une fortune à autrui en un éclair électronique recèle maints dangers pour la famille, pour les héritiers réservataires – et non moins prompt à crier gare, pour le fisc. La monnaie scripturale, il est vrai, porte sur elle son propre antidote : elle n'est pas anonyme (v. *supra,* n° 24), les mouvements illicites de valeurs pourront être reconstitués à la trace.

[240] 2 / L'acquisition des meubles vacants

Par meubles vacants, nous entendons, dans un sens large, non seulement ceux qui sont sans propriétaire, mais aussi ceux qui sont sans possesseur actuel.

Il est admis que, malgré sa formule générale, la règle de l'a. 713 (comme de son doublet, l'a. 539), d'après laquelle les biens sans maître (c'est-à-dire sans propriétaire) appartiennent à l'État, doit être restreinte aux immeubles : le retour à l'État s'explique pour ceux-ci, très naturellement, par cette constatation qu'ils sont une portion du territoire national (cf. sur les modalités, Code du Domaine, a. 27 *bis* et *ter,* l. 8 août 1962, a. 1). Il peut donc se produire pour les meubles (du moins pour les meubles corporels ; cf. *infra,* n° 249), ce qui, par suite de la réversion immédiate à la Nation, ne saurait se rencontrer pour les immeubles : une vacance de la propriété. Les *meubles qui n'ont pas de propriétaire* donnent lieu à un mode d'acquérir spécial, à titre originaire, qui n'a pas d'équivalent pour les immeubles (ni pour les meubles incorporels).

Il arrive aussi qu'un meuble, tout en ayant un propriétaire, n'ait plus de possesseur. C'est encore une particularité de la condition mobilière : tandis que le possesseur d'un immeuble en conserve la possession par la seule intention, n'eût-il plus avec cet immeuble aucun contact matériel, tant qu'un tiers ne s'en est pas emparé (cf. *supra,* n° 119) – le possesseur d'un meuble perd la possession tout entière dès qu'il perd le *corpus,* sans qu'il y ait à attendre qu'un tiers soit devenu possesseur à son tour. Les meubles qui ne font l'objet d'aucune possession actuelle (épaves) donnent lieu, si *leur propriétaire ne se représente pas* (cf. a. 717, al. 2), à des modes d'acquérir spéciaux, qui ne sauraient avoir d'équivalent pour les immeubles (ni pour les meubles incorporels).

[241] 1 | ACQUISITION DES MEUBLES QUI N'ONT PAS DE PROPRIÉTAIRE

Trois sortes de meubles peuvent donner lieu à cette acquisition : *produits de la chasse et de la pêche, choses abandonnées, trésor.* Il est dans la définition même de ces meubles qu'ils n'ont pas, ou n'ont plus, de propriétaire. C'est, dès lors, à un mode d'acquérir originaire qu'ils vont donner lieu (l'acquéreur ne sera l'ayant cause de personne). Ce mode d'acquérir originaire est *l'occupation* : prise de possession du meuble avec l'intention de s'en rendre propriétaire. Parfois, cependant, c'est – notion un peu différente en ce qu'elle n'implique pas nécessairement une prise de possession – *l'invention* (la trouvaille).

▶ *Produits de la chasse et de la pêche*

Le gibier et le poisson n'ont jamais eu de propriétaires jusqu'à leur capture. Ce sont des *res nullius,* qui seront acquises par l'occupation. Les lois particulières, auxquelles l'a. 715 semble renvoyer, n'ont réglé que la *police* de la chasse (a. C. 220-1 s. C. Ru.), de la pêche en eau douce (a. L. 231-1 s. C. Ru.), et de la pêche maritime (l. 18 nov. 1997). Ces dispositions de droit administratif ou pénal doivent se combiner avec une autre couche de textes (pareillement punisseurs), tendant à la protection de la faune et, au-delà, à la préservation du patrimoine biologique (l. 15 avr. 1994, a. L. 211-1 C. Ru.). La partie du Code rural concernant le « territoire de chasse » a été gravement modifiée par une loi non incorporée du 10 juillet 1964, la loi *Verdeille.* Le sens général en est que les propriétaires ou détenteurs des droits de chasse ne peuvent les exercer qu'à travers une affiliation obligatoire à des associations

communales et intercommunales agréées, certains ayant cependant la faculté de s'en tenir à l'écart et de se constituer des réserves, à condition de disposer d'une superficie suffisante selon les critères que fixe le texte. Mais cette loi *Verdeille* a été condamnée par la C.E.D.H. le 29 avril 1999 pour atteinte à la propriété et à la liberté : c'est un chantier ouvert. Autre chantier : le « temps de chasse » (spécialement aux oiseaux migrateurs), qui met en conflit la loi française 98-549 du 3 juillet 1998 avec des directives de droit communautaire. La police de la chasse est sans influence, en principe, sur l'acquisition du gibier, laquelle relève du droit privé. En tant que mode d'acquérir, la chasse (comme d'ailleurs la pêche) est régie par la théorie générale de la possession et par les usages. On admet que l'occupation est accomplie avant même que l'animal n'ait été appréhendé manuellement, dès qu'il est au pouvoir traçable du chasseur (ou du pêcheur) – *animus* avant *corpus*.

▶ *Choses abandonnées*

Ces *res derelictae* sont des objets mobiliers que leur propriétaire a volontairement abandonnés avec l'intention de les laisser acquérir par le premier venu, si bien que, lorsque la prise de possession se produit, elle ne rencontre pas une propriété préexistante. Tel est le cas des objets jetés à la poubelle et que ramassent les chiffonniers. L'acquisition de la propriété a lieu ici par *occupation,* et elle est immédiate. La solution n'est pas discutable, mais ce que le propriétaire peut parfois discuter, c'est qu'il y ait eu de sa part volonté d'abandon (ex. objet précieux jeté par inadvertance à la poubelle). Il est, du reste, des abandons que la loi interdit dans un intérêt public (objets polluants ou dangereux, a. R. 635-8, 641-1 N.C.P.).

[242] ▶ *Trésor*

Le C.C. (a. 716) délimite la *notion* et règle l'*attribution* du trésor. Il convient, d'ailleurs, de le combiner aujourd'hui avec certaines dispositions de la l. 27 sept. 1941 *sur les fouilles,* lorsque le trésor présente un *intérêt* archéologique.

a) *Notion du trésor*

Il faut supposer une chose mobilière enfouie dans la terre ou – plus largement – cachée de façon quelconque (ex. dans le tiroir d'une commode, entre les pages d'un livre). Mais deux conditions extrinsèques sont en outre requises, selon l'a. 716, al. 2, pour qu'il y ait trésor :

1° Que personne ne puisse justifier d'un *droit de propriété* sur la chose. Le trésor a eu jadis un propriétaire, qui l'a précisément caché ou enfoui. Mais ce propriétaire se perd dans la nuit du passé ; ou, à tout le moins, s'il est encore identifiable, nul vivant ne peut se rattacher à lui par une chaîne de transmissions successorales qui aient résisté à la prescription extinctive. L'ancienneté est virtuellement inhérente à la notion de trésor.

2° Que la chose ait été découverte par le pur effet du *hasard,* et non au cours de recherches entreprises spécialement à cette fin. A la vérité, il y a là une circonstance extrinsèque, qui, rationnellement, ne peut pas modifier la nature objective de la chose. Mais le texte veut dire que ce qui est objectivement trésor ne doit plus, en pareille hypothèse, être traité comme trésor *au regard de l'inventeur* (de l'inventeur non propriétaire du fonds) et que, partant, celui-ci n'a plus de droits à y prétendre.

b) *Attribution du trésor*

Trois cas doivent être distingués :

1° *Découverte par le propriétaire du fonds.* — Le trésor lui appartient pour le tout.

2° *Découverte par un tiers agissant d'une manière indépendante.* — Le trésor appartient pour moitié au propriétaire du fonds, pour l'autre moitié à cet inventeur (ce qui définit l'inventeur, c'est qu'il a le premier découvert, *mis au jour* la chose, non pas nécessairement qu'il en a le premier pris possession ; en quoi la découverte n'est pas exactement l'occupation). Toutefois, l'inventeur n'aurait droit à rien si c'était un intrus, qui se serait illicitement introduit sur le fonds sans l'assentiment du propriétaire afin d'y rechercher le trésor (sa trouvaille, estime-t-on, ne serait plus un pur effet du hasard).

3° *Découverte par des ouvriers au cours de travaux entrepris sur l'ordre du propriétaire.* — C'est un cas très pratique. Si les travaux ont été entrepris spécialement en vue de rechercher le trésor, les ouvriers n'auront droit à rien : c'est par représentation et pour le compte du propriétaire qu'ils ont fait la découverte ; aussi bien, celle-ci n'est plus le pur effet du hasard. Si, au contraire, les travaux ont été entrepris pour un autre but (démolir un mur, réparer un toit), la trouvaille est fortuite, et l'ouvrier qui l'a faite est admis à partager avec le propriétaire du fonds.

c) *Trésor d'intérêt archéologique*

Par une restriction à l'a. 552, al. 3, le propriétaire du fonds ne peut entreprendre de fouilles archéologiques qu'avec l'autorisation de l'État (l. 27 sept. 1941, a. 1er, d. 19 avr. 1947). A l'inverse, l'État peut faire procéder à ce genre de fouilles même contre la volonté du propriétaire (a. 9) ; les trouvailles qui en résulteront se partageront entre le propriétaire et l'État inventeur (bien qu'elles ne soient pas l'effet du hasard ; a. 11). L'État, d'autre part, a, dans tous les cas, le droit de revendiquer, soit contre le propriétaire, soit contre le propriétaire et le particulier inventeur, les découvertes présentant un intérêt archéologique (à l'exception des monnaies et objets de métal précieux, sans caractère artistique) ; cette revendication est, au fond, une expropriation pour cause d'utilité (scientifique) publique ; elle a lieu moyennant indemnité (a. 16).

[243] 2 | ACQUISITION DES MEUBLES DONT LE PROPRIÉTAIRE NE SE REPRÉSENTE PAS

C'est la formule de l'a. 717, al. 2 : un meuble est trouvé sans possesseur, mais dans des circonstances qui rendent vraisemblable, selon les usages, qu'il a toujours un propriétaire, quoique ce propriétaire ne soit pas connu ou, du moins, ne se représente pas. Cela peut arriver de plusieurs manières : soit que le propriétaire ait égaré la chose, involontairement et comme inconsciemment, sur la voie publique ou dans un lieu public ; soit que, sous l'empire de quelque nécessité, il s'en soit délibérément débarrassé (ex. jet à la mer), mais avec l'espoir de la reprendre éventuellement, et sans accepter qu'elle devienne la propriété du premier occupant (il n'y a pas *res derelicta*) ; soit, enfin, que l'objet, qui est un animal, lui ait spontanément échappé (ayant été épouvanté, *expavidus* ; cf. a. 1385). Ce sont là différentes sortes d'*épaves*. L'épave, au sens large, est un meuble perdu dont le propriétaire ne se représente pas. L'existence, même non manifestée, de ce droit de propriété suffit, dans tous les cas, à empêcher l'acquisition immédiate par occupation ; des droits, néanmoins, sont parfois reconnus à l'inventeur. L'a. 717 renvoie la matière à des *lois particulières*. Mais ces lois n'ont pas réglé toutes les hypothèses, et il peut être difficile de déterminer quel est, en leur absence, le *droit commun* applicable.

▶ *Épaves régies par des lois particulières*

Ce sont tantôt des lois *domaniales,* tantôt des lois *rurales* (elles font, les unes et les autres, survivre de vieilles coutumes).

a) *Lois domaniales*

Elles tendent à attribuer les épaves à l'État, de sorte que, dans les limites de leur application, l'a. 713 retrouve un sens pour les meubles (ex. l. 24 nov. 1961, pour les épaves maritimes ; l. 1er déc. 1989 et d. 91-1226 du 5 déc. 1991, pour les biens culturels maritimes). En général, l'acquisition par l'État est subordonnée à la condition que le propriétaire ne se soit pas représenté dans un certain délai (ex. 3 ans) pour faire valoir ses droits.

b) *Lois rurales*

Elles tendent à attribuer la propriété de certains (petits) animaux fugitifs au particulier chez qui ils se sont réfugiés. Il est des cas où cette acquisition est immédiate et peut être qualifiée d'accession immobilière, parce qu'elle opère en faveur non de la personne, mais du fonds sur lequel les animaux se sont fixés (a. 564, C.C., pour les pigeons, lapins, poissons ; a. 209 C. Ru. (ancien), pour les essaims d'abeilles). Mais, dans d'autres cas, l'acquisition a lieu en faveur d'une personne, et seulement par une sorte de prescription, après un délai. Le cas traditionnel et simple est celui de l'a. 202 C. Ru. (ancien) : les volailles et autres animaux de basse-cour deviennent la propriété de celui (même un fermier non propriétaire) qui les a recueillis, un mois après la déclaration qui doit en être faite à la mairie. La l. 6 janv. 1999 sur les animaux dangereux et errants (*supra,* n° 225), dont les dispositions sont insérées au C. Ru., a institué de nouvelles catégories. Les animaux sauvages apprivoisés ou tenus en captivité, s'ils sont trouvés divagants, peuvent être saisis par le propriétaire ou usager des lieux et envoyés à la fourrière communale (a. 212-1 C. Ru.). Faute d'être réclamé par son propriétaire dans les huit jours, l'animal est réputé abandonné et le maire peut le céder ou le faire euthanasier (il semble donc se produire une expropriation au profit de la commune). Les chiens et les chats font l'objet d'un traitement particulier, variable selon qu'ils sont ou non identifiés (au moins par collier) dans un département officiellement indemne ou infecté de la rage (a. 213-3 s.), avec encore une niche spéciale pour les animaux dits de com-

pagnie (a. 276-3). Ainsi, quand le chien ou chat est identifié, le gestionnaire de la fourrière doit rechercher le propriétaire : faute par celui-ci de se présenter et d'acquitter les frais de garde, la propriété est acquise au gestionnaire, qui ne peut, toutefois, céder l'animal qu'à titre gratuit et seulement à des fondations ou associations protectrices.

[244] ▶ *Épaves régies par le droit commun*

Ce sont, en principe, toutes les épaves terrestres, ce qui comprend, notamment, les objets trouvés sur la voie publique, les animaux égarés ou échappés (à l'exception de ceux que visent des textes particuliers), les véhicules et ustensiles abandonnés au cours d'un exode de population. Leur sort semble mettre en cause de purs *rapports de droit civil* entre le propriétaire et l'inventeur. Cependant, *l'intervention de la puissance publique* infléchit assez souvent ces rapports.

a) *Rapports de droit civil*

Les principes de la revendication mobilière (v. *supra,* n° 76) conduisent à cette conclusion que le propriétaire de l'épave doit pouvoir la revendiquer pendant trente ans contre l'inventeur (car celui-ci, techniquement, est toujours de mauvaise foi ; il sait bien qu'il n'a pas traité avec le propriétaire) ; et pendant trois ans contre le tiers qui, de bonne foi, l'aurait acquise de l'inventeur (a. 2279, al. 2).

L'inventeur, de son côté, peut avoir *droit* à une récompense quand il rapporte l'objet perdu au propriétaire, si celui-ci en avait promis une (ex. par annonce dans un journal ; peu importe que la promesse fût unilatérale ; cf. t. IV, n° 14). Même en dehors de là, une indemnité pourrait lui être due pour sa peine et ses frais, sur la base de la théorie de la gestion d'affaires (a. 1375).

b) *Intervention de la puissance publique*

Malgré la généralité d'expression des a. 539 et 717, al. 2, l'État ne prétend à aucun droit de propriété sur les épaves terrestres. Mais l'Administration, en vertu de ses pouvoirs de police, a été amenée à intervenir dans leur dévolution.

1° *Déclaration des épaves à l'Administration.* — Des règlements municipaux ou préfectoraux ont institué, dans les mairies ou commissariats de police, des bureaux des objets trouvés, et imposé aux inventeurs l'obligation d'y déclarer leurs trouvailles. Le défaut de déclaration est une contravention de simple police (a. R. 610-5 N.C.P.) ; ce pourrait être aussi une circonstance propre à faire présumer que l'inventeur a eu, en ramassant l'objet, l'intention de se l'approprier, donc l'intention frauduleuse constitutive du délit de vol (a. 311-1 N.C.P.). Mais, surtout, une opinion répandue fait dépendre de là une conséquence civile importante : si l'inventeur a fait la déclaration, il sera réputé de bonne foi et pourra se prévaloir d'une prescription de trois ans calquée sur celle du sous-acquéreur dans l'a. 2279, al. 2 (ce n'est plus la bonne foi au sens technique, mais au sens vulgaire).

2° *Dépôt des épaves aux mains de l'Administration.* — Ce dépôt-séquestre (cf. a. 1956) est parfois ordonné par les règlements de police précités, et il est assez courant. Si le propriétaire se représente, l'Administration lui restitue l'objet sur un examen sommaire de la vraisemblance de ses titres, ce qui ne préjuge pas de la question civile. Au bout d'un an et un jour (délai issu de la coutume), l'objet, en l'absence de réclamation, sera remis au déposant. Il semble, à s'en tenir à la stricte légalité, que ce soit une simple remise de la possession (de l'usufruit, peut-être), et que le propriétaire conserve le droit de revendiquer tant que la prescription n'est pas accomplie (de trente ans, en principe ; de trois ans, si l'on considère qu'il y a bonne foi).

3° *Vente par l'Administration.* — Pour se débarrasser d'épaves encombrantes, l'État peut les faire vendre aux enchères publiques par l'Administration des Domaines ; mais le prix restera à la disposition des ayants droit (cf. l. 9 juill. 1991, proc. civ. d'exécution, a. 66). Il semble, d'ailleurs, que l'adjudicataire ne pourrait opposer au propriétaire l'exception de l'a. 2280, al. 1, *in fine,* car c'est en connaissance de cause qu'il a acquis le meuble en tant qu'épave exposée à revendication.

[245] ÉTAT DES QUESTIONS

B. G. — Planiol-Picard, n^os^ 589 s. ; Beudant-Voirin, n^os^ 703 s. ; Jacquey, *Le trésor,* Th. Lille, 1913 ; Malabard, *La notion d'épave,* Th. Paris, 1939.

HISTOIRE

a) L'occupation en général. — Dans son abstraction, la notion vient non des Romains, mais des romanistes, A.-J. Arnaud, *R.D.H.,* 1968, 183. — J. de Malafosse, *Res nullius, Mélanges J. Gaudemet,* 1999, 417, et Liberté et appropriation des *res nullius* ou les défis de la liberté, in *La Révolution et l'ordre juridique privé,* Orléans, 1988,

II, 725 ; J. Fromageau, La lente gestation du droit de chasse en Europe, *Mélanges J. Gaudemet,* 1999, 429.

b) En matière de *trésor,* oscillations intéressantes du Droit romain entre le système individualiste (qui devait passer dans notre a. 716) et le système régalien attribuant au fisc une part au moins de la trouvaille. Cf. Monier, I, n° 290. A l'arrière-fond, sans doute, la pénurie des métaux précieux et l'hésitation sur le procédé psychologique le plus efficace pour les faire sortir. Cf. Tabaczinsky, Les fonctions pécuniaires des trésors, *Annales E.S.C.,* 1962 (17), 223 ; Jeanne-Rose, La monnaie en Poitou (X^e^-XI^e^ s.), *Bull. Soc. Antiquaires Ouest,* 1995 (3), 163. C'est aussi du droit romain (d'une constitution d'Hadrien, *Institutes,* 2, 1, 39) que nous est venue l'idée du partage par moitié. Mais il est significatif que cette idée avait parfois été critiquée comme trop simpliste *(judicium rusticorum)* : une opinion placée sous l'autorité du philosophe Apollonios de Tyane préconisait d'adjuger la trouvaille au plus méritant des deux plaideurs (cf. D. Nörr, *Rechtskritik in der röm. Antike,* 1974, 80). Notre Ancien Droit pratiqua le système régalien. Cf. Olivier-Martin, *Coutume de Paris,* II, p. 94 s. Il alla même parfois jusqu'à attribuer au fisc en totalité les trésors de métal jaune. Dans son dernier état, il admettait le partage par tiers entre le propriétaire, l'inventeur et le seigneur haut justicier (Pothier, *Domaine de propriété,* n° 64). La Révolution chercha aussi les trésors (les événements avaient fait rentrer sous terre beaucoup de fortunes aristocratiques) : elle déclara saisis et confisqués au profit de la République les métaux précieux et diamants qui seraient découverts dans des lieux secrets, sauf une récompense du 1/20 de la valeur aux dénonciateurs (d. 23 brumaire an II) ; en droit, c'étaient de pseudo-trésors (les propriétaires auraient pu être identifiés). A la lumière de ces précédents, l'a. 716 revêt toute sa signification de libéralisme.

c) Pour les *épaves,* v. Olivier-Martin, *loc. cit.* Dans le dernier état de l'Ancien Droit, les épaves non réclamées étaient attribuées au seigneur, en général au seigneur haut justicier (cf. Pothier, *Domaine de propriété,* n^os^ 67 s.). La l. 13-20 avril 1791 (tit. 1, a. 7) supprima ce droit d'épaves, comme une conséquence de l'abolition de la féodalité. Ce qui ouvrit le problème : l'État a-t-il succédé à cette prérogative de la haute justice, comme aux autres ? L'esprit légiste de Merlin (*Rép.,* v° « Épaves », II) n'hésita pas à répondre par l'affirmative. Mais l'antiétatisme ambiant finit par dicter la solution : le ministère des Finances, par des circulaires de 1821 et 1825, renonça à faire valoir les droits de la collectivité sur les épaves.

[246] SOCIOLOGIE

a) *Trésor.* — Il y a dans ces biens qu'ont enfouis de très lointains morts, dans le sommeil qui les a protégés au cours des âges, dans le hasard qui conduit vers eux les vivants, un triple mystère faisant resurgir des sources de religiosité, et l'acquisition des trésors paraît, même à ceux qui n'en découvrent point, plus légitime que le commerce ou la succession *ab intestat.* Un autre sentiment, cependant, s'y mêle : le thésauriseur, même à quelques siècles de distance, n'est pas toujours sympathique, et les droits de l'inventeur, jadis les droits du fisc, peuvent apparaître comme un moyen de le punir dans sa descendance, si l'on peut présumer que les propriétaires actuels sont ses descendants. De là cette distinction qu'avaient imaginée des interprètes du droit romain, et qui n'était pas sans finesse, entre le thésauriseur par avarice et le thésauriseur par force majeure (enfouissant sa fortune pour la préserver d'un péril imminent ; ex. en temps de guerre) : la preuve de la force majeure n'aurait-elle pas dû faire écarter le fisc et l'inventeur ? Et que dire des monnaies enfouies par piété pour accompagner le défunt dans la tombe ? Le chercheur de trésor, de son côté, peut être un personnage discutable. Les plus douteux ont été éliminés par l'interprétation suivant laquelle on ne peut prétendre à rien quand on a entrepris des fouilles sur le fonds d'autrui sans l'assentiment du propriétaire (Demolombe, XIII, n° 51).

b) *Épaves.* — La question des objets trouvés est très mêlée à la vie et à la morale quotidienne. Une enquête serait intéressante sur l'évolution des mœurs qui, au début du XIX^e^ s. (alors que le problème de droit était encore en balance), a permis aux droits de l'inventeur de prendre le pas sur ceux de la collectivité, malgré une tradition millénaire en sens contraire. Sur les tentations de l'inventeur, une étude psychologique pourrait être menée à partir de la pratique pénale (Garçon, *C.P. annoté,* a. 379, n^os^ 430 s.). C'est un devoir de charité (de voisinage ? Pothier, *Propriété,* n° 57) que de rapporter à son maître l'objet égaré (Deutéronome, 22 : 1 s.), mais il peut être contrarié, dans la conscience populaire, par le sentiment diffus d'un don du ciel.

[247] POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *Trésor.* — L'idée régalienne a fait sa réapparition avec la l. 27 sept. 1941, sur les fouilles archéologiques (D. A. 41, L, 509, loi de Vichy, mais validée depuis), à des fins scientifiques et non plus domaniales, et sous une forme d'ailleurs modérée (expropriation moyennant indemnité). Cette loi était généralement réclamée (par les spécialistes ; modèle dans le C.C.S., a. 724 ; cf. Mecu, *Le régime juridique des antiquités et des fouilles,* Th. Paris, 1940). Son esprit de centralisation décourage la race des fouilleurs locaux. Il ne semble pas, en revanche, y avoir eu de mouvement pour faire reconnaître à l'État une part des trésors ordinaires (v. cep. sur l'effet de la confiscation pénale pour une période où l'or était pourchassé, Civ.[1] 22 juill. 1958, *J.C.P.,* 59, 2, 11036, n. Legeais). Les droits du propriétaire sont, pourtant, peu fondés (l'explication suivant laquelle il faut supposer que le trésor vient de ses ancêtres ne tient guère aujourd'hui en présence du brassage des propriétés). Il conviendrait peut-être d'envisager plus largement les droits de l'ouvrier inventeur : même commandé spécialement pour faire des fouilles, ne devrait-il pas avoir sa part dans le don du ciel ? Cf. note *J.C.P.,* 1949, 2, 4976, *in fine.*

b) *Épaves.* — S'il ne fallait compter que sur la loi, notre système pourrait être jugé décousu et incertain. V. en contraste les dispositions très – trop – détaillées du B.G.B., § 965-983. Acollas (II, p. 25), partant de son idée rationnelle, sinon socialiste, qu'un mode d'acquérir doit inclure un effort personnel, avait proposé de reprendre une part de l'Ancien Droit : les épaves auraient été attribuées à la commune (en place du seigneur) ; à l'inventeur n'aurait été accordé qu'une indemnité au gré des usages locaux ; et faute d'avoir remis l'épave aux autorités communales, il aurait été passible des peines du vol. En fait, on ne se plaint guère du système à l'heure actuelle : la multiplication des vols a dédramatisé les pertes, et le service des objets trouvés, tel qu'il fonctionne *municipaliter,* a quelque chose de familier. Spécialement à Paris, où le capharnaüm, 36, rue des Morillons, 75015 (122 685 dépôts en 1997, dont 28 000 ont donné lieu à restitution), s'est informatisé, modernisé, placé sur Internet. Une taxe est

perçue sur les restitutions d'objets d'une certaine valeur. La récompense que l'usage laisse espérer à l'honnête inventeur relève d'un autre système normatif, mœurs, morale). Le service de la rue des Morillons s'est créé son propre système de normes quant aux droits de l'inventeur : celui-ci peut, deux mois après le dépôt, entrer en possession des objets de faible valeur ; après an et jour ou même deux ans en possession des objets plus importants ; mais il ne s'agit, est-il dit, que d'un usufruit, la pleine propriété ne lui sera acquise que par la prescription trentenaire. En fait, très peu d'inventeurs (1 à 2 %) reviennent pour faire valoir leurs droits.

c) *Chasse.* — Pour une vue d'ensemble, v. J. de Malafosse, *Régime juridique de la chasse,* in *Jurisclasseur rural,* rééditions depuis 1971. En condamnant la loi *Verdeille,* la C.E.D.H., 29 avril 1999, D. 99, *I.R.,* 163, a pris la défense du droit de propriété (et droit de se clore), du principe d'égalité (entre grandes et petites surfaces), de la liberté d'association (qui a une face négative, la liberté de refuser de s'associer). La révolte des chasseurs dans le Sud-Ouest notamment – procédait, au fond, d'une toute autre idéologie que la loi *Verdeille.* Depuis 1980, ils s'opposaient, en toute illégalité, aux arrêtés préfectoraux qui avaient épousé les directives communautaires sur le temps de chasse (ex. Cons. d'État, 25 mai 1990, D. 91, 113, n. Romi) – tant et si bien qu'ils finirent par obtenir d'un Parlement quasi unanime une loi qui les couvrît (3 juill. 1998, *J. Off.* 4 juill.). Dans l'effervescence, accrue par la montée en force électorale du parti des chasseurs, il n'était pas surprenant qu'un amalgame se fît, les deux lois, 1964 et 1998, devenant l'objet d'un même soutien, d'un même combat. Et l'unité du combat s'est redécouvert une justification : c'est la *ruralité* contre l'urbanisation – une ruralité qui se moque de ce qu'on peut lui dire de l'exode rural, car elle se prétend ancrée dans les mentalités. Mais c'est peut-être aussi – et le phénomène est intéressant pour la théorie des sources du droit – le retour en puissance de la coutume contre les règlements écrits (qu'ils soient nationaux ou européens), trop abstraits, trop mobiles pour être pris au sérieux.

THÉORIE JURIDIQUE

On discute à quel titre le propriétaire du sol acquiert la totalité ou la moitié du *trésor* : occupation (Planiol-Picard, n° 606 ; cependant, il semble que l'acquisition se produise à son profit automatiquement, même quand il ignore la découverte) ; accession (cf. Colin-La Morandière, I, n° 478) ; bienfait de la loi. En tout cas, ce serait un produit, non un fruit de l'immeuble (cf. *supra,* n° 59) : en conséquence, il appartiendrait au propriétaire, non à l'usufruitier ou au locataire (cf. Trib. civ. Nîmes, 10 mars 1880, S. 81, 2, 95) ; sous le régime de la communauté, il resterait propre à l'époux propriétaire de l'immeuble. Quant à l'inventeur, il acquiert sa moitié par la découverte, plutôt que par l'occupation (qui supposerait l'appréhension manuelle). Mais cette moitié représente-t-elle un produit du travail ou un don de la fortune ? La première explication peut paraître plus rationnelle : cette moitié n'est-elle pas comme une prime empirique destinée à stimuler un *effort,* jugé (à tort ou à raison) socialement utile ? Mais la seconde explication est plus traditionnelle (la célèbre constitution de l'empereur Léon, en 474, C. Just., 10, 15, 1, ne parlait-elle pas de *beneficium dei* ?). Si l'acquisition *jure inventionis* est un don personnel et incommunicable, il en résulte, notamment, que, sous le régime de la communauté, l'époux inventeur garde en propre sa moitié (arg. a. 1405, al. 1, ou peut-être a. 1404, al. 1, *in fine*), alors qu'un gain du travail tomberait dans le patrimoine commun.

Par le décousu des textes et l'extrême rareté de la jurisprudence (sauf circonstances de guerre ; cf. J. Vandamme, *R.T.,* 43, 157) on peut s'expliquer que la théorie de l'acquisition des *épaves terrestres* soit restée dans un état de grande indécision. Le système orthodoxe ne reconnaît à l'inventeur (même quand il a fait toutes diligences pour retrouver le propriétaire) d'autre moyen d'acquérir la propriété que la prescription trentenaire (Ripert-Boulanger, II, n° 2775 ; Beudant-Voirin, n° 721). Mais ce système semble de moins en moins en accord avec les faits et les sentiments. A la suite d'un arrêt (Civ. 13 juin 1921, *G.P.,* 21, 1, 81, relatif, il est vrai, non à l'inventeur lui-même, mais à un tiers acquéreur), il y eut, pourtant, un effort doctrinal pour accueillir en droit civil quelque chose de la pratique administrative en traitant comme acquéreur de bonne foi l'inventeur ayant déclaré sa trouvaille, donc pour abaisser en sa faveur la prescription à trois ans (Simonnet, Le statut juridique des objets perdus ou égarés, *R.T.,* 1922, p. 541 s. ; cf. Planiol-Picard, n° 616). Si nous n'étions pas aussi étroitement prisonniers de l'esprit légaliste, l'occasion serait bonne de reconnaître ici franchement que la règle administrative d'an et jour est devenue une coutume populaire : les deux éléments s'y retrouvent, qui forment les coutumes (v. *Introd.,* n° 6), la pratique effective et l'*opinio juris,* la croyance que tel est le droit. Il est vrai que l'administration elle-même répugnerait probablement à prendre la responsabilité apparente de dépouiller si vite le propriétaire étourdi. Son extrême réserve est déjà perceptible dans l'analyse bâtarde et imaginative qu'elle propose, dit-on, de son comportement : la remise après an et jour ne touche pas à la propriété, qui ne sera acquise à l'inventeur qu'au bout des trente ans ; mais elle le met dans une position juridique de dépositaire pour le compte de qui il appartiendra (le propriétaire inconnu), dépositaire mais usufruitier (?) aussi (il pourra, en attendant, quand il pleut, se servir du parapluie perdu).

[248] PRATIQUE JUDICIAIRE

Trésor. — Tout ce qui brille n'est pas trésor, et il s'élève assez souvent des procès de définition. Dans la curieuse affaire de la rue Mouffetard, le tribunal de la Seine (1er juin 1949, D. 49, 350, n. critique Ripert) a écarté l'a. 716 sous prétexte que les descendants du thésauriseur justifiaient de leur propriété du trésor *ex jure hereditario* (mais *contra,* Paris, 18 déc. 1950, D. 51, 144, approuvé par Civ.[1] 25 oct. 1955, D. 56, Somm. 27 ; Versailles, 11 mars 1986, D. 87, Somm. 14, n. A. Robert). C'était ne tenir aucun compte de la prescription extinctive. Ce qui est vrai, c'est que la notion de trésor est liée à l'oubli (Dig. 41, 1, 31, 1 : *vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non exstat memoria* ; cf. Le Roy, note *J.C.P.,* 1949, 2, 5023, *in fine*), de sorte qu'un meuble dont la mention se rencontre dans un inventaire ancien ne constitue pas un trésor – Rouen, 5 juill. 1954, D. 54, 763 – non plus que les lingots d'or dont la possible présence dans la cave de l'immeuble vendu avait été signalée à l'acheteur, Crim., 21 mars 1978, D. 79, *I.R.,* 32, *Rev. science criminelle,* 79, 101, n. Bouzat. A l'inverse, des pièces peuvent constituer un trésor sans être anciennes : la *vetustas* n'est plus exigée (Lyon, 29 oct. 1970, D. 71, 522, n. Prévault). Il y a aussi des procès d'attribution. Ex. Rennes, 9 janv. 1951, D. 51, 443 : l'inventeur est celui qui découvre le pot, non pas celui qui l'ouvre pour en extraire les pièces d'or. Un des thèmes de conflit les plus classiques

oppose le propriétaire aux ouvriers qu'il prétend avoir spécialement commandés afin de rechercher le trésor. Si le fait est prouvé, les ouvriers n'auront droit à rien en tant qu'inventeurs ; ex. Paris, 9 nov. 1948. *J.C.P.*, 49, 2, 4976 (on dit qu'ils n'ont fait que représenter le propriétaire ; on peut dire aussi que la trouvaille n'est plus un trésor, parce qu'elle n'est plus le pur effet du hasard). Dans le cas contraire, ils acquerront *jure inventionis* la moitié de leur trouvaille, l'autre moitié revenant *jure soli* au propriétaire de l'immeuble. S'ils essaient de dissimuler leur aubaine à dessein de tout garder pour eux, ils se rendent coupables de vol – vol de la moitié qui appartient à l'autre : Crim. 3 mars 1894, D. 98, 1, 284. La solution avait, pourtant, été discutée au début du XIX^e^ s. : l'immatérialité de la part indivise semblait incompatible avec la matérialité d'une appréhension, outre que l'Ancien Droit avait des positions embrouillées sur la répression du vol entre copropriétaires (cf. Garçon, *C.P. annoté,* a. 379, n^os^ 432, 466). Quant à l'employeur, pour le coup il n'a droit à rien, et il ne saurait se porter partie civile, contre ses ouvriers. Telle est l'exacte distribution des rôles que suppose Crim., 20 nov. 1990, D. 91, Somm. 272, n. Azibert, *R.T.*, 91, 765, n. Zénati.

Chapitre II

[249] LES MEUBLES INCORPORELS

Si l'on essaie de dépeindre la condition juridique des meubles incorporels en la comparant à celle des meubles corporels, ce sont surtout des traits négatifs qui apparaissent. Ce que l'on observera de plus net, c'est que ni la maxime « En fait de meubles... », ni les modes d'acquérir spéciaux aux meubles vacants, ne sont applicables aux meubles incorporels. On peut ajouter que, pour eux, les restrictions aux droits du propriétaire sont généralement plus nombreuses, parce qu'elles sont moins difficiles à établir : il s'agit de biens sans réalité physique, qui tirent leur existence même de la loi ; celle-ci peut efficacement restreindre la portée d'une existence qu'elle concède. Ces circonstances rapprochent, par certains côtés, la condition des meubles incorporels de celle des immeubles, malgré tout ce que leurs natures peuvent avoir de radicalement dissemblable. A la limite, on verra des meubles incorporels vacants revenir à l'État, comme par une application de l'a. 713: c'est le cas des valeurs mobilières et de leurs coupons lorsqu'ils sont atteints par la prescription ; l'a. 27 du Code du domaine de l'État les déclare acquis à l'État. Mais c'est une règle spéciale. Au vrai, ce qui semble dominer le régime des meubles incorporels, c'est l'hétérogénéité.

La rubrique du chapitre VIII du titre *de la vente* donne, cependant, à penser qu'il pourrait exister – quoique limité à un point (à la vérité, très important), celui de l'*aliénation* – un statut d'ensemble des meubles incorporels. Cette rubrique est intitulée : « Du transfert des créances et autres *droits incorporels.* » Seulement, tout le monde est d'accord qu'elle ne saurait être prise à la lettre. Les dispositions des a. 1689 s., notamment les plus typiques, celles de l'a. 1690, qui impo-

sent pour la transmission du droit une signification de la cession au débiteur cédé (cf. t. IV, n° 316), sont loin de concerner indistinctement tous les meubles incorporels. Elles sont *a priori* étrangères aux meubles incorporels dans lesquels ne se matérialise aucun rapport de droit comportant débiteur ou, à tout le moins (plus vaguement), sujet passif (telles sont les *propriétés incorporelles*). Elles ne peuvent davantage être appliquées aux meubles incorporels que la loi a dotés d'un mode propre d'aliénation, différent de celui de l'a. 1690 (tels sont les *titres négociables*). C'est seulement une fois ces deux premières variétés mises à part que se définit le domaine des *créances et autres droits incorporels cessibles selon les règles de l'a. 1690.* Cela peut faire, finalement, trois catégories de meubles incorporels, juridiquement distinctes. Mais les deux premières relèvent principalement d'autres branches du droit que le droit civil, et la troisième appartient plutôt au droit des obligations.

[250] ▶ *Les propriétés incorporelles*

Dans le sens traditionnel du mot, la propriété ne se comprend que pour les choses corporelles. Le mot a, cependant, été étendu à des choses incorporelles pour désigner le droit exclusif d'en user et d'en disposer.

Ces propriétés incorporelles sont placées parmi les droits mobiliers. Elles évoquent le droit de propriété par leur opposabilité absolue, en ce qu'elles peuvent être défendues contre quiconque y porte atteinte. Mais leur objet est immatériel, purement intellectuel, d'où le nom de droits intellectuels qui leur est parfois donné.

C'est une catégorie elle-même hétérogène. Néanmoins, toutes les propriétés incorporelles ont ce trait commun de n'être pas des propriétés oisives. Leur existence dépend de l'activité ou de la puissance créatrice de l'homme : soit de son activité actuelle (c'est le cas des offices, des clientèles civiles, des fonds de commerce), soit de son activité passée et matérialisée dans une création de l'esprit (c'est le cas des brevets d'invention, de la propriété littéraire et artistique). De là, un classement possible.

a) *Les offices, clientèles civiles et fonds de commerce*

Ces diverses propriétés incorporelles ont pour caractéristique d'être des droits de clientèle ; ce qui fait la valeur économique du droit, c'est

l'avantage d'avoir, pour l'exercice d'une activité professionnelle, une certaine clientèle assurée d'avance en droit ou en fait, un certain monopole de droit ou de fait.

1° *Les offices ministériels.* — On désigne par là des fonctions publiques (avocats à la Cour de cassation, notaires, commissaires-priseurs, huissiers, greffiers des tribunaux de commerce) qui ont un certain caractère patrimonial, en ce sens que l'officier ministériel a le droit de présenter son successeur à l'agrément du gouvernement et de stipuler un prix de cession pour cette transmission de la charge (l. 28 avril 1816, a. 11). Ce n'est pas la fonction publique elle-même ou *titre* de l'office qui est l'objet de propriété, c'est seulement la valeur pécuniaire du droit de présentation du successeur, ce que l'on appelle la *finance* de l'office. Le droit de présentation est dans le patrimoine de l'officier ministériel comme un élément mobilier ; il est transmissible aux héritiers.

2° *Les clientèles civiles* (c'est-à-dire les clientèles en dehors des professions commerciales). — Elles représentent dans le patrimoine du professionnel une indéniable valeur pécuniaire. Toutefois dans les professions libérales, cette valeur pécuniaire n'est pas susceptible de réalisation, soit parce que la cession de clientèle (la cession de cabinet) est absolument interdite par les règlements de la profession (ainsi pour les avocats), soit parce que la jurisprudence, considérant que le rapport entre le professionnel et son client repose sur une confiance éminemment personnelle, considère que ce rapport de clientèle ne peut être traité comme une chose (ainsi pour les médecins). On parle, il est vrai, dans la pratique de la cession d'une clientèle médicale. Mais l'opération pour trouver grâce devant les tribunaux ne doit pas se présenter comme la vente d'une propriété incorporelle. Le médecin sortant s'engage seulement à présenter son successeur à ses clients et à ne plus désormais exercer la médecine dans un certain rayon : double obligation de faire et de ne pas faire, mais non point cession d'un droit incorporel.

3° *Le fonds de commerce.* — Le fonds de commerce a pour noyau la clientèle du commerçant, mais il englobe d'autres éléments incorporels, qui prennent d'ailleurs leur sens par rapport à la clientèle et sont des moyens de la rallier et de l'attacher au commerçant : l'enseigne, le droit au bail, c'est-à-dire l'ensemble des droits de créances résultant du contrat de bail relatif à l'immeuble où s'exerce le commerce. On y trouve encore des éléments corporels : l'outillage et même, éventuellement, le stock de marchandises. L'ensemble forme une unité, une universalité de fait (cf. *supra,* n° 62), c'est-à-dire que les éléments incorpo-

rels et corporels sont vendus, loués, mis en gage, comme un tout, comme un meuble unique (l. du 17 mars 1909). La condition de ce meuble n'est pas, du reste, sans analogie avec celle des immeubles : le gage, pour lui, ressemble à une hypothèque ; sa vente donne lieu à publicité, et elle est taxée fiscalement à l'égal d'une vente d'immeuble, etc. C'est que le fonds de commerce, comme l'immeuble, est susceptible d'une assiette fixe : au lieu de son exploitation.

[251] b) *La propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle*

La propriété incorporelle a ici pour caractéristique de porter sur une création de l'esprit ; la notion de propriété sert à protéger les droits du créateur sur son œuvre, son pouvoir de l'exploiter économiquement, son monopole (temporaire) d'exploitation.

1° *La propriété littéraire et artistique.* — C'est l'ensemble des prérogatives qui appartiennent à l'écrivain ou à l'artiste (peintre, sculpteur, musicien, etc.), sur son œuvre, au moins à partir de la publication. La matière était régie par des lois fragmentaires (l. 19 juillet 1793, l. 14 juillet 1866, etc.), et des constructions jurisprudentielles. La loi du 11 mars 1957 s'est substituée aux unes et aux autres. Il faut distinguer dans la propriété littéraire (nous raisonnerons spécialement sur elle) deux aspects essentiels : le droit pécuniaire et le droit moral.

— *Le droit pécuniaire* rassemble lui-même tout un faisceau de prérogatives : droit de reproduction, de traduction, d'adaptation, etc. Il est librement cessible ; en particulier, il peut être cédé, sous des modalités diverses, à un éditeur par un contrat d'édition. Mais il a un caractère temporaire ; ce n'est pas, à la différence des propriétés corporelles, un droit perpétuel : le droit pécuniaire s'éteint à l'expiration d'un délai de 50 ans à compter du décès de l'auteur (l'œuvre tombe alors dans le domaine public).

— *Le droit moral.* C'est le droit qu'a l'auteur de faire respecter son œuvre en tant qu'elle exprime sa personnalité : le droit de décider souverainement si elle doit être ou non publiée, le droit d'en revendiquer la paternité contre les plagiaires, de s'opposer à des déformations ou à des altérations, de la modifier, de la retirer du commerce. A la différence du droit pécuniaire, le droit moral est incessible, et il a une durée indéfinie : il survit à l'extinction du droit pécuniaire. Il passe aux héritiers, qui ont la mission de veiller au respect de la personnalité de leur auteur. Le droit moral est, en réalité, un droit primordial de l'individu, un droit de la personnalité (au sens technique que l'on donne à ce terme ; cf. t. I).

2° *La propriété industrielle.* — Sous ce vocable générique, on réunit plusieurs sortes de droits incorporels. Ce sont d'abord les droits de l'inventeur sur les *brevets d'invention* qu'il peut prendre auprès de l'Office de la propriété industrielle, s'il a fabriqué un nouveau produit ou créé un produit par un nouveau moyen. Mais il faut qu'il y ait invention, c'est-à-dire quelque chose de nouveau. C'est une propriété temporaire : le brevet peut être pris pour vingt ans ; au-delà l'invention tombe dans le domaine public (l. 2 janv. 1968). Entrent encore dans cette catégorie les *marques de fabrique.* Ce sont les noms réels ou de fantaisie, les emblèmes et signes, destinés à marquer le produit. Les marques déposées à l'Office de la propriété industrielle sont protégées à perpétuité contre les usurpations (l. 31 déc. 1964). Sont pareillement protégés les *dessins et modèles* (l. 14 juillet 1909). L'Office national de la propriété industrielle n'a aucune fonction active de vérification. Le dépôt qui est fait auprès de lui n'a qu'un caractère de publicité.

[252] ▶ *Les titres négociables*

On entend par là des écrits qui constatent et représentent des droits, écrits dans la transmission, par des procédés de *négociation* propres au droit commercial, assure la transmission des droits eux-mêmes. On peut en distinguer deux sortes :

1° *Les valeurs mobilières.* — Ce sont des titres négociables (souvent négociables sur un marché spécialisé ou bourse : *titres de bourse*) qui peuvent représenter des droits de nature diverse : rentes (sur l'État), parts sociales (*actions* dans une société anonyme), créances (*obligations* émises par une personne morale de droit public ou de droit privé).

2° *Les effets de commerce.* — Ce sont des titres négociables constatant des créances à court terme: la *lettre de change* (qui est l'effet de commerce le plus typique ; elle n'est normalement utilisée que dans le commerce), le *billet à ordre,* le *chèque* (cf. *supra,* n° 15).

Tous les titres négociables ont un caractère mobilier, mais tous n'ont pas le caractère de meubles incorporels. C'est leur forme qui est déterminante, et le mode de négociation auquel, corrélativement, ils donnent lieu (cf. t. IV, n° 317). On distingue: les *titres nominatifs,* négociables par voie de *transfert,* les *titres à ordre,* négociables par voie d'*endossement,* les *titres au porteur,* négociables par voie de *traditio,* de remise du titre de la main à la main (de telle sorte que le possesseur actuel du titre apparaît, à chaque instant, comme le titulaire du

droit). Seuls les titres nominatifs et à ordre sont des meubles incorporels. Dans les titres au porteur, au contraire, le titre *incorpore* le droit ; celui-ci s'identifie si complètement à la feuille de papier qui le constate qu'il doit être traité comme un objet matériel, comme un meuble corporel (régi notamment par la maxime de l'a. 2279). C'était une conquête du XIX^e^ s. *pro libertate,* la même qui avait créé le billet de banque. Mais la catégorie a perdu la majeure partie de son domaine depuis qu'a été imposée l'inscription des valeurs mobilières en compte (l. fin. 1981, a. 94-II, devenue effective le 3 mai 1988). Par bien des traits, cependant, l'actionnaire titulaire d'une certaine *quantité* de titres entrés en compte a, sur cette quantité, comme sur un meuble corporel, les droits d'un propriétaire (cf. *supra,* n^os^ 51, 58).

[253] ▶ *Les créances et autres droits incorporels cessibles selon les règles de l'a. 1690, C.C.*

Ce sont pratiquement les *créances* et les *parts sociales* (lesquelles peuvent être regardées, d'ailleurs, comme des créances des associés contre la société), dès lors qu'elles ne sont pas constatées dans des titres négociables. Ce sont des droits nominatifs et incorporels. L'a. 536 montre bien l'immatérialité des créances (dettes actives), et qu'elles ne s'identifient pas avec les écrits, les titres, qui peuvent les constater. Quand l'a. 1240 déclare libératoire le paiement fait de bonne foi à celui qui était *en possession* de la créance, il ne fait pas allusion à la possession matérielle de l'écrit qui la constatait, mais à la possession immatérielle, à l'apparence de la qualité de créancier (c'est le cas d'un *héritier apparent* du créancier originaire ; cf. *Introduction,* n° 163). Au demeurant, l'étude des créances relève du droit des obligations.

[254] B.G. — Droit classique à mi-XX^e^ s. : Planiol-Picard, n^os^ 564 s. ; Beudant-Voirin, n^os^ 142 s. ; Esmein, sur Aubry et Rau, II, § 165. — Mais les types de biens incorporels que connaissait ce droit classique ont donné lieu depuis à des droits spécialisés et renouvelés. V. par ex. sur les *biens culturels* en général, *Trav. Assoc. Capitant* (XL), 1989 ; *A.S.,* 1989 (Art et science sociale). Sur la propriété littéraire, Desbois, *Le droit d'auteur en France,* 3^e^ éd., 1978 ; R. Dumas, *La propriété littéraire et artistique,* 1987 ; Edelman, *La propriété littéraire et artistique* (« Que sais-je ? »), 1989 ; Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins,* 1999 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique,* 1996 ; A. et H.-J. Lucas, *Droits d'auteur et droits voisins,* 1992. Cf. Strömholm, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave,* 1966-1973. Sur la propriété industrielle, Chavanne, *Le droit de la propriété industrielle,* 1980 ; Foyer et Vivant, *Droit des brevets,* 1991, *Dr. pros.,* 91 (2), 387 ; Galloux, Le droit de l'inventeur sur ses découvertes, Sur le fonds de commerce : *J.C.P.,* 48, 2, 4219 ; Le Floch, *Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles,* 1986 ; Derrupé, Clientèle et achalandage, *Études J. Savatier,* 1992, 167. Sur les clientèles civiles, Julien, *R.T.,* 1963, 213 ; M.-C. Forgeard, *Rép. not.,* 94, 1, 120 ; P. Leclercq, *Les clientèles autorisées à la personne,* Th. Grenoble, 1965 ; Zénati, *R.T.,* 91, 560 et 94, 639 ; Marie Charlier-Waline, *La transmission des clientèles civiles,* 1994 ; Mémeteau, *J.C.P.,* 94, 2, 22279 ; Beignier, D. 94, 161 (« la clientèle n'est pas un bien, c'est un lien »), D. 95, 560 ; N. Descamps-Dubacle, D. 97, 531. La doctrine récente a lancé l'expression de *fonds libéral,* par analogie avec le fonds de commerce, et esquissé un rapprochement entre les deux types de fonds, Daigre, *Mélanges Sayag,* 1997 ; F. Vialla, *Introduction du fonds libéral,* Montpellier, 1999.

THÉORIE JURIDIQUE

a) Juste à titre d'exemple sur la *nature juridique du droit d'auteur.* — Plusieurs théories ont été proposées : 1° la théorie personnaliste, qui, mettant l'accent sur le droit moral, fait du droit d'auteur un droit de la personnalité (elle prédomine en Allemagne ; cf. pour la France, Nast, n. D. 1936, 2, 68, Silz, *R.T.,* 1933, 331) ; 2° la théorie dualiste, qui fait du droit d'auteur un droit à la fois extra-patrimonial et pécuniaire (elle a reçu chez nous la consécration de la l. 11 mars 1957, a. 1 ; cf. Desbois, n^os^ 205 s., et La conception française du droit moral de l'auteur, *Mélanges Jean Dabin,* 2, 519 ; Kayser, *R.T.,* 1971, 480 s. ; ce dualisme reste d'ailleurs quelque peu personnaliste, car est-ce nier la personne que de distinguer l'âme et le corps ?) ; 3° la théorie du droit de propriété, qui voit l'essentiel du droit d'auteur dans le monopole d'exploitation lucrative (cf. Josserand, *Droit civil,* I, n° 1527). Sur cette troisième théorie, un juriste belge, M. Recht (*Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété,* 1969), s'est livré à une reconstruction remarquable. Affirmant au départ que le droit d'auteur est un droit réel de propriété, que l'œuvre est un bien patrimonial dès sa création et indépendamment même de toute divulgation, il en vient à élaborer la notion d'une « propriété création stratifiée ». Le créateur devient propriétaire au moment de la création, mais en publiant son œuvre, il en fait don à la société ; celle-ci en garde le domaine éminent et lui en rétrocède le domaine utile (au sens de la distinction féodale ; cf. *supra,* n° 223) – domaine utile qui n'est qu'une concession, mais que l'État protège en contrepartie. Cf. Agostinelli, Limites au droit moral de l'auteur, *Dr. pros.,* 98 (2), 583 ; Pollaud-Dulian, Abus de droit et droit moral, D. 93, chr. 97.

b) *La dématérialisation.* — Entre le *corpus* et l'*animus,* il semble que le droit soit voué à flotter indéfiniment. Au XIX^e^ s., l'incorporation des créances et des droits sociaux, la généralisation du billet de banque et du titre au porteur, la matérialité fut perçue comme un progrès pour la liberté de l'anonymat et de l'oubli. Mais un siècle plus tard, la dématérialisation a été présentée comme une sécurité pour les usagers, une commodité pour les banques, un facteur de croissance pour la bourse de Paris ; même si, de l'intérêt pour le fisc et la police, on parla peu. Cette confiance faite à l'innovation n'est pas, toutefois, exempte de remords ni de nostalgie : la carte bancaire procure l'illusion de *manier* le compte ; du don qui s'opère par remise d'un chèque, on aime toujours dire qu'il est *manuel.* La vérité de la richesse mobilière est d'être palpable : ma cassette ! Cf. Germain, Sociologie de la dématérialisation, *Arch.,* 97, 105.

c) *L'immatériel* (en en faisant une entité). — Le phénomène remarquable n'est peut-être pas tellement l'entrée dans le monde juridique de ces objets qui n'en sont pas, c'est plutôt l'attention passionnée que d'emblée le monde juridique leur a porté. Dont témoignent des écrits importants et animés : ex. A. Piédelièvre, Le matériel et immatériel, *Études Michel de Jugart,* 1986, 55 ; Mousseron, Valeurs, biens, droits, *Mélanges A. Breton, F. Derrida,* 1991, 277 ; Savouret, Le droit des biens incorporels, *D. Aff.,* 97, 150 ; C. Verbaere, *Dr. pros.,* 99 (3), 685, et tout le volume des *Arch.,* Le droit et l'immatériel, 1999, Un peu en marge : Goldfinger, *L'utile et le futile, l'économie de l'immatériel,* 1996 ; Vivant, L'irrésistible succession des propriétés intellectuelles ? (noter le point d'interrogation), *Mélanges Chr. Mouly,* 1998 ; P. Catala, *Le droit à l'épreuve du numérique,* Jus ex machina, 1998.

Cependant, nous avons beau saluer comme l'avènement d'une nouvelle civilisation l'extension du domaine juridique à l'immatériel, voire au virtuel, quand il nous faut faire passer l'intuition dans la pratique, d'instinct c'est à la matérialité que nous revenons : nous évoquons la propriété des créances (*supra,* n° 43) et même leur revendication (cf. Zénati, *R.T.,* 96, 422 et 97, 686) ; un meuble incorporel peut être mis en gage (a. 2075) et pareillement un compte d'instruments financiers (l. 3 janv. 1983 ; cf. *supra,* n° 65) ; n'a-t-on pas été jusqu'à parler de la propriété de l'information (P. Catala, La « propriété » de l'information [noter les guillemets], *Mélanges Raynaud,* 1985, 97), ce brouillard mouvant fait d'une infinité de gouttelettes (cf. Galloux, Ébauche d'une définition juridique de l'information, D. 94, chr. 229). Est-ce une revanche du langage ou de la réalité (cf. D. Gutmann, *Arch.,* 99, 65) ?

La revanche, en tout cas, ne saurait déconcerter – pour emprunter une expression aux démographes – que la génération de la *transition.* Au-delà s'étalent les plaines du XXI^e^ s. que l'immatériel est appelé à dominer selon les conjectures courantes. C'est une probabilité très forte : il n'est pas interdit, pourtant, de l'encadrer de réserves en forme de questions :

— Le potentiel de mondialisation du droit dont l'immatériel est chargé aura-t-il assez de puissance pour briser le besoin vital de cloisonnement que porte en elle toute société ?

— La compréhension scientifique qu'exige l'immatériel est-elle assez également répandue pour ne pas créer un nouvel ésotérisme du droit, engendrant la discrimination, puis la révolte des *know-not-how* ?

INDEX

Abandon, 40, 146, 243 ; — des déchets, 226.
Abus du doit (de propriété), 167 s.
Accession, 59, 111, 212 ; — des animaux, 226, 243.
Accessoire, 59.
Accroissement (clause d'), 89.
Actions, 51.
Affectation, 7, 8, 34.
Agriculture, 131.
Animal, 225, 243.
Antichrèse, 38.
Anticipation (meuble par), 49, 58.
Arbre, 149.
Art (objet d'), 226, 251.
Association syndicale, 219.
Aubry et Rau (théorie du patrimoine), 4, 8.
Auteur (droit d'), 251.
Automobile, 226.

Bail, 184, 214 ; — à construction, 38, 185, 214.
B.C.E., Banque centrale européenne, 11.
Bien, 45.
Bijou, 226.
Billet de banque, 23, 24.
Bonne foi, 120.
Bornage, 134.
Brevet, 251.
Bruit, 46, 172.

Capital, 60.
Carrière, 136.
Carte de paiement ou de crédit, 24.
Charges (dans les libéralités), 86.
Chasse, 241.
Chèque, 24, 252.
Chose, 45.
Circulation des biens, 112.
Clause-or, 36.
Clientèle, 250, 254.
Clôture, 137.
Coffre-fort de banque, 64.
Commerce, 112.
Communautaire (propriété), 75.
Complainte, 201.
Compte (monnaie de), 10, 36.
Concours (loi du), 40.
Conditionnelle (propriété), 83.
Confessoire (action), 205.
Consolidation, 94, 155.
Consomptible (bien), 52.
Constitutionnel (droit), 9, 29.
Construction, 71 ; bail à —, 38, 185, 214 ; — (distances), 149 ; — de

N.B. — Les nombres renvoient aux numéros gras entre crochets **[1]**, **[2]**, ... du volume et non aux pages.

l'usufruitier, 99 ; — sur le fonds voisin, 143 ; — sur le terrain d'autrui, 213.
Construire (droit de), 214.
Contenant, 64.
Contrats (continuité des), 17.
Convention (comme mode d'acquérir), 107.
Copropriété, 79 ; — forcée et perpétuelle, 80 ; — des immeubles bâtis, 175.
Corporel (bien), 49, 224.
Corps certain, 53.
Cours communes (servitude de), 148.
Cours forcé, 11 ; — légal, 26.
Créance (droit de), 39.

Déchets, 226.
Déguerpissement, 40, 146.
Délaissement, 41.
Dématérialisation (des titres au porteur), 51, 58, 252.
Dénonciation de nouvel œuvre, 201.
Dépréciation monétaire, 12 s.
Derelictae (res), 243.
Destination (immeuble par), 61; — du père de famille, 158.
Détention, 123.
Distances, 143, 149.
Domaine éminent (de l'État), 223 ; — privé, 221; — public, 221.
Don manuel, 64, 232, 239.
Donner, *dare* (obligation de), 107, 115.
Droit personnel, 39; — réel, 38.
Duguit (Léon), 8, 75.

Eaux (régime des), 135, 140, 147.
Échelle mobile, 29 s.
Écologie, 46, 172.
Écu, 10.
Emphythéose, 38, 185.
Empiétement, 143, 196, 213.
Enclave, 148.
Environnement, 46, 172, 223.
Épave, 243.
Estimation, 22.
État (et propriété), 219.
E.U.R.L. (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée), 5, 65.
Euro, 9, 10, 11, 12, 23, 25.
Europe, 20, 131.
Évaluation, 31.
Éviction, 208.
Exploitation, 63.
Expropriation pour cause d'utilité privée, 129 ; — publique, 220.

Fausse monnaie, 22.
Fermage (statut du), 186.
Fiducie, 7, 89.
Finance (de l'office), 250.
Foi (bonne, mauvaise), 120, 191, 208, 213.
Fondation, 8, 86.
Fonds de commerce, 62, 250.
Fongible (bien), 10, 53.
Fouilles archéologiques, 242.
Franc (ancien et nouveau), 11, 21.
Fruits, 60 ; — (acquisition par le possesseur de bonne foi), 208.

Gage (sûreté réelle), 38 ; droit de — des créanciers, 39.
Genre (choses de), 53.

Habitat (droit à l'), 188.
Habitation, 101.
Haie, 138.
Hypothèque, 38.

Immatériel, 50, 55, 57, 249, 254.
Immeubles, 47, 131 ; — par destination, 61 ; — par l'objet auquel ils s'appliquent, 43 ; — par nature, 49.
Impenses, 209.
Imprescriptibilité (du droit de propriété), 77.
Inaliénabilité, 85.
Inconvénients anormaux de voisinage, 168, 174.
Incorporel (bien), 50, 51, 249.
Indexation (clauses d'), 28.
Indivision, 82.

Inopposabilité, 110.
Instrument monétaire, 23-25.
Interruption de la prescription, 193.

Jonction des possessions, 192.
Jours, 150.

Liquidité, 10.
Location, 184, 214.
Logement (droit au), 188 ; — d'office, 129.
Lot (dans la copropriété), 182.
Loyers (législation des), 186.

Maastricht (traité de), 10, 12.
Manuel (don), 232, 239.
Maxime *contra non valentem agere*, 194 ; — *« En fait de meubles... »*, 227 s. ; — *Nemo plus juris...*, 106.
Mélange, 226.
Meubles, 47, 224 ; — par anticipation, 49 ; — par détermination de la loi, 51 ; — par nature, 49 ; — (revendication des), 227 s.
Mines, 136.
Mitoyenneté, 138.
Mixtion des meubles, 226.
Mode d'acquérir, 106.
Monnaie, 9 s.
Multipropriété, 89.
Mur (mitoyen, privatif), 138.

Nationalisation, 73, 76, 116.
Nature, 147 (servitude dérivant de la situation des lieux) ; — (protection de la), 46.
Nécessité, 129 ; — (biens ayant un caractère de), 48.
Négatoire (action), 205.
Négociable (titre), 249.
Nominalisme monétaire, 13.
Nuisance, 46, 172.

Obligation, 39 ; — de somme d'argent, 25 ; — réelle, 41, 51.
Occupation (des lieux), 127 ; — (mode d'acquérir), 106, 241.
Office, 250.
Or, 226.
Originaire (mode d'acquérir), 106, 241.

Pas-de-porte, 186.
Passage en cas d'enclave, 148.
Patrimoine, 1 s., 62 ; — de la nation, 56, 223.
Pêche, 241.
Perpétuité (du droit de propriété), 68, 77 ; — (des servitudes), 146.
Personnel (droit), 39.
Pétitoire, 205.
Planiol, 43.
Plantation, 212 s. ; — (distances), 149.
Portefeuille (de valeurs mobilières), 62, 65, 105.
Porteur (titre au), 231.
Possesseur de bonne foi, 208.
Possession, 117 s. ; — mobilière, 227 s.
Possessoire, 182, 201.
Précarité, 123, 188.
Préemprion (droit de), 77, 175, 223.
Préférence (droit de), 40.
Prélèvement (avis de), 15.
Prescription acquisitive des servitudes, 152 ; — des immeubles, 189 ; — des meubles, 76 s.
Preuve (de la propriété immobilière), 206.
Privatisation, 73.
Prix (paiement du), influence sur le transfert de la propriété, 108, 115.
Produit, 60, 66.
Propriété, 67 ; — commerciale, 116, 186 ; — industrielle, 251 ; — littéraire, 251 ; — (réserve de), 87, 109, 115.
Propter rem (obligation), 41.
Publicité foncière, 110, 112, 115.
Putatif (titre), 199, 218.

Quasi-usufruit, 103.

Réel (droit), 38.
Réelle obligation, 41, 51.

Règlement de copropriété, 178.
Réintégrande, 201.
Remembrement, 134, 141.
Renonciation (à prescription), 195.
Rentes, 51 ; — viagères (majoration des), 18.
Réquisition de logement, 129.
Res nullius, 241.
Réserve de propriété (clause de), 87, 109, 115.
Résidence secondaire, 132, 188.
Résoluble (propriété), 83.
Restitution (en droit civil), 211 ; (en droit pénal), 238.
Rétention, 41.
Rétroactivité (de la condition), 84.
Revendication (immobilière), 205 ; — (mobilière), 227.
Revenu, 60.
Révision des conditions et charges, 86.

Saisie-revendication, 238.
S.E.B.C., Système européen des banques centrales, 11.
Servitudes, 146 s.
Squatters, 127, 129, 188.
Subrogation réelle, 2, 62, 65, 114.
Suite (droit de), 40.
Superficie (droit de), 213.
Sûretés réelles, 38, 48.
Suspension de la prescription, 194.
Syndicat, 179.

Temporaire (propriété), 89.
Titre (constitutif de servitude), 151 ; — (preuve de la propriété immobilière), 207 ; juste —, 191 ; — putatif, 199 ; — de bourse, 51, 252.
Tolérance (actes de), 164.
Tradition (remise de la possession), 108, 232.
Transfert de la propriété, 108.
Trésor, 242.
Troubles de voisinage, 168.

Unité monétaire, 11 s., 31.
Universalité de droit, 2 s., 62 ; — de fait, 62.
Usage (*usus,* attribut de la propriété, de l'usufruit), 25, 68, 97 ; — (droit réel, diminutif de l'usufruit), 101 ; non- —, extinction de l'usufruit, 94, des servitudes, 155.
Usucapion, 189.
Usufruit, 92.

Vacants (biens), 240.
Valeur mobilière, 51, 58, 231, 252 ; — vénale, 23.
Valorisation, 28.
Valorisme monétaire, 13.
Vente, 114, 115.
Vices (de la possession), 120.
Virement, 15.
Voisinage, 133, 167 ; inconvénients anormaux de —, 168.
Vol, de pain, 130 ; — (revendication des meubles volés), 226, 231.
Vues, 150.

THÉMIS

Collection fondée et dirigée par Maurice Duverger

DROIT PRIVÉ

Direction : Catherine Labrusse-Riou

ATIAS Christian *Philosophie du droit.* 1999, 1re éd.
BEAUCHARD Jean *Droit de la distribution et de la consommation.* 1996, 1re éd.
CARBONNIER Jean *Droit civil*
Introduction. 1999, 26e éd. refondue
T. 1 : *Les Personnes.* 2000, 21e éd. refondue
T. 2 : *La Famille. L'enfant, le couple.* 1999, 20e éd. refondue
T. 3 : *Les Biens.* 2000, 19e éd. refondue
T. 4 : *Les Obligations.* 2000, 22e éd. refondue
CHARTIER Yves *Droit des affaires*
T. 1 : *L'Entreprise commerciale.* 1993, 4e éd. refondue
T. 2 : *Sociétés commerciales.* 1992, 3e éd. mise à jour
T. 3 : *Entreprises en difficulté.* 1990, 1re éd.
CORNU Gérard *Les Régimes matrimoniaux.* 1997, 9e éd. refondue
CORNU Gérard, FOYER Jean *Procédure civile.* 1996, 3e éd. refondue
DELMAS-MARTY Mireille *Droit pénal des affaires*
T. 1 : *Responsabilité, procédure, sanctions.* 1990, 1re éd.
T. 2 : *Infractions.* 1990, 1re éd.
DELMAS-MARTY Mireille *Les Grands Systèmes de politique criminelle.* 1992, 1re éd.
DELMAS-MARTY Mireille (sous la direction de) *Procédures pénales d'Europe.* 1995, 1re éd.
DIDIER Paul *Droit commercial*
T. 1 : *Introduction. L'entreprise. L'entreprise individuelle.* 1999, 3e éd. mise à jour
T. 2 : *L'Entreprise en société. Les groupes de sociétés.* 1999, 3e éd. mise à jour
T. 3 : *La monnaie. Les valeurs mobilières. Les effets de commerce.* 1999, 1re éd.
T. 4 : *L'entreprise en difficulté.* 1999, 2e éd.
DIJON Xavier *Droit naturel*
T. 1 : *Les questions du droit,* 1998, 1re éd.
FOYER Jean, VIVANT Michel *Droit des brevets.* 1991, 1re éd.
GROSS Bernard, BIHR Philippe *Contrats civils et commerciaux*
T. 1 : *Vente civile et commerciale. Baux d'habitation, baux commerciaux.* 1993, 1re éd.
HUET André, KOERING-JOULIN Renée *Droit pénal international.* 1994, 1re éd.
LUCAS André *Droit de l'informatique.* 1987, 1re éd.
PONCELA Pierrette *Droit de la peine.* 1995, 1re éd.
PUTMAN Emmanuel *Droit des affaires,* t. 4 : *Moyens de paiement et de crédit.* 1995, 1re éd.

PUTMAN Emmanuel *Contentieux économique.* 1998, 1re éd.
RIVERO Jean et SAVATIER Jean *Droit du travail.* 1993, 13e éd. mise à jour
ROBERT Jacques-Henri *Droit pénal général.* 1999, 4e éd. mise à jour
SCHAPIRA Jean, LE TALLEC Georges, BLAISE Jean-Bernard, IDOT Laurence *Droit européen des affaires.* 1999, 5e éd. mise à jour

Ouvrages en préparation

BERGEL Jean-Louis *Méthodologie juridique*
CADIET Loïc *Introduction au droit processuel*
DIJON Xavier *Droit naturel,* t. 2 : *Les réponses de l'histoire*
EDELMAN Bernard *Propriété littéraire et artistique,* 2 tomes
GAUDU François *Droit du travail*
GROSS Bernard, BIHR Philippe, BALESTRIERO Véronique *Contrats civils et commerciaux,* t. 2
IDOT Laurence *Introduction au droit communautaire*
LUCAS DE LEYSSAC Claude, PARLÉANI Michel-Gilbert *Droit du marché*
MARTIN Gilles G. *Droit des assurances*
MUIR-WATT Horatia, BUREAU Dominique *Droit international privé*
RODIÈRE Pierre, MOREAU Marie-Ange *Migrations internationales : étrangers et nationaux*
VAREILLE Bernard, MARGUENAUD Jean-Pierre *Les Libéralités*
Les Successions

DROIT PUBLIC

Direction : Didier Truchet

AUBY Jean-Bernard, Jean-François *Droit des collectivités locales.* 1998, 2e éd.
BELTRAME Pierre, MEHL Lucien *Techniques, politiques et institutions fiscales comparées.* 1997, 2e éd. refondue
BOURDON Jacques, PONTIER Jean-Marie, RICCI Jean-Claude *Droit des collectivités territoriales.* 1998, 2e éd. mise à jour
BURDEAU François *Histoire du droit administratif.* 1995, 1re éd.
CHARLES Hubert *Droit de l'urbanisme.* 1997, 1re éd.
DEBBASCH Charles *Institutions et droit administratifs*
T. 1 : *Les Structures administratives.* 1999, 5e éd. mise à jour
T. 2 : *L'Action et le contrôle de l'administration.* 1998, 4e éd. refondue
DEBBASCH Charles, BOURDON Jacques, PONTIER Jean-Marie, RICCI Jean-Claude *Droit administratif des biens.* 1999, 3e éd.
DOUAT Étienne *Finances publiques.* 1999, 1re éd.
DRAGO Guillaume *Contentieux constitutionnel français.* 1998, 1re éd.
DUVERGER Maurice *Éléments de droit public.* 1995, 13e éd. mise à jour
GLEIZAL Jean-Jacques, GATTI-DOMENACH Jacqueline, JOURNÈS Claude *La Police. Le cas des démocraties occidentales.* 1993, 1re éd.

RIVERO Jean *Les Libertés publiques*
T. 1 : *Les Droits de l'homme.* 1995, 7e éd. mise à jour
T. 2 : *Le Régime des principales libertés.* 1996, 5e éd. mise à jour
SUEUR Philippe *Histoire du droit public français*
T. 1 : *Constitution monarchique.* 1993, 2e éd.
T. 2 : *Affirmation et crise de l'État.* 1994, 2e éd.
TOUSCOZ Jean *Droit international.* 1993, 1re éd.
VEDEL Georges, DELVOLVÉ Pierre *Droit administratif*
T. I. 1992, 12e éd.
T. II. 1992, 12e éd.

Ouvrages en préparation

BURDEAU Geneviève *Droit des organisations internationales*
DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline *Droit communautaire et politiques communes*
LABORDE Jean-Pierre *Sécurité sociale*
MAILLARD Dominique *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*
MOLINIER Joël, TOURNIÉ Gérard *Procédure fiscale,* 2e éd. refondue
PICARD Étienne *Droits fondamentaux. Théorie générale*
RAINAUD Jean-Marie *Les grandes conclusions des commissaires du gouvernement*
VAN LANG Agathe *Droit de l'environnement*

Imprimé en France
Imprimerie des Presses Universitaires de France
73, avenue Ronsard, 41100 Vendôme
Janvier 2000 — N° 46 788