



De la propriété du sol en volume

David Richard

► To cite this version:

David Richard. De la propriété du sol en volume. Droit. Université Panthéon-Assas Paris II, 2015. Français.

HAL Id: tel-01233468

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01233468>

Submitted on 26 Nov 2015

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

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

Copyright

Université Panthéon-Assas

École doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit privé

Soutenue le 18 novembre 2015

Thèse de Doctorat / novembre 2015

De la propriété du sol en volume



Université Panthéon-Assas

David Richard

Sous la direction de **Monsieur Hugues Périnet-Marquet**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II

Membres du jury :

Monsieur Michel Grimaldi

Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II

Monsieur Jean-Marc Le Masson

Maître de conférences à l'Université de Nantes

Monsieur Charles Gijssbers

Professeur à l'Université de Rouen

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Ce travail a été le fruit d'une grande solitude qui parfois confina à l'isolement. Pourtant, seul, je n'aurais pu mener à bien cette tâche.

Mes premiers remerciements vont à mon épouse. Infailliblement, avec cette détermination qui la caractérise, elle m'a soutenu avec toute sa considération durant ce périple au long cours. Je remercie également mon fils, qui n'a jamais compris l'intérêt de passer autant de temps devant un ordinateur, sans m'en tenir rigueur !

Arrive maintenant un moment auquel j'ai maintes fois pensé, celui d'exprimer à Alain mon immense reconnaissance. Son aide a été proprement incommensurable, à tel point que je peine même à concevoir l'issue de cette aventure sans lui. Le plus incroyable est que cette aide ne représente qu'une petite partie de ce qu'il m'a apporté depuis maintenant de très nombreuses années, puisque nos chemins se sont croisés quand je n'étais encore qu'un collégien. La pudeur m'empêche d'aller ici plus avant et je conclurai simplement en lui témoignant ma plus sincère et ma plus profonde gratitude.

Enfin, je tiens à remercier vivement le professeur Hugues Périnet-Marquet. Sans me connaître, sur l'envoi d'une simple lettre, il a accepté avec bienveillance de diriger ma thèse, qui plus est en m'accordant une liberté presque inconditionnelle dans la conduite de mes travaux.

Résumé :

La propriété foncière du Code civil, unitaire par principe, s'accommode difficilement de l'ubiquité du droit de superficie, comme en attestent les incessants débats doctrinaux sur le sujet. Le volume immobilier moderne a répondu aux besoins de division du sol du corps social. Toutefois, en dématérialisant l'immeuble, le volume déstabilise fortement la théorie classique de la propriété.

La présente thèse définit un concept de sol appropriable et divisible dans le sens de la hauteur, sans renier la propriété du code. Pour cela, le sol, incluant le dessous et le dessus, est perçu comme relevant du monde tangible. Ce bien est ensuite appréhendé en trois dimensions par un procédé de géométrisation. Le sol volumique correspond à une nouvelle phase plus abstraite de conceptualisation du sol. Cependant, la chose sensible signifiée par le concept, le sol ou fonds de terre selon les juristes demeure la même ; seule sa représentation a évolué. Dans cette perspective, le sol en volume devient individualisable et appropriable sur le modèle du sol parcellisé en deux dimensions, indispensable à une propriété individuelle et exclusive.

Ainsi, la propriété du Code civil via ses dispositions actuelles, notamment les articles 552, 518 et 544, s'applique à un volume immobilier comme à une parcelle. Ce modèle de propriété passant de l'unité à la division, est complété par un droit de superficie simple, droit réel fondé sur les articles 553, 543 du Code civil et le droit de jouissance spéciale. Suivant la thèse moniste, la propriété du sol en volume, qui n'est autre que le concept de propriété du code appliqué à un sol tridimensionnel, concilie la théorie classique de la propriété et celle du doyen Savatier.

Descripteurs : Propriété foncière, volume immobilier, unité du sol, fonds de terre, droit de superficie, droit réel de jouissance spéciale, concept de sol en volume, biens corporels et incorporels, thèse moniste, théorie de la propriété, numerus clausus.

Land property expressed as a volume :

The concept of land property in the Civil Code, unitary by principle, has always been in difficulty when facing the ubiquitous "droit de superficie", as evidenced by the never-ending doctrinal debates. The modern concept of property "volume" has responded to the social need for division of the land. However, with volume, real estate properties become incorporeal things and destabilize the classical theory of property, which is synonymous with corporeal things.

This thesis defines a concept of land property appropriable and divisible relative to height, compatible with the Civil Code's land law. For this, land, including the subjacent and superjacent domains, is perceived as part of the tangible world. This land is then comprehended in three dimensions via a geometrical approach. Land with three-dimensional significance corresponds to a new phase of conceptualization of the land that is more abstract. The physical part, however, which the concept refers to, ie the land, remains the same; only its representation has evolved. Applying this perspective, the land expressed as a volume becomes a unit appropriable on the model of land divided in two dimensions.

Consequently, the concept of property in the Civil Code under its current wording, notably clause 552, but also 518 and 544, applies to land expressed as a volume as to a parcel. This property model able to divide the land vertically as well as horizontally is also capable to organize a land division comparable to a long lease. This complementary concept is based on clauses 553, 543 of the Civil Code. Developing the monistic thesis, the ownership of the land when seen as a volume reconciles the theory of the dean Savatier and the classical theory of property.

Keywords : Land law in the Civil Code, concept of property, third dimension of land, corporeal things, numerous clausus, land division.

Liste des principales abréviations

anc. ancien
Al. ou al. alinéa
Art. ou art. article
Ass. Assemblée
Ass. plén. Assemblée plénière
BICC Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. civ. Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
C. civ. Code civil
CA Cour d'appel
Cass. civ. Cour de cassation
CC Conseil Constitutionnel
CCH Code de la construction et de l'urbanisme
CE Conseil d'État
Civ. Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
CJCE Cour de justice des Communautés européennes
C. nap. Code Napoléon ou Code civil
concl. Conclusions
CU Code de l'urbanisme
D. Recueil Dalloz
DDHC Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789
Defrénois Répertoire du Notariat Defrénois
Dev. Développements
DC Dalloz critique
dir. Direction
DP Dalloz périodique
DH Dalloz hebdomadaire
Dr. et pat. Droit et patrimoine
éd. Ed. éd. édition
Gaz. Pal. Gazette du Palais
ibid. ibidem
infra ci-dessous
J. Cl. Juris-Classeur
JCP G Semaine juridique, édition générale
JCP N Semaine juridique, édition notariale et immobilière
JO Journal officiel
maj Mise à jour
obs. observations
op. cit. opere citato
ord. ordonnance
ouvr. coll. Ouvrage collectif
préc. précité
préf. préface
rapp. rapport
Rev. d'hist. du dr. Revue d'Histoire du Droit
RDI Revue de droit immobilier
RD Imm Revue de droit immobilier
Rép. civ. Répertoire civil Dalloz
Req. Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
RHD Revue d'Histoire du Droit
RJDA Revue de jurisprudence de droit des affaires
RRJ Revue de recherche juridique

RTDC Revue trimestrielle de droit civil
RTD civ. Revue trimestrielle de droit civil
S. Sirey
Sir. Sirey
som. Sommaire
supra ci-dessus
T. corr. Tribunal correctionnel
TLFI Trésor de la Langue Française Informatisé
Trib. Tribunal
TI Tribunal d'instance
TGI tribunal de grande instance
V. Voir
V° Verbo

Sommaire (*Un plan détaillé figure à la fin de l'ouvrage*)

Première partie : Le sol du Code civil : une chose essentiellement surface

Titre I : Les caractères du sol selon le Code civil

Chapitre I : La matérialité du sol

Chapitre II : Le sol pris comme une étendue

Titre II : Les prémices d'un concept civiliste du sol tridimensionnel

Chapitre I : L'exemple de la mine de 1810

Chapitre II : L'exemple des caves, grottes et autres excavations

Deuxième partie : Les thèses rejetant la propriété d'un sol en volume

Titre I : Les rejets purs et simples de la propriété volumique

Chapitre I : La thèse personnaliste

Chapitre II : La thèse du droit réel « classique »

Chapitre III : La thèse du droit réel sur la chose d'autrui (DRCA)

Titre II : Les rejets relatifs de la propriété volumique

Chapitre I : La thèse dualiste : une propriété *sui generis*

Chapitre II : La propriété de droits ou la propriété simultanée

Troisième partie : La reconnaissance de la propriété volumique

Titre I : La perception du sol tridimensionnel

Chapitre préliminaire : Réflexions libres sur le volume immobilier

Chapitre I : Le sol tridimensionnel : méthode de définition

Chapitre II : La thèse moniste

Titre II : L'appropriation du sol en volume

Chapitre I : La relation droit, chose « sol »

Chapitre II : La relation droit, chose « sol » : fondement textuel

Chapitre III : La propriété volumique à l'épreuve de la pratique

Tout ce que je sais, c'est que je ne sais rien.

Socrate

Introduction

(1.) « Ce qui change le moins chez l'homme, ce sont les questions qu'il se pose sur lui-même. À toutes les époques, sous toutes les latitudes, dans toutes les sociétés, il a éprouvé les mêmes angoisses, nourri les mêmes doutes, formulé les mêmes interrogations sur son identité, sur le sens de sa vie, de la douleur à la mort, sur les meilleurs moyens d'être, d'avoir, de durer, de transmettre. À certaines époques, il a trouvé à ces questions des réponses naturelles, cohérentes, rassurantes. Puis le doute s'est réinstallé, les certitudes ont vacillé, les interrogations ont resurgi, des convictions se sont opposées, des ordres se sont dissous. Ainsi en est-il de la propriété. »¹. C'est par ces phrases que J. Attali lance son essai sur la propriété. L'auteur voit dans la propriété, dans ce qu'elle a de plus essentiel, la peur de la mort ; nous y verrons plutôt, la vie, la source du développement de l'homme. Les points de vue sont peut-être opposés ? Ou alors complémentaires ? La vie, la mort, comme l'être et l'avoir, l'esprit et la matière sont-ils contraires ou compléments ? La seconde hypothèse sera préférée, en l'avouant à demi-mot, en se gardant surtout de le démontrer.

De même, il serait bien trop prétentieux de vouloir rivaliser avec le caractère annonciateur du propos J. Attali. Toutefois, peut-on tenter d'évoquer quelques aspects structurants du concept de propriété. La démarche ira dans le sens d'un retour du doute, évoqué par J. Attali, dans la relation que l'homme tisse avec les choses. Il s'agit aussi d'un passage obligé. S'interroger sur la propriété immobilière, et plus précisément la propriété du sol appréhendé en trois dimensions, suppose inévitablement, au préalable, de s'intéresser au concept de propriété lui-même. Tout en relevant de l'obligation, l'exercice est délicat. D'abord, la ligne de démarcation entre la propriété et la propriété foncière est ténue. Initialement, au temps où la propriété, au sens de richesses, était essentiellement immobilière, les deux concepts se confondaient. D'ailleurs, la question foncière inspira largement, c'est le moins que l'on puisse dire, la propriété du code. Aujourd'hui, le concept de propriété dispose d'un champ qui lui est propre. La dernière grande théorie juridique de la propriété, « la théorie renouvelée de la propriété » dénommée aussi « jus excluendi » de F. Zenati, ambitionne même de couper les ponts avec cette généalogie quelque peu encombrante. Le postulat est

¹ J. Attali, « Au propre et au figuré. Une histoire de la propriété », Fayard, 1988, p. 9.

sans doute trop radical, tout en ayant le mérite d'ouvrir le concept de propriété au monde idéal. À ce propos, il paraît important de poser un premier jalon. Les développements à suivre porteront sur la propriété du sol appréhendé en trois dimensions, c'est-à-dire une chose du monde tangible. La problématique de l'extension de la propriété aux choses incorporelles, au cœur de la thèse de F. Zenati, se place naturellement en dehors de notre perspective, sans que l'on puisse en déduire *a priori* une quelconque incompatibilité entre les deux problématiques.

Aborder le concept de propriété est ensuite délicat en raison de la portée extrêmement vaste de cette notion, tendant à effacer le concept de propriété foncière. Ce dernier possède pourtant des spécificités. La principale est celle d'avoir pour objet l'écorce terrestre, condition première à l'existence de l'homme, et c'est justement par l'analyse de cet objet, que le principe d'une propriété volumique devient concevable. Cette question d'une propriété verticale, avec un sol divisible dans le sens de la hauteur n'est pas nouvelle. Dès l'avènement du Code civil, doctrine et jurisprudence engagèrent un débat intense, toujours actif, autour de ce que l'on nomme le droit de superficie, même si l'appellation est sans doute trop réductrice.

(2.) L'examen de la propriété d'un sol volume nécessite donc d'évoquer au moins succinctement le concept de propriété pour donner un cadre à notre exposé, voire un sens (I). Toutefois, cette première étape doit être accompagnée d'une seconde, axée plus directement sur la propriété foncière, de façon à en comprendre les ressorts. Cette visée introspective de la propriété foncière nous servira de cicérone tout au long de notre périple. Pour le débiter, la propriété foncière sera étudiée au travers du droit de superficie qui contient en germe la question de la propriété volumique moderne (II).

Ce parti-pris peut surprendre, le droit de superficie, en partie insaisissable, se plaît, on le sait, à déjouer les canons de la propriété du code, endossant son rôle favori de chevalier d'Éon et de *shadow* propriété, laissant libre cours à sa nature ubiquiste. Source de perturbation incessante pour la propriété du code, nous verrons pourtant que le droit de superficie en est le double indispensable. Cette cohabitation imposée à la propriété la pousse, il est vrai, dans ses retranchements, parfois jusqu'au reniement, mais contribue dans le même temps à son renforcement.

I Le concept de propriété un préalable à la propriété d'un sol en volume

(3.) Le concept de propriété est un vaste sujet, objet de nombreuses attentions. La science juridique participa, et continue de participer, à la connaissance de ce concept, sans pouvoir prétendre seule à l'élaboration d'une théorie de la propriété.

La contribution de la science juridique, sans doute, substantielle, entraîne les juristes à penser faussement que la propriété relèverait seulement du droit. La posture semble bien péremptoire. Le concept de propriété est indéniablement normé. Le Code civil définit la propriété donnant une certaine légitimité à la science juridique dans la détermination de ce concept. Néanmoins, cette prévalence doit être tempérée. La nature de la propriété résulte d'un choix d'organisation sociale. Il paraît terriblement délicat de soutenir, comme pouvaient le faire les auteurs anciens, que la propriété individuelle et exclusive du Code civil est assise sur l'ordre des choses. D'autres modèles de propriété existent incontestablement, se pose donc la question de la hiérarchie de ces options. Certains modèles éloignés des modèles civilistes prennent place dans des pays connaissant un niveau de développement économique semblable au nôtre. De plus, ce critère du niveau de développement économique est lui-même sujet à appréciation. Sans doute existe-t-il des tendances sinon universelles à tout le moins générales, comme une certaine inclinaison à l'individualisme, à l'exclusion d'autrui. Toutefois, ces tendances font l'objet de variations importantes dans l'espace et dans le temps, pouvant laisser entrevoir une remise en cause totale. Ainsi, la propriété traduit-elle, au moins pour partie, un choix positif, politique, relatif à l'État, à l'organisation de la vie de la cité. Cela signifie que le droit doit partager le concept de propriété avec la science politique. Par ailleurs, la propriété ayant trait aux richesses, la science économique a également toute légitimité à intervenir, et le point de vue des économistes prime certainement celui des juristes sur de nombreux aspects. L'homme vivant en société, ses rapports aux choses s'inscrivent dans cette dimension ouvrant la porte du concept de propriété à la sociologie et à l'anthropologie. Il serait possible de poursuivre. Le propriétaire est un être humain, sa relation aux choses intéresse donc les sciences cognitives, mais aussi la physique pour ce qui concerne les choses éléments de l'univers.

On le voit le concept de propriété ne peut se satisfaire de la seule perspective des juristes. Certes, ils ont toute légitimité à s'exprimer dans ce domaine, sous réserve d'accepter l'opinion des autres. Le concept de propriété s'analyse de la sorte en un espace propice à l'échange, au dialogue. Cet espace est lui-même constitué de sous-ensembles nécessitant une

cohérence minimale entre ces différentes entités, éloignant sûrement l'hypothèse d'une théorie générale unitaire de la propriété².

Faute de pouvoir raisonnablement envisager une approche exhaustive du concept de propriété, nous nous limiterons, suivant notre objectif se rapportant à la propriété volumique, à présenter succinctement deux aspects complémentaires du concept de propriété : la définition de la propriété (A) et les motivations justifiant le choix de la propriété civiliste (B), puisque le concept de propriété volumique que nous développerons, répondra à la définition du concept de propriété et plus particulièrement au modèle de propriété du Code civil.

La définition de la propriété et sa justification pourraient se traduire par : qu'est-ce que la propriété³ ? Et pourquoi la propriété⁴ ? Seulement, ces questions ayant déjà été posées, il n'y a guère d'intérêt à reprendre cette formulation.

A. La définition de la propriété : un lien entre l'homme et les choses

(4.) Définir le concept de propriété, c'est indiquer son sens, dire ce qu'il est. Or, nous venons de voir que la propriété pouvait donner lieu à des approches différentes, et par là même à des sens différents. Donner une définition du concept de propriété revient à se placer d'un certain point de vue, point de vue qui bien entendu influencera le contenu de la formule délimitant le concept de propriété. Aussi, plutôt que de partir d'une définition cherchant à englober toutes les facettes de la propriété, il semble préférable de chercher des sémaphores dont les feux nous aideront à baliser notre chemin.

La définition de la propriété du doyen Carbonnier, largement reconnue, représentera à cet effet un repère cardinal. Selon l'auteur, la propriété est « la relation essentielle de l'homme et les choses » constituant l'un des piliers du Code civil⁵. Cette définition est puissante, et contient le triptyque qui structure l'analyse de la propriété volumique à venir : le sujet, l'objet et la relation entre ces deux éléments (1). Cependant, aussi éclairante soit-elle, la vision du doyen Carbonnier n'en demeure pas moins sujette à discussion et doit même être discutée (2).

1. Les trois éléments constitutifs de la propriété : le sujet, l'objet et le lien

(5.) Pour commencer, il convient de souligner comment en quelques mots, moins d'une dizaine, la définition du doyen Carbonnier réussit à capturer l'essence du concept de

² Certains auteurs voient dans cette diversité qui se retrouve au sein même de la sphère juridique un affaiblissement de la propriété. Voir par exemple C. Caron et H. Lécuyer, « Le droit des biens », Dalloz, 2002 p. 45.

³ P. J. Proudhon, « Qu'est-ce que la propriété ? » Le Monde Flammarion, Paris 2009.

⁴ H. Lepage, « Pourquoi la propriété », Broché, 1992.

⁵ J. Carbonnier, « Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur », 10^e édition, Broché, 2001, p. 345 et s.

propriété, pourtant retors à l'idée d'être facilement domestiqué. Cette définition n'en demeure pas moins orientée, mais son contenu lui donne une force certaine.

Les trois éléments constitutifs de la propriété figurent dans la proposition du doyen Carbonnier. La relation d'abord, signifie le droit, la prérogative, le pouvoir. Cette relation est bien entendu de nature juridique puisqu'il ne s'agit de rien d'autre que du droit de propriété; la relation constitue le point focal de la figure. L'adjectif « essentielle » marque l'importance du rôle de la relation, et méritera d'ailleurs quelques développements. L'examen de la propriété volumique confirmera le rôle prépondérant de la relation, puisque pour une grande partie, la question qu'elle pose est de définir la nature de cette relation. L'homme ensuite, correspond à celui qui est en relation : le sujet, la personne, l'individu, le titulaire du droit, autrement dit le propriétaire. Cet homme représente la cause première de la propriété, de la mise en relation. La propriété répond d'abord au besoin de l'homme, et pourrait-on dire aux besoins vitaux de l'homme. Le propriétaire sera bien sûr omniprésent en matière de propriété volumique, mais essentiellement sous l'angle de l'individu, une entité unitaire. La question de la personnalité juridique ou la distinction personne physique, personne morale sera, par exemple, abordée seulement ponctuellement et succinctement. Enfin, la définition du doyen Carbonnier mentionne la chose, le bien ou l'objet de la propriété. Ce troisième élément de la figure propriété sera au centre de la propriété volumique, qui suppose un sol appréhendable et divisible dans le sens de la hauteur. Ainsi, le doyen Carbonnier en dévoilant les éléments constitutifs de la propriété : la relation, le sujet et l'objet, caractérise parfaitement le concept de propriété. Une autre qualité de la définition tient également à son approche globale.

Si l'on se réfère à l'approche traditionnelle de la propriété distinguant entre droit subjectif et droit objectif, la définition du doyen Carbonnier s'avère satisfaisante dans l'une et l'autre des perspectives. « La relation de l'homme » indique la dimension subjective de la propriété. C'est l'homme qui dispose de la chose, qui soumet la chose à sa volonté conforté en cela par la loi. D'un autre côté, la définition témoigne du caractère systémique de la propriété, un ensemble de règles faisant système. La propriété est la clé de répartition des choses, des richesses, garantie et organisée par la loi. Sous cet angle, la propriété se rapproche de la science économique, dont l'objet est l'allocation de ressources en quantité limitée entre des besoins concurrents⁶.

⁶ « L'économie est la science qui étudie le comportement humain en tant que relation entre des fins et des ressources rares objet d'un usage alternatif ». L. Robbins, « *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science* », 1932, p.15 ; ou E. Malinvaud, « *Leçons de théorie microéconomique* » Dunod, 4ème édition, 1999. L'auteur discute le propos de Robbins qu'il juge trop général et donne sa propre définition p. 1 : « L'économie est la science qui étudie comment des ressources rares sont employées pour la satisfaction des besoins des hommes vivant en société ; elle s'intéresse d'une part aux opérations essentielles que sont la production, la distribution et la consommation des biens, d'autre part aux institutions et aux activités ayant pour objet de faciliter ces opérations. ».

Tout en mentionnant les principaux éléments de la propriété, la définition du doyen Carbonnier rend compte de la complexité du concept de propriété. Il ne peut cependant pas revendiquer couvrir la totalité du spectre de la propriété.

2. *La propriété une relation essentielle ou l'essence de la relation ?*

(6.) Si la définition que donne le doyen Carbonnier de la propriété contribue à mieux cerner le concept, certains de ces aspects peuvent être discutés. Tout en faisant état des limites de la définition, cette discussion permet aussi de développer la problématique de la propriété, toujours dans le but de nourrir notre réflexion sur la propriété volumique.

Pour le dire plus directement, la principale question de la définition de la propriété du doyen Carbonnier vient de sa proximité avec la propriété du code. La définition ne vise pas le code et dépasse la perspective civiliste. Néanmoins, le lien de parenté est évident. La relation essentielle de l'homme sied parfaitement au droit de l'article 544 du Code civil.

En qualifiant la relation d'essentielle, le doyen Carbonnier incline en faveur d'une certaine primauté, même si le terme reste partiellement flou. Cette part d'ombre n'est d'ailleurs pas sans rappeler le penchant métaphysique de la propriété du code. Essentielle signifie indispensable ; et la relation entre l'homme et les choses est bien nécessaire à l'existence des êtres humains. En revanche, l'inverse n'est pas vrai ou ne relève pas d'un traitement vrai, faux. Dire qu'un être humain doit être en relation avec les choses pour vivre est un argument pouvant être jugé vrai ou faux, et doit être, en l'occurrence, considéré comme vrai. Le recours à la propriété du code, lui n'est pas vital, et différents modèles de propriété existent, condamnant par principe l'idée d'une propriété du code nécessaire. Il s'agit dès lors d'un choix dont la pertinence peut sans aucun doute être établie, sans pouvoir prétendre au degré de fiabilité de la nécessité vitale du lien homme, choses. L'interrogation autour du terme « essentielle » se pose d'autant plus qu'il signifie également au sens philosophique « de l'essence ; qui est essence » renvoyant à l'universel, et même « Ce qu'il y a de plus important » lorsque essentiel est employé comme un substantif⁷.

Un deuxième aspect de la définition du doyen Carbonnier marque sa proximité avec la propriété du code. Il s'agit du sens de la relation. Cette relation va de l'homme aux choses. L'homme à l'origine de la relation est vraisemblablement un individu, et la formule n'est pas sans rappeler celle plus célèbre encore de Descartes, d'un homme capable par sa maîtrise des choses de se rendre maître et possesseur de la nature.

Le troisième aspect, qui conforte les deux premiers, se rapporte à l'usage du singulier à propos de la relation et non pas, les relations, des relations, d'un ensemble de relations, ou

même de, une relation. Le recours à l'article défini « la » signifie que le nom qu'il accompagne désigne un terme identifié. Ce terme semble être la propriété du code, qui est « La propriété » sur le modèle de la relation. La propriété au singulier est, on le sait, associée à la période révolutionnaire, et sujette à débat⁸. Ce singulier, synonyme d'unité, s'oppose aux droits divisés de l'Ancien Régime et aux *property rights* de la *common law*. La question du nombre de la propriété se retrouve également dans la notion de propriété parfaite au singulier, versus les propriétés imparfaites au pluriel, comme nous le verrons dans le détail. Le doyen Carbonnier avait pleinement conscience de cet aspect quand il disait: « 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. »⁹. L'emploi du singulier, la mention de l'adjectif essentielle et le sens de la relation, font de la définition de la propriété du doyen Carbonnier le reflet de la propriété du Code civil. Cette limite est-elle rédhitoire ? Non, sauf à considérer qu'une définition de la propriété purement objective existe, ce qui paraît des plus douteux.

3. *La propriété un lien singulier et pluriel*

(7.) La définition de la propriété du doyen Carbonnier emporte une vision du rapport aux choses qui est celle du Code civil. Cette propriété fait le choix du singulier ce qui n'est pas critiquable, sauf si cela aboutit à nier la pluralité.

Le singulier de la propriété du code est acceptable à la condition de ne pas refuser la diversité. La diversité n'est pas contestable, et cette diversité se vérifie en dehors de la science juridique, mais également dans la limite de cette science. Pour autant, cette pluralité doit-elle exclure le singulier ? Une telle hypothèse reviendrait, semble-t-il, seulement à instituer un autre monisme, celui de la pluralité. L'histoire montre que la propriété au singulier du code, fait suite à une propriété plurielle, qui était une autre unité. Par ailleurs, si la singularité est irréfutable, en particulier celle du sujet, la diversité l'est tout autant.

Partant du principe qu'une propriété au singulier n'est pas en mesure de rendre compte de la diversité des relations que l'homme entretient avec les choses, certains auteurs préfèrent « à la notion de propriété celle d'appropriation »¹⁰. Cette voie sera empruntée puisque la propriété sera souvent appréhendée comme le lien entre les hommes et les choses. Plus neutre et générique que la relation essentielle du doyen Carbonnier, le gain de cette formule

⁷ TLFi, entrée « essentiel ».

⁸ J. Comby, « L'impossible propriété absolue », 1989, www.comby-foncier.com.

⁹ J. Carbonnier, « Droit civil (Thémis) », Tome second les biens et les obligations, PUF, Paris 1956 §28 p. 86.

¹⁰ E. Leroy, « La terre de l'autre, Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière », Droit et société, Maison des sciences de l'homme. Recherche et travaux, L.G.D.J 2011, p. 24.

est en réalité assez faible. Propriété ou appropriation, lien ou relation essentielle, il semble difficile de contenir la propriété au pluriel comme au singulier. Par ailleurs, le lien auquel nous nous référerons s'avèrera relever d'un processus, soit le signe de « la tendance moniste qui habite l'acte de connaître » ou le singulier. Cette tendance ne sera cependant pas synonyme d'un singulier refusant la diversité, bien au contraire. C'est même, l'un des apports fondamentaux de la propriété volumique. En se fondant sur le processus au cœur de la propriété du code, la propriété volumique permet au concept de propriété de conserver sa singularité tout en accédant à la pluralité, de passer de l'unité à la division sans se renier. En conséquence, la propriété volumique valide le principe d'une propriété au singulier en ce qu'elle lui ouvre les portes de la diversité. Ce constat ne retire rien à l'orientation de la propriété civiliste, mais en posant la propriété comme un processus dynamique, cette dernière est en capacité de se développer et de devenir plurielle. Après avoir établi en quoi consistait la propriété, en particulier celle du code, et comment la propriété volumique contribuait à cette propriété, se pose maintenant la question de savoir si l'inverse est vrai.

B. Pourquoi « encore » la propriété et en particulier la propriété du code ?

(8.) Le singulier de la propriété a pour pendant son unité. L'appréhension d'un sol en hauteur, divisible dans ce sens, est une configuration nouvelle pour la propriété du code, avec laquelle celle-ci a eu, et a toujours, maille à partir.

La propriété volumique ne trouvant pas naturellement sa place dans le cadre de la propriété civiliste, il paraît légitime de s'interroger pour savoir si le cadre du Code civil ne doit pas être dépassé. Hormis, les difficultés d'intégration du sol vertical au modèle civiliste, plusieurs arguments militent en ce sens. Sans être exhaustif, le sol vertical s'entend d'horizons nouveaux le dessous et plus encore le dessus, justifiant un autre modèle de propriété. D'autres modèles de propriété, au premier rang desquels la *common law* ne rencontre pas les mêmes difficultés au regard de la propriété volumique. De plus, le modèle de propriété du code a indéniablement perdu de son aura. Au moment de l'émergence du volume immobilier, leur concepteur rappelait ouvertement le caractère daté du Code civil, comme de sa propriété.

Pourtant, en dépit des rapports mouvementés entre la propriété civiliste et la propriété volumique, cette dernière a toute sa place dans le Code civil. Assez paradoxalement, le sol vertical sert au renouvellement du modèle de propriété canonisé à l'article 544. Cette propriété volumique civiliste nécessite toutefois quelques explications (1). L'appropriation d'un sol volume dans le cadre du Code civil, source de renouveau, est également source d'obligation pour la propriété du code, l'obligation de revisiter la théorie qui en est à sa base (2). Il serait en effet, aussi absurde que déraisonnable de voir dans la propriété volumique un retour au concept d'une propriété absolue, sans limites.

Ces deux aspects mériteraient bien plus que les modestes développements à venir, et seront nécessairement imparfaits et parcellaires.

1. Le fondement d'une propriété volumique civiliste entre légalité et discrétion

(9.) Le propos consiste ici à expliquer pourquoi la propriété du code doit être le cadre de la propriété volumique. Prise isolément la réponse est assez simple. Seulement procéder de la sorte, c'est aussi oublier les effets du choix de la propriété du code, qui consistent à donner une nouvelle légitimité au code et à développer son modèle de propriété. Pour répondre brièvement à cette question complexe, il est possible d'apporter une réponse précise (a), voire laconique, au moins au premier abord, et une réponse plus ouverte, ensuite (b). Quel que soit l'angle d'approche, notons qu'une part de discrétion subsistera dans le choix du modèle civiliste.

a. La propriété volumique suivant l'ordre du code

(10.) La réponse précise du choix de la propriété du code pour le sol en volume est d'une grande simplicité, si l'on s'en tient à une approche légaliste. La propriété volumique s'inscrit dans le cadre de la propriété du code, simplement parce que cette dernière correspond au droit positif.

Établir une propriété volumique dans le cadre du code revient ainsi à respecter la loi, ce qui est peu et beaucoup à la fois. Cette propriété volumique suivant l'ordre du Code civil serait-elle un retour de l'exégèse ? Non. La méthode exégétique conduirait plutôt à rejeter la propriété volumique. L'idée de développer la propriété d'un sol vertical conformément à la propriété du code dépasse en réalité la vision binaire classique. Traditionnellement, à l'instar de l'école de l'exégèse, la loi, en l'occurrence la propriété, marque une limite infranchissable. Cet absolutisme puise sa source, au moins pour partie, dans le modèle initié par la propriété du code elle-même, que ses détracteurs tentent en retour de lui appliquer. Imprégnée de la philosophie des lumières et du droit naturel, la propriété du code, ou l'avènement de la liberté dans l'ordre des choses, n'est pas une propriété, mais la propriété, l'essence du lien entre l'homme et les choses, comme l'a bien saisi le doyen Carbonnier dans sa définition (cf. supra §5). Ce statut donne à la propriété civiliste beaucoup de force ; il est en parallèle une source de fragilité extrême. Sans même parler de la légitimité à revendiquer être l'essence de la propriété vis-à-vis d'autres modèles de propriété, la problématique volumique dévoile cette fragilité. Face au sol volume, la propriété est réduite à se soumettre ou se démettre. La soumission emportant à terme la démission, se reforme, par l'entremise

du sol volume, la figure ayant conduit à l'abandon de la propriété simultanée de l'Ancien Régime, et de son domaine divisé.

La propriété volumique civiliste sort de ce schéma soumission, démission, introduit, il faut le souligner, originairement par le Code civil. Pour ce faire, la propriété volumique est établie à partir de la propriété du code, qui est redéveloppée sur la base de ces caractères fondamentaux. En d'autres termes, la propriété ne passe pas du statut de mineur à celui de majeur, de l'obscurantisme à la lumière. Le volume est un moyen d'affirmer cette majorité, de tirer profit de l'état de liberté offert par la propriété civiliste, en toute responsabilité. La limite de la loi est modifiée, mais son principe est préservé. La modification correspond à la prise en compte du sol volumique, et la préservation au maintien du modèle de propriété du code. Le progrès n'empêche pas un certain conservatisme, ou vice versa.

En conséquence, la propriété volumique respecte la loi, l'ordre du code, tout en contribuant à revisiter cet ordre. Reste que l'ordre perdure, invitant à aborder la question du pourquoi en dépassant la norme.

b. L'ordre du code un choix toujours d'actualité

(11) Il faut le reconnaître, la question du pourquoi choisir la propriété du code pour le sol appréhendé verticalement, revient au choix du modèle de propriété du code et, plus largement, au choix d'un modèle de propriété. Or, au moins pour partie, ces choix sont discrétionnaires et la propriété volumique civiliste n'échappe pas à ce constat.

Discrétionnaire ne signifie pas pour autant arbitraire ; en effet, le choix du modèle civiliste peut être solidement étayé. Les arguments en faveur de ce que les auteurs de la théorie renouvelée de la propriété appellent le *jus excluendi*, c'est-à-dire, ou une propriété centrée sur l'individu, sont nombreux. La relation entre l'homme et les choses, née du tumulte de la Révolution française demeure des plus actuelles. L'adossement du volume immobilier à la propriété du code dans un contexte plutôt réticent, pour ne pas dire opposé, aux valeurs du code, constitue une preuve de la pertinence de ce modèle. La portée de cet argument est sans conteste limitée, et il serait illusoire d'imaginer fonder ici le modèle de propriété du code. Néanmoins, pour conclure sur ce point, et toujours pour démontrer la modernité intacte de la propriété du code, nous citerons une fois encore le doyen Carbonnier. L'auteur, non sans un certain recul, disait à propos de cette même propriété : « Elle (la Révolution française) s'était construite un idéal qui se tenait droit par lui-même, un idéal de propriété qui avait son propre et triple fondement : philosophique cette proximité de la nature, que Rousseau écologiste avant la lettre avait magnifiée ; moral, l'autarcie du petit domaine, éliminant le jeu de l'économie marchande et la tentation corruptrice de l'argent ; politique enfin, l'égalité était

retrouvée. »¹¹. Sans développer, disons qu'écologie, indépendance ou capacité de l'homme à maîtriser son destin et quête de l'égalité, demeurent des aspirations fortes encore aujourd'hui, au moins autant qu'hier. Si l'on en croit le doyen Carbonnier, qui s'exprimait sans concession, ces aspirations sont non seulement contenues dans la propriété du code, mais lui sont consubstantielles, balayant l'idée d'une désuétude de cette propriété.

Le choix d'une propriété individuelle et exclusive pour le sol vertical n'a donc rien d'archaïque, et révèle même une certaine modernité. Ce choix nourrissant l'idéal, dont parle le doyen Carbonnier, ne peut pourtant s'apparenter à un retour en arrière, obligeant à l'inverse, la propriété à aller de l'avant.

2. *La propriété volumique civiliste ou l'invitation à une propriété système*

(12.) L'émergence de la propriété volumique conduit à interroger le concept de propriété dans ce qu'il est. Ce dernier en appréhendant un sol volumique s'enrichit, mais se trouve dans l'obligation de prendre en compte le processus de mutation, de changer. Mesurer ces changements, comme leurs conséquences, revient à poser la question de la théorie de la propriété. Le sujet est en raison de son ampleur, hors de portée de ce paragraphe ; nous nous limiterons donc à l'essentiel en formulant deux observations.

Premièrement, à l'heure actuelle il n'existe pas à proprement parler de théorie de la propriété du code. Le concept de la propriété absolue appartient sans conteste à une période révolue, et aucune théorie n'est venue réellement s'y substituer. La théorie du *jus excluendi*, construite presque contre la théorie classique, n'a pas réussi à la dépasser. En dépit, d'une structure théorique puissante, le principal apport du *jus excluendi* demeure l'extension de la propriété aux biens incorporels. Les autres propositions émanent généralement d'auteurs très critiques, et parfois hostiles, à l'encontre de la propriété du code, sans toutefois formuler de véritables alternatives, sauf à réformer le code (a).

Deuxièmement, l'absence d'une théorie, sans être préjudiciable à la propriété volumique, la déstabilise au moins concernant son rattachement au modèle civiliste. Cet aspect est renforcé par le fait que l'autre théorie, le *jus excluendi* s'oppose, par principe, et comme le verrons presque par nature (cf. infra §389 et s.), à l'idée d'une propriété volumique. Dans le même temps, la propriété volumique participe à la mutation de la propriété du code, invitant à repenser sa théorie. C'est pourquoi, très modestement, nous esquisserons les prémices d'une théorie de la propriété supportant le principe de la propriété volumique. Cette théorie se traduira par une propriété système bâtie sur un équilibre entre les deux composantes

¹¹ J. Carbonnier, « Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur », 10^e édition, Broché, 2001, p. 348.

essentielles de la propriété, la liberté et la responsabilité, équilibre obtenu et garanti par une dialectique entre ces deux composantes (b).

a. La théorie de la propriété civiliste : peu de soutiens et beaucoup de critiques

(13.) Il faut le signaler d'emblée, le manque d'allant de la doctrine pour l'élaboration d'une théorie de la propriété ne se traduit pas par la mise à l'écart de cette propriété. La très grande majorité des auteurs se rallie à ce concept, même si des nuances peuvent se faire jour ici ou là. En revanche, sur la question de la théorie de la propriété, ce sont plutôt les opposants au modèle civiliste qui s'expriment pour condamner ce modèle.

Le silence de la doctrine pourrait s'analyser comme une forme de pragmatisme distant, sauf que génétiquement la propriété du code dispose d'un volant théorique puissant, dont l'expression fondatrice fut le concept de propriété absolue. Cette propriété originelle explique certainement la situation actuelle. Tout en reconnaissant sans détour le caractère révolu de la propriété absolue, la doctrine actuelle semble avoir des difficultés à aborder frontalement le sujet, quitte à générer de l'incertitude¹². La tâche est, il est vrai, complexe. La propriété limitée au monde tangible semble avoir aussi vécu, et cette extension du champ de la propriété¹³ est un défi majeur pour un concept entretenant une relation quasi fusionnelle avec la corporalité. Il y a bien l'idée d'une propriété qui serait un : « maximum de prérogatives que l'on peut avoir sur un bien ». Simplement, ce maximum s'apparente plutôt un minimum, « ...que tout le monde devrait pouvoir accepter... »¹⁴, selon l'auteur de la formule.

Les auteurs de la théorie renouvelée de la propriété eurent certainement pour ambition de pallier l'absence d'une théorie de la propriété civiliste. Seulement, le *jus excluendi* fait le choix d'un rapport conflictuel avec le passé et possède un versant radical qui n'est pas sans rappeler la propriété absolue. Finalement, en dépit d'un intérêt certain, cette théorie semble rester confiner à ses promoteurs, voire est totalement minoritaire sur la question de la propriété volumique (cf. supra). Plus récemment, le concept d'une théorie de la propriété structurale a vu le jour. Plus consensuelle et respectueuse du passé que le *jus excluendi*, la structure de cette théorie peine à se dévoiler. La propriété structurale reposerait, au moins en partie, sur les concepts économiques classiques de valeur d'usage et valeur d'échange. Or,

¹² Voir sur le sujet les interrogations de B. Mallet-Bricout à propos des implications d'une propriété fiduciaire, B. Mallet-Bricout, « Fiducie et propriété », in *Liber amicorum Christian Larroumet, Economica*, 2009, p. 297.

¹³ F. Terré, « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*, N° 1, Paris: P.U.F., 1985, p. 34-49.

¹⁴ P. Simler, « Création de l'ouvrage immobilier complexe et droit de propriété », *RDI* 1999 p. 489.

l'articulation avec ces concepts se dessine difficilement, et semble connexe à la problématique de la valeur de la notion de bien, également source d'interrogations¹⁵.

Les autres positions ayant trait à la théorie de la propriété contestent, parfois fortement, le modèle civiliste. Cette opposition n'est pas nouvelle. La propriété du code a toujours été contestée y compris lors de la phase des travaux législatifs préparatoires du code (cf. infra). Par contre, ce qui est nouveau, c'est l'absence d'une contre-argumentation face à ces critiques, leur donnant une aura particulière.

(14.) L'opposition à la propriété du code est aussi ancienne qu'elle ; en la matière il serait vain de vouloir être ici exhaustif. Seules quelques positions récentes seront évoquées. Tout en se différenciant, ces critiques se rejoignent pour partie, notamment en ce qu'elles n'énoncent pas clairement le modèle susceptible de se substituer à la propriété du code.

Classiquement, la critique adressée à la propriété du code réside dans l'égoïsme du propriétaire, ce qui revient à lui reprocher ce qu'elle est, puisque son schéma est de réserver à un individu une chose en excluant les autres. La critique est récurrente et mériterait une attention, débordant largement notre sujet. Remarquons simplement, que répondre à cette critique équivaut pour la propriété à ne plus être, posant la question de ce qui serait (à la place de cette propriété). Or, la formulation d'une proposition se substituant à la propriété du code n'a rien d'évident.

M. Xifaras conteste, dans sa thèse¹⁶ de 544 pages, la légitimité de la propriété du code. L'argument de l'égoïsme est présent, et même très présent allant parfois jusqu'à la caricature¹⁷. Pour l'auteur, la propriété révolutionnaire serait un instrument de soumission sociale, au même titre que la féodalité¹⁸. Pourtant à l'origine du propos, des critiques plus fondées sont formulées. M. Xifaras en fait état en introduction de son propos. En résumé, « ... nous ne savons plus avec exactitude ce que désigne le terme « propriété ». » [...] « La propriété serait incapable de rendre compte des objets de l'économie contemporaine... des

¹⁵ La notion de valeur qui n'est pas propre aux biens immobiliers ne sera pas abordée. Notons simplement qu'un parallèle semble s'établir naturellement entre la notion de valeur, ou la représentation économique des choses, et la problématique du sol en volume. Le sol en volume consiste en effet en une représentation géométrique de l'objet de la propriété, soit une approche mathématique. La notion de valeur est aussi une représentation de l'objet de la propriété faisant appel aux mathématiques, ou à l'arithmétique, dans la mesure où la valeur trouvera à s'exprimer financièrement. Pour illustrer concrètement ce lien, il est possible de se référer à la pratique des professionnels de l'immobilier. En partant de la surface, mais aussi parfois du volume, d'un bien, les praticiens appliquent un prix au m² ou m³ pour définir la valeur de l'ensemble, ou inversement, établissent un prix unitaire sur la base de la valeur d'ensemble du bien géométrisé.

¹⁶ M. Xifaras, « La Propriété : Étude de philosophie du droit », PUF, 2004.

¹⁷ Voir par exemple M. Xifaras, « La Propriété : Étude de philosophie du droit », PUF, 2004, p. 120.

¹⁸ M. Xifaras, « La Propriété : Étude de philosophie du droit », PUF, 2004, p. 91 : « Désormais, cette hiérarchisation n'est plus fondée sur un statut héréditaire qu'on acquiert en naissant ou en entrant dans le clergé, mais sur un état moral et politique dont l'étendue des richesses possédées est le signe extérieur et distinctif. » [...] « En outre, la propriété n'est pas une institution égalitaire dans la mesure où elle ne se réduit pas au droit à la propriété, qui est la chose au monde la mieux partagée, mais instaure une stricte hiérarchie dont le fondement n'est certes plus à chercher dans les titres que confère la généalogie, mais dans les talents de chacun tels que les dévoile leur situation de fortune. L'industrie s'est substituée au sang, la Révolution est terminée. ».

rapports de droit qui unissent actuellement les hommes et leurs richesses, devenus trop irréductiblement complexes pour être ramenés à un paradigme unique. »¹⁹. La difficulté à théoriser la propriété, en raison de l'extension de son domaine et du développement des richesses immatérielles, n'est pas contestable ; cela vient d'être indiqué en parlant d'extension du champ de la propriété, sans emporter condamnation du modèle civiliste.

De même, lorsque S. Vanuxem critique la propriété du code, sous l'angle foncier²⁰, en arguant du clivage entre l'homme et son environnement ou la nature, le constat doit être partagé. Simplement, là encore, le rapport de causalité entraînant la condamnation de la propriété individuelle relève plus de la prescription que de la démonstration (cf. supra). Les atteintes à l'environnement, comme les inégalités sociales, ne sont pas l'apanage du Code civil, ni de sa propriété, sauf à condamner par principe ce système²¹.

Les critiques à l'endroit de la propriété civiliste ne se limitent pas aux auteurs français. Les auteurs anglo-saxons jugent également assez sévèrement le modèle du code ou son prototype. K. Gray dit, par exemple, en introduction d'un article au ton plutôt acerbe : « Proudhon avait complètement tort. La propriété ce n'est pas du vol – c'est de la fraude. »²². Un autre auteur indique pour sa part, sans référence au modèle français précisons-le, « ... l'idée qu'un régime de propriété accordant une propriété entière (absolue) est de l'ordre de la distraction. »²³. En comparaison de leurs homologues hexagonaux, ces auteurs ont toutefois un avantage certain. Ils disposent d'un autre modèle de propriété, la propriété de la *common law*. Ce modèle est-il meilleur et plus vertueux que la propriété du Code civil ? Certains le pensent et le disent²⁴, et il est vrai que le système posséderait une meilleure capacité d'adaptation (cf. supra). Au-delà de cette dimension, il semble préférable d'éviter la question, étant précisé qu'il risque d'être bien compliqué d'établir la plus grande propension à l'altruisme ou au respect de l'environnement de la propriété de *common law*.

Une telle mise en concurrence des deux modèles a en réalité peu d'intérêt, sauf à vouloir réécrire l'histoire à l'envers. Par contre, l'hypothèse d'une transposition de la propriété de *common law* est plus intéressante. Sans être ouvertement prônée par les auteurs critiquant la propriété du code, il s'agit d'une orientation, disons sérieuse. M. Xifaras est le plus détaché

¹⁹ M. Xifaras, « La Propriété : Étude de philosophie du droit », PUF, 2004, §2 p. 9.

²⁰ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012.

²¹ P. Crétois, « L'émergence de la notion contemporaine de propriété dans la deuxième moitié du XVIIIe siècle », Thèse, Université Lyon 2, 2012.

²² K. Gray, « *Property in Thin Air* », (1991) 50 *Cambridge Law Journal* 252, 256-7.

²³ G. Gaus, « *Property and Ownership* », in *Oxford Handbook of Political, Philosophy 1-4* (David Estlund ed.) (forthcoming Mar. 201), §5 conclusion.

²⁴ J. Ball, « *Democratizing English home ownership for affordability and sustainability: Transmuting the law using new comparative scholarship* », For the seminar "Housing, the next 20 years" in Cambridge, 16-17 September 2010, (§1.2) en référence aux propos de Bright, 1998, Gray et Gray 2009, l'auteur indique : « Le système de *Freehold* anglais (franc tènement) est le meilleur modèle de propriété disponible en raison de sa relativité, dans le sens où ce modèle est conçu en

face à cette option, pressentant les difficultés²⁵. S. Vanuxem va plus avant. L'auteure évoque en fin de thèse la propriété simultanée et intitule sa conclusion « une conception féodale des choses »²⁶. Sur le même sujet, un article est paru récemment opposant au dogme de la propriété civiliste, « le pragmatisme » de la propriété américaine²⁷. L'hypothèse du retour de la propriété simultanée, comme le pressent M. Xifaras, est en France des plus délicates au regard de l'histoire, et paraît au mieux peu probable. Le gain d'un tel revirement reste au demeurant à démontrer. Par ailleurs, cela s'apparenterait à un retour en arrière, qui plus est construit sur la reprise du modèle qui fut longtemps antagoniste au Code civil. Enfin, la situation n'est pas sans rappeler la démarche de Boncerf, conseiller de Turgot, qui avec légèreté et optimisme préconisait l'établissement de ce qui s'appelait avant la Révolution un franc alleu universel, véritable ancêtre de la propriété du code, dont l'avènement fut pour le moins douloureux.

Ainsi, en dépit de critiques nombreuses, dont certaines tout à fait fondées, le modèle civiliste se maintient, et pourrait bien continuer à se maintenir. Dès lors, se pose la question de son adaptation plutôt que de sa suppression, d'une évolution plus qu'une révolution. La propriété volumique va clairement dans ce sens en permettant de sortir d'une unité indépassable. Reste à proposer une théorie de la propriété susceptible de recevoir l'adaptation de la propriété du code. C'est l'objet de l'ébauche de la théorie de la propriété systémique présentée ci-après.

b. La propriété volumique ou la révélation de la propriété systémique ou propriété système

(15.) La propriété systémique dont il sera question dans les développements à venir se justifie par l'objet de notre sujet, la propriété volumique, qui bien que concernant la propriété foncière n'en relève pas moins du concept de propriété « général ». De plus, cette propriété volumique est elle-même construite sur le modèle du système du concept de propriété, et en tire sa légitimité. Pour jeter sommairement les bases de la propriété

considération des autres, ayant comme limites la puissance publique et les droits d'autrui (Bright, 1998, Gray et Gray 2009). ».

²⁵ M. Xifaras, « La Propriété : Étude de philosophie du droit », PUF, 2004, p.79. Sans se positionner ouvertement, l'auteur indique : « Le problème est éminemment politique : si le trait caractéristique de la féodalité est le domaine divisé (la superposition d'un domaine utile et d'un domaine direct), a-t-on le droit de réintroduire la féodalité (la division du domaine) dans le droit des biens par le moyen du contrat, ou en quelque sorte, et pour parodier la Jacqueline de Molière : « Et s'il me plaît à moi d'être inféodée ? » Troplong répond par l'affirmative. Ici encore, la dispute porte sur le louage de chose et plus précisément encore sur le louage à ferme, mais on voit combien l'analogie avec le louage d'industrie et de services est stimulante. On peut, certes, interpréter la défense du principe de l'absolue liberté de convenir comme un signe de libéralisme ; le contexte de la dispute incite cependant à la prudence : ce libéralisme-là défend un régime antérieur à la Révolution française. ».

²⁶ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, p. 671.

²⁷ J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », RTD Civ. 2014 p. 763.

systemique, seront présentés les éléments du système, puis son fonctionnement. Enfin, nous terminerons en évoquant l'articulation de la propriété volumique avec la théorie de la propriété systémique, puis les limites de ce qui n'est, encore une fois, qu'une ébauche de théorie.

Alpha. Les éléments de la propriété systémique

(16.) La théorie de la propriété systémique correspond à la propriété civiliste, et les éléments la composant sont ceux de la propriété du code, c'est-à-dire les éléments de l'article 544 de ce code.

Maintes fois énoncé, l'article 544 comporte deux séquences. La première se rapporte à l'individu, ses prérogatives : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, ... » ; la seconde séquence porte sur les limites légales de ses prérogatives : « ... pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. ». Ce binôme renvoie à l'intérêt individuel, intérêt collectif ou individu, Etat mais peut être dupliqué plus largement. Prérogative et limite peuvent être transposées en propriété subjective et propriété objective. La loi qui limite est aussi celle qui institue, et instituer c'est limiter ; c'est dire ce qui est, donc ce qui n'est pas. L'essence de l'article 544 se retrouve également dans le droit, de propriété et la chose appropriable, le bien, ou encore dans le couple liberté, responsabilité. Dire cela semble présenter peu d'intérêt et pourtant demeure essentiel. La liberté du propriétaire versus la responsabilité de l'État relève presque de l'image d'Épinal. La propriété du code est née, on le sait, au temps d'un individualisme exacerbé, qui a fait suite à un interventionnisme des pouvoirs publics, tout aussi vigoureux. Chaque élément est champion en son pays, et peut se targuer de son heure de gloire, le 19^{ième} siècle pour l'individu et le 20^{ième} pour l'État. Le problème n'est donc pas de considérer les séquences de l'article 544 isolément, chaque camp possède ses thuriféraires et ses sycophantes, dont il serait illusoire de chercher à égaler le zèle. Le problème, c'est de prendre les deux séquences, non pas séparément mais ensemble, et c'est justement le propre de l'analyse systémique de la propriété.

Dans une approche pragmatique, ce défi ne devrait pas en être un, puisqu'aucune des deux entités de l'article 544 ne peut se passer de l'autre, pourtant rien n'est moins simple. L'individu ou le propriétaire ne peut exister sans l'État, puisque même dans un État minimaliste de type lockéen (cf. infra §58 et §118), le propriétaire doit avoir recours à un tiers pour régler un litige. De même, il est difficilement envisageable d'imaginer un État, au demeurant composé d'individus, dans lequel l'individu ne dispose pas de prérogatives. Pour permettre de dépasser cette approche faite d'opposition, la propriété systémique s'entend des deux séquences de l'article 544, l'individu et L'Etat, représentation du corps social, qui sont

en réalité indissociables. Ces deux entités forment de la sorte un ensemble indépassable. L'individu ne peut se passer de la dimension collective et cette dernière comprend obligatoirement l'individu. Cette figure traduit l'équilibre indispensable d'un ensemble oscillant entre intérêt individuel et intérêt collectif, ou liberté et responsabilité. Ces notions d'ensemble et d'équilibre, bien qu'indispensables sont insuffisantes, car la figure serait, au mieux, statique, conduisant à la paralysie ou au conflit, soit peu ou prou la situation actuelle. Cet ensemble contenant un équilibre doit donc être complété par une dimension dynamique. Pour faire un parallèle avec la définition de la propriété que nous venons d'aborder (cf. supra §4 et s.) et qui sera reprise en conclusion, la figure comportant les deux séquences de 544 doit être complétée par un lien, un processus, une structure, un mode opératoire. Ce lien consistera en un dialogue qui garantira la nécessaire relation entre les deux séquences, puisque pour dialoguer il faut être au moins deux. Nous parlerons alors de dialectique au sens commun de discussion.

Les éléments de la propriété systémique sont donc les deux éléments de l'article 544 du Code civil formant un ensemble, dont l'équilibre est garanti par un processus dialectique. Ces éléments constitutifs de la propriété systémique prennent tout leur sens lorsqu'ils sont mis œuvre, c'est pourquoi il convient d'évoquer le fonctionnement de la propriété systémique.

Bêta. Le fonctionnement de la propriété système

(17.) La propriété systémique se caractérise par le fait d'être constituée d'un ensemble au sein duquel se noue un dialogue entre deux propositions. Cette dialectique véritable dynamique du système en représente le cœur.

Pour commencer, soulignons la différence entre la propriété systémique et la vision traditionnelle de la propriété véhiculant l'image d'une propriété abstraite, métaphysique et souvent insaisissable. La propriété systémique, au contraire, dispose d'un contenu. Les composantes de cette propriété système n'ont rien de nouveau, tout comme la dimension de compromis de la propriété comme le rappelaient F. Terré et P. Simler²⁸ ou il y a peu, W. Dross²⁹. Simplement, ce compromis représente l'essence du système tout en étant son horizon. Les prérogatives du propriétaire ne peuvent passer outre l'intérêt collectif qui ne peut ignorer l'intérêt individuel. L'équilibre entre ses deux pôles forme un tout doté d'une dynamique interne, la recherche de la meilleure configuration par l'entremise d'un processus dialectique entre ces deux pôles. Le dialogue a pour objet de définir le point d'équilibre, la

²⁸ F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens » (8e édition), 2010, Dalloz, §114 p. 120.

²⁹ W. Dross « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? », RTD Civ. 2015 p. 27 : « Elle est d'abord politique. Sa lecture suffit à révéler le compromis qu'elle institue entre libéralisme et étatismes : la propriété est un droit absolu, le plus absolu même - et l'on a moqué l'excès de la formule, mais étroitement limité. On frôle l'oxymore... ».

limite la plus efficiente entre liberté et responsabilité. L'équilibre parfait, c'est-à-dire la pure égalité entre liberté et responsabilité, représente la figure centrale, la référence. Toutefois, cet équilibre peut se satisfaire de situations excentrées de cette référence, soit pour prendre les extrêmes des situations essentiellement caractérisées par la liberté du propriétaire ou à l'inverse, dans lesquelles, prévalent d'abord les restrictions. Cette variété n'a rien de nouveau, et correspond à peu près à la situation courante. Néanmoins, la propriété systémique n'est plus un conflit entre factions opposées, mais un compromis, les deux éléments de la propriété ayant en commun l'appartenance au même ensemble, comme les deux faces d'une même pièce. L'efficacité du compromis repose sur le dialogue prenant place au sein de l'ensemble, comme sur l'amplitude des configurations, entre disons un État minimaliste et un État extrêmement interventionniste. Dans cette perspective, l'adverbe « absolu » de la formule de l'article 544 retrouve tout son sens. La recherche de l'équilibre doit, en effet, aboutir à ce que l'individu dispose d'un « droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue » au regard de l'article 544 pris dans son ensemble, ou dit autrement, dans la limite de la loi. « Absolu » marque l'orientation individuelle et exclusive du modèle de propriété du code, étant précisé que dans certains cas, générant un très fort besoin de régulation, cette dimension sera réduite au minimum, sans toutefois pouvoir être reniée.

Par ailleurs, notons que dans la mesure où la dialectique ne peut dépasser la totalité de l'article 544, cette dernière est totalitaire. À partir de la liberté du propriétaire, on ne peut aboutir à la négation de l'ordre social et à partir de l'ordre social, on ne peut aboutir à la négation de la liberté du propriétaire. Il en résulte que chaque terme ne tient sa liberté d'exister que sous la condition de garantir celle de l'autre ; à défaut, on sort de l'unité. Garantir l'unité du système, passe par un dialogue puisque l'altérité des termes rend impossible la réduction à un seul, l'autre devant être en mesure, à tout le moins, d'attester de son existence. Cette unité totalitaire dispose d'un spectre extrêmement large capable de contenir l'ensemble des liens unissant les hommes aux choses. Pourtant, ce système pose aussi une limite, un choix soumis à discussion, ou soumis au bénéfice d'inventaire pour reprendre une formule juridique.

La dynamique au cœur de la propriété systémique en est la principale caractéristique. Elle représente le processus qui conduit à la propriété individuelle et exclusive dans le respect de l'équilibre entre liberté et responsabilité. La propriété volumique est le fruit de ce processus et le met en lumière.

Gamma. Propriété volumique, propriété systémique et les limites de cette dernière

(18.) La propriété volumique participe de la propriété système, et contribue à en comprendre les rouages. Néanmoins, en dépit de la parfaite articulation de ce duo, il est nécessaire de revenir sur les limites de la théorie de la propriété systémique.

Cette théorie représente un cadre pour le fondement de la propriété volumique. En permettant à un individu de devenir propriétaire du dessus et du dessous de l'écorce terrestre, ses prérogatives se trouvent décuplées. Sa liberté s'est singulièrement accrue. Le mythe d'une propriété absolue étant tombé en désuétude, l'idée d'un propriétaire pouvant faire du dessus et du dessous ce qu'il veut, allant jusqu'à le détruire, n'est même plus une option sérieuse. Ce propriétaire souverain et despote de sa chose devient même un frein au principe d'une propriété volumique. Aujourd'hui, le constat relève de l'évidence, mais hier aussi, y compris lorsque la théorie de la propriété absolue restait une hypothèse. En raison de la nature de l'air qui est une *res communis* notamment, l'appropriation du dessus a fait l'objet de fortes critiques et d'oppositions tout aussi fortes. Avec la propriété systémique, à la liberté du propriétaire est attachée obligatoirement la notion de responsabilité. Au gain de liberté du propriétaire correspondra une part de responsabilité, et, en pratique, le processus est déjà largement à l'œuvre. On voit ainsi, comment concrètement le processus de la propriété systémique se met en œuvre pour accroître le domaine de la propriété dans le respect de l'équilibre liberté, responsabilité. Cette question de l'équilibre entre les prérogatives du propriétaire et l'intervention des pouvoirs publics, se situe en dehors de notre sujet et ne sera pas abordée. Notre propos portera plus spécifiquement sur l'aspect liberté, révélateur également du processus de la propriété systémique, au terme duquel un individu va disposer d'un droit individuel et exclusif sur le sol. Ce sol ou fonds de terre se développant verticalement sera appréhendé comme une chose relevant du monde tangible. Ce caractère, élément essentiel de la propriété volumique, s'avère également de première importance pour la propriété systémique. Comme nous l'avons indiqué, le principal reproche fait à la propriété du code est de ne pas être capable de rendre compte des liens modernes unissant les hommes aux choses, ce qui inclut évidemment les relations au monde idéal. Ainsi, la propriété volumique ne répond pas à la problématique des choses incorporelles. De la même manière, la succincte présentation qui vient d'être faite de la théorie de la propriété systémique n'aborde pas en l'état la question des biens ne relevant pas du monde tangible, ce qui constitue une limite majeure. Les quelques lignes consacrées à la théorie de la propriété systémique sont fatalement parcellaires et incomplètes, mais l'appropriation des choses idéelles représente un point d'une importance particulière, qui devait être spécifié.

Il n'en demeure pas moins que la propriété volumique participe de la théorie de la propriété systémique jusque dans son fondement. Cette théorie, telle qu'elle a été présentée, ne peut

être que limitée, comme le montre la question de la propriété des choses incorporelles, tout en pouvant être reprise le cas échéant.

À ce stade, après avoir examiné le concept de propriété, et plus spécifiquement la propriété civiliste, dont la propriété volumique n'est que la dernière théorie, il est maintenant temps de se rapprocher un peu plus de la propriété volumique. Toujours dans le but d'alimenter la réflexion à venir, ce rapprochement sera l'occasion d'un nouveau détour. Également en lien avec le concept de propriété, il s'agira de s'intéresser, sous un angle historique, au sens chronologique, au droit de superficie, ou plus justement, au rapport entre la propriété civiliste et le droit de superficie.

II. Propriété foncière et droit de superficie : une relation indissociable et tumultueuse

(19.) Propriété foncière et droit de superficie s'opposent presque intrinsèquement et forment pourtant un binôme inséparable. Dans une pure logique civiliste, le droit de superficie est un élément perturbateur favorable à la division, à écarter sans rémission. Pourtant, le droit de superficie demeure, rendant indispensable un examen de la relation entre les deux institutions, d'autant que la propriété volumique, ou la division verticale du sol, emprunte la voie du droit de superficie. Pour ce faire, nous nous placerons dans une perspective historique qui permet souvent de révéler les tendances de fond au regard d'un fait, d'un événement ou encore d'une institution.

Dans le cas du droit de superficie, à la lumière du temps, deux constats s'imposent. D'abord, l'institution est une constante du droit romain, dans lequel il puise ses origines, à aujourd'hui. Ensuite, son histoire, étroitement associée à celle de la propriété, renvoie à des enjeux de pouvoir.

Cette constance n'est certes pas exclusive de changements ou adaptations, parfois profonds, subis par le droit de superficie, sous l'influence de nombreux facteurs, au premier rang desquels se trouve le régime de propriété. De sa proximité avec la propriété, le droit de superficie a hérité, comme celle-ci, d'une dimension politique. La volonté de recourir au droit de superficie, ou bien à l'inverse de l'écarter, dissimule des conflits d'intérêts et des transferts de richesse. La publication du Code civil en représente le parfait exemple. C'est pourquoi le code représentera le point de césure retenu pour les développements à venir.

Les rédacteurs du code ont tourné le dos au droit de superficie, comme le dit C. Atias en s'exprimant à propos des démembrements de propriété : « Ils (les rédacteurs du code) en ont

restreint les catégories ; ils ont empêché leur naissance dans certains cas et ont favorisé leur disparition »³⁰. Loin d'être le fruit du hasard, ce choix s'explique par l'abolition des droits féodaux synonymes de division du sol. L'événement fut bien entendu un bouleversement social sans précédent, mais prit aussi place, pour partie, dans une certaine confusion, les positions évoluant au gré des circonstances et de compromis fragiles³¹. L'abolition des droits féodaux, malgré des zones d'ombre certaines, est un élément fondateur de la Révolution, repris par la propriété du code. Cette reprise n'est pas un artifice politique ou juridique de circonstance. Comme le souligne l'historien du droit H. Regnault : « L'abolition de la féodalité ce n'est pas une vue des juristes, c'est une revendication des paysans. »³². L'option d'une propriété unitaire du Code civil vient verrouiller l'abolition des droits féodaux en empêchant tout retour en arrière, puisque cette propriété est dotée d'un sol insusceptible de division. Dans cette perspective, la théorie de la propriété absolue représente seulement un niveau de sécurité supplémentaire.

Toutefois, avant d'arriver à la relation entre le droit de superficie et la propriété civiliste (A), il nous faut, au moins brièvement revenir à la période ante Code civil (B), pour comprendre le lien avec le passé.

A. Droit de superficie et propriété à Rome et dans l'ancienne France

(20.) La période de l'époque romaine, comme celle de l'Ancien Régime pour laquelle nous parlerons de féodalité sans distinction, couvre plusieurs siècles. Autant dire que les observations à venir seront forcément synthétiques, et se limiteront à décrire à grands traits le droit de superficie.

Dans le même temps, ce choix aussi lacunaire soit-il, n'en est pas moins pertinent. En retenant comme sous ensemble la période d'influence romaine et celle de l'Ancien Régime, s'étalant de la chute de Rome à la Révolution française, cela permet d'isoler deux sources d'influence majeures du Code civil : le droit romain et le rejet du féodalisme, dont le droit de superficie est une illustration parfaite.

³⁰ C. Atias, « Droit civil, Les Biens », Litec, 10e éd., 2009 §256 p. 183.

³¹ Voir par exemple H. Regnault, « Manuel d'histoire de droit français », 2ème éd., Sirey, Paris, 1942, p. 281.

³² H. Regnault, « Manuel d'histoire de droit français », 2ème éd., Sirey, Paris, 1942, p. 280.

1. *Les origines romaines de la superficie*

(21.) Il ne s'agit pas à cet endroit de livrer une présentation détaillée de la problématique superficielle en droit romain. L'objectif nettement plus modeste est de donner un aperçu de l'institution à Rome, en mettant en avant les aspects susceptibles de faire écho à notre propos.

Le premier point, unanimement reconnu, qu'il convient cependant de souligner, est l'existence même d'une forme de propriété de type superficielle coexistant avec la propriété romaine, tout en s'en distinguant. Pour rappel, la propriété romaine est identifiée comme le système de référence d'une propriété unitaire, qui sert notamment de modèle à la propriété du code, unitaire par principe. En revanche, l'unanimité n'est plus de mise sur la question des origines du droit de superficie. En la matière, plusieurs thèses se confrontent³³. C. Ibled résume assez bien la question en disant : « L'origine proprement dite du droit de superficie se perd dans la nuit des temps, et la sagacité des commentateurs s'est exercée vainement à la rechercher. »³⁴. À nouveau, couvrant une période s'étalant sur plusieurs siècles, le droit romain semble avoir connu dans ce domaine, tout comme sur la notion de propriété³⁵, une longue évolution au cours de laquelle des changements profonds sont intervenus.

Deuxième point, la problématique superficielle romaine semble référer à deux institutions proches l'une de l'autre, le droit de superficie et l'emphytéose. Initialement, toutes deux auraient eu pour objet la mise en valeur des propriétés foncières, dont la nature rendait une cession classique difficile, voire impossible³⁶ (propriétés publiques, princières ou municipales). Demolombe nous indique qu'emphytéose vient du grec et signifie défricher, planter³⁷. Le droit de superficie était surtout usité en milieu urbain et destiné à recevoir des édifices bâtis³⁸. Son essor serait le fait d'une expansion économique soutenue générant un fort développement des cités romaines et conséquemment, un renchérissement du foncier. L'emphytéose est apparue, elle, plus tardivement. Contrairement au droit de superficie, l'emphytéose se serait principalement développée en milieu rural. L'émergence de l'emphytéose coïnciderait au déclin de l'Empire romain, miné notamment par la concentration des richesses, en particulier des terres³⁹ et la déliquescence du pouvoir politique. Autre différence notable entre les deux institutions, le droit de superficie aurait eu

³³ J.-P. Marty, « La dissociation juridique de l'immeuble », Paris, L.G.D.J., 1979, §112 p. 134.

³⁴ C. Ibled, « Le droit de superficie en droit français », Sirey, 1931, §2 p. 7.

³⁵ N. D. Fustel De Coulanges, « Histoire Des Institutions Politiques De L'ancienne France. L'alleu et le domaine rural pendant l'époque Mérovingienne ». Hachette. Paris. 1889. p. 1.

³⁶ A. Weiss, « Des droits de superficie en droit français et en droit romain », thèse, faculté de Strasbourg, 1853 §8.

³⁷ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §485 p. 373.

³⁸ J.-P. Marty, La dissociation juridique de l'immeuble, Paris, L.G.D.J., 1979, §114 p. 136.

vocation à s'appliquer sur des terrains nus de toute construction et aboutissant à une distinction physique de deux entités. Chaque entité était l'objet de droits différents : le tréfonds allant au propriétaire initial et la construction au superficiaire⁴⁰. L'emphytéose mettait elle l'accent sur le détachement d'une prérogative de la propriété – un droit, et principalement le droit de cultiver ou d'exploiter. Hormis, ces différences entre superficie et emphytéose, d'autres distinctions sont mises en avant. Le superficiaire aurait disposé d'un droit se limitant à la partie superficielle de la terre, et le paiement de la redevance (le solarium) obéissait également à certaines particularités⁴¹. Toutefois, d'autres auteurs indiquent que le droit de superficie pouvait s'apparenter à une vente ou une location, voire être consenti à titre gratuit⁴².

Cette distinction droit de superficie, emphytéose est intéressante, car elle dissocie foncier urbain et rural. Par ailleurs, elle reprend au moins partiellement, une autre distinction, toujours d'actualité, entre la division de la chose (le droit de superficie) et le démembrement de droit (l'emphytéose). Dans les deux hypothèses, à Rome, les droits accordés au titulaire de la superficie ou de l'emphytéose étaient proches de ceux du propriétaire sans aller jusqu'à une assimilation totale avec la propriété.

(22.) La nature du droit consenti à Rome, que ce soit pour le droit de superficie ou l'emphytéose n'est pas clairement établie. La question en droit romain soulève des interrogations de fond, proches de celles qui se posent en droit positif, renvoyant notamment à un certain antagonisme entre la propriété superficielle et le concept de propriété.

L'idée largement reprise pour le droit de superficie est celle d'une consolidation d'un droit personnel consenti à long terme sur un fonds de terre, pour lequel son titulaire aurait progressivement vu ses prérogatives s'élargir et se réifier. Ce phénomène de consolidation de la propriété superficielle serait le résultat de plusieurs facteurs. Le premier serait de source jurisprudentielle, la superficie serait devenue une propriété prétorienne en raison de sa durée. Par ailleurs, le superficiaire se serait vu reconnaître une action réelle en cas de troubles causés par un tiers, le rapprochant du statut de propriétaire. Auparavant, pareille situation contraignait le titulaire du droit à actionner le propriétaire du sol, afin que ce dernier fasse cesser le trouble ou lui transmette le droit à agir⁴³. Ensuite, le superficiaire peut jouir de cette même action à l'encontre du propriétaire du sol lui-même. Ainsi, d'une relation avec le

³⁹ E. Laboulaye, « Histoire du droit de propriété foncière en Occident », Paris, 1839, p. 117 et s. L'auteur fait également référence à des emphytéoses à charge de construire à Constantinople ce qui prouverait une utilisation de l'institution en milieu urbain.

⁴⁰ A. Weiss, « Des droits de superficie en droit français et en droit romain », thèse, faculté de Strasbourg, 1853 §7 p. 15 et s.

⁴¹ F. Eugène, « De l'Emphytéose, étude d'histoire, de droit et de législation », Grenoble, 1883, p. 187.

⁴² C. Ibled, « Le droit de superficie en droit français », Sirey, 1931, §3 p. 12.

⁴³ J. Bayoud, « La rente foncière », Thèse, Rennes, 1881, p. 62.

propriétaire du sol fondée sur des rapports d'obligations, la superficie renvoyait à une relation réelle avec en son cœur, la chose objet du droit de superficie. Second facteur, d'origine légale cette fois, la distinction propriété classique, propriété prétorienne ayant disparu⁴⁴, le droit de superficie serait devenu une propriété à part entière. Cette position est celle par exemple de J. P. Marty, considérant que l'assimilation du droit de superficie à la propriété romaine était l'hypothèse la plus admise.

D'autres auteurs, et cela semble être la position de la doctrine actuelle⁴⁵, considèrent que la règle « *superficies solo cedit* ». Ce principe était non seulement une composante du droit romain mais s'appliquait plus largement que dans le système du code, empêchant la reconnaissance d'un droit de propriété au superficiaire. Ces auteurs défendent ainsi l'idée d'un droit de superficie droit réel, s'analysant généralement comme un usufruit ou comme une servitude⁴⁶. C. Ibled propose une formule de synthèse satisfaisante, en disant qu'à Rome : « la superficie forme un *jus in re* spécial »⁴⁷. Pour l'auteur, cette nature tiendrait à l'argument classique de l'incorporalité de l'objet de la superficie.

De la période romaine on peut retenir, la mise en œuvre d'une division superficiaire sur de longues périodes, souvent pour contourner, à titre d'exception, l'impossibilité ou la difficulté à organiser la détention d'un bien-fonds sous le régime de la propriété individuelle unitaire. Comme aujourd'hui, la problématique du droit de superficie est donc totalement imbriquée avec le concept de propriété. Droit romain et droit positif se rejoindraient également sur l'analyse d'une superficie incorporelle, mais aussi sur une certaine confusion entre le concept de droit de superficie et droit de propriété. La période féodale qui fait suite à la chute de l'Empire romain n'est pas synonyme de plus de clarté. Par contre, la division y est la règle et l'unité l'exception.

2. La période féodale et le droit de superficie

(23.) À la fin de l'Empire romain d'Occident (476), le droit de superficie ne disparaît pas, au moins sur le principe, mais va se métamorphoser en profondeur sous l'influence du droit féodal. Dans la perspective civiliste, cette métamorphose est souvent décrite négativement, mais tout simplement comme la période à laquelle elle est associée, période dotée d'un système de propriété fondé sur la division.

⁴⁴ J.-P. Marty, « La dissociation juridique de l'immeuble », Paris, L.G.D.J., 1979, §113 p. 135.

⁴⁵ P. Wallet, V° « Superficie », Rép. Immo., fév. 2000, §12 : « Créé à Rome, le droit de superficie se définissait alors comme un droit réel, plus exactement comme un usufruit ou comme une servitude, et ce en application du principe de l'accession : *superficies solo cedit*. ».

⁴⁶ A. Weiss, « Des droits de superficie en droit français et en droit romain », thèse, Strasbourg, 1853 §12, p. 26.

⁴⁷ C. Ibled, « Le droit de superficie en droit français », Sirey, 1931, §4 p. 19.

Au prix de modifications importantes, le droit de superficie se serait maintenu dans l'ancien droit⁴⁸, devenant alors un démembrement de propriété parmi d'autres. Au cours de la période Franque, superficie et emphytéose cèdent la place aux tenures féodales nouvelles comme la précaire et le bénéfice. Ces dernières s'avèrent plus souples et mieux adaptées à l'instauration d'une organisation sociale fondée sur des relations croisées d'homme à homme. Néanmoins, l'église, héritière de la tradition romaine, continue de recourir à l'emphytéose pour la mise en valeur de ses terres ou de domaines urbains, à l'image du droit de superficie romain⁴⁹. Au cours de cette période, l'emphytéose sera progressivement gagnée par le système de la recommandation, au terme duquel un homme obtenait protection en aliénant une partie de sa liberté, comme celle de ses terres⁵⁰. Plus tard, l'emphytéose prendra la forme d'un contrat de location perpétuelle, c'est du moins en ces termes que la décrit Chénon. Pour l'auteur, l'emphytéose comme la rente foncière étaient des tenures « purement foncières » venant se rajouter aux tenures classiques du type fiefs et censives⁵¹.

Au cours de la période féodale, le droit de superficie subit des transformations au moins aussi lourdes, perdant plus ou moins ses spécificités romaines (usage en milieu urbain, division de la chose plutôt que du droit). Il semble prendre surtout la forme d'un éclatement de prérogatives, même si des situations articulées autour d'une séparation physique subsistent. Le droit de superficie va ainsi se transformer en une sorte de bail à ferme portant sur des édifices construits et des cultures, en tout ou partie⁵². La tenure à convenant ou à domaine congéable de Bretagne est sans doute l'institution la plus proche du droit de superficie. Selon Chénon : « Le propriétaire, appelé foncier ou tréfoncier, se réservait la propriété du sol considéré comme table rase ... » [...] « Le preneur, appelé domanier, acquérait la propriété de la superficie et la jouissance du tréfonds. ». Toujours selon cet auteur : « A l'origine et pendant tout le Moyen Âge, cette propriété réservée était pleine et entière, sans aucun démembrement en domaine direct et utile; ce n'est que plus tard que l'influence du régime féodal transforma le tréfoncier en un véritable seigneur. »⁵³.

Emphytéose et droit de superficie se sont maintenus tout en faisant l'objet d'adaptations importantes marquées par la féodalité, rendant fragile un parallèle avec les institutions romaines.

⁴⁸ E. Larcher, « Des constructions élevées sur le terrain d'autrui, en droit romain et droit français » Thèse, Paris, 1894, §458 p. 342.

⁴⁹ J.-P. Marty, « La dissociation juridique de l'immeuble », Paris, L.G.D.J., 1979, §113 p. 137.

⁵⁰ F. Eugène, « De l'Emphytéose, étude d'histoire, de droit et de législation », 1883, Grenoble, p. 211.

⁵¹ E. Chénon, « Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815 », t. II, Paris, Sirey, 1929, §378 p. 189.

⁵² A. Weiss, « Des droits de superficie en droit français et en droit romain », Thèse, Strasbourg, 1853 §15, p. 31.

⁵³ E. Chénon, « Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815 », t. II, Paris, Sirey, 1929, §381 p. 202.

(24.) Durant la période féodale, le droit de superficie aurait cependant joué un rôle de premier plan en matière de théorie du droit, et plus précisément du droit de propriété.

C'est en effet, par l'étude de la qualification du droit détenu par le superficiaire que des juristes italiens vont élaborer la théorie du domaine divisé⁵⁴. Initialement, cette théorie servit d'abord à asseoir les droits seigneuriaux, en associant aux prérogatives issues du droit romain, qu'une personne pouvait détenir sur un fonds, des pouvoirs nouveaux, s'apparentant à une forme de souveraineté⁵⁵. Après avoir servi les intérêts de la noblesse en confortant le domaine direct, le double domaine prit le parti adverse. Les juristes utilisèrent ce concept pour opérer un glissement de propriété, et de pouvoir, au profit de la bourgeoisie et au détriment de la noblesse, renversement que concrétisa la Révolution. La propriété moderne réalisa le souhait de la doctrine, et bien au-delà, en instituant un propriétaire unique. La pensée de Pothier se retrouve parfaitement dans cette propriété moderne. Le jurisconsulte ne disait-il pas ? « C'est à l'égard des héritages, le domaine utile qui s'appelle domaine de propriété. Celui qui a ce domaine utile, se nomme propriétaire ou seigneur utile ; celui qui a le domaine direct, s'appelle simplement seigneur. Il est bien propriétaire de son droit de seigneurie ; mais ce n'est pas lui, c'est le seigneur utile qui est proprement le propriétaire de l'héritage. »⁵⁶. Selon Pothier, le domaine utile se voit attribuer le domaine, la chose, synonyme de propriété, le seigneur, lui, son droit de seigneurie, qui n'est qu'une prérogative, une chose incorporelle. Par l'intermédiaire du double domaine, le seigneur est devenu « simplement » le détenteur d'un droit, ce qui n'est pas sans rappeler la superficie, dont l'incorporalité lui interdit la nature de propriété.

Cette logique, d'un sujet titulaire du droit de propriété détenant une chose corporelle versus le titulaire d'un droit de superficie, détenteur d'un simple droit réel incorporel, est reprise et amplifiée par le Code civil. En conséquence, pour ce dernier, seul le propriétaire existe, ou à une utilité, le superficiaire, lui, est au mieux, toléré.

B. Le droit de superficie et la propriété civiliste

(25.) Le Code civil, qui ignore largement le droit de superficie, n'a pas eu pour effet de le faire disparaître. En dépit d'une propriété unitaire, individuelle et exclusive, se suffisant à elle-même, le droit de superficie s'est maintenu.

⁵⁴ J.-P. Bertrel, « L'accession artificielle immobilière. Contribution à la nature juridique du droit de superficie », RTD civ. 1994, n°4 p. 737 IB1b.

⁵⁵ A. Weiss, « Des droits de superficie en droit français et en droit romain », thèse, Strasbourg, 1853 §15, p. 32.

⁵⁶ M. Pothier, « Traité de droit civil et de jurisprudence française », Tome IV. Paris, 1774, p. 343.

Le rapport entre les deux institutions n'a pas été des plus apaisés. Au dogmatisme intransigeant de la propriété civiliste, répondit la dimension perturbatrice, pour ne pas dire l'esprit séditieux du droit de superficie. Ce dernier poussa la propriété à revenir sur sa propension naturelle, à l'absolutisme et à l'unité, et y parvint. Pourtant, lors de la publication du code en 1804, cette issue était pour le moins incertaine. Ce rapport entre le droit de superficie et la propriété est une des problématiques au cœur de la Révolution, la propriété étant associée aux idées révolutionnaires, à la modernité, et le droit de superficie à l'Ancien Régime, au passé. Le Code civil fit le choix de la modernité et rejeta le droit de superficie. Le rejet ne fut cependant pas total.

Jamais visé nommément et écarté des dispositions phares du code, le droit de superficie doit se satisfaire de références textuelles indirectes (2). Toutefois, en parallèle, le code contient un dispositif au travers duquel le droit de superficie peut exister et se développer (3). Avant de présenter ces deux points, il est utile d'examiner comment les rédacteurs du code traitèrent la question des rentes foncières (1). Cette séquence est, en effet, révélatrice de la défiance des rédacteurs à l'égard de la problématique superficiaire, et sera évoquée à plusieurs reprises en dehors des lignes qui vont suivre.

1. La transformation des rentes foncières ou l'épilogue d'un long processus

(26.) La question des rentes foncières, et plus généralement des droits fonciers, est l'un des fils d'Ariane permettant de comprendre la Révolution française et le rôle joué par la propriété. Le Code civil en faisant le choix d'une propriété unitaire, permit de mettre un terme à la période révolutionnaire, en empêchant un retour éventuel à la propriété divisée et à l'ordre social associé à cette propriété. Ainsi, le modèle de propriété du code en rupture avec le passé ouvrit la voie à une société nouvelle. Le droit de superficie et la division du sol questionnant cet axiome, ce moment particulier de l'histoire sera souvent évoqué plus ou moins directement.

Pour l'heure, c'est le sujet des rentes foncières qui sera détaillé. Illustration parfaite du processus de construction du nouveau modèle de propriété porté par le code, le sort des rentes foncières est également intéressant en ce qu'il révèle la fragilité des équilibres, avant (a), mais aussi au moment de la rédaction du code (b).

a. La longue et tumultueuse abolition des rentes foncières et autres droits féodaux

(27.) Les rentes foncières furent un enjeu essentiel de la Révolution française révélant les luttes de pouvoir et la dynamique de la période. Elles finirent peu ou prou par être abolies au terme d'un processus long et mouvementé.

Sous l'Ancien Régime, la rente foncière était une tenure particulière dénommée le bail à rente foncière. Comme l'emphytéose, elle avait la particularité d'être une tenure « purement foncière » appartenant à la catégorie des locations perpétuelles (cf. infra §28), auxquelles renvoie souvent le terme simple de rentes foncières, au pluriel. Les locations perpétuelles, dont la rente foncière (singulier), venaient se superposer aux autres tenures, y compris le cas échéant au démembrement domaine utile, domaine direct. La rente foncière avait pour caractéristique d'être un droit réel et de s'analyser en un véritable démembrement de propriété⁵⁷. En dépit d'avantages certains⁵⁸, les locations perpétuelles se mirent à proliférer et : « Cette multiplicité (des locations perpétuelles) avait engendré un véritable chaos juridique. »⁵⁹. Selon Chénon, le bail à rente contribuait largement à cette prolifération de droits et donc de charges, pour deux raisons qui lui étaient propres : « 1° l'acquéreur à rente, étant propriétaire de l'héritage vendu, pouvait le revendre à un tiers, en se réservant à son tour une rente foncière, et ainsi de suite. » [...] « 2° le propriétaire d'un immeuble tenu à rente foncière pouvait (et ceci était encore plus dangereux) s'en servir comme d'un instrument de crédit, c'est-à-dire, quand il avait besoin d'argent, vendre à autrui, pour un certain prix, le droit de lui demander chaque année une rente ... »⁶⁰. La rente foncière comme l'emphytéose, bien que porteuse d'inconvénients, n'était pas une tenure féodale, même si leur fonctionnement relevait, cela va sans dire, d'une propriété divisée.

Cette caractéristique prit toute son importance, quand arriva la Révolution déclarant l'abolition des droits féodaux suivant le décret du 11 août 1789. Ce texte visait d'évidence seulement les tenures féodales, mais rapidement se posa la question de la limite des droits féodaux, et de savoir si les tenures du type de la rente foncière étaient concernées par la mesure d'abolition. Les enjeux s'imaginent aisément, et un débat extrêmement tendu advint à propos du périmètre du décret. Merlin de Douai, partisan d'une abolition limitée, contribua activement au débat. Il définit une clef de répartition permettant de distinguer les tenures féodales de celles qui ne l'étaient pas, au travers de la notion de féodalité dominante et contractante⁶¹. C'est finalement le parti adverse, celui d'une suppression complète des droits féodaux qui finit par l'emporter, sans pour autant réussir à trancher la question de fond au

⁵⁷ E. Chénon, « Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815 », t. II, Paris, Sirey, 1929, §380 p. 194.

⁵⁸ E. Chénon, « Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815 », t. II, Paris, Sirey, 1929, §378 p. 190.

⁵⁹ E. Chénon, « Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815 », t. II, Paris, Sirey, 1929, §378 p. 191.

⁶⁰ E. Chénon, « Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815 », t. II, Paris, Sirey, 1929, §380 p. 196.

cœur de ce débat. Il faut dire que ce point touche au fondement de la Révolution. Demander l'abolition des droits sans exception, c'était non seulement supprimer la féodalité, mais aussi s'en prendre aux détenteurs de droits privés, du type des rentes foncières. En clair, c'était étendre à la grande propriété les mesures prises à l'encontre de la noblesse, donnant une tout autre ampleur à la Révolution. Les résistances furent à la mesure du bouleversement. La noblesse n'étant plus, la grande propriété était de facto aux seules mains de la bourgeoisie, questionnant l'idéal révolutionnaire. Initialement partie prenante du mouvement et sans doute instigateur, la bourgeoisie qui avait un intérêt direct à la suppression de la féodalité comme de la noblesse, se vit appliquer à elle-même le sort qu'elle pensait réserver aux autres, ce qui ne se fit pas sans heurt. De l'autre côté, les partisans de la suppression bénéficiaient d'un avantage évident à désigner un nouveau bouc émissaire aux malheurs du peuple⁶², l'ensemble débouchant sur une situation confuse et malsaine.

La joute sur le périmètre de l'abolition des droits féodaux donna lieu à plusieurs textes supposés éclaircir le décret du 11 août 1789. Pour citer à nouveau Chénon : « L'ensemble de la législation sous ce rapport est renfermé dans les décrets des 18-29 décembre 1790 et des 7 juin-6 août 1791. »⁶³, auquel, toujours selon l'auteur, il faut rajouter le décret du 17 décembre 1790 et en particulier son article 1. Cet article ouvre la voie à l'abolition des tenures perpétuelles du type rentes foncières et emphytéose, c'est-à-dire les tenures privées⁶⁴. En dépit d'une orientation claire en faveur d'une extension de la suppression des droits féodaux, ces législations, dont seules les principales ont été citées, ne parvinrent pas à stabiliser totalement la question. Le législateur face aux enjeux versait lui-même dans une certaine confusion et n'exprima jamais positivement la suppression des tenures privées, sans parler des allers et retours sur les baux à domaine congéables, par exemple⁶⁵. Le débat animait également la jurisprudence. Le Conseil d'État rendit en la matière un avis important le 30 pluviôse an XI (19 février 1803) favorable à la suppression des rentes foncières mixtes⁶⁶, c'est-à-dire entre féodalité dominante et contractante, laissant subsister un doute concernant les rentes purement privées.

⁶¹ E. Chénon, « Les démembrements de la propriété foncière en France, avant et après la Révolution », 1923, § 34 p. 103.

⁶² G. Massa-Gille, « Les rentes foncières sous le Consulat et l'Empire », In: Bibliothèque de l'école des chartes. 1975, tome 133, livraison 1. p. 68 citant H. Dard, « De la législation ancienne et nouvelle concernant les rentes foncières seigneuriales et féodales supprimées par décret du 17 juillet 1793 », Paris, 1827, p. 74 : « L'Assemblée constituante avait à lutter contre la classe des privilégiés, qui était en même temps celles des grands propriétaires. Elle l'a attaquée en attaquant la propriété d'où cette classe tirait sa force, et, par ce même moyen, elle s'est attaché le tiers état qu'elle voulait opposer aux privilégiés. ».

⁶³ E. Chénon, « Les démembrements de la propriété foncière en France, avant et après la Révolution », 1923, § 37 p. 113.

⁶⁴ E. Chénon, « Les démembrements de la propriété foncière en France, avant et après la Révolution », 1923, § 37 p. 115.

⁶⁵ G. Massa-Gille, « Les rentes foncières sous le Consulat et l'Empire », In: Bibliothèque de l'école des chartes. 1975, tome 133, livraison 1. p.68 : « Une seule mesure positive fut prise pour les rentes convenancières ou à domaines congéables, tenures particulières à la Bretagne ; abolies sans indemnités par les décrets des 27 août 1792 et 29 floréal an II (18 mai 1794), une loi du 9 brumaire an VI (30 octobre 1797) rendue après les plus graves et les plus savantes discussions au Conseil des Anciens rapporta les deux décrets. ».

⁶⁶ G. Massa-Gille, « Les rentes foncières sous le Consulat et l'Empire », In: Bibliothèque de l'école des chartes. 1975, tome 133, livraison 1. p.80 : L'avis du 30 pluviôse an XI (19 février 1803) acheva de dissiper toutes les incertitudes sur

À la veille de la publication du Code civil, les rentes foncières privées étaient, de fait, abolies sur une base juridique il est vrai fragile, et surtout, sans que la mesure ne parvienne à un consensus social suffisant pour l'entériner définitivement. L'abolition des rentes foncières perturbait fortement le corps social, et les faire revivre, impliquait un retour en arrière insupportable, ce qui n'était pas envisageable même par les rédacteurs du Code civil.

b. Le refus emprunté de réinstaurer les rentes foncières des rédacteurs du Code civil

(28.) La place de la propriété dans le code comme sa contribution à l'œuvre de la Révolution n'est plus à démontrer. Le refus de rétablir les rentes foncières éclaire cependant d'un jour particulier le concept de propriété, en lui permettant de faire le lien avec le passé.

Dans cette perspective, la propriété civiliste n'est pas un concept *ex nihilo*, mais la poursuite d'un long processus que cristallisa la Révolution. Le lien avec le passé que révèlent les rentes foncières, consiste en une rupture, une opposition avec l'ordre ancien, mais aussi, chose plus étonnante, un compromis. Ce compromis n'est autre que la propriété du code, une propriété unitaire ou qui était en passe de le devenir.

D'emblée, ce qui surprend lorsque l'on se penche sur les discussions sur le rétablissement des rentes foncières, présentées ici très brièvement, c'est la mesure de la décision finale. Certes, la propriété du code finit par l'emporter sous l'autorité du premier consul, mais alors que l'on imagine une posture dogmatique, intransigeante, la solution de la propriété du code s'apparente à une option pragmatique, une alternative susceptible de fédérer. Cette retenue ou hésitation, témoigne du processus de construction de la propriété unitaire, qui à l'époque des discussions sur les rentes foncières, n'en était qu'à ses débuts. Les débats sur la rédaction de l'article 553 à venir, témoigneront également de cette hésitation (cf. *infra*). Par ailleurs, un second aspect doit être mentionné. Il s'agit de la modernité des différentes positions qui se sont affrontées pour savoir si l'on devait, ou non, restaurer les rentes foncières. Les arguments développés possèdent une dimension presque intemporelle au regard de leur contenu, mais aussi de l'ampleur du spectre politique qu'elles constituent.

Les discussions à propos des locations perpétuelles se déroulèrent lors de la séance du 5 Ventôse an VII (6 mars 1804). Notons que ce point avait déjà été évoqué par Portalis lors

l'application qu'il convenait de donner aux lois des 17 juillet et 2 octobre 1793 et au décret du 7 ventôse an II. Il faisait suite à l'autorisation demandée par la régie de l'Enregistrement et du Domaine de recevoir un remboursement de rente foncière stipulée par un acte mélangé de cens. Fondé sur les lois de 1793 et 1794, il tranchait : « Que toutes prestations de quelque nature qu'elles puissent être, établies par des titres constitutifs de redevances seigneuriales et de droits féodaux supprimés par le décret du 17 juillet 1793, ont été pareillement supprimées et que l'on ne pourrait admettre les demandes en paiement de ces prestations sans changer la législation. ».

du discours préliminaire du premier projet de Code civil⁶⁷. On peut imaginer que ce dernier pensait alors éluder la question des rentes foncières, sans apparemment y parvenir.

(29.) Au cours de cette séance du 6 mars 1804⁶⁸, qui précéda de peu la publication du code, soutiens et adversaires des rentes foncières se mesurèrent sur la question de savoir si l'institution devait être maintenue, et si oui dans quelles conditions. Les dispositions du décret du 11 août 1789 conservaient toujours une part de doute, malgré les nombreux rebondissements suscités par ce texte.

Le débat fut introduit par Cambacérès (1753-1824) pour qui les rentes avaient leur place au sein du code. Pragmatique, il pensait que les avantages de ces tenures dépassaient leurs inconvénients. Maleville (1741-1824), également partisan des rentes foncières, fit valoir l'utilité sociale et économique notamment de l'emphytéose. Le procédé servait en effet à la mise en valeur des terres en friche ou ingrates, par des exploitants de condition modeste ne pouvant accéder au bail à ferme. Écarter les rentes foncières, aurait fait courir le risque de maintenir ces terres pauvres hors du commerce. Maleville, en complément, indiqua que l'emphytéose avait été utilisée par la féodalité pour asseoir la suprématie d'une classe, mais qu'elle s'en distinguait totalement, et trouvait au demeurant sa source dans le droit romain. Tronchet (1726-1806) avait une position plus mesurée, considérant que les locations perpétuelles étaient un frein à la libre disposition des biens, et que leur efficacité restait à démontrer. Portalis (1746-1807) et Bigot de Préameneu (1747-1825) semblaient, quant à eux, également favorables aux rentes, tout en faisant état de limites.

Pour contrer les arguments à teneur essentiellement économique, les adversaires des rentes invoquèrent principalement le risque social ou politique. E. Cretet (1747-1809) exposa ce raisonnement en disant : « Toujours on a vu des hommes habiles s'en servir (de la rente foncière) pour circonvenir les gens simples par l'appât d'avantages imaginaires ; s'assurer les fruits de leurs travaux, et ne leur laisser que l'indigence avec le vain titre de propriétaire. Si l'usage de ce contrat s'étendait, on verrait la nation partagée en deux classes : l'une qui jouirait paisiblement et sans labeur des produits de la terre, l'autre des serfs condamnés aux

⁶⁷ Recueil complet des discours, prononcés lors de la présentation du Code civil, par les divers orateurs du Conseil d'État et du tribunal, et discussion particulière de ces deux corps avant la rédaction définitive de chaque projet de loi. Tome 1er, Paris 1838, Discours préliminaire du premier projet de code civil, présenté en l'an IX par MM. Portalis, Tronchet, Bigot de Préameneu et Maleville, membres de la commission nommée par le gouvernement, p. 21 : « Mais nous avons pensé qu'on avait été trop loin, quand, sous prétexte d'effacer jusqu'aux moindres traces de la féodalité, on avait proscrit le bail emphytéotique et le bail à rente foncière, qui n'ont jamais été un contrat féodal, qui encourageaient les défrichements, qui engageaient les grands propriétaires à vendre les fonds qu'ils ne pouvaient cultiver avec soin, et qui donnaient à des cultivateurs laborieux, dont les bras faisaient toute la richesse, les moyens faciles de devenir propriétaires. Cependant nous n'avons pu nous dissimuler les grands inconvénients qui seraient attachés à une législation toute particulière et très compliquée, qu'ont toujours exigée ces sortes de contrats, et nous avons abandonné à la sagesse du gouvernement la question de savoir s'il est convenable d'en provoquer le rétablissement. ».

⁶⁸ Voir Procès-verbal de la séance du 5 Ventôse an VII. 6 mars 1804, « Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil », T. 11, Paris, 1836 p. 56 et s.

travaux les plus rudes pour payer les impositions et la rente foncière, sans pouvoir obtenir de leurs sueurs la subsistance de leurs familles. »⁶⁹. Cette position finit par prendre l'ascendant, et, point intéressant, l'épilogue du débat tient à un élément nouveau en comparaison des discussions qui précédèrent le Code civil. Cet événement n'est autre que la propriété du Code. Cette propriété permettait, en effet, la détention directe des terres, rendant désuet le système des rentes et la superposition des droits qui en découlait. C'est pourquoi le premier consul, ne voyant aucun intérêt pour l'État au maintien des rentes foncières, trancha contre leur rétablissement⁷⁰.

Les rentes foncières ne disparurent pas comme en témoigne l'article 530⁷¹ du Code civil, mais furent profondément modifiées voire dénaturées. Loin du droit réel sur un fonds que connaissait l'ancien droit, les rentes, suivant le Code civil, sont des biens meubles correspondant à une dette personnelle essentiellement rachetable⁷².

Cette confrontation originelle a d'une certaine façon figé le débat de fond, avec pour conséquence une grande timidité des rédacteurs du code à l'endroit du droit de superficie. Le refus de rétablir les rentes foncières entraînait la promotion de la propriété du code, une propriété unitaire, opposée à la division. Cette propriété représentait ce qui avait fait défaut jusqu'alors, une solution de compromis porteuse d'avenir, entre la solution radicale d'une suppression pure et simple des rentes foncières et une forme de retour au passé. Le questionnement autour des rentes foncières, ou sur le choix entre un modèle unitaire ou divisé de propriété, ne s'acheva pourtant pas avec la publication du code en 1804. Sous sa forme originelle, l'interrogation anima, pour un temps encore, la jurisprudence⁷³. Le code marqua néanmoins un tournant en plaçant au cœur du débat sa propriété, favorisant un nouveau départ de l'opposition unité versus division, toujours actif au 21^{ème} siècle.

Ce nouveau départ repose essentiellement sur l'avènement d'une propriété nouvelle, mais en complément, les rédacteurs du code prirent grand soin d'éviter toute référence directe à la division, donc au droit de superficie.

2. *L'absence de références directes du Code civil au droit de superficie*

(30.) Les tumultueux débats sur les rentes foncières ont certainement encouragé les rédacteurs du code à éviter d'aborder directement la question de la division du sol et avec

⁶⁹ Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, T. 11, Paris, 1836 p. 64.

⁷⁰ Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, T. 11, Paris, 1836 p. 67.

⁷¹ Art. 530 : « Toute rente établie à perpétuité pour le prix de vente d'un immeuble, comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier, est essentiellement rachetable. Il est néanmoins permis au créancier de régler les clauses et conditions du rachat. Il lui est aussi permis de stipuler que la rente ne pourra lui être remboursée qu'après un certain terme, lequel ne peut jamais excéder trente ans ; toute stipulation contraire est nulle. ».

⁷² Pour une analyse détaillée voir J. Bayoud, « La rente foncière », Thèse, Rennes, 1881, p. 150 et s.

⁷³ A-M. Patault, « Un conflit entre la Cour de cassation et le Conseil d'État, l'abolition des droits féodaux et le droit de propriété » R.H.D. 1978, p. 427 et s.

elle, le droit de superficie. L'approche confortait, qui plus est, le nouveau concept de propriété unitaire de l'article 544. Pour autant, ce silence de principe (a) s'accompagne de références indirectes sur des problématiques spécifiques comme la dissociation en cas de construction sur le domaine public (b) ou les immeubles à étages (c).

Il est important de noter que ces références indirectes font figure d'exceptions et qu'elles portent toutes deux sur des dissociations de l'objet du droit de propriété. Par ailleurs, il faut aussi relever la pertinence des rédacteurs du code, puisque leurs références indirectes concernent deux des sujets les plus prégnants de la problématique volumique moderne.

a. Le silence des articles clefs se rapportant au démembrement de propriété

(31.) Le constat a été fait de longue date ; aucun article du Code civil ne mentionne droit de superficie ni par l'élaboration d'un ensemble de règles spécifiques, ni même de façon éparse dans le cadre des dispositions susceptibles d'y faire référence.

Le concept de droit de superficie est absent du Code civil. L'article 526⁷⁴, régissant les droits qualifiés d'immeubles par l'objet auxquels ils s'appliquent n'en fait pas état. De la même façon, l'article 543 censé énumérer la liste des droits réels se limite, en complément du droit de propriété, à énoncer qu'il est possible d'avoir sur un bien : « un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre ». Dans les rapports avec les tiers en matière de garantie, le code n'évoquait pas non plus le droit de superficie comme susceptible de donner lieu à hypothèque (cf. ancien article 2218⁷⁵).

Cette absence du concept de droit de superficie au sein du code ne doit pas pour autant être exagérée. La défiance à l'égard de la division du sol était bien réelle. Cependant, le terme droit de superficie n'avait pas la signification générique qu'on lui donne aujourd'hui. La division était plutôt associée au terme de rentes foncières, au sens de locations perpétuelles, que le code aborde (cf. supra). Cet aspect lexical est important, car dans une approche lexicale la recherche des traces de division dans le code par l'entrée du terme « droit de superficie » est sans doute contestable.

Il n'en demeure pas moins que le code ne mentionne pas le droit de superficie, s'y limitant à des références indirectes se rapportant à des situations particulières.

⁷⁴ Art. 526 Code civil : « Sont immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent : l'usufruit des choses immobilières ; les servitudes ou services fonciers ; les actions qui tendent à revendiquer un immeuble. ».

⁷⁵ Art. 2118 Code civil : Sont seuls susceptibles d'hypothèques : 1° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles ; 2° L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée. Transféré à l'article 2397 par Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 - art. 14 JORF 24 mars 2006.

b. La dissociation physique de la propriété pour cause de construction sur le domaine public

(32.) L'article 519⁷⁶ représente un des premiers jalons posés pour la reconnaissance du droit de superficie par le code. La disposition est axée sur l'objet du droit de propriété. Elle relève à ce titre du chapitre I^{er}, titre I^{er} du livre II du code, chapitre se rapportant aux immeubles.

En dépit, d'un contenu quelque peu « vieillot », l'article évoque la situation des moulins. Ces derniers sont analysés sans ambiguïté par le code comme des immeubles par nature⁷⁷. Or, ces moulins sont édifiés, au moins partiellement, sur des cours d'eau appartenant au domaine public. Les fonds de terre sur lesquels écoule l'eau étant eux aussi des immeubles par nature en vertu de 518, cela revient à reconnaître l'existence de deux immeubles distincts, susceptibles de droits également distincts, situés sur un même fonds, aboutissant ainsi à une dissociation physique de la propriété initiale.

En complément de la reconnaissance implicite d'un cas de dissociation, l'article aborde également la question très moderne de l'articulation entre le domaine privé et le domaine public. La dissociation ne se limite cependant pas à cette configuration, puisque le code dans sa rédaction d'origine contient également un cas de dissociation mettant en présence deux propriétés privées, les immeubles à étages.

c. La dissociation physique de la propriété des immeubles à étages

(33.) Initialement, la propriété des immeubles à étages était visée à l'article 664⁷⁸ du Code civil. Cet article est la seconde grande référence de dissociation d'un immeuble, en l'occurrence celle d'un bâtiment.

La disposition témoigne d'une pratique assez répandue, en particulier en Bretagne⁷⁹, de la division d'un immeuble dans le sens de la hauteur créant des propriétés par niveau. L'article fut introduit à la demande des cours d'appel de Lyon et de Grenoble. Inspiré par la coutume d'Auxerre⁸⁰, l'article témoigne de la volonté des praticiens de prendre en compte des

⁷⁶ Art. 519 Code civil : « Les moulins à vent ou à eau, fixés sur piliers et faisant partie du bâtiment, sont aussi immeubles par leur nature. ».

⁷⁷ Une analyse semblable peut être tirée d'une interprétation a contrario de l'article 531 du Code civil. cf. F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie », Thèse, Lyon 3, 2001, § 58 p.74.

⁷⁸ Art. 664 Code civil : « Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode des réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit : Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient ; Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche ; Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit, le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui et ainsi de suite. ».

⁷⁹ E. Larcher « Des constructions élevées sur le terrain d'autrui, en droit romain et droit français » Thèse, Paris, 1894 §462 p. 345 qui évoque le cas des héritiers bretons optant pour une division horizontale de l'immeuble afin de disposer d'un droit sur le foncier.

⁸⁰ P. Lebatteux, « les origines de la copropriété », AJDI 2006, p. 519.

situations courantes dans de nombreuses villes, auxquelles la propriété unitaire du code répondait imparfaitement.

Cette reconnaissance d'une propriété foncière verticale est néanmoins timide. La problématique est rattachée aux modalités de mise en œuvre de la propriété, ce qui explique la présence de l'article 664 à la section 1 : « Du mur et du fossé mitoyens » du titre IV « Des servitudes et services fonciers ». Notons que la règle sur la propriété des immeubles à étages est conforme à la vision de la propriété du code. Le découpage horizontal d'un immeuble est compatible avec une propriété individuelle et exclusive de chaque niveau, offrant par là un système de copropriété dit « mosaïque » – c'est-à-dire sans indivision, telle qu'elle existait à Rome⁸¹. Les propriétés comprises dans l'immeuble sont distinctes les unes des autres et chaque propriétaire dispose de pouvoirs exclusifs sur son bien. Placer l'article 664 dans la partie de la mitoyenneté et des servitudes, a donc un sens. L'article 664 opère sur la question particulière des immeubles à étages, comme les servitudes et la mitoyenneté pour le concept général de propriété. L'article organise la mise au format individualiste d'une chose qui déroge aux immeubles par nature du code, le fonds de terre ou le bâtiment. À sa manière, l'article 664 fait état du système de propriété du code, qui sera longuement développé (cf. infra), même si la disposition s'attache plutôt à la mise en œuvre de la dérogation et non pas à sa cause, la division verticale d'un bâtiment ou d'un fonds de terre.

L'article 664 aujourd'hui abrogé, a servi de fondement au régime des biens en copropriété défini par plusieurs lois successives. La dernière date de 1965⁸² et fut depuis maintes fois amendée. Elle succède à une première loi de 1938 à l'origine de la vision moderne de la copropriété, se substituant à l'article 664.

Parallèlement, aux références indirectes au droit de superficie des articles 519 et 664, le Code civil aborde la problématique de la division de la propriété d'une autre façon, au travers de ses articles 552 et 553.

3. *L'article 553 exception au droit d'accession véritable fondement du système superficiaire du code*

(34.) La dissociation de la propriété foncière était une réalité sociale avant la Révolution, qui n'a pas disparu avec elle. D'ailleurs, certaines situations en relevant ont perduré bien après 1804 et perdurent. Les rédacteurs du code ne pouvaient ignorer cet aspect de la propriété et le prirent en compte au travers de l'article 553. Cette prise en compte s'inscrit dans le modèle d'une propriété unitaire réservant à un sujet toutes les utilités que recèle une chose,

⁸¹ P. Lebatteux, « les origines de la copropriété », AJDI 2006, p. 519.

tout en venant perturber ce modèle en lui inoculant la problématique de la division. L'article 553 est donc le véritable siège du droit de superficie au sein du code dans une perspective classique, le volume immobilier moderne privilégiant quant à lui une autre perspective (b). Toutefois, ce fondement pour être compris doit être replacé dans le système superficiaire du Code civil dans lequel figure également l'article 552, et plus encore aux articles 544 et 543 de ce même code (a).

a. Le système superficiaire du Code civil

(35.) Au sein du Code civil, la problématique superficiaire repose sur l'article 553, mais la disposition n'est finalement que la composante d'un ensemble ramenant au concept de propriété de l'article 544.

Prenant modèle sur le droit romain, le code adopte la règle « *superficies solo cedit* », assurant au propriétaire du sol le bénéfice de tout ce qui est produit par le sol ou s'y incorpore. C'est l'affirmation du droit d'accession édicté par la première partie de l'article 553. Néanmoins, le code déroge expressément à ce principe dans la seconde partie de l'article, se démarquant ainsi du droit romain. Pour reprendre l'expression d'un auteur, le droit d'accession était à Rome une condition de la propriété, un « axiome rationnel », qui s'appliquait sans exception contre l'avis même du propriétaire du sol⁸³.

L'article 553 est précédé de l'article 552⁸⁴, dont l'objet est en partie de décrire la chose « sol » ou le fonds de terre (cf. infra § 768 et s.). Cependant, bien que précédant l'article 553, l'article 552 sert de support de développement à l'article 553. Lorsque ce dernier se place dans l'hypothèse d'une dérogation à la règle « *superficies solo cedit* », l'objet de la production ou de l'incorporation n'est pas attribué au propriétaire du sol, l'article 552 permet alors de localiser physiquement le contenu de la dérogation sur la chose « sol ». L'exemple type est celui de la mine qui correspond au tréfonds, ce que l'article 552 dénomme le dessous, exemple que nous développerons largement. La combinaison des articles 553 et 552 se retrouve couramment en jurisprudence, comme en doctrine au 19^{ème} siècle. Le célèbre arrêt Caquelard⁸⁵ en témoigne mais aussi nombre d'autres décisions suivent ce raisonnement, comme nous le verrons.

⁸² Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 (D. 1965.222) et son décret d'application n° 67-223 du 17 mars 1967 (D. 1967.124, err. 200, rect. 238).

⁸³ A. Weiss, « Des droits de superficie en droit français et en droit romain, thèse, faculté de Strasbourg », 1853 §3 p. 7.

⁸⁴ Art.552 Code civil : « La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre "Des servitudes ou services fonciers". Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police. ».

⁸⁵ DP 1834.1.118 ; S. 1834. I. 205.

Cette articulation entre les articles 553 et 552 éclairante pour comprendre le processus superficiaire du code, ne doit cependant pas être isolée. Le droit de superficie ne s'entend pleinement que dans le cadre de la relation qu'il entretient avec le droit de propriété.

(36.) Le droit de superficie né de la dérogation de l'article 553, n'est qu'une exception au droit de propriété, même si cette exception génère de fortes perturbations.

L'objet de l'article 553 est mentionné dans sa première partie l'octroi du bénéfice de l'accession au propriétaire du sol. D'ailleurs, cet article ne fait que développer la règle plus générale invoquant le bénéfice de l'accession pour les biens meubles et immeubles de l'article 551⁸⁶. De plus, celui-ci est lui-même une application de l'article 546, faisant état du droit d'accession au titre II du code « De la propriété ». En d'autres termes, par ordre d'importance, les articles 546, 551 et 553 confortent d'abord la propriété de l'article 544, et accessoirement comportent une exception à ce système entièrement dévoué aux intérêts du propriétaire, et plus spécifiquement du propriétaire foncier.

Cependant, aussi modeste que soit l'exception de l'article 553, elle ouvre une brèche dans le monopole octroyé au propriétaire, faisant naître immédiatement une question des plus ardues. Quel est le périmètre de cette exception ? Ou, quelle est la nature du droit dont bénéficiera le sujet non propriétaire du sol, pouvant se prévaloir de la dérogation de l'article 553 ? La réponse à cette question se traduit par l'ajout d'un nouvel et dernier article au système superficiaire du code, l'article 543. Le texte liste, ou listerait, les droits qu'un individu peut détenir sur un bien : « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre. ». Cette question n'est autre que la problématique du *numerus clausus* des droits réels, ou de la limite de l'exception posée à l'article 553. L'article 543 joue ainsi le rôle d'arbitre entre le principe d'une chose acquise tout entière à son propriétaire et la dérogation que constitue le droit de superficie, même si initialement rien ne le préparait à un tel destin (cf. infra §771 et s.). Sur le fond, reste à savoir où l'article 543 trace exactement la ligne séparative entre le principe et l'exception, ce que n'indique pas expressément ce texte, qui ne mentionne même pas le droit de superficie, comme cela a été indiqué (cf. supra §30). En l'absence d'une disposition précise, plusieurs propositions ont été formulées et la question reste à ce jour ouverte. En allant de l'hypothèse la plus permissive à la plus restrictive, les options sont les suivantes : (i) le droit de superficie est un droit de propriété, ce qui pose la question de l'articulation avec l'autre droit de propriété, celui du sol ; (ii) le droit de superficie est un droit de propriété mais diffère de la propriété du sol, ce qui correspond au concept de propriété *sui*

⁸⁶ Art.551 Code civil : « Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire, suivant les règles qui seront ci-après établies. ».

generis non prévue par le code ; (iii) le droit de superficie est un simple droit réel n'appartenant à la liste de l'article 543, ce qui implique pour le superficiaire un statut inférieur comparativement au droit de propriété ; (iv) le droit de superficie est un simple droit réel appartenant à la liste de l'article 543, limitant plus encore le régime du droit de superficie.

Cette question sera tranchée en son temps ; ici le propos est seulement de mettre en lumière le système superficiaire du code. Comme nous l'avons vu, ce système est composé d'un côté des articles 553 (ou 551 voire 546) et 552 fondant la mise en œuvre du droit de superficie. De l'autre côté, le fondement de principe du système est représenté par les articles 544 et 543, puisque le droit de superficie n'est qu'une exception au droit de propriété du code. Dans la perspective civiliste, droit de superficie et droit de propriété sont indissociables. L'article 553 est alors le lien entre ces deux concepts, expliquant le choix de la doctrine classique d'en faire le fondement du droit de superficie, étant précisé que ce choix est aussi une condition.

b. L'article 553 du Code civil fondement classique mais aussi limite du droit de superficie

(37.) L'article 553 du Code civil fonde le droit de superficie. Cette reconnaissance va de pair avec un droit d'accession, totalement attaché au droit de propriété.

L'attribution du droit d'accession au propriétaire du sol notamment édicté par l'article 553, est l'une des dispositions clefs de la propriété unitaire du code. La prérogative dote le droit de propriété d'un avantage absolu assurant au propriétaire l'exclusivité du sol. En se plaçant dans une perspective, *a posteriori*, ce choix est une évidence consubstantielle à la propriété civiliste. Pourtant, lors de la rédaction du code, à l'image du débat sur les rentes foncières (cf. supra §26 et s.), ce choix a été discuté. Classiquement, trois positions s'affrontaient : celle en faveur du planteur (ou constructeur), celle privilégiant le propriétaire du sol et finalement, celle développant le projet d'une propriété collective entre le sol et le bien produit ou incorporé. Le choix du propriétaire du sol était, à l'époque, la position majoritaire soutenue par Portalis⁸⁷ et apanage des sociétés civilisées⁸⁸. Le tribun Faure explicitera cette position lors de la séance du 30 nivôse an XII (8 décembre 1803), en rappelant, qu'à défaut d'accepter un droit d'accession exclusif, la propriété d'un fonds deviendrait stérile⁸⁹. L'orateur rappela de surcroît l'obligation faite à la loi, en raison du pacte social qu'elle sous-tend, de protéger la propriété, soit la primauté du propriétaire foncier⁹⁰. Suivant ce

⁸⁷ Recueil complet travaux préparatoires code civil tome 11 p. 126.

⁸⁸ Recueil complet travaux préparatoires code civil tome 11 : « C'est un principe constant chez toutes les nations policées que la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, s'étend sur tout ce que la chose produit. En conséquence, les fruits naturels ou industriels de la terre, les fruits civils, le croît des animaux. » p. 122.

⁸⁹ Recueil complet travaux préparatoires code civil tome 11 p. 137.

⁹⁰ Recueil complet travaux préparatoires code civil tome 11 p. 139.

raisonnement, le choix de la propriété du sol relève de la nature des choses, et y contrevenir fait naître une menace pour l'homme. En substance, cet argument est celui de la propriété travail de Locke. La propriété est le moyen pour l'homme d'assurer sa survie, dont il dispose au travers de son travail extension de son corps, ce dernier ne pouvant être la propriété d'autrui (cf. supra).

Cette vision lockéenne n'a plus aujourd'hui la force qu'elle avait en 1804. D'ailleurs, même à cette époque, les rédacteurs du code durent aménager cet axiome, comme en atteste la seconde partie de l'article 553 ou la formule « ... si le contraire n'est prouvé ; ». Cette exception démontre en effet la légitimité accordée à un autre que le propriétaire du sol de détenir un droit sur les choses incorporées ou produites par le sol. Ainsi, le code lui-même, invalide l'idée d'une propriété purement individuelle en prévoyant une alternative à une chose appropriée exclusivement. Pragmatique et de bon sens, cette posture sera reprise par la jurisprudence et la doctrine pour donner de la flexibilité au schéma, puissant mais rigide, de la propriété unitaire du code. Ensuite, la présomption de propriété accordée au sol fut qualifiée de présomption simple ou mixte puisque cette question est sujette à un débat lourd de sens (cf. supra). L'article 553 devint lui, très tôt, le fondement du droit de superficie⁹¹, étant précisé qu'aucun autre article ne pouvait réellement prétendre à cette fonction.

Opter pour une présomption de propriété irréfragable au profit du sol en matière d'accession étant purement théorique ou idéologique, le code eut besoin d'ouvrir son modèle, ce qu'il fit au travers de l'article 553. Le droit de superficie correspond à cette ouverture engageant la doctrine et la jurisprudence à faire de cet article le fondement superficiaire. Cependant, ce choix tout en donnant une légitimité textuelle au droit de superficie, le conditionne et l'oriente.

(38.) En plaçant le droit de superficie sur le terrain de l'accession de l'article 553 donc du droit de propriété, les rédacteurs du Code civil lui offrent un fondement. Dans le même temps, ce fondement devient une condition indépassable. D'ailleurs, le volume immobilier, le droit de superficie moderne, ce sera notre hypothèse (cf. infra), délaisse le fondement de l'article 553 pour l'article 552 du Code civil.

La dérogation de l'article 553 déstabilise le droit de propriété dans une vision absolue, mais le renforce dans une perspective relative, en maintenant la superficie à l'état d'exception. Cette exception à un droit d'accession exclusivement dévolu au propriétaire, signifie que ce

⁹¹ Voir notamment A. Weiss, « Des droits de superficie en droit français et en droit romain », Thèse, Faculté de Strasbourg, 1853 §3 p.7 ; E. Larcher, « Des constructions élevées sur le terrain d'autrui, en droit romain et droit français » Thèse, Paris, 1894 §461 p. 345 ; J. Carbonnier, « Droit civil (Thémis), les biens et les obligations », Tome second, PUF, Paris 1956 p.237 ; F. Terré et P. Simler Droit civil ; « Les biens » (8e édition), 2010, Dalloz, §947 p.831 ; W. Dross, J.-Cl. Civil, V° «Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010, §3 et s. ; P. Wallet, V° « Superficie », Rép. Immo., fév. 2000, §12 §5 p. 2.

propriétaire possède y compris la faculté de déroger à ce principe, ce qui n'était pas le cas à Rome si l'on en croit Weiss, en raison du caractère absolu de la règle « *superficies solo cedit* » (cf. supra).

De plus, le droit de superficie relevant d'une scission du droit d'accession possède nécessairement à sa base un démembrement du droit de propriété du sol, puisque le droit d'accession est la prérogative constitutive du droit de propriété. De la sorte, le droit de superficie s'analyse en un démembrement du droit de propriété. Dans l'architecture du Code civil, le droit de superficie, droit démembré, ne peut être que l'exception, le statut de principe revenant au droit de propriété, créant de facto une hiérarchie entre le principe et l'exception. C'est en cela que l'article 553 oriente, et même limite le droit de superficie, cantonné au statut d'exception. Un droit de superficie assis sur un démembrement de droit ne pourra accéder seulement à une propriété de droits ou se limiter à la nature de droit réel (cf. supra).

En effet, en analysant le droit de superficie comme un droit de propriété, se pose la question de la relation principe, exception inhérente au code. Or, prise dans ce schéma d'une superficie exception, la question n'est pas solvable, sauf à sortir du schéma, donc de la propriété du code.

Pour répondre à cette question, il est nécessaire de penser le droit de superficie comme le proposa le doyen Savatier dans une série d'articles (cf. infra §626 et s.). L'auteur élaborait une théorie reposant sur le concept de volume immobilier, qui permet de réagir non plus sur l'hypothèse d'un démembrement du droit de propriété, mais la division de la chose qui en est l'objet. Schématiquement, à cette transition du droit démembré vers la chose divisée, correspond la substitution de l'article 553 au profit de l'article 552 du Code civil.

Cette substitution a pour effet de replacer le droit de superficie devenu volume immobilier dans l'architecture du modèle de propriété du code et d'envisager la propriété du volume immobilier comme nous le ferons.

III. La propriété volumique ou la propriété foncière du Code civil allant de l'unité à la division

(39.) Propriété et droit de superficie sont indissociables, et entretiennent une relation faite de conflits, de rapports de force, de défiance. Le droit de superficie perturbe la propriété du code en déjouant sa quête absolue d'unité et d'exclusivité. La cause de cette perturbation est simple. Le droit de superficie réintroduit une discussion sur le lien unissant les hommes aux

choses, dans des termes assez semblables à ceux observés lors du débat fondateur sur les rentes foncières, ou, dans une moindre mesure, sur l'article 553 du Code civil. Or, la propriété civiliste a été construite sur la certitude d'être l'unique modèle de propriété, une propriété parfaite, relevant de la nature des choses, ayant combattu, et vaincu, l'imperfection de la division incarnée par le droit de superficie. Ce postulat a conduit la propriété vers une forme de radicalité, une liberté inconditionnelle, vouée à l'échec. Le Code civil à l'article 553 organise lui-même, au moins le principe, d'une alternative à une propriété strictement individuelle ou unitaire, tout simplement pour répondre aux besoins de division du sol, du corps social. La crainte d'un retour de la féodalité ou celle d'une collectivisation de la propriété qu'entraînerait le droit de superficie n'y peuvent rien changer. L'unité ne peut totalement exclure la division.

La question qui se pose au modèle de propriété civiliste peut donc être formulée comme suit : la théorie de la propriété du Code civil fondée sur l'unité, est-elle en capacité d'accepter la division, sans se renier ?

Répondre positivement suppose l'abandon d'un modèle absolu de propriété. Le dogme d'une propriété inconditionnelle régissant sans partage les relations entre l'homme et les choses, doit être écarté au profit d'une théorie reposant sur un équilibre entre liberté et responsabilité. Cette hypothèse est celle de la propriété systémique, brièvement développée ci-dessus. Avec cette théorie, l'accent est mis sur la dynamique de la propriété civiliste, révélant le système qui la constitue. L'unité demeure, sans être un donné figé, immuable, mais un point de départ vers la division, elle-même capable de revenir à l'unité originale.

Cette ouverture du droit des biens ne s'explique pas, ou pas seulement, par des raisons internes à la science juridique. C'est le premier grand apport de la théorie du volume immobilier du doyen Savatier. Le phénomène d'urbanisation représente un changement social majeur et durable dans la façon dont l'homme vit sa relation au sol, à la ressource foncière, appelant inéluctablement un changement du droit. Les travaux du doyen Savatier sont porteurs d'un autre enseignement fondamental, plus juridique cette fois. L'auteur, renouant avec ce qu'aurait été le droit de superficie à Rome (cf. supra §20 et s.), envisage la division sur la base de la chose, le volume. Suivant le corps social, le juriste se trouve alors en position d'appréhender le sol non plus seulement dans le sens horizontal, mais aussi vertical. Le sol, élément du monde tangible est conceptualisé en trois dimensions sur le modèle du sol surface, doté seulement de deux dimensions, créant les conditions d'une propriété civiliste foncière volumique.

Cette propriété volumique emprunte le sillon tracé par le doyen Savatier ; elle crée des liens, des ponts, favorise l'approche des petits pas, plutôt que celle de la *tabula rasa*. Ce choix est plus celui de l'évolution que de la révolution, tout en portant un vrai changement. L'heure n'est plus au passage de l'enfance à l'âge adulte, mais à accepter la maturité. Ainsi, le sol en

volume se veut responsable, s'efforce de maintenir le contact avec des théories voisines, cherche des complémentarités. Conforme à la propriété du Code civil, la propriété volumique se rattache à la thèse dite moniste du volume immobilier, voyant dans cette chose un bien, immeuble par nature, susceptible d'être appropriée exclusivement par un individu. La propriété volumique s'inscrit dans la suite de l'avant-projet de réforme du droit des biens porté par l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française.

Néanmoins, cette théorie, qui reste avant tout centrée sur le fonds de terre, ne constitue pas une théorie générale de la propriété. À ce titre, elle n'aborde pas la problématique de la propriété des choses idéelles. De même, traitant de la division foncière sur la base du sol, la propriété volumique dans son processus de conception est exclusive du statut de la copropriété de la loi de 1965. Celui-ci est perçu comme une forme de division sectorielle, légitimée par une loi spéciale, compatible avec la propriété volumique, mais dont cette dernière ne procède pas.

(40.) Établir la propriété du sol en volume rend nécessaire de se livrer à une introspection du rapport de droit noué entre l'individu et le sol dans le cadre du Code civil, introspection constituée de trois étapes.

La première consiste à examiner comment le droit des biens appréhende la chose « sol », qu'il dénomme fonds de terre, soit dire ce qu'est cette chose sol aux yeux de la science juridique. Cet examen qui dévoilera la propension initiale du code à percevoir le sol comme une surface, invitera à étudier quelques situations d'un sol volume, en opposition avec ce format originel (Partie I).

La deuxième étape sera consacrée aux thèses alternatives à la propriété volumique. Après examen, ces thèses seront écartées, soit parce qu'elles refusent le principe d'un sol se développant verticalement, soit parce que ces théories proposent une division de la ressource foncière, dérogeant directement ou indirectement, au modèle de propriété du Code civil (Partie II).

Enfin, la troisième et dernière étape servira à fonder la propriété volumique. La démarche comprendra plusieurs séquences. L'une d'elles se traduira par une définition, ou plus exactement une non-définition, du volume immobilier. Une autre sera l'occasion de proposer un fondement textuel à la propriété du sol en volume, qui n'est autre que l'article 552 du Code civil (Partie III).

Partie I : Le sol du Code civil : une chose essentiellement surface

Partie II : Les thèses rejetant la propriété d'un sol en volume

Partie III : La reconnaissance de la propriété volumique

Partie I : LE SOL DU CODE CIVIL : UNE CHOSE ESSENTIELLEMENT SURFACE

(41.) Le but avoué de la Révolution française fut de transformer radicalement la société et elle y parvint. Le Code, tout en jouant la carte du compromis avec le passé, contribua à consolider le dessein révolutionnaire. Dans ce scénario, la propriété foncière fut un acteur de premier plan.

La propriété divisée de l'Ancien Régime reposait sur un système de tenures et le double domaine, empêchant l'individu de disposer librement du sol. Le Code civil prit le contre-pied total de la propriété simultanée en faisant le choix de l'unité. La propriété allodiale devint la règle permettant à l'individu de s'approprier le sol exclusivement. Cette aspiration appelait une chose disposant d'une qualité particulière, celle de pouvoir être individualisée. Cette individualisation s'opéra et à l'unité du sujet répondit l'unité de la chose. Dès lors, une propriété individuelle et exclusive put prendre son envol, avec comme fondement la figure un sujet, droit une chose. En divisant le sol en parcelle, en des surfaces se joignant les unes aux autres, l'homme répond à sa quête individualiste. L'autonomie naturelle du sujet se poursuit dans le monde des choses, et plus précisément la première des choses, la planète Terre. L'individu, en capacité d'écarter ses concurrents, n'a plus comme limite que les contours matériels de la chose elle-même. Aux prises avec la réalité, l'homme pense avoir atteint la vérité de l'état de nature, synonyme de liberté. De cette prouesse, naît un couple idéal homme, chose dominé par la matière.

Le schéma est extrêmement puissant. Intuitivement, le sol est bien une surface plane composée d'une succession de parcelles unitaire : un champ, une forêt, un étang, une maison, etc. Politiquement, le lien de dépendance associé à la propriété simultanée disparaît, mieux l'individu semble se gouverner lui-même. Juridiquement, le concept de propriété faisant du propriétaire le souverain de sa chose touche à la perfection. Économiquement et socialement, l'individu est autonome et peut subvenir à ses propres besoins. Surtout, le commerce du sol

est grandement facilité. Cet ensemble de facteurs explique le potentiel de développement de la propriété civiliste du sol.

Toutefois, en dépit des apparences, ce sol unitaire, parcellisé est loin d'être aussi naturel et objectif qu'il y paraît. Il emporte une certaine vision du monde dans lequel notamment le bien-fonds est essentiellement une surface. En présence de biens dont la logique est plus verticale qu'horizontale, la propriété du code va se retrouver en difficulté. Le sol unitaire fondement du système est contesté dans son principe. Resurgit ici, le spectre d'une propriété divisée, que fait toujours craindre le droit de superficie que le code n'est pas parvenu à écarter totalement. Pourtant, ces biens autant volume que surface, tels les biens souterrains, n'engendrent pas une relation à l'individu différente du fonds de terre. Le corps social percevant ces biens comme des choses pleinement appropriables, le droit n'a d'autre alternative que d'acquiescer, quitte à tordre le bras à certains principes théoriques. Cette problématique est importante car le sol moderne s'affirme de plus en plus comme un volume. Elle est donc en mesure de conduire vers une propriété capable d'embrasser un sol vertical ou tridimensionnel.

(42.) Pour étayer cette hypothèse, il convient de présenter les caractères du sol selon le Code civil, comment le fonds de terre est conçu, pour comprendre le concept et éventuellement le développer (Titre 1). Ensuite, il nous faudra étudier la propriété des biens souterrains, qui tout en contrevenant au cadre conceptuel du code, réussissent à se voir appliquer le droit de propriété de l'article 544 (Titre 2).

Titre I : Les caractères du sol selon le Code civil

Titre II : Les prémices d'un concept civiliste du sol tridimensionnel

TITRE I : LES CARACTERES DU SOL SELON LE CODE CIVIL

(43.) Le fonds de terre est un concept normé dont la finalité est de permettre au sol d'être approprié individuellement et exclusivement.

Ce postulat est fondamental. Il signifie que le bien sol des juristes comprend une dimension positiviste incompressible tendant à produire un résultat. Ce principe renverse la perspective selon laquelle, les caractères du fonds de terre s'imposeraient à l'homme justifiant une propriété de type civiliste. Toutefois, et ce point est aussi essentiel, ce principe n'a pas une portée absolue, comme pour le concept de propriété lui-même. Il ne peut en être déduit un déterminisme scientifique attestant de la capacité des juristes à normer le concept de sol, universellement. D'abord, ce processus est compatible avec une orientation d'ordre métaphysique inclinant vers la propriété individuelle. Simplement, cette inclination se situerait à un autre niveau, qui relève au moins autant de la philosophie du droit, et donc extérieur à notre propos, qui peut être conçu indépendamment de cet aspect. En d'autres termes, le positivisme de notre concept de fonds de terre n'est pas exclusif d'un droit naturel, selon lequel la propriété du sol est suivant l'ordre des choses, individuelle et exclusive. Simplement, son issue étant neutre, cet aspect ne sera pas discuté. Ensuite, il n'y a pas de déterminisme absolu parce que le concept de fonds de terre bien que normé réfère toujours à une chose relevant du monde tangible qui s'impose, au moins par son existence, au juriste et au-delà. L'objet de ce paragraphe est de présenter le processus de conceptualisation du fonds de terre, sans se prononcer sur ce qui le conditionnerait, ni même s'il est conditionnel.

Pour lancer l'examen de ce processus, *id est* du sol civiliste, il paraît naturel de se reporter au Code civil, qui s'avère assez vite peu prolixe sur le sujet. À la suite de l'article 516 qui établit les deux catégories de biens et 517 celles relatives aux immeubles, l'article 518 énumère les deux premiers biens qui sont immeubles par leur nature.

(44.) L'apport du code s'arrête à ces quelques dispositions. Toutefois, la simple référence à la nature du sol, qu'il faut entendre comme la nature physique, est un puissant vecteur normatif.

Selon la posture des rédacteurs du code, le sol est qualifié d'immeuble car il possède une certaine nature, sans dire ce qu'est cette nature qui emporte qualification d'immeuble. En 1804, la question tombait certainement sous le sens, mais deux siècles plus tard ces questions

sont loin d'être aussi évidentes, puisque l'homme peine même à définir ce qu'est la matière. Pour tenter d'avancer, la définition du dictionnaire⁹² est une première étape ; la nature s'entend de l'« Ensemble des qualités, des propriétés qui définissent un être, un phénomène ou une chose concrète, qui lui confèrent son identité. ». Et, les qualités du sol s'envisagent traditionnellement soit au regard de la matière dont la chose fonds de terre est constituée, soit d'une façon plus abstraite par la partie de l'espace qu'il occupe⁹³. Derrière cette distinction s'en trouve une autre, plus fondamentale encore, propre à tous les corps, voulant que les caractéristiques physiques d'un corps se définissent par sa masse et son étendue. Arrive ici, la confirmation d'une appréhension physique du sol, comme du caractère normatif de ce choix. Dire cela ne revient pas à infirmer ce choix, mais à souligner qu'il s'agit d'un choix. Le sol possède une dimension physique indubitable, tout en pouvant être appréhendé de différentes manières, tel le sujet du peintre. La dimension spirituelle par exemple a longtemps été, le caractère premier du sol (cf. infra §152). En choisissant l'approche physique comme base de la conceptualisation du fonds de terre, impose de définir cette chose au travers de sa masse et de son étendue.

C'est pourquoi la présentation des qualités physiques au sens matériel (Chapitre I) précèdera celle des propriétés du sol vu comme une étendue ou un espace partie de l'écorce terrestre (Chapitre II), afin d'appréhender la définition du fonds de terre par le code dans son ensemble, comme une unité conceptuelle.

⁹² TLFI entrée : « nature ».

⁹³ M.C. de Lambertye-Autrand, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Biens. Classification tripartite des immeubles. Immeubles par nature », Fasc. 20, Cote : 03,2007, §18, p. 7.

Chapitre I : La matérialité du sol

(45.) Le concept de fonds de terre du Code civil emporte une certaine vision du sol.

Les limites ou l'étendue du sol représentent bien entendu une clef indispensable pour exposer les ressorts du positivisme du fonds de terre, puisque le terrain, le champ, etc., ne sont que des sous-éléments d'un ensemble plus vaste, l'écorce terrestre (cf. infra). Toutefois, la matière est un préalable indispensable. « ...les (biens) examiner très pragmatiquement par une appréhension physique... »⁹⁴ peuvent être réduits à des choses matérielles, des choses sensibles. Pris matériellement, ces choses, se caractérisent par une existence extérieure au sujet. Ces choses qui se révèlent à l'homme grâce à ses sens, se distinguent des choses idéelles dont l'origine se trouve dans l'esprit humain. Ainsi, une différence se fait jour, entre les choses dont l'homme est seulement en capacité de connaître, et celles sur lesquelles il a un pouvoir de création. Concernant le sol, il paraît acquis qu'il appartient à la première catégorie, celle des choses que l'homme peut seulement découvrir au travers de l'expérience. À défaut, cela reviendrait à reconnaître à l'homme un pouvoir créateur de la Terre, voire de lui-même, son sort étant intimement lié à celui de cette planète. Sauf à vouloir faire de l'homme l'égal de Dieu, ou à réduire la vie terrestre à « un cerveau dans une cuve » imaginant cette vie, la sensibilité du sol s'impose telle une évidence.

Pour autant, placer comme clé de voûte de la relation homme, chose, cette sensibilité, est loin d'être neutre. La démarche valide par exemple la *summa divisio* chose, sujet, et avec cette distinction une certaine suprématie des choses. Cela signifie que, bien qu'extérieur au sujet, le sol, y compris perçu matériellement, est soumis à la vision du sujet, laissant entrevoir une forme de conciliation entre ces deux notions.

Pour étayer ce constat, d'un sol matière à la fois extérieur au sujet, et soumis à l'interprétation de ce sujet, nous passerons en revue en quoi consiste la corporalité du sol, et le processus de conceptualisation qui y est associé (§1). Cette étape franchie, le concept de fonds de terre, devenu plus intelligible, pourra être évoquée une vision plus prospective

faisant du sol l'élément d'un ensemble plus vaste, l'espace terrestre (§2). Enfin, sera abordée la fixité de l'immeuble sol qui est l'expression de la matière, mais également un moyen de formatage du sol civiliste hissé, sur la base de cette qualité, au rang d'« immeuble par excellence »⁹⁵ (§3).

§1 Le fonds de terre matière comme signe du monde sensible

(46.) À première vue, l'objet de ce paragraphe peut apparaître comme contradictoire. La matérialité du sol, sol référent du fonds de terre, sera reconnue, et dans le même temps, le concept de fonds de terre sera, lui, défini comme relevant du monde idéal. Cette contradiction sera encore accrue par le paragraphe à venir qui assimilera l'espace terrestre au monde tangible sur la base du concept de sol civiliste (cf. infra).

Un premier moyen de lever cette contradiction suppose de reformuler ces deux affirmations. Ainsi, il serait plus correct de dire : le concept de fonds de terre, par sa nature de concept relève du monde de l'esprit, le concept étant « un acte ou (d') un organisme pensant »⁹⁶. L'objet de ce concept est, dans le cas qui nous occupe, la représentation d'une portion de l'écorce terrestre, écorce terrestre qui elle est une chose appartenant au monde tangible. Ainsi, lorsque l'on parle du concept opération de l'esprit, la dimension incorporelle s'impose, à l'inverse si le sujet de la discussion est la chose représentée, alors il s'agit d'une chose corporelle. Cet axiome séparant l'outil servant à représenter une chose et la chose elle-même, semble simple en apparence, mais a trait à une question extrêmement complexe dénommée la querelle des universaux⁹⁷, dont l'origine remonte au Moyen-Age. Il n'est pas ici question d'interférer dans cette discussion, seulement de signaler le lien avec le principe de la distinction entre le concept et la chose tangible, puisque ce principe irriguera l'ensemble de notre propos. Au regard du sol, la question de la nature du concept et de son objet se posent, car le sol qui était autrefois appréhendé par sa matérialité, est aujourd'hui vu d'abord comme un espace ou une surface pouvant être délimitée. Ainsi, d'une appréhension physique, matérielle, la science juridique glisse vers une appréhension géométrique, c'est-à-

⁹⁴ A. J. Arnaud, « Essai d'analyse structurale du Code civil français, La règle du jeu dans la paix bourgeoise, LGDJ, Paris 1973, p. 83.

⁹⁵ M.C. de Lambertye-Autrand, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Biens. Classification tripartite des immeubles. Immeubles par nature », Fasc. 20, Cote : 03,2007 §20, p. 7 en référence à Demolombe.

⁹⁶ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », chemins philosophiques, Vrin, 2011, p. 23.

dire idéale du sol, jetant un trouble sur la nature du sol. Cette emprise de plus en forte du monde de l'esprit, apparemment au détriment de la matière, qui n'est d'ailleurs pas propre ni au sol, ni même à la science juridique, ne signifie pas la disparition de la matière, tant s'en faut. Simplement, la matière est appelée à passer du statut d'axiome, à celui plus modeste d'axiomatique particulière. De plus, ce nouveau statut se renforce dès lors que le débat incorporalité, corporalité du sol est réinterprété en distinguant entre le concept de la chose « sol » et la chose « sol » qu'il représente.

Pour saisir le fonds de terre tant dans sa dimension matérielle incontournable, mais aussi idéale tout aussi incontournable, il faut débiter par la matérialité originelle du sol civiliste, qui relève d'une démarche conceptuelle (A), puis, approfondir l'opposition entre corporalité et idéalité du sol, moins tranchée qu'il n'y paraît (B).

A. Les ressorts de la représentation matérielle du sol civiliste

(47.) Matérialité et fonds de terre ne semblent faire qu'un, ils sont pourtant dissociables. Pour le comprendre, débutons par l'exploration du rapport entretenu entre le droit des biens et les choses du monde tangible, comprenant bien sûr le sol. Comment le droit conçoit-il le sol ? Et surtout pourquoi la matière ? Sont les questions qui doivent être examinées. Pour les rédacteurs du code, la matière semble d'abord être le prolongement du sujet, sujet susceptible d'être « frappé » par la matière grâce à ses sens.

Par suite, les choses civilistes sont celles que l'on pourrait voir et toucher (1). Cette lecture de la conception de la chose civiliste nécessite cependant d'être complétée pour appréhender pleinement la place de la matérialité. La règle de l'exclusivité spatiale des choses matérielles et le besoin de matière inhérent à la nature humaine constituent ce complément. Ces deux notions donnent toute leur signification au caractère exclusif de la propriété du code au regard de son objet (2), et par extension du droit de propriété (3).

1. Le sol est d'abord de la matière que l'on peut voir et toucher

(48.) Dans l'approche civiliste, la matière est une évidence, une vérité première qui s'impose d'elle-même (a). L'expérience sensorielle, dont le toucher, renforce cette idée (b) dont les biens par nature sont l'expression (c).

⁹⁷ Pour l'origine de cette question voir V. Cousin, « Cours de l'histoire de la philosophie, Histoire de la philosophie du XVIIIème siècle », Tome I, Paris 1829, p. 367 et les développements plus récents Cl. Panaccio (dir.), « Textes clés du nominalisme. Ontologie, langage, connaissance », 2012, Vrin.

a. Les biens du code ou l'évidence de la matière

(49.) Les rédacteurs du code appréhendaient le sol essentiellement comme un corps, et plus précisément comme une masse, expliquant la nature corporelle du fonds de terre.

Selon le dictionnaire la masse d'un corps, s'entend de l'ensemble physique qu'il constitue dans l'espace⁹⁸, ensemble susceptible d'être perçu par les sens. Ainsi, sous l'angle de la masse, le sol est constitué de terre, la terre matière, portion matérielle de la Terre planète. D'ailleurs, le terme retenu pour désigner le sol par les juristes est le fonds de terre. La matière terre dont il est question, c'est la terre ou sens large et commun. Il pourra s'agir du sol agricole dans toutes ses déclinaisons, y compris l'eau comme les étangs, les lacs, les rivières, ou du sol dans sa forme urbaine, comme les terrains à bâtir. Il pourra aussi s'agir d'une terre arable ou inculte, d'une terre présentant telle ou telle qualité géologique, d'une terre vouée à tel usage ou à tel autre, du fait de l'activité humaine ou par production naturelle. Comme le disait Demolombe « Pré, forêt, étang, il n'importe ; le sol est toujours le sol... »⁹⁹. Ce sol qui est, tout aussi assurément qu'est le sujet, se doit d'être matière permettant ainsi au sol d'appartenir à la famille des biens corporels et même d'en être le chef de file. L'homme qui se veut « maître et possesseur du monde » pour citer Descartes dispose d'un domaine dont la réalité n'est pas douteuse. Elle l'est d'autant moins que l'homme se trouve dans l'obligation de recourir à cette terre pour exister. Portalis le dit « L'homme naît avec des besoins ; il faut qu'il puisse se nourrir et se vêtir : il a donc droit aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. »¹⁰⁰.

Dans cette perspective, le sol est une chose matérielle d'évidence, telle une vérité absolue, tout comme l'est son autre caractère, l'immobilisme qui sera présenté plus avant (cf. infra §70 et s.). Et, rien ne semble pouvoir s'opposer à ce constat, qui plus est, corroboré par les qualités sensibles du sol.

b. Une évidence renforcée par les sens

(50.) La matérialité du sol, qu'il tient de sa masse, est confortée par l'expérience sensible de cette chose, et se retrouve à la base de la perception du sol par la science juridique, comme de toutes les choses corporelles.

⁹⁸ TLFI entrée : « masse ».

⁹⁹ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870 §100, p. 43.

¹⁰⁰ Recueil complet des discours, prononcés lors de la présentation du Code civil, par les divers orateurs du Conseil d'État et du tribunal, et discussion particulière de ces deux corps avant la rédaction définitive de chaque projet de loi. Tome 1er, Paris 1838, p.22, Discours préliminaire du premier projet de code civil, présenté en l'an IX par MM. Portalis, Tronchet, Bigot de Préameneu et Maleville, membres de la commission nommée par le gouvernement.

L'expérience dont il est question est principalement celle du toucher. Déjà en droit Romain, si l'on se réfère à Gaius cité par J. Gaudemet : « Les choses corporelles sont celles que l'on peut toucher, »¹⁰¹ et le premier exemple illustrant ce principe n'est autre que le « fonds de terre », puis en suivant « un esclave, un vêtement, de l'or, de l'argent et d'innombrables autres choses. ». Le toucher confirme physiquement la réalité du corps du sol. Il a une seconde fonction tout aussi déterminante, puisque via un raisonnement par opposition, les choses insusceptibles d'être touchées resteront à l'écart de la matérialité, et seront des choses incorporelles. La faculté de voir rejoint l'expérience du toucher ; seuls les corps sont visibles. Toutefois, l'expérience de la vue semble d'abord plus rattachée à la relation d'appropriation entre le sujet et la chose, qu'à la réalité de la chose. Avoir une chose placée sous sa vue, c'est d'abord être en mesure d'en disposer¹⁰², d'où l'importance des biens ne pouvant se mouvoir, qui ne peuvent échapper à votre vue (cf. infra §70 et s.). L'expérience sensible, c'est aussi une forme de retour au sujet, celui qui expérimente. Le contact physique n'a d'autre but que de permettre au sujet de connaître une chose, de se faire une idée vis-à-vis d'une chose, comme l'explique Locke « ... nos sens étant frappés par certains objets extérieurs font entrer dans notre âme plusieurs perceptions distinctes des choses, selon les diverses manières dont ces objets agissent sur nos sens. C'est ainsi que nous acquérons les idées que nous avons du blanc, au jaune, du chaud, du froid, du dur, du mou, du doux, de l'amer, et de tout ce que nous appelons qualités sensibles. »¹⁰³. Il paraît donc impossible d'échapper à la matérialité, puisqu'elle trouve sa cause dans la réalité du sujet, qui est aussi une réalité matérielle, c'est pourquoi l'esclave de Gaius est lui aussi une chose corporelle au même titre que le fonds de terre, ce qui n'est pas sans poser question.

La perception du sol des rédacteurs du code épouse celle de Locke sur le principe. La vision lockéenne est elle-même compatible avec l'approche de Gaius, dont la conception des choses corporelles, constituées d'abord du sol, s'entend du toucher. Dédire des caractères physiques du sol comme sa matérialité, ainsi que le propose le code, est des plus cohérents. D'ailleurs, le raisonnement n'est pas propre aux immeubles ; les meubles par nature la

¹⁰¹ J. Gaudemet, « Droit privé romain », 2e éd., Paris, 2000, p. 353 §73. L'auteur cite Gaius, Institutes, II, 2-14 : « La division fondamentale des choses les répartit en deux catégories : en effet les unes sont de droit divin, les autres de droit humain. 3. Sont de droit divin, les choses sacrées et les choses religieuses. 4. Sont sacrées celles qui sont consacrées aux dieux supérieurs ; les choses religieuses sont celles qui sont abandonnées aux dieux Mânes... 8. Les choses saintes, telles que les murs et les portes, sont en quelque façon de droit divin. 9. Ce qui est de droit divin, n'est dans le patrimoine de personne ; mais ce qui est de droit humain est le plus souvent dans le patrimoine d'une personne, ces choses peuvent aussi n'appartenir à personne. 10. Les choses de droit humain sont publiques ou privées. 11. Les choses publiques ne sont dans le patrimoine de personne, on considère qu'elles appartiennent à la communauté. Les choses privées appartiennent aux individus. 12. D'autre part, certaines choses sont corporelles, d'autres incorporelles. 13. Les choses corporelles sont celles que l'on peut toucher, comme un fonds de terre, un esclave, un vêtement, de l'or, de l'argent et d'innombrables autres choses. 14. Les choses incorporelles sont celles que l'on ne peut toucher, comme celles qui consistent en des droits, comme l'hérédité, l'usufruit, les obligations quelle que soit la façon dont elles ont été contractées... ».

¹⁰² J. Gaudemet, « Droit privé romain », 2e éd., Paris, 2000, p. 359 §85.

¹⁰³ V. Cousin, « Cours de l'histoire de la philosophie au XVIIIe siècle, histoire de la philosophie du XVIIIe siècle », Tome II, Ecole sensualiste Locke, p.128, citation de Locke Liv. II, chap. Ier, §3.

partagent. Ces derniers sont traditionnellement définis par deux critères selon la doctrine : « les meubles dits par nature le sont assurément en considération de la nature physique des choses : c'est une chose corporelle et c'est une chose mobile. Le premier critère distingue les meubles par nature des meubles incorporels ; le second les ordonne par rapport aux immeubles. »¹⁰⁴.

En conclusion, la nature corporelle des choses civilistes se révèle être le résultat de l'expérience de l'homme les appréhendant au moins par le toucher, et ce mode de connaissance va profondément imprégner le Code civil, du seul fait de la place prépondérante des choses corporelles.

c. Les biens par nature : des biens sensibles

(51.) On le sait, les biens corps sont la référence du livre II du Code civil. Tout de suite après l'article 516, l'article 517 inventorie les immeubles en débutant par les immeubles par nature ; L'article 518 dans une démarche similaire commence par le fonds de terre, pour les immeubles par nature.

Après le sol, l'article poursuit par les bâtiments. Puis, l'article 519 cite les moulins, récoltes et bois. Tous ces biens ont l'apparence d'un corps fait de matière. Les édifices par exemple sont perçus comme des biens corporels constitués de matériaux, meubles dans un premier temps puis immeubles par le jeu de l'incorporation (cf. infra §86 et s.). Ce mécanisme par lui-même est révélateur du parallèle entre corporalité du bien qui s'incorpore- le meuble, et celle de celui qui en est le réceptacle, l'immeuble. À défaut, cela conduirait soit à la dématérialisation des matériaux, soit à la coexistence de deux entités distinctes. L'opération inverse à savoir la désincorporation des matériaux renforce également la corporalité de l'ensemble, car c'est par la séparation matérielle du sol¹⁰⁵ que le bâtiment en tout ou partie redevient meuble. Et, la désunion matérielle suppose au préalable une union répondant à des caractéristiques semblables (cf. infra). À propos des moulins, la conclusion est la même et leur nature corporelle apparaît sans ambages. Mieux, leur apparence donne lieu à une description minutieuse, l'article 519 faisant référence à des moulins à vent et à eau dont la fixation doit être assurée par des piliers ou intégrée au bâtiment lui-même. Enfin, les récoltes et le bois sont également décrits comme des choses tangibles, rappelant l'expérience du toucher ou de la vue. Pour les premières, il est fait mention de racines et de fruits d'arbres

¹⁰⁴ G. Loiseau, J.-Cl. Civil, V° «Art. 527 à 532. Biens meubles par détermination de la loi ou meubles incorporels », Fasc. 10, Cote : 05,2003 §6, p. 4.

¹⁰⁵ M.C. de Lambertye-Autrand, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Biens. Classification tripartite des immeubles. Immeubles par nature », Fasc. 20, Cote : 03,2007, §80 p. 24.

non encore recueillis, de grains, de récoltes coupées (art. 520)¹⁰⁶. Pour le bois, l'article 521¹⁰⁷ opère une distinction qui s'appuie sur une notion d'usage ou économique, mais aussi l'apparence physique ; le bois de taillis représente des arbres jeunes de faibles diamètres, alors que les bois de futaie sont des arbres de haut fût ou récoltes à l'état mature.

Les minerais, qui ne sont pas listés par le Code civil, sont également des immeubles par nature en raison de leur corporalité au même titre que les végétaux. Dans ce domaine, la rédaction de loi sur les mines de 1810 (cf. supra §199) est particulièrement éloquente. L'article 1 évoque l'objet de la loi en ces termes « Les masses de substances minérales ou fossiles ... », masses de substances qui sont ensuite classées en 3 catégories, rendant incontournable la référence à la matière. L'article 2 énumère précisément les types de minerais : or, argent, platine, plomb, fer, etc. susceptibles de se trouver dans le sol « en filons, couches ou amas ». L'article 4 relatif aux carrières fait lui référence aux « substances terreuses et les cailloux de toute nature, les terres pyriteuses... ». À chaque fois la description se fait en désignant les matériaux en tant que tels, leurs propriétés matérielles ou bien encore la façon dont ils se présentent physiquement.

Les choses du monde tangible du Code civil, les biens par nature, sont ainsi appréhendés comme des corps, dont la masse peut être touchée et vue. Et, il est vrai que cette sensibilité est somme toute difficilement contestable, voire est indispensable dans le système du code.

2. Le sol civiliste une chose corporelle soumise à la règle de l'exclusivité spatiale

(52.) Les choses du monde tangible ont la particularité d'être soumises à la règle de l'exclusion spatiale (b). Cette caractéristique physique contraint les hommes qui sont eux-mêmes des corps, et qui par ailleurs, doivent avoir accès aux choses matérielles pour des besoins physiologiques (a).

a. La nécessaire relation avec les choses corporelles

(53.) À n'en pas douter, pour la science juridique, le sol relève du monde tangible. C'est bien une chose matérielle, une réalité extérieure au monde intelligible.

¹⁰⁶ Art. 520 Code civil : « Les récoltes pendantes par les racines et les fruits des arbres non encore recueillis sont pareillement immeubles. Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, quoique non enlevés, ils sont meubles. Si une partie seulement de la récolte est coupée, cette partie seule est meuble. ».

¹⁰⁷ Art. 521 Code civil : « Les coupes ordinaires des bois taillis ou de futaies mises en coupes réglées ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus. ».

L'expérience du toucher de Gaius est quelque peu archaïque, tout en restant pertinente dès lors qu'il s'agit de constater la réalité du sol. Certes, « la matière s'idéalise »¹⁰⁸ comme disent les philosophes, tout en restant un support indépassable. Le toucher a cédé la place à des techniques scientifiques très élaborées, faites de mathématiques donc d'idéalité. L'échelle de l'expérience a aussi considérablement évolué. Les objets d'expériences sont des particules qui échappent au toucher et même au regard, sans le recours d'outils prévus à cet effet. Le monde concret, la terre du champ, la pierre du bâtiment ou la branche de l'arbre sont éloignés de la matière scientifique moderne. De même nos sens seraient trompeurs. Nous permettent-ils d'appréhender la réalité ou seulement l'apparence de la réalité ? Nous nous garderons bien de répondre à cette question, qui n'est autre qu'une forme de retour à la querelle des universaux mentionnée en introduction de ce paragraphe. Ce débat oppose les nominalistes et les réalistes. Les premiers considèrent qu'« il n'y a rien d'universel dans le monde en dehors des dénominations, car les choses nommées sont toutes individuelles et singulières »¹⁰⁹, c'est-à-dire que le support des choses nommées est le lieu de la réalité, pas les dénominations. Pour les réalistes, « Les idées qui servent de fondement aux choses, existent en dehors de ces dernières et de notre esprit qui les conçoit »¹¹⁰ ; en poursuivant dans ce sens, ces idées, réelles, elles prendraient le pas sur les choses singulières, en ce qu'elles permettraient d'accéder à la véritable réalité, évitant les travers du monde sensible, particulier, changeant, contradictoire. Ce point de vue réaliste confine à l'idéalisme, car les idées deviennent de la réalité, voire de la réalité véritable. Du reste, pour V. Cousin : « Cette polémique (entre nominaliste et réaliste) représente assez bien la lutte de l'empirisme et de l'idéalisme. »¹¹¹. Selon cet auteur, les nominalistes comme les empiriques se limitent à conceptualiser la nature alors que les réalistes comme les idéalistes rejettent le phénomène de conceptualisation puisque concept et chose se confondent en une seule et même réalité. Laissons ici, ce passionnant débat hautement philosophique, et les questions qui l'accompagnent depuis déjà fort longtemps, pour revenir à notre sujet le sol.

Quelle que soit, la position choisie, nominaliste ou universelle, il semble possible de dire qu'un monde tangible existe en dehors de notre esprit, sinon est remise en cause jusqu'à l'existence du sujet. Au-delà, ce questionnement est d'abord affaire de philosophie. Comme le disait Descartes, la question d'être ou de ne pas être, est une question que se posent les philosophes, et plus rarement le commun des mortels. Pour ce dernier, la réalité du sol sera

¹⁰⁸ C. Demonque, E. Clément, L. Hansen-Love, P. Kahn, « La philosophie de A à Z », Hatier, Paris, 2011, entrée « matière » p. 288.

¹⁰⁹ C. Demonque, E. Clément, L. Hansen-Love, P. Kahn, « La philosophie de A à Z », Hatier », Paris, 2011, entrée « nominalisme » citation de Hobbes p. 321

¹¹⁰ C. Demonque, E. Clément, L. Hansen-Love, P. Kahn, « La philosophie de A à Z », Hatier, Paris, 2011, entrée « réalisme » p. 383.

difficilement contournable, comme le dit, avec simplicité et pertinence, Portalis : l'homme a besoin de se loger, de se nourrir, de se vêtir, etc., et ses besoins possèdent une dimension matérielle évidente. Or, la science juridique, sans se désintéresser des interrogations philosophiques¹¹², se doit de remplir une obligation la distinguant de la philosophie, organiser les relations de l'homme avec le monde matériel, et notamment avec le sol.

D'une certaine façon, la matérialité du sol s'impose au droit comme une nécessité. Cette nécessité n'est autre que le reflet des besoins matériels de l'homme, que Portalis exprima lors de son discours préliminaire au premier projet Code civil, en disant que l'homme se devait d'avoir accès « aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien ». Cette nécessité est encore renforcée par une caractéristique spécifique à la matière.

b. « ...là où quelque chose est, rien d'autre ne peut être au même moment. ».

(54.) Cette caractéristique propre à la matière, qui contraint la science juridique à percevoir les choses au travers de leur matérialité, pour lui permettre de remplir sa mission sociale : organiser les relations homme, choses, nous est dévoilée par F. Laupies. Dans sa leçon philosophique à propos de l'espace, l'auteur indique : « La première expérience de l'espace est celle de l'exclusion de fait ; là où quelque chose est rien d'autre ne peut être au même moment. Chaque réalité est ainsi exclusive de toute autre. Cette exclusion s'impose au constat comme une nécessité de fait ; elle n'est pas du même ordre que l'exclusion logique des contraires et des contradictoires en vertu des lois de la pensée... »¹¹³.

Comme l'indique F. Laupies « là où quelque chose est, rien d'autre ne peut être au même moment. ». Cette propriété physique, absolue, de la matière est fondamentale pour le juriste. Notons en aparté, que ce caractère relevé par F. Laupies dans une perspective philosophique, et repris ici en droit, peut-être relié à la science physique. Comme nous l'apprend S. Hawking : « Les particules de matière obéissent « au principe d'exclusion » de Pauli. »¹¹⁴. Selon ce principe d'exclusion, des « particules semblables ne peuvent exister dans le même état, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent occuper ensemble la même position ni avoir la même vitesse, à l'intérieur des limites tracées par le principe d'incertitude. »¹¹⁵. La concordance entre l'exclusivité spatiale de la philosophie et le principe d'exclusion des physiciens est importante, même si elle a un prix. Le principe d'exclusion est relatif, puisqu'il doit se conformer au principe d'incertitude de la mécanique quantique touchant à l'infiniment petit.

¹¹¹ V. Cousin, « Cours de l'histoire de la philosophie, Histoire de la philosophie du XVIIIème siècle », Tome1, Paris 1829, p. 378.

¹¹² Sur la distinction théorie générale du droit, philosophie du droit et l'obligation sociale de la première, voire J.-L. Bergel, « Théorie générale du droit », 5e Édition, Dalloz, 2012 §3 p. 3.

¹¹³ F. Laupies, « L'espace. Leçon philosophique », PUF, « Major », 2013, p. 2.

¹¹⁴ S. Hawking, « Une brève histoire du temps : Du big bang aux trous noirs », Champs sciences, Flammarion 2008, p. 94.

Nous reviendrons sur cette limite qui d'ailleurs ne concerne pas les particules de matière, mais des particules appelées supports-de-force¹¹⁶ et qualifiées de « virtuelles »¹¹⁷ par les physiciens. Cette limite est importante. Toutefois, le principe de l'exclusivité spatiale demeure un caractère irréductible des corps comme du bien sol, et par là doté d'une certaine absoluité. De ce fait, le principe de l'exclusivité spatiale se retrouvera à la base de nombreux développements de cette thèse, tout comme le second caractère, lui aussi essentiel, qui aura trait à l'étendue du fonds de terre et sa dimension conventionnelle (cf. infra §104 et s.).

Concernant l'exclusivité spatiale, cette règle est essentielle, car elle va conditionner le droit dont l'essence est d'organiser les relations entre l'homme et les choses, incluant bien évidemment le sol. Or, les corps, en dehors de tous les autres traits singuliers, possèdent une position exclusive dans l'espace et le temps, imposant à l'homme, qui au surplus est lui-même un corps, de se conformer à cette règle. Cette conformité qui sera considérée comme nécessaire, n'empêche pas de marquer la relativité de la règle de l'exclusivité spatiale du monde quantique, ou du très petit. Pour ce qui nous préoccupe, la conception par la science juridique, le sol se doit donc d'appréhender la chose qui est, sans qu'aucune autre ne puisse être à sa place, dans un espace et un temps donnés. Ainsi, la dénomination de fonds de terre dans sa fonction *in vivo*, c'est-à-dire participant pratiquement à l'accès de l'homme à la ressource sol, se doit de référer à tel champ, ou tel terrain, et nul autre. Le fonds de terre est, ou représente, une chose singulière, exclusive de toute autre. Lorsque X se porte acquéreur d'un fonds de terre, son propos n'est pas le fonds de terre en général, ou l'essence du fonds de terre, mais tel terrain, localisé à tel endroit, et bien entendu à un instant T, dans l'objectif de répondre à un besoin, lui-même localisé dans le temps et l'espace. En ce sens, le sol vu par le droit est nominaliste, puisque son propos est d'abord le lien entre un individu singulier, aux besoins singuliers, et un sol singulier, individuel.

L'exemple d'un terrain à bâtir confirme cet impératif nominaliste, puisque par définition à l'endroit où sera construite une maison, aucune autre ne pourra l'être, et il en va de même pour un champ recevant une culture céréalière, pour un bois, une prairie, l'exploitation d'une mine, d'une carrière, etc. Cet aspect de première importance conduit à deux constats. Le premier est une redite du constat énoncé à l'instant, mais qui mérite d'être à nouveau formulée. « Chaque réalité est ainsi exclusive de toute autre » du seul fait de ses qualités physiques. Autrement dit, les choses corporelles, dont le sol, sont soumises à une règle

¹¹⁵ S. Hawking, « Une brève histoire du temps : Du big bang aux trous noirs, Champs sciences », Flammarion 2008, p. 95.

¹¹⁶ S. Hawking, « Une brève histoire du temps : Du big bang aux trous noirs, Champs sciences », Flammarion 2008, p. 96 : « ...le fait qu'elles n'obéissent pas au principe d'exclusion est une importante propriété des particules supports-de-force ». « Ces particules supports-de-force échangées entre les particules support de matière sont appelées « virtuelles » parce que, contrairement aux véritables particules, elles ne peuvent être mises directement en évidence par un détecteur de particules. ».

d'exclusivité spatiale. Cette règle relevant de la physique est indépendante du droit, donc du modèle civiliste. Elle a vocation à s'appliquer par la seule matérialité de la chose. Quel que soit le mode d'organisation des choses retenu, la règle d'exclusivité spatiale des corps prévaut. Le droit des biens du code n'a pas d'effet sur cet aspect, mais organise un traitement particulier de cette contrainte, nous amenant au second constat, qu'il convient de préciser.

Là encore, l'analyse doit être dédoublée. Premièrement, le code en percevant le sol au travers de sa matérialité, va intégrer initialement la règle de l'exclusivité spatiale, puisque le fonds de terre se caractérise par sa corporéité. Ainsi, le caractère corporel du fonds de terre, porteur d'inconvénients sur lesquels nous reviendrons (cf. infra §57.), possède aussi un avantage, celui de renvoyer à un sol singulier, de pointer directement, sans médiation, la chose. Cet avantage, produit par le modèle civiliste presque naturellement en raison de la nature matérielle de sa chose, prend tout son sens. L'homme pour répondre à ses besoins vitaux, doit effectivement entretenir une relation matérielle *in concreto* avec les choses.

En définitive, le fonds de terre perçu par la matérialité du sol développe sa pertinence en se conformant dès sa conception à la règle d'exclusivité spatiale, et donc en appréhendant les choses sous l'angle de leur singularité et de leur individualité. Toutefois, un second mouvement, propre au système civiliste, tout aussi puissant, va venir conforter l'exclusivité de la chose. Il porte sur une notion adjacente à la chose, le lien entre le sujet et cette chose.

3. *De l'exclusivité de la chose à l'exclusivité de la relation homme, chose*

(55.) À partir de la règle d'exclusivité spatiale du monde tangible, le modèle civiliste va développer l'exclusivité de l'accès aux choses corporelles, ou la propriété exclusive.

Jusqu'à maintenant sur la base du propos de F. Laupies, l'analyse a porté sur la chose. Cette chose qui en raison de la règle d'exclusivité spatiale suppose une approche singulière. À défaut, il n'est plus envisageable d'avoir accès à une chose, mais aux choses prises généralement. Or, les choses corporelles prises dans le temps et l'espace sont exclusives, tout comme l'est l'homme, qui appartient également au monde tangible. En conséquence, le droit qui régule le lien entre les hommes et les choses, doit tenir compte de cette règle d'exclusivité spatiale. Cette obligation n'est pas propre au droit civil. Seulement, celui-ci va avoir à l'égard de cette règle un comportement particulier, et c'est ce qui va maintenant nous intéresser.

¹¹⁷ S. Hawking, « Une brève histoire du temps : Du big bang aux trous noirs », Champs sciences, Flammarion 2008, p. 234 : « Glossaire : Particule virtuelle : En mécanique quantique, une particule qui ne peut jamais être détectée, mais dont l'existence a des effets mesurables. ».

Le modèle de propriété civiliste va non seulement intégrer la contrainte de l'exclusion spatiale dès la conception de la chose juridique comme nous venons de le voir mais va par mimétisme, la transcender. La chose étant exclusive, le code va organiser une relation tout aussi exclusive entre la chose et le sujet. Ainsi, de par ses qualités physiques, la chose sol exclut spatialement les autres, et corollairement le droit va créer un lien exclusif entre l'homme et cette chose. À l'exclusivité de la chose répond l'exclusivité du lien homme, chose, qui n'est rien d'autre que la propriété civiliste. La chose comme le lien, et même le sujet, également corps, deviennent exclusifs. La propriété individuelle et exclusive du code est la traduction par ses rédacteurs du besoin de l'homme à recourir à des choses matérielles et singulières. D'ailleurs à la suite de l'observation prononcée lors du discours préliminaire du premier projet de code, plusieurs fois citée (cf. supra) : « L'homme naît avec des besoins; il faut qu'il puisse se nourrir et se vêtir il a donc droit aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. ». Il est dit : « Voilà l'origine du droit de propriété. ». Dans l'exposé des motifs du Livre II, et même très précisément à propos de l'article 544, Portalis revient en des termes très similaires sur l'analogie entre les besoins matériels naturels de l'homme et la propriété¹¹⁸. Ce parallèle entre exclusivité physique de la chose et exclusivité juridique du lien sujet, chose a besoin d'être détaillé. Il montre en effet la prise en compte de la règle d'exclusivité spatiale, et va même au-delà en l'étendant. C'est l'une des forces du modèle civiliste. Sans effort, puisque l'exclusivité est son essence, la propriété du code va se conformer à la contrainte du monde matériel. Elle va même s'en servir comme modèle pour bâtir l'exclusivité du droit, mais ce n'est pas tout. La propriété du code va aussi utiliser l'exclusivité spatiale pour fortifier, au sens premier du terme, le lien homme, chose qu'elle organise en l'habillant de qualités relevant du monde tangible.

Se situe ici, la seconde grande caractéristique du système de propriété du code, qui à côté d'une chose exclusive, propose au sujet un lien exclusif vis-à-vis de cette chose, formant un tout à la fois cohérent et efficace. Seulement, un pas a été franchi, et pas des moindres.

(56.) Avec l'exclusivité du droit de propriété, un échelon supplémentaire est gravi dans l'assimilation entre des règles relevant de la nature des choses et la science juridique. Cette nouvelle étape jette un trouble sur la démarche, qui rejaillit sur l'ensemble du processus,

¹¹⁸ Recueil complet des discours, prononcés lors de la présentation du Code civil, par les divers orateurs du Conseil d'État et du tribunal, et discussion particulière de ces deux corps avant la rédaction définitive de chaque projet de loi. Tome 1er, Paris 1838, p.286 N° 43. Exposé des motifs du titre II, livre II, du code civil, de la propriété par le conseiller d'État Portalis. Séance du 28 ventôse an XII. « L'homme en naissant n'apporte que des besoins; il est chargé du soin de sa conservation ; il ne saurait exister ni vivre sans consommer, il a donc un droit naturel aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Il exerce ce droit par l'occupation, par le travail, par l'application raisonnable et juste de ses facultés et de ses forces. Ainsi, le besoin et l'industrie sont les deux principes créateurs de la propriété. ».

démontrant l'impossibilité d'assimiler totalement des règles naturelles et celles émanant de la science juridique.

Pour sonder cette question dont le point de départ est la notion d'exclusivité spatiale relevée par F. Laupies, il est possible de raisonner par syllogisme en quatre séquences successives. Première séquence, la matérialité du sol se traduit ainsi : les besoins matériels humains, se nourrir, se vêtir, trouver un gîte, etc. nécessitent des choses matérielles, le sol contribue à répondre aux besoins matériels de l'homme, donc le sol est une chose corporelle. Deuxième séquence, la règle d'exclusivité spatiale est appliquée au sol : les choses corporelles sont soumises à une règle d'exclusivité spatiale, le sol est une chose corporelle, donc le sol est soumis à la règle d'exclusivité spatiale. Troisième séquence, la chose juridique est nécessairement corporelle : la relation homme, chose se rapporte à des corps, le droit se rapporte à la relation, homme chose, donc le droit porte sur des corps. Enfin, quatrième séquence, la relation homme, chose est exclusive: la chose civiliste est exclusive, la relation homme, chose porte sur une chose civiliste donc la relation homme chose est exclusive.

À ce stade sont établies, la matérialité du sol civiliste et l'exclusivité de la relation homme, chose qui en est la conséquence, le tout garanti par la rigueur du raisonnement mathématique. Ainsi, la propriété individuelle et exclusive, comme la chose corporelle, seraient toutes deux la résultante de la règle physique de l'exclusion spatiale et du besoin physiologique matériel de l'homme. Ceci est difficilement contestable, et il y a sans doute autour de cette connexion, au moins une partie du fondement premier de la propriété du code. De même, cette proximité entre des règles naturelles et le modèle civiliste d'appropriation forge la résilience et la robustesse de ce dernier, constituant sa principale qualité. Toutefois, le parallèle entre des principes physiques et biologiques d'un côté et juridiques de l'autre n'est pas, et ne peut être total. Connexion n'est pas synonyme de confusion. L'exclusivité du lien sujet, chose n'est pas comparable à l'exclusivité spatiale. La transposition des règles des deux premiers syllogismes aux deux suivants relève de la volonté, d'une interprétation visant à faire coïncider la science juridique avec des règles physiques biologiques. Comme le dit justement J.-L. Bergel « ...la logique formelle risque d'imprimer au droit un dogmatisme et une raideur incompatibles avec la complexité du réel et la souplesse de la vie. »¹¹⁹. D'ailleurs, d'autres modèles de propriété, comme la *common law* (cf. infra §531 et s.), s'opposent à un droit de propriété exclusif, sans remettre en cause pour cela les lois de la physique ou de la biologie. Notons toutefois pour être complet, que la chose du type civiliste, ou matérielle, reste présente sans posséder la même importance, puisqu'un échelon médian du type *estate* ou tenure existe. Ainsi, sans contester, ou ignorer,

¹¹⁹ J.-L. Bergel, « Théorie générale du droit », 5e Édition, Dalloz, 2012 §241 p. 309.

la règle d'exclusivité spatiale et le besoin matériel de l'homme, le droit plutôt que de réagir par mimétisme avec ces axiomes, peut prévoir d'autres systèmes d'organisation de la relation homme, chose.

En conséquence, il est possible de dire que le modèle civiliste en se plaçant originellement dans les pas des règles dictées par la nature des choses, qui s'imposent à lui, les respecte sans peine, et fait même corps avec elles. La propriété du code développe de la sorte une efficacité quasi naturelle dans l'organisation de la relation homme, chose. Dans le même temps, ce modèle tend à faire valoir comme siens des caractères naturels, qui, finalement, lui sont extérieurs, et qu'il ne fait que transposer. Pareillement, le système du code laisse à penser que la relation homme, chose doit obligatoirement être calquée sur ces qualités naturelles. Or, il n'en est rien ; la *common law* dispose d'un mode d'organisation différent et pourtant satisfaisant. Deux approches doivent donc être conciliées. Reconnaître pleinement, les qualités du modèle civiliste dans son appréhension des choses, mais aussi détailler ses travers, puisque l'ambition sera de les dépasser.

B. La matérialité civiliste ou la conceptualisation du monde sensible

(57.) Le questionnement autour de la dimension corporelle versus incorporelle est complexe. Elle sous-entend des débats philosophiques de grande portée comme la querelle des universaux (cf. supra §46). D'autre part, nous venons de voir à l'instant, la relation même du modèle civiliste avec la matérialité des choses est ambiguë, en ce sens que la propriété du code cherche à se confondre avec le sol matière. Pour tenter d'introduire un peu de simplicité, il est possible de dire que le concept de fonds de terre est forcément incorporel, par opposition, la chose qu'il représente, le sol, appartient au monde tangible, ce qui en fait une chose corporelle. De façon à compléter ce point, et déjà abandonner la simplicité, le schéma concept incorporel, chose représentée corporelle, il fait souligner que ce schéma doit être maintenu quelle que soit la démarche de conceptualisation empruntée. L'incorporalité du concept et la sensibilité de son objet prévalent que le concept cherche à se confondre avec son objet (le concept ambitionne d'être la chose), ou à l'inverse que ce concept soit synonyme d'un degré élevé d'abstraction. Se situe là, le nœud gordien du problème du sol civiliste. En effet, la chose civiliste en se parant, à dessein, de la matérialité, s'est trouvée enfermée derrière un mur qu'elle avait elle-même édifié. Le seul moyen de franchir l'obstacle de la matière devint alors possible seulement via un changement de nature, en l'occurrence la dématérialisation du fonds de terre.

Ainsi, si la corporalité du fonds de terre obéit à une stratégie, disons orientée de la science juridique, elle finit par se retourner contre elle (1), en débouchant sur une matérialité

inconcevable du concept du fonds de terre, incorporel par sa nature (2). Toutefois, en sens inverse, cette impossibilité d'un concept matériel ne peut pas conduire à la dématérialisation de la chose représentée par le concept, qui appartient inéluctablement au monde tangible (3).

1. Les causes extrajuridiques de la corporalité du fonds de terre

(58.) La proximité du concept de fonds de terre avec la matérialité possède plusieurs sources. Il est possible de citer pêle-mêle : le droit romain, le sens commun corroboré par des courants philosophiques tel le sensualisme de Locke (cf. supra §50), et sans doute d'autres. La matérialité s'explique également par une dimension plus politique au sens premier, c'est-à-dire le choix du mode d'organisation de la cité, et peut-être au-delà.

En assimilant le concept de fonds de terre à la matière, ce concept peut prétendre aux mêmes attributs que la matière elle-même. La règle de l'exclusivité spatiale, ou la matérialité des besoins de l'homme déjà évoqués, mais aussi la continuité de la matière, ou encore la force de la gravité terrestre synonyme d'unité du sol, vont être repris et assimilés par la chose civiliste, puis par la propriété dans sa globalité. S'opère alors un transfert entre ce qui relève du droit, au profit de la physique, de règles dites naturelles, qui contrairement au droit sont véritablement absolues neutralisant toutes tentatives de discussion quant à d'éventuels choix. Le principe même d'un choix disparaît, puisque la science juridique se place sous l'emprise de règles la dépassant, et indépassables. L'exclusivité spatiale par exemple, entraîne l'exclusivité de la chose civiliste (cf. supra §52 et s.).

Toutefois, ce rapport de causalité contient un biais. Sans remettre en cause les lois de la physique par l'entremise du droit, il peut être refusé la reprise stricto sensu d'axiomes relevant de la physique dans le domaine juridique. L'exemple de la *common law* conforte ce point, puisque son modèle de propriété ne développe pas la même proximité que le code avec le sol, tout en remplissant une fonction similaire. Ainsi, sans nier la réalité physique, il est envisageable de distancier la règle de droit de la physique, ou le concept de chose de la chose elle-même. Avec cette distanciation s'ensuit le principe d'une distinction entre la règle de droit et la physique, ou le concept de chose et la chose qu'il représente. En d'autres termes, la science juridique n'est pas contrainte à seulement renvoyer sur des règles naturelles la résolution de choix qui lui incombe, voire de dénier la faculté d'un choix. Or, cette posture est celle de la propriété du code, aboutissant à l'idée selon laquelle, son système de propriété est le seul possible, ou le seul vrai système oubliant qu'à sa base se situent des choix, relevant souvent du long terme, mais des choix tout de même, et pas des règles naturelles. Ces choix qui intéressent directement le droit, lui sont en partie extérieurs. Consistant in fine à définir le modèle de propriété, ils relèvent du corps social dans son ensemble, de sa représentation, de l'État, en un mot du champ politique. D'ailleurs, le code lui-même

symbolise ce choix puisqu'il est le fruit de nombreux choix, compromis, parfois fragiles, discussions, etc. qui se sont indiscutablement inscrits dans le champ politique.

Le choix du code, qui emporte une forme de confusion avec la matière, est, au demeurant, très cohérent politiquement. En effet, un parallèle avec J. Locke, favorable à un état minimaliste et inspirateur de la propriété civiliste, s'établit sans peine. La cause d'un état minimaliste, comme le note Cousin, se trouve dans la vision tyrannique qu'avait Locke du gouvernement, en raison du caractère obligatoirement despotique du premier gouvernement, devant rallier sous sa bannière les individus à l'état de nature. C'est pourquoi dit Cousin : « le caractère le plus général de la philosophie de Locke est l'indépendance... »¹²⁰. La chose civiliste se place dans les pas de Locke. En transférant sur des lois naturelles, qui échappent de ce fait à la science juridique, les choix qui relèvent de son champ la science juridique, celui de l'État, que Locke dénomme gouvernement, s'en trouvent réduits. Comme le remarque J.-F. Niort : « les rédacteurs du Code civil de 1804 en appellent à un droit naturel à la fois traditionnel et concret. »¹²¹, à « la nature même des choses » comme l'indique Portalis dans son discours préliminaire du premier projet de Code civil, pour fonder un choix de société¹²². Réduire voire amputer le droit (positif) par le recours à des règles naturelles ne se traduit pas seulement par la substitution d'un droit par un autre. La démarche va jusqu'à interroger la légitimité d'une intervention du droit (positif), puisque la nature des choses, ou le droit naturel, fait office de corpus. Ainsi, le choix d'un état minimaliste va avoir en parallèle des conséquences sur les prérogatives du propriétaire. Par différence, les prérogatives de ce dernier se trouveront étendues mécaniquement au détriment de la sphère collective. Le propriétaire est laissé seul avec sa chose matérielle soumise à des règles naturelles. L'article 544 illustre à merveille ce schéma en accordant au propriétaire un droit absolu, indépendant, de la loi qu'il doit seulement respecter. Cette orientation s'explique par la genèse du code, et la volonté de rompre avec l'Ancien Régime. Elle se retrouve néanmoins à d'autres moments. C'est le cas, par exemple, au milieu du 19^{ème}, lorsque la propriété combattit non plus la propriété simultanée de l'Ancien Régime, mais la montée en puissance des idées socialistes et communistes opposées par principe à la propriété du code¹²³. L'heure

¹²⁰ V. Cousin, « Cours de l'histoire de la philosophie au XVIII^e siècle », Tome II, École sensualiste Locke, p. 119 « Le premier gouvernement que leur présente l'histoire est despotique; donc l'idée du gouvernement est l'idée même du despotisme ; ».

¹²¹ J.-F. Niort, « Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature... Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des Français », *Droit et cultures* [En ligne], 48 | 2004-2, mis en ligne le 03 mars 2010, consulté le 16 décembre 2014. URL : <http://droitcultures.revues.org/1708>, §10.

¹²² J.-F. Niort, « Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature... Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des Français », *Droit et cultures* [En ligne], 48 | 2004-2, mis en ligne le 03 mars 2010, consulté le 16 décembre 2014. URL : <http://droitcultures.revues.org/1708>, §11 : « Ainsi, en 1793, c'est au nom de « la voix impérieuse de la raison » que la puissance paternelle est abolie ; dans le Code de 1804, elle sera rétablie au nom de la « nature des choses ». Dans les deux cas, on tente de justifier les choix de droit civil par autre chose qu'un pur et direct objectif politique, en masquant le volontarisme législatif derrière les concepts de raison et de nature. ».

¹²³ M. Xifaras, « La Propriété : Étude de philosophie du droit », PUF, 2004, p. 95.

n'était plus seulement à la propriété exclusive, mais absolue, avec en relais une chose toujours matérielle, unitaire échappant par principe à l'idée d'une propriété collective.

Les implications touchant à la matière dépassent, et de loin, la problématique de la conceptualisation juridique du sol. La matérialité possède une véritable portée systémique et politique, assurant le développement ou la préservation de la propriété. Cependant, cette orientation est aussi une arme à double tranchant fragilisant la propriété.

(59.) En exhibant la matérialité du sol et les règles naturelles qui y sont associées, les juristes poursuivent des objectifs extrajuridiques. Ce faisant, la matérialité monopolise le concept de propriété dans son ensemble le rigidifiant à l'extrême. L'idée d'une confusion entre le droit et son objet illustre parfaitement ce penchant.

Pour commencer, précisons que la confusion du droit avec son objet, très souvent évoquée par la doctrine, n'a jamais fait l'objet d'une véritable théorie. Il s'agirait plutôt d'un raccourci pratique, qui n'en est pas moins trompeur. M. Xifaras qui dénonce ce travers, et avec lui la propriété civiliste, attribue à Demolombe la paternité du concept de confusion. L'auteur cité in extenso par M. Xifaras semble pourtant s'exprimer avec retenue¹²⁴, reconnaissant la nature abstraite du droit sans détour¹²⁵, mais considérant que le code faisait une exception pour le droit de propriété¹²⁶. Alors l'absence d'une véritable théorie claire du concept de confusion, est-elle volontaire¹²⁷ ? Nous laisserons la question pendante. Ce qui est certain, c'est la confusion de cette idée de confusion ! Elle participe en effet à entremêler droit et chose, ou concept et objet de ce concept, en attribuant une place à la matérialité qui n'est pas la sienne. M. Xifaras met précisément le doigt sur cette difficulté, et dit : « Nous sommes au cœur du problème. Le droit de propriété est tellement réel (dans le sens d'absolu, non relatif, opposable *erga omnes*) qu'il se confond avec la chose. Il n'est donc pas

¹²⁴ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §35 p.19 : « Il est vrai que le droit de propriété, absorbant toute l'utilité de la chose, a pu paraître se confondre avec la chose elle-même qu'elle rend en effet exclusivement propre à son maître. On a pu considérer que la chose, dans ce cas, représentait pour ainsi dire matériellement le droit dont elle est l'objet direct et immédiat ; et c'est de là qu'est venue, non seulement dans le langage populaire, mais encore dans le langage scientifique et même dans les textes mêmes de la loi, cette confusion, ou plutôt, s'il était permis de s'exprimer ainsi, cette identification de la chose elle-même et du droit de propriété auquel la chose est soumise. ».

¹²⁵ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §32 p. 18 : « Le droit lui-même, en effet, n'est qu'une abstraction. ».

¹²⁶ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §33 p. 19 : « Mais ce n'est pas ainsi que l'on a procédé ; et par suite d'une confusion aussi ancienne que la distinction elle-même, on n'a compris les biens et les droits, dont ils sont l'objet, dans une classification unique ; et l'on a ainsi placé du côté des choses corporelles, la chose la plus essentiellement incorporelle, le type même, et si j'osais dire ainsi, l'étalon de toutes les choses incorporelles, le droit même de propriété ! ».

¹²⁷ M. Xifaras, « La Propriété : Étude de philosophie du droit », PUF, 2004, p. 114, c'est ce que semble dire l'auteur : « Le raisonnement qui les y mène est le suivant : selon la nature des choses, la substance, c'est la matérialité de la matière elle-même, l'étendue qui la rend tangible ; aussi la conclusion s'impose-t-elle d'elle-même : pour la doctrine du début du XIX^e siècle, la face passive et objective du droit de propriété, c'est la substance étendue et la véritable nature ontologique de la matière est tout entière dans une disposition passive à l'appropriation entière de l'objet du droit, alors que le droit romain des commentateurs du Code civil se contente d'affirmer que la corporéité de la propriété est l'autre face de la faculté du souverain à revendiquer la restitution de la chose. C'est là une expression bien fade et bien incomplète du pouvoir que le propriétaire se voit conférer par nos auteurs, qui font de la disposition à être soumis à ce pouvoir l'être même des choses. ».

seulement réel au sens où il confère un droit de suite à son titulaire, une action en revendication de la chose opposable *erga omnes*, il est aussi réel, ou absolu, au sens où il se confond avec le pouvoir physique légalement garanti d'agir sur la chose, de la soumettre à tous les usages possibles. Le droit de propriété devient alors le domaine qu'il confère, au point que ce droit peut être dit réel, non pas seulement en tant qu'il est un droit absolu (antonyme de relatif), mais en tant que le terme désigne la qualité du pouvoir qu'il confère d'être physique, matériel, corporel, c'est-à-dire absolu au sens de direct, portant immédiatement sur la chose en tant que substance tangible, étendue, mobile ou immobile. L'usufruit est donc soit d'une nature différente de la propriété, soit un droit réel ayant pour objet une chose corporelle. »¹²⁸. Le raisonnement est irréfutable ; en réifiant le droit pour lui attribuer les qualités matérielles de la chose, ces qualités s'appliquent mécaniquement au droit, faisant rejaillir l'indivisibilité de la chose sur le droit. Ainsi, le démembrement de droit s'oppose par nature à l'indivisibilité de la chose qui est passée au droit, comme le reconnaissait d'ailleurs, non sans contradiction, Demolombe¹²⁹. Si l'on laisse de côté la critique liée au rapport propriété, usufruit, qui dissimule le débat de la nature de la propriété, simultanée ou unitaire, l'exemple illustre bien un cheminement cohérent, et allant crescendo, concernant la matérialité. Comme cela a été indiqué à propos de la règle d'exclusivité spatiale, le droit sur la base de cette règle relevant de la physique a construit, l'exclusivité du concept de fonds de terre, puis celle du droit ou de la relation homme, chose (cf. supra). Ici, une nouvelle étape est franchie, avec la confusion le droit devient une chose, dans le but d'être aussi indivisible qu'est la chose par l'unité de la matière. L'épaisseur du trait, de l'idée d'une confusion droit, chose, rend bien entendu encore plus évident le biais. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit de la dernière étape d'un processus qui débute dès le concept de la chose. L'origine de la méprise se trouve dans l'absence de distanciation entre le concept de fonds de terre et la chose matérielle qu'il représente.

Avec le concept de confusion droit, chose, les juristes n'ont fait que réinterpréter, sans doute dans une version plus radicale, la transposition stricto sensu de la matière dans le monde de l'abstraction. Le procédé est efficace, mais outre la rigidité qu'il induit, il débouche sur un ensemble incohérent dans lequel un droit se confondrait avec un corps. Pour rompre avec cette incohérence, il est nécessaire de revenir à la base du problème et de dire qu'un concept est incorporel, et le concept de fonds de terre n'échappe pas à la règle.

¹²⁸ M. Xifaras, « La Propriété : Étude de philosophie du droit », PUF, 2004, p. 102.

¹²⁹ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §34 p. 19 « Comment ! La propriété, le droit lui-même dis propriété, *jus ipsum*, constitue un bien corporel; et l'usufruit, et les servitudes sont des biens incorporels ! ... que des fractions de la propriété; et il est inconcevable que toutes les parties soient d'une autre nature que le tout ! Voilà pourtant ce qui résulte des articles 526 et 529, qui, d'ailleurs, en distinguant ainsi le droit de propriété ! ».

2. *L'impossible corporalité du concept de fonds de terre*

(60.) Dire le concept de fonds de terre est incorporel relève de l'évidence et pour autant, rien n'est moins évident que l'incorporalité du concept de fonds de terre.

Il faut dire que la perspective portée par le code jette un trouble sérieux sur la question. La reprise de la distinction romaine corporel / incorporel des biens ne facilite pas une vision claire, même si la distinction semble aujourd'hui moins tranchée. La doctrine semble en majorité convaincue de la prise en compte à Rome de l'univers incorporel, les *res incorporales* étant comme les *res corporales* objet d'appropriation¹³⁰. Il n'en demeure pas moins, et d'ailleurs pour les immeubles comme pour les meubles, l'existence d'une approche différenciée par le code, fondée sur la corporalité des biens. À ce propos, le doyen Carbonnier disait pour les biens corporels : « ...c'est la réalité physique qui est décisive : ils sont meubles ou immeubles par leur nature... » et pour les biens incorporels : « ... la distinction devient conceptuelle, artificielle ... »¹³¹. Or, cette approche est problématique, car comme nous le verrons, les biens y compris corporels font l'objet d'une démarche conceptuelle, qui a simplement pour spécificité de prendre en compte leur réalité physique, réalité effectivement décisive voire instrumentalisée (cf. supra §58).

Tous les biens font l'objet d'un processus de conceptualisation, simplement parce que ce sont des concepts, même si certains concepts signifient des choses matérielles. Le concept de fonds de terre fait partie de ceux-là. Pour le démontrer, nous examinerons la fonction du concept (a) et la relation concept, chose (b) dans l'hypothèse du fonds de terre. Puis, nous détaillerons comment fonctionne in situ le concept de fonds de terre (c).

a. La fonction de représentation du fonds de terre signe de sa nature intelligible

(61.) Le concept de fonds de terre ne peut être corporel, car sa nature de concept le limite au monde de l'abstraction.

Cela ne signifie pas que ce concept soit étranger à la matérialité, puisque nous avons vu que la chose que représente le concept doit être matérielle, et que cette matérialité était un élément essentiel de cette chose pour le droit. Simplement, si la corporalité, c'est-à-dire la qualité d'un corps d'être corps, sera une référence indispensable du concept dans sa fonction de représentation, elle n'aura pas pour effet de transformer le concept en matière, et une certaine distinction entre chose et concept devra être maintenue.

La démonstration peut utilement débiter par une citation de F. Laupies : « Être là ou ici, en un mot, être dans l'espace, est le propre de ce qui est matériellement singulier. Le concept,

¹³⁰ Voir F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens », (8e édition), 2010, Dalloz, §43, p. 50.

universel est intelligible, n'est pas une réalité spatiale. Il dépasse la singularité des étants. »¹³². La distinction est ici très claire ; la chose représentée par le fonds de terre, une portion de l'écorce terrestre, est matériellement singulière, tandis que le concept fonds de terre est lui universel et intelligible, et n'est donc pas une réalité spatiale. Poursuivons, en revenant à la première citation de F. Laupies à propos de l'exclusivité spatiale, (cf. supra §52 et s.) l'auteur indiquait en guise de complément : « Chaque réalité est ainsi exclusive de toute autre. Cette exclusion s'impose au constat comme une nécessité de fait ; elle n'est pas du même ordre que l'exclusion logique des contraires et des contradictoires en vertu des lois de la pensée... »¹³³. Appliquée au fonds de terre, l'observation signifie que la chose représentée, matérielle, appartenant au monde tangible, un étant, est soumise à ce que nous avons appelé la règle de l'exclusivité spatiale, « comme une nécessité de fait ». Seulement, cette nécessité de fait s'applique à la chose, pas au concept. Le concept lui est concerné par une exclusivité « d'un autre ordre », « l'exclusion de la logique des contraires et des contradictoires ».

Le constat s'impose ici avec force, le concept de fonds de terre est intelligible, pas tangible ; par conséquent, la règle de l'exclusivité spatiale se rapportant à des étants ne s'applique pas à lui. Cependant, il est important de garder à l'esprit que le raisonnement porte ici sur le concept. Si, maintenant nous réagissons par rapport à la chose objet du concept, le constat sera inverse. De plus, autre aspect essentiel, le concept « fonds de terre », la chose civiliste, possède une dimension corporelle. Il vise des choses matérielles pour répondre aux besoins matériels de l'homme (se nourrir, s'habiller, trouver un gîte, cultiver, etc.), donc des choses exclusives les unes des autres dans l'espace et le temps (cf. supra §52 et s.).

(62.) Pour éclairer, cette distinction entre monde tangible et idéal, et entre exclusion spatiale et logique, il est utile de recourir à un exemple concret, qui confirmera notre conclusion.

Imaginons une portion d'écorce terrestre, par exemple une prairie, dénommée « les essarts » délimitée par des barrières naturelles, une rivière, une forêt, un mont et un chemin. Cette chose matérielle est soumise à la règle de l'exclusivité spatiale, aucun autre champ ou terrain ne pourra être situé à l'endroit où se trouve la prairie « les essarts ». Cette prairie aura pu être un bois, et devenir un ensemble immobilier complexe sur dalle, mais à un instant T, rien d'autre ne peut être que la prairie. Nous sommes ici dans le règne du sensible, de la matérialité. Passons maintenant, au concept, en précisant au préalable la fonction assignée à un concept en général. Toujours d'après F. Laupies : « elle (l'idée ou le concept) n'a pas à

¹³¹ J. Carbonnier, « Droit civil (Thémis), Tome second les biens et les obligations », PUF, Paris 1956, §18, p. 50.

¹³² F. Laupies, « L'espace. Leçon philosophique », PUF, « Major », 2013, p. 17.

¹³³ Citation complète, F. Laupies, « L'espace. Leçon philosophique », PUF, « Major », 2013, p. 2 : « La première expérience de l'espace est celle de l'exclusion de fait ; là où quelque chose est rien d'autre ne peut être au même moment. Chaque

épouser la réalité de son objet mais simplement à le signifier de façon compréhensible »¹³⁴. Le concept a donc pour fonction de signifier, représenter, dire une chose, et nous rajouterons dans un contexte donné, car le temps et l'espace ont bien entendu une influence. Dans notre cas, le contexte singulier, c'est le droit, qui dit un certain nombre de choses au travers de concepts juridiques. Différentes sources sont à l'origine de ces concepts: la loi, la doctrine, la coutume, pour ne citer que les principales sources. P. Amseleck résume le phénomène par le terme très évocateur des « jurisdiseurs », les diseurs de droit. Ainsi, revenant au sol, pour le monde du droit, la prairie « les essarts » par exemple correspondra à un fonds de terre, c'est-à-dire une partie de l'écorce terrestre formant un tout, ayant des limites susceptibles de l'individualiser, dans le cas précis : au levant une rivière, au couchant un mont, etc. Grâce à cette approche conceptuelle, le droit remplit sa fonction, telle que F. Laupies la décrit, la représentation compréhensible d'une portion de l'écorce terrestre dans le monde du droit. Le concept juridique dit que le fonds est une partie individualisée de la planète, qu'il possède un objet matériel, soumis à règle de l'exclusivité spatiale, ayant en limite telle chose, qu'il est dénommé « les essarts » possédant tel usage en surface, etc. À l'aide de ce concept, relativement basique puisque la représentation qu'il propose n'est pas très éloignée de celle de tout un chacun, le droit va être en mesure d'organiser la relation entre des sujets et une chose. En présence d'un second fonds de terre ayant des caractéristiques en tout point identiques à la prairie en termes de localisation, mais étant plantée de bois ou de taillis et dénommé le bois « du mont », une question va se poser. Cette question - quel concept désigne le mieux la chose ? - appartiendra au domaine de la logique, et ne sera pas d'ordre matériel. Ainsi, par l'entremise de l'esprit, le droit va dire le fonds de terre correspondant à la chose qui est supposée devoir être signifiée, en indiquant par exemple que le bois « du mont » est devenu la prairie « les essarts » après défrichement il y a tant d'années. Ce constat est alors de nature purement idéale. Les juristes n'ayant pas de machine à remonter le temps, il leur est impossible de revenir *in concreto* au défrichement, leur intervention prend la forme de raisonnements *in abstracto* par le jeu de représentations mentales. Bien entendu, une confrontation avec la réalité ne sera pas exclue. La validation en l'état du raisonnement juridique supposera que le champ soit une prairie, attestant la capacité du concept à signifier justement la chose qu'il représente, et non un bois. La confrontation est donc nécessaire, puisqu'encore une fois, l'essence du concept fonds de terre est la représentation d'une chose matérielle. Toutefois, cela ne signifie pas que le concept de fonds de terre se soit à un moment ou à un autre matérialisé. De même, la chose dans son état matériel n'aura été

réalité est ainsi exclusive de toute autre. Cette exclusion s'impose au constat comme une nécessité de fait ; elle n'est pas du même ordre que l'exclusion logique des contraires et des contradictoires en vertu des lois de la pensée... ».

¹³⁴ F. Laupies, « L'espace. Leçon philosophique », PUF, « Major », 2013, p. 18.

aucunement affectée par le questionnement juridique. Notons, au surplus, que la confrontation avec le réel peut être impossible. Le terrain pourrait faire l'objet d'une inondation suite à une crue de la rivière. Dans ce cas, ni le concept de fonds de terre prairie, ni celui de bois aurait pu être validé, le terrain devenant un fonds de terre inondé. Pire, la crue peut avoir durablement détourné le lit de la rivière, incorporant le terrain discuté à la rivière, invalidant l'idée même de concept de fonds de terre, au profit du concept de bien public, placé en dehors du champ de la propriété privée.

Apparaît ici, la distinction profonde entre des règles relevant de la matière, et d'autres de l'esprit. Leur proximité nécessaire tend à les confondre, et un effort est nécessaire pour maintenir une certaine distance. L'exemple ci-dessus a été présenté sur la base d'une conceptualisation de base du fonds de terre, mais la démonstration aurait pu recourir à un concept de fonds de terre plus scientifique ou complexe. À l'aide d'un procédé mêlant géométrisation et cartographie, le sol du territoire français a été cadastré, c'est-à-dire représenté à l'aide de parcelles cadastrales individualisées par un système de cotation. Ainsi, en remplacement des indications du type rivière au levant, mont au couchant, dont l'intérêt était la proximité avec la matière, le fonds de terre prairie peut être désigné, par exemple : parcelle n^o15 section AB lieu-dit « Les essarts » commune de « Mont ». Cette représentation n'aurait bien entendu affecté en rien la chose représentée. Comme dans la démonstration précédente, cette fois à l'aide du système parcellaire, le droit peut comparer d'autres fonds de terre eux-mêmes subsumés selon le même moyen. Pour reprendre l'hypothèse de la concurrence entre deux fonds terre, nous pourrions avoir un second fonds de terre cadastré parcelle n^o15 section AB lieu-dit « Les essarts » mais de la commune « les vallées », située sur l'autre berge de la rivière. *A priori*, le droit désignera *in abstracto* le concept de la parcelle de la commune de « Mont » comme le concept valide, comme le concept signifiant le mieux le terrain en question. Ici, la conceptualisation est plus mathématique, que pratique, et la frontière avec le monde réel plus marquée. Toutefois, sur le fond, les situations sont très semblables, et mettent en lumière la distinction entre l'exclusion spatiale matérielle, et ce qui relève de la logique juridique. Comme dans la version précédente, la logique juridique est distincte de la matière. On peut d'ailleurs à nouveau imaginer une crue inondant les terres des deux berges de la rivière, ou un déplacement du lit de celle-ci rendant inopérants les deux concepts.

Quel que soit, le type ou niveau de conceptualisation, une conclusion s'impose, la fonction de représentation du concept fonds de terre engendre un rapport de conformité avec la réalité matérielle, sans pour autant qu'il y ait confusion entre les deux termes. La logique qui concourt à la conceptualisation n'est pas de l'ordre de la matière. C'est pourquoi une différenciation introduisant la *summa divisio* réel, abstrait, entre le concept de fonds de terre et son objet, une portion de l'écorce terrestre, doit être maintenue. Toujours dans le but

d'analyser le couple concept, objet, il est possible de poursuivre la démonstration à propos du rôle, ou de la fonction du concept.

b. La relation concept/chose marquée par sa finalité

(63.) Le concept de fonds de terre a pour fonction de représenter une portion de l'espace terrestre dans le monde du droit, que l'on nommera souvent le sol civiliste. Cette nature fonctionnelle crée un lien entre les deux termes, qui on vient de le voir ne remet pas en cause leur nécessaire singularité. Le lien entre le concept et chose peut être développé en cherchant à examiner non plus l'existence de ce lien, mais son fonctionnement. Cela consiste à comprendre comment le concept opère pour remplir sa fonction, particulièrement dans l'optique du fonds de terre.

C. Panaccio dans son opus « Qu'est-ce qu'un concept » considère que trois relations peuvent être retenues pour définir en quoi un concept, une représentation mentale, se rattache à telle chose : la ressemblance, la causalité et la finalité¹³⁵. Seules la ressemblance et la finalité seront ici abordées pour aller à l'essentiel, et ce point sera à nouveau abordé lors de l'examen du volume immobilier (cf. infra §680 et s.).

Pour revenir au propos de C. Panaccio, la ressemblance et la causalité, bien que caractérisant partiellement la relation, ne s'avèrent pas suffisantes à rendre compte du processus conceptuel¹³⁶. Seule la finalité permettrait d'atteindre cet objectif. La finalité aurait une fonction normative vis-à-vis du concept ; elle formaterait le concept dans le but d'assurer la représentation d'une chose précise. Prenant l'exemple d'un individu, C. Panaccio indique si « ... une représentation peut être normée par sa finalité ... », c'est parce qu'« ... un nom propre, au plan linguistique, a pour fonction de désigner un individu donné ... ». Cette désignation permet ensuite de dire si une phrase est vraie ou fausse, et cite le nom de Socrate (individu donné), puis la phrase pouvant être testée comme vraie ou fausse : Socrate est un homme grec¹³⁷. Ce débat de la relation concept, chose est intéressant dans le cas du fonds de terre, car il fait état d'une évolution dont le sens n'est pas étranger à notre sujet. Initialement, cette relation était expliquée par la ressemblance, et constitue de ce fait la relation dite classique. Selon C. Panaccio, la relation de ressemblance, et par ressemblance, il faut entendre ressemblance physique, remonterait à Aristote, qui voyait dans les mots des ressemblances des choses. De nombreux penseurs du Moyen Âge ont repris ce point de vue dont G. D'Ockham, figure fondatrice du nominalisme, qui disait « que les concepts généraux

¹³⁵ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », Chemins philosophiques, Vrin, 2011, p. 39.

¹³⁶ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », Chemins philosophiques, Vrin, 2011, p. 48.

¹³⁷ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », Chemins philosophiques, Vrin, 2011, p. 49.

dans l'esprit sont des « similitudes » des choses extérieures »¹³⁸. En reprenant, le cas du fonds de terre, il est difficile de ne pas voir au moins partiellement, dans ce concept une filiation avec la relation de la ressemblance, et par-delà une connexion avec la confusion concept, chose. La reprise même du mot terre, dans le nom du concept, désignant le sol matériel qui n'est autre que la terre, paraît établir la traduction de la relation de ressemblance. Il y a assurément dans le terme fonds de terre la volonté, qui plus est dans une société essentiellement agraire, de coller à la chose, de lui ressembler jusqu'à se confondre avec elle, en utilisant le terme qui la désigne dans son essence. La ressemblance qualifie d'ailleurs avec une certaine efficacité le sol civiliste. Le fonds de terre désigne en effet une portion de l'écorce terrestre, la planète Terre, qui encore une fois, pour l'homme est un sol matériel, une terre qu'il habite, qu'il cultive. Cependant, si le fonds de terre a besoin d'être identifié à la terre, son objectif n'est pas seulement de ressembler physiquement à la terre et dépasse cet aspect. Nous rejoignons ici la critique adressée par C. Panaccio à la relation de la ressemblance. D'après l'auteur, la ressemblance est trompeuse, en ce qu'elle ne peut suffire à expliquer un concept du fait de sa dimension strictement physique. De même, le fonds de terre est un produit de la science juridique qui ne peut être réduit à l'apparence physique de son objet. Le droit, par le concept de fonds de terre cherche, il est vrai, à ressembler à la réalité ; il va même au-delà en mimant cette réalité, en l'étendant, et en fin de compte voulant se confondre avec la chose. Or, la ressemblance physique n'est pas en mesure de rendre compte de ce phénomène allant au-delà de la réalité, dans une démarche presque hyperréaliste. Pour qualifier pleinement la relation du fonds de terre avec le sol, il faut avoir recours à la notion de finalité.

Pourquoi le fond de terre, ressemble au sol, le mime, le dépasse, en ayant recours à la réification, etc. ? Pour reproduire le plus fidèlement possible la chose qu'il représente, serait-on tenté de répondre. Seulement, répondre le fonds de terre ressemble au sol, pour ressembler au sol n'a pas grand intérêt. Dépasser cette tautologie suppose de prendre un peu du recul, et de s'intéresser non plus seulement à la relation concept, chose, mais à l'objectif de cette relation, sa finalité. Surgit alors la science juridique, plus précisément le droit des biens, puis la propriété. Le fonds de terre apparaît alors comme le moyen de mettre en place une relation de propriété entre un sujet et une chose, dans une perspective exclusive.

(64.) Le fonds de terre ne ressemble pas au sol pour lui ressembler, mais pour permettre une appropriation individuelle et exclusive du sol.

¹³⁸ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », *Chemins philosophiques*, Vrin, 2011, p. 40.

En d'autres termes, le fonds de terre est normé dans un but précis, et cette finalité, c'est une propriété rattachant à un individu des portions de sol. Le corpus normatif en question se focalise sur l'apparence physique du sol, et derrière elle la matière. Simplement, la ressemblance n'est pas la finalité du concept, mais le moyen. La finalité est l'accès à la ressource « sol » des individus selon une organisation prônant une relation exclusive entre le sujet et la chose. La finalité caractérisant les concepts appelle de nombreuses questions, dont celle essentielle de connaître l'origine première de cette finalité. La volonté de l'homme est-elle à l'origine de la finalité des concepts qui oriente les normes les définissant, ou cette finalité est-elle imposée à l'homme par la nature des choses ? À maintes reprises, nous viendrons au contact de cette question, qui a même été l'une des premières posées au travers du choix de propriété (cf. supra §8). À chaque fois, elle sera éludée, considérant qu'une réponse tranchée est impossible, et par ailleurs, que cet aspect bien que fondamental n'est pas exclusif d'analyses d'une portée moindre, mais portant essentielles, comme définir la relation concept, chose par la notion de finalité. Cette fois, pour faire le pas de côté, nous emprunterons les mots de C. Panaccio : « L'important pour notre propos est que la valeur sémantique de ces représentations, qu'elles soient linguistiques ou mentales, découle directement de ce à quoi elles doivent servir, par convention ou par nature. »¹³⁹.

Le concept de fonds de terre sert à faire du sol une chose, susceptible d'être soumise au régime de la propriété du code, une propriété individuelle et exclusive. Cette finalité explique la relation du concept avec le sol. La ressemblance entre ces deux termes qui s'attache aux qualités physiques du sol, parcelle de terre, n'est-elle, qu'un élément du processus de représentation ? Cette ressemblance, d'un côté, renforce la distinction entre le concept et la chose, puisque la ressemblance nécessite deux entités ; de l'autre, elle contribue à la confusion entre le concept et son objet. Retenir la finalité comme cause du concept contribue également à détacher ces deux termes, puisque la finalité s'attache, non pas aux qualités physiques de l'objet, mais à sa destination. Cette destination est atteinte par un procédé normatif du concept, qui pour partie s'affranchit de la matérialité.

c. La confirmation par la science juridique de l'incorporalité du fonds de terre

(65.) Pour démontrer l'immatérialité du fonds de terre ont été évoquées tour à tour, la fonction de représentation de ce concept et la relation concept, chose. La fonction de représentation du concept atteste de la distance nécessaire entre les deux le monde intelligible du signifiant, le concept, et le monde tangible du signifié, la chose. La seconde, qui se place seulement sur le plan idéal, éloigne définitivement le concept de la chose qu'il

¹³⁹ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », *Chemins philosophiques*, Vrin, 2011, p. 51.

représente, la relation concept, chose étant d'abord définie par la finalité du concept, non la ressemblance physique avec la chose. Maintenant va être présenté, comment le droit norme le concept de fonds de terre pour faire du sol une chose appropriable, à savoir sa finalité. Deux aspects serviront de support à la présentation, l'étendue du sol (Alpha) et la concession de droits réels au travers de la perfection de la propriété (bêta). Ces problématiques seront abordées de façon synthétique, puisqu'elles feront toutes deux l'objet de plus amples développements (cf. infra §624 et s.). L'objectif étant ici simplement de démontrer la nature immatérielle du concept du fonds de terre.

Alpha. La conceptualisation de l'étendue du fonds de terre

(66.) Commençons par l'étendue. Le concept de fonds de terre est normé, c'est-à-dire qu'il obéit à des règles concordantes avec la finalité de ce concept. Nous l'avons dit, la finalité suprême d'une chose juridique au sens du droit des biens du code est d'être appropriable individuellement et exclusivement. Le sol civiliste doit donc être une chose permettant la propriété du code. En conséquence, le sol civiliste s'individualise en fractions, susceptibles d'être rattachées à un sujet par un lien se caractérisant par son exclusivité. Sans même parler du caractère inévitablement intelligible du lien entre le sujet et son objet, un élément substantiel apparaît. Le sol, écorce terrestre, est un. Il y a bien sûr des barrières du type : montagnes, rivières, océans, variations de nature du sol, etc., que l'on peut qualifier de naturelles. Elles le sont effectivement dans la mesure où leur existence n'est pas du fait de l'homme. Par contre, qualifier ces variations dans l'écorce comme des limites, des barrières, relève de l'homme. L'idée même de variations est équivoque, puisque les limites géologiques résultent d'interprétations. Leur fiabilité repose sur la compétence d'experts qu'il ne s'agit pas de remettre en cause, mais il convient cependant de souligner leur caractère prescriptif. La raison en est simple, la Terre est matériellement une unité indivisible (cf. infra §104 et s.). La confrontation de ces deux observations, le sol civiliste doit être fractionnable alors que l'écorce terrestre est unitaire, démontre que nous sommes face à deux choses distinctes.

Or, le sol écorce terrestre unitaire est aussi matériel, ce qui signifie que la division elle est idéale, comme le concept de fonds de terre dont elle est partie prenante. Dans le système civiliste, cette division abstraite s'habille de matérialité. Sur le principe d'abord, le sol civiliste doit pouvoir au moins être borné, c'est-à-dire qu'il doit pouvoir être individualisé matériellement. Dans les modalités ensuite, la borne est une chose physique qui marque matériellement le sol, ne voyait-on pas autrefois, y compris dans l'antiquité, les pierres utilisées en guise de bornes ? (cf. infra §124 et s.). Cet habillage matériel rend plus délicat la distinction corporelle, incorporelle, tout comme d'ailleurs le phénomène de réification

également utilisé par le sol civiliste, par exemple en matière de droits réels. Il n'en demeure pas moins que le sol parcellisé de par son existence, montre la différence de nature entre le concept et son objet. Les bornes bien que matérielles, et dont la matérialité est même sacralisée par la loi, puisque détruire des bornes est sévèrement puni par loi, ne remet absolument pas en cause l'unité de l'écorce terrestre. La borne reste un moyen conventionnel, au sens philosophique, d'organiser la gestion du sol. D'autre part, l'importance dans cette opération de la matière est une marque du système civiliste. Dans le système de la *common law*, l'habillage matériel de la parcellisation revêt une importance bien moindre. L'accent est d'abord mis sur l'estate ou la tenure, de nature immatérielle, qui définit les contours des droits du sujet sur une fraction du sol (cf. infra §531 et s.). L'*estate* ou la tenure s'intercalant entre le sujet et la chose, le marquage matériel de la chose a une portée bien plus relative qu'en régime civiliste. L'étendue du fonds de terre, indissociable du concept, représente la preuve irréfragable de sa nature idéelle. Survient alors un paradoxe. Le Code civil, suivant en cela les aspirations révolutionnaires, par l'individualisation du sol a permis à la science juridique de développer un concept du sol innovant politiquement, mais aussi juridiquement. Par l'entremise du fonds de terre, le droit s'est mis à penser scientifiquement le sol. Le développement de la géométrisation du sol, avec le recours au procédé de la triangulation (cf. infra §124 et s.), témoigne de ce tournant scientifique. Seulement, en parallèle, la science juridique a aussi utilisé le concept de fonds de terre comme le symbole incontesté de l'emprise de la matière sur le droit. Cette démarche, obéissant à des motivations précises (cf. supra §58) est venue masquer la dimension scientifique, il est vrai contradictoire, avec la volonté d'un sol civiliste simple reflet de la nature des choses. De plus, paradoxe dans le paradoxe, l'orientation matérialiste de la démarche scientifique, aboutissant à copier la matière telle la borne, contribue à brouiller les pistes entre corporel et incorporel. Un autre procédé usité par le Code civil, la réification des droits réels, aboutit à un résultat très similaire.

βêta. La réification des droits réels l'autre pilier du concept de fonds de terre

(67.) Pour établir l'immatérialité du concept de fonds de terre, l'axe d'observation a été les contours de la chose, au sens de son étendue physique. Nous allons maintenant aborder le sujet sous l'angle des prérogatives provenant de la chose.

Le sol civiliste, comme tous les biens, est synonyme d'utilités, utilités qui sont, on le sait, réservées en exclusivité au propriétaire. Le schéma de base de ce modèle est une chose attribuée dans sa totalité à un sujet, qui va en disposer grâce à une prérogative, regroupant toutes les prérogatives, c'est le droit de propriété de l'article 544. Ce binôme une chose, un sujet, correspond au concept de propriété parfaite. Dans cette relation avec sa chose, le

propriétaire est libre de sa chose, il n'est l'obligé de personne, comme le disait Toullier il n'a qu'un seul maître, la loi¹⁴⁰ (cf. infra §723 et s.). Cependant, il est des cas où une ou plusieurs utilités vont échapper au propriétaire du fonds. Ce dernier étant grevé d'un ou plusieurs droits réels, par exemple une servitude, les utilités correspondant à ces droits réels seront mises à disposition d'un autre fonds, profitant au propriétaire de ce fonds. Ce second schéma est celui de la propriété imparfaite ou des propriétés imparfaites puisqu'ici le pluriel semble de mise pour l'imperfection (cf. infra §738 et s.). Ce second schéma va lui aussi être soumis à l'article 544 du Code civil. Pour revenir au propos de Toullier, le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude restera un homme libre. Le droit réel grève le fonds et non le titulaire du droit de propriété. À défaut, la servitude ne serait plus réelle, mais personnelle. Sans entrer dans le détail, les servitudes connaissent de nombreux développements matériels et se traduisent par des actes matériels sur le fonds. Néanmoins, les servitudes sont des droits, des droits réels certes, mais des droits tout de même. Toullier, pour ne citer que lui, voyait dans les servitudes une diminution de droit¹⁴¹.

Les servitudes étant des droits, elles sont donc assurément de nature idéale. Se pose donc la question suivante : comment la servitude chose idéale peut-elle être détachée d'un fonds (fonds servant) et attachée à un autre fonds (fonds dominant) ? Si le concept de fonds de terre est matériel, l'assemblage paraît insaisissable. Comment insérer une idée dans une chose ? Pour que l'opération détachement/attachement se fasse il faut que l'idée, ou le concept, ici la servitude, soit articulée avec une chose de même nature, c'est-à-dire un concept. Ce concept est le fonds de terre, et l'opération de matérialisation du droit « servitude », se dénomme réification (cf. infra). La situation des fonds grevés de droits réels confirme ainsi la nature incorporelle du concept fonds de terre. Notons pour parfaire la démonstration, que le détour par les propriétés imparfaites, a simplement pour but de synthétiser avec force l'argument. En dehors de tout droit réel, soit une propriété parfaite, le concept de fonds demeure idéal, puisque le simple fait de choisir telle ou telle chose est le signe d'une démarche conceptuelle. Les juristes opèrent leur raisonnement et agissent sur la base de représentations mentales extérieures à la matière. Ces dernières trouvent seulement, et c'est même un impératif pour le sol, une traduction dans le monde tangible.

Au terme de ce tour d'horizon, se confirme, ce qui ne faisait peu de doute dès l'introduction, mais méritait d'être précisé pour justement ne laisser aucune place au doute, le concept de fonds de terre est de nature idéal. Cette confirmation essentielle formulée, il est nécessaire de la circonscrire. Pour rappel, l'idéalité porte sur le concept et pas sur la chose du monde

¹⁴⁰ C.-B.-M. Toullier, « Le droit civil français suivant l'ordre du Code, Nouvelle édition, augmentée en Belgique », t. III, Cinquième Édition, Paris, 1869, §376 p. 237.

tangible qu'il signifie. La reconnaissance de la matérialité de la chose étant tout aussi indispensable que celle de l'idéalité du fonds de terre.

3. *L'impossible idéalisation de la chose signifiée par le fonds de terre traduit le choix matériel du sol civiliste*

(68.) Reconnaître l'idéalité du concept de fonds de terre demeure sans incidence sur la tangibilité du sol, dont la science juridique ne peut faire abstraction au sens propre, comme au sens figuré.

Le rôle décisif attribué à la réalité physique aux choses corporelles par le doyen Carbonnier du code perdure, tout comme la *divisio res corporales, res incorporales*. De même, un concept idéal n'est pas incompatible avec l'ambition matérialiste de ce concept, sous réserve que la distinction entre le concept et la chose signifiée soit maintenue. Ce maintien a pour conséquence d'admettre l'existence du choix du développement matériel du concept, par exemple concernant la délimitation de l'étendue du fonds de terre ou la réification des droits réels, à l'instant exposées. Le principe d'une délimitation individualisée de fractions de sol relève d'un choix et plus encore la matérialisation *in concreto* du processus. Le modèle de propriété de la Common Law procède autrement, et il est même des systèmes se plaçant en dehors d'une géométrisation du sol de type euclidien. Les terres communautaires répondent à ce schéma qualifié par E. Leroy de « matrice topocentrique »¹⁴², dans lequel l'étendue du sol est le résultat d'une combinaison pragmatique entre fonctions du sol et dépendance du groupe vis-à-vis de ces fonctions. Ici, la structure référentielle de l'organisation spatiale du sol ne répond plus à un schéma fait de droites, quadrilatères, etc., mais des besoins, habitudes, conventions sociales, pour lesquels le temps joue un rôle décisif. L'existence de ces autres modèles atteste du choix ou, à tout le moins du non choix, opéré par le Code civil. Tout en se maintenant à l'écart de ce débat, il peut être soutenu que le choix du code est un choix imposé par la nature des choses, que ce choix est majoritaire et que ce choix finira par s'imposer. Toutefois, il faut se résoudre à dire que la position civiliste de parcellisation du sol n'est pas le seul choix, laissant à supposer une dimension optionnelle. La place de la réalité physique, elle-même relève d'un choix, puisqu'encore une fois la *common law* avec notion d'*estate* contourne, au moins en partie, la matérialité du sol. Sur toutes ces

¹⁴¹ C.-B.-M. Toullier, « Le droit civil français suivant l'ordre du Code, Nouvelle édition, augmentée en Belgique », t. III, Cinquième Édition, Paris, 1869, §377 p. 238.

¹⁴² E. Leroy, « La terre de l'autre, Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière », Droit et société, Maison des sciences de l'homme. Recherche et travaux, L.G.D.J. 2011, p. 55 : « Dans la matrice topocentrique (MT), l'étendue est ramenée à un ensemble plus ou moins jointif d'espaces qu'on peut appeler génériquement des territoires (infra), avec une extension correspondant aux capacités et aux compétences de circulation des utilisateurs « jusque-là, on peut aller ». Cet ensemble est rattaché à un point (topos) dont la fonctionnalité détermine la capacité d'attraction des usagers et des espaces. ».

dimensions, la démarche conceptuelle n'est pas douteuse et contient des choix, des interprétations, des orientations qu'il est indispensable de reconnaître comme tels. Toutefois, quelle que soit la subjectivité de ces éléments, encore une fois incontestable, le concept de fonds de terre ne peut pas se détourner de la matérialité de la chose qu'il représente. Et, il s'agit d'une contrainte absolue. Pourquoi ? La réponse a déjà été formulée, les besoins du sol de l'homme se traduisent par une dimension matérielle : se loger, cultiver, chasser, etc. Le fonds de terre ayant pour finalité la réponse à ces besoins, qui ne sont pas exclusifs tout en étant indispensables, le concept, c'est-à-dire la représentation mentale à laquelle les juristes ont recours pour organiser la réponse aux besoins de l'homme, doit prendre en compte cette matérialité. Or, cette matérialité va être soumise à des contraintes qui vont s'imposer à l'homme comme celle de la contingence de la matière, et en particulier de la contingence spatiale. Cette contingence a été synthétisée sous le terme d'exclusivité spatiale, traduisant le principe selon lequel : là où est une chose matérielle aucune autre chose matérielle ne peut être à sa place (cf. supra §54). On la retrouve également dans l'idée de rareté abordée plus avant (cf. infra §599 et s.). À nouveau, cette règle ne modifie en rien la nature du concept de fonds de terre et impose seulement sa prise en compte par la représentation mentale du sol civiliste. Par contre, cette prise en compte est inéluctable. D'ailleurs, la *common law* en dépit de concepts intermédiaires de type, *estate*, tenure ou trust, ne peut faire fi de cette obligation. C'est pourquoi sans avoir le rôle décisif du modèle civiliste, la réalité physique n'est pas absente en régime de *common law*. De même, le topo de la matrice topocentrique ne peut se couper des besoins matériels de l'homme, exprimés par la notion de fonction, correspondant, - on peut l'imaginer - à des fonctions de chasse, culture, approvisionnement en bois, etc. Le concept de matrice topocentrique ou celui d'*estate* en *common law*, pour simplifier ne sont au final, que des modes d'organisation différents d'une même ressource, affectée à la même finalité. Dès lors une double conclusion s'impose.

Premièrement, la dimension subjective ou optionnelle qui a été attribuée au sol civiliste, intégrant le rôle décisif dévolu à la matière pour conserver l'heureuse expression du doyen Carbonnier, se retrouve dans tous les autres modes d'organisation. Sans qu'il soit imaginable de se livrer à une analyse détaillée de chaque modèle, il semble que la formulation de ces choix va différer pour chacun de ces modèles, que les réponses apportées d'évidence varieront, que les processus de concrétisation des choix varieront également. Derrière le mode de propriété, la relation du corps social, ou plus simplement du groupe d'individus, vis-à-vis du changement aura un impact fort sur l'organisation du sol. Des conventions historiques pourront rendre ces choix plus difficiles à cerner, leur principe, lui, demeurera. Deuxièmement, quels que soient le mode d'organisation du sol choisi, la démarche conceptuelle empruntée, les choix sous-tendant ces démarches, il ne pourra être fait abstraction de la matérialité du sol.

(69.) Sur la base de ce constat, l'existence de choix prévalant à la définition du mode d'organisation du sol, et à l'obligation d'une prise en compte de la dimension matérielle du sol, la proposition de voir seulement dans le sol une chose idéale doit être rejetée. Le rejet porte évidemment sur la négation de la matérialité de la chose signifiée par le concept, pas le concept lui-même, dont on a vu qu'il appartenait au monde intelligible.

À nouveau, ce point, qui peut paraître évident, dissimule un enjeu de taille. La propension matérielle du sol civiliste répond à la nécessité de reconnaître la matière du sol, mais elle traduit également une orientation matérialiste. La matérialité du fonds de terre obéit à un choix positif, celui d'un système objectif garantissant au propriétaire le monopole de sa chose, un propriétaire qui n'est l'obligé que de la loi comme le disait Toullier¹⁴³. L'objectivité du système, conséquence du recours à la matière, donne l'avantage au propriétaire vis-à-vis du droit. Le propriétaire doit bien entendu respecter la loi, droit n'est pas ici synonyme de loi, mais de législateur ou d'État. C'est la notion d'État minimaliste de la propriété civiliste évoquée précédemment, qu'il convient de considérer en référence par exemple aux idées de J. Locke (cf. supra §58). Dit simplement, « le rôle décisif de la réalité physique » va contribuer à maintenir une distance objective autour des prérogatives accordées au propriétaire. La place de la loi se situe à l'extérieur de la relation sujet, chose. L'évolution a montré que l'État minimaliste originel avait cédé la place à un État interventionniste, en dépit du positionnement extérieur de la loi. Depuis longtemps, la sociabilisation de la propriété¹⁴⁴ est évoquée par la doctrine, et avec elle l'idée d'une fragilisation de la propriété immobilière¹⁴⁵. Le changement a été profond, cependant, même si ce point fait débat, la structure de la propriété civiliste demeure, et avec elle le monopole du propriétaire, ou encore la référence à la matérialité. D'ailleurs, cette tendance matérialiste de la propriété du code fait toujours l'objet de critiques aussi vives.

Exemple récent, S. Vanuxem, dans sa thèse sur laquelle nous reviendrons longuement (cf. infra §599 et s.), la corporalité des choses objet de propriété serait le fruit d'une vision dualiste du monde, directement liée à l'ontologie cartésienne, aboutissant à « un monde cassé »¹⁴⁶. Pour remédier à ce travers, S. Vanuxem propose d'abandonner la matérialité du sol, le propriétaire n'aurait plus accès directement au sol matériel, mais à « une place » dans

¹⁴³ C.-B.-M. Toullier, « Le droit civil français suivant l'ordre du Code », Nouvelle édition, augmentée en Belgique, t. III, Cinquième Édition, Paris, 1869, p. 237 § 376.

¹⁴⁴ Voir par exemple sur ce sujet H.-L. et J. Mazeaud, F. Chabas et F. Giantivi, « Leçons de droit civil », t. 2, 2e vol. « Biens: droit de propriété et ses démembrements », 8e éd. 1994, §1303 p. 14 et 15 : « la propriété n'est plus un droit exclusif et absolu. ».

¹⁴⁵ I. Forestier, « La fragilisation de la propriété privée immobilière », Thèse Université du Sud Toulon-Var, 2009.

¹⁴⁶ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §37 p. 58.

la chose sol¹⁴⁷. Immédiatement surgit le biais de la proposition, puisque la dématérialisation du sol se traduit par l'arrivée d'un concept intermédiaire, proche de l'*estate* ou de la tenure de la *common law*. La matérialité du sol demeure puisque « la place », fonds de terre dématérialisé, s'intègre dans une chose des plus corporelles. À ce premier problème, l'impossible mise à l'écart du sol matière, confirmant ce qui a déjà été mis en lumière, s'en ajoute un second au moins aussi prégnant. En ayant recours au concept de place, S. Vanuxem met institutionnellement un terme, et cette fois de l'intérieur, au monopole du propriétaire avec sa chose. Le tête-à-tête est bel et bien rompu, et même ne peut avoir lieu d'aucune manière, puisque la chose est définie sans référence à sa matérialité, mais seulement subjectivement.

Ce changement pose la question de la détention des prérogatives, ou utilités de la chose. Le sol civiliste est synonyme d'un schéma binaire, le propriétaire dispose d'un monopole sur la chose, ayant pour limite la loi. Si, maintenant le monopole n'est plus, et le propriétaire devient simplement titulaire d'une place dans la chose, sauf à considérer que place et chose se confondent revenant au schéma civiliste, il est impératif d'expliquer la différence. Le passage du concept de fonds de terre à celui de place engendre un repositionnement du propriétaire vis-à-vis de la chose, qu'il convient d'expliquer. En d'autres termes, le choix de redimensionner la chose du propriétaire ou l'assiette des droits de ce dernier, doit être expliqué dans ses modalités : comment le concept de place neutralise-t-il une partie des prérogatives du propriétaire ? Quelle est l'influence de cet amoindrissement sur l'autre pôle, la loi ou le droit ? Existe-t-il d'autres intervenants ?, etc. Le choix doit également être expliqué sur le principe : pourquoi le propriétaire doit-il être privé d'une partie de ses droits ? Pour quels objectifs ? Au profit de qui ? Il serait vain de nier qu'il s'agit là de choix, puisque nous avons vu à l'instant que leur principe dépasse le modèle de propriété. Par ailleurs, c'est bien l'orientation matérialiste du code, donc le choix placé à sa base, qui fonde la critique justifiant l'alternative d'un sol idéal, censée réparer le monde cassé. Il serait cependant malvenu de ne pas tenir compte de la critique adressée au sol civiliste. De notre côté pour respecter ce parallélisme et répondre aux questions posées à la proposition de S. Vanuxem, il faut rappeler que le choix matérialiste a pour objectif de prendre en compte la nécessité de la dimension matérielle du sol, mais aussi d'attribuer toutes les utilités de la chose au propriétaire dans la seule limite de la loi. Le schéma peut paraître rudimentaire, mais a le mérite de la clarté, et de ce fait s'avère efficace. Le sujet, au cœur de l'enjeu de la relation homme, chose puisque c'est de son développement dont il s'agit, entretient une grande proximité avec la chose, chose qui est le moyen d'atteindre l'objectif. Ce même sujet

¹⁴⁷ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §240 p. 471.

est à la fois pleinement libre et responsable de disposer de sa chose, dans le respect de la loi. Cet équilibre liberté, responsabilité repose sur la matière. La matérialité érige en effet une barrière protectrice de la liberté du propriétaire, mais elle représente aussi la marque de sa responsabilité. Cette responsabilité consiste à atteindre son objectif, assurer son propre développement en ayant recours à sa chose.

Des modèles de propriété alternatifs au sol civiliste existent, représentant des hypothèses solides, fondées sur des choix aux implications profondes : sociétales, culturelles, historiques, etc. Simplement, le sol civiliste et avec lui la propriété du code représente aussi un modèle des plus résilients, aux nombreuses qualités expliquant sans doute sa longévité. Deux de ses qualités ont été mises en lumière ci-dessus. La première : la proximité avec la chose, faisant du propriétaire le maître de sa chose et de son propre développement, la seconde : la facilité d'une prise en compte de la matérialité du sol, contrainte indépassable pour tout modèle de propriété foncière.

§2 La matérialité civiliste un espace qui ne peut s'affranchir de l'espace

(70.) Le sujet qui va être abordé ci-après est d'une importance déterminante pour le reste de notre propos, et en particulier son épilogue, à savoir la reconnaissance d'une propriété volumique exposée en troisième partie. Le développement à suivre n'est qu'un avant-propos, mais l'élément principal, la qualification d'élément tangible de l'espace situé au-dessus de l'écorce terrestre, demeurera, et sera même un point fondamental.

En rendant indissociable l'espace entourant la planète Terre, cet espace sera considéré comme tangible. Dans les développements qui ont précédé, l'analyse a consisté à s'interroger sur les notions corporalité versus incorporalité eu égard à celles de concept et de chose conceptualisée, avec en toile de fond la distinction matière versus esprit. Le choix corporalité, incorporalité a été très discuté, mais la perceptive finale reposait toujours sur un sol fait de matière, ayant comme pendant un concept relevant du monde des idées. Et, l'hypothèse d'un sol incorporel reposait au moins implicitement sur la référence d'un sol conceptuel. L'inverse n'était pas vrai, puisque le sol civiliste classique se voulait matière. Toutefois, à aucun moment, le sol pris en dehors du droit n'a été perçu comme immatériel. Or, parallèlement à cette réflexion, les juristes ont eu à relever un autre défi tout aussi passionnant et pour le moins, délicat. En passant d'un développement traditionnel horizontal, suivant l'écorce terrestre, à un développement dans le sens de la hauteur, l'évidence de la matérialité du sol s'est estompée. Elle s'est même désintégrée, dès lors que les repères chers à Gaius comme le toucher, la vue (cf. supra §50) ne pouvaient plus être mis en œuvre pour la

partie située au-dessus de l'espace terrestre, soit le dessus du sol selon l'article 552. Comme cela avait été le cas lors de l'avènement de la mine au début du 19^{ième} et le dessous, ce bouleversement dans le sens de l'organisation foncière a fortement impacté la théorie de la propriété immobilière. La remise en cause la plus forte résulte des travaux produits par le doyen Savatier, généralement synthétisé sous le vocable de « volume immobilier », « cubes d'air » ou encore de « propriété de l'espace ». Cette thèse sera très largement présentée (cf. infra §697 et s.). Pour l'heure, elle est simplement mentionnée pour introduire l'essentiel, l'intégration au monde tangible du dessus du sol. Cette proposition, structurante des développements à venir, il faut le signaler avec force, comporte une certaine fragilité. La notion d'espace, comme celle du temps par exemple, à laquelle elle est intimement liée, comprend encore aujourd'hui une part d'inconnu non négligeable. La science a fait des progrès considérables, en particulier sous l'impulsion des travaux d'A. Einstein, mais des questions d'importance restent pendantes. Comme le dit C. Sagan en introduction du livre de S. Hawking : « Nous menons notre vie quotidienne sans presque rien comprendre au monde qui est le nôtre. ».

Pour comprendre, la difficulté à cerner la notion d'espace, qui n'est autre que notre espace de vie, l'exposé débutera par une présentation, forcément synthétique et donc simplificatrice, des interrogations que porte cette notion et les positions, en particulier philosophiques, exprimées à son propos (A). À la suite de ce préalable, dépassant la science juridique, sera dégagée une hypothèse considérant l'espace terrestre, comme un élément du monde tangible, dans la perspective matérialiste du Code civil, et bien sûr conditionné par les limites extérieures à la science juridique de l'espace (B).

A. Le droit un espace parmi d'autres espaces

(71.) En cherchant à répondre à une question *a priori* simple : A quoi correspond la matérialité du fonds de terre, on passe presque sans s'en rendre compte à la planète Terre, puis à l'espace terrestre, et enfin à l'univers. Cet enchaînement, loin d'apporter des réponses, génère des questions toujours plus ardues et plus nombreuses. Le seul enseignement est celui d'une multiplicité ou diversité incontournable de l'espace, ou devrait-on dire des espaces. Un constat semblable s'impose lorsque l'on cherche à comprendre comment le langage appréhende l'espace. La pluralité est omniprésente (1). Le droit, espace également, n'échappe pas à cette règle, et même révèle une difficulté supplémentaire en mêlant monde matériel et idéal (2).

1. *L'impossible singularité de l'espace*

(72.) Singulier signifie ici « la catégorie grammaticale traduisant la singularité dans les noms comptables (terme table opposé à tables) » dont le contraire est le terme pluriel. Il renvoie aussi à la catégorie en tant que concept signifiant l'unité de la substance ; il s'oppose en cela à universel (l'univers dans son ensemble), général (comprenant la totalité des individus) et donc abstrait puisque dépassant la singularité des individus pris isolément¹⁴⁸. Ces deux sens, singularité comptable et conceptuelle, bien que distincts se chevauchent. Pour revenir brièvement à la querelle des universaux, nous avons vu qu'une « obligation » nominaliste pesait sur le droit faisant que le concept de fonds de terre se devait de renvoyer à des fonds de terre, soit des singularités, signifiant que la singularité est plurielle. À l'inverse, les réalistes pour lesquels les choses singulières doivent être dépassées par l'essence de leur être pour être réellement, adoptent le singulier contre le pluriel pour atteindre la réalité, la blancheur versus les choses blanches prises individuellement. Ce bref clin d'œil à propos du terme singulier, mettant en relief le quiproquo du titre de ce paragraphe, illustre assez bien la difficulté à saisir la notion d'espace, que nous allons tout de même tenter d'approcher.

Les mots semblent glisser sur la notion d'espace. À peine, la prise du concept par le terme apparaît comme des plus sûres qu'il se dérobe jusqu'à disparaître, transformant en question le moyen qui devait servir à répondre à l'interrogation posée initialement. L'espace a la particularité de pouvoir être tantôt tout, tantôt rien, et parfois, les deux à la fois. F. Laupies dit d'ailleurs de lui que : « l'espace est un rien par lequel tout arrive ». La formule est idéale, sans doute trop, laissant sans réponse le passage concret, du rien au tout. Le terme espace est, au surplus, polysémique démultipliant les points, au sens propre, d'interrogation. La linguistique confirme la difficulté étymologique de l'espace, comme le montre R. Huyghe dans sa thèse. Le terme espace, comme d'autres termes : « être, chose, entité, etc. fournissent une description très pauvre, sinon inexistante, des éléments qu'ils désignent, et les prédications de la forme X est un être / une chose / une entité sont sous-déterminées. »¹⁴⁹. Par ailleurs, les noms génériques d'espace (lieu, endroit et place) sont également, selon cet auteur, sous-déterminés et : « ... ont des champs d'application référentielle très vastes, constitués d'éléments si hétérogènes qu'il paraît difficile de les regrouper au sein de classes distinctives. Ces propriétés singulières placent lieu, endroit, place et consorts au sommet de la hiérarchie des noms, parmi les plus « génériques » du français. »¹⁵⁰. Néanmoins, ces termes semblent aussi se caractériser par la signification d'une relation à un espace¹⁵¹, leur

¹⁴⁸ TLFi entrée « singulier ».

¹⁴⁹ R. Huyghe, « Les noms génériques d'espace en français », Thèse, Lille 3, 2006, p. 65.

¹⁵⁰ R. Huyghe, « Les noms génériques d'espace en français », Thèse, Lille 3, 2006, p. 66-67.

¹⁵¹ R. Huyghe, « Les noms génériques d'espace en français », Thèse, Lille 3, 2006, p. 69.

donnant toujours selon R. Huyghe : « un socle sémantique commun ». Leur manque de précision, comme leur ressemblance de sens n'a pas pour effet de transformer ces noms en des synonymes absolus¹⁵².

Par ailleurs, le terme espace possède parmi ces termes une place particulière. Représentant de la catégorie des noms génériques d'espace, il n'a pas seulement un rôle localisateur et relationnel ; il peut aussi avoir une signification matérielle¹⁵³. L'espace « Bien qu'infini, « l'espace » n'est pas une entité virtuelle. »¹⁵⁴ dit encore R. Huyghe. La linguistique par un jeu de miroirs, paraît refléter l'ambivalence du mot espace, tout en l'alimentant par un manque de précision terminologique. Il faut dire que la conceptualisation de la notion fait également montre d'une grande instabilité. Il existe même une histoire du concept de l'espace¹⁵⁵, que son auteur justifie par l'appétit et le goût de la diversité des philosophes en la matière. Traditionnellement, cette diversité d'approche de l'espace se réduit à deux grandes tendances, que l'on retrouve en linguistique comme le relève R. Huyghe en conclusion de sa thèse : « Dans le débat ancien qui oppose les conceptions absolue et relative de l'espace, respectivement comme étendue vide, infinie et indépendante de la matière, et comme tissu de relations établies entre les objets du monde, les Nge (non-générique) favorisent la seconde conception. [...] Il serait pourtant abusif de soutenir que l'espace, dans la langue, se réduit à un ensemble de relations cible / site, puisqu'on dispose également de noms, comme vide et espace lui-même, capable de décrire l'étendue vide en soi et pour soi, comme un corps physique autonome. [...] D'après la langue, l'espace, c'est à la fois le vide, soit une substance physique non saturée matériellement, et un système relationnel, bâti autour de la prédication locative et appliqué aux objets du monde. [...] Il ressort donc de notre étude que l'espace, tel qu'il est décrit par les noms qui s'y rapportent, est de structure complexe. Il peut être envisagé comme une étendue vide ou comme un réseau de localisation multiforme. »¹⁵⁶.

¹⁵² R. Huyghe, « Les noms génériques d'espace en français », Thèse, Lille 3, 2006, p. 202 : « On notera tout d'abord que malgré leurs similitudes sémantiques, leur haut degré de généralité et leur pauvreté descriptive, lieu, endroit et place ne sont pas des synonymes absolus. ».

¹⁵³ R. Huyghe, « Les noms génériques d'espace en français », Thèse, Lille 3, 2006, p. 403 : « S'appliquant à des segments du monde (qu'il s'agisse d'objets, de territoires, de portions d'espace vide, de parties d'êtres ou d'objets, etc.), les noms d'espace ne les décrivent pas en soi et pour soi, mais en tant que localisateurs actuels ou virtuels, i.e. en tant que termes d'une relation. La catégorisation par un Nge (nom générique) indique ainsi un point de vue, conditionné lexicalement, sur le référent. Nous avons montré notamment que les noms d'espace n'avaient pas de signification matérielle et qu'ils ne se réduisaient pas à des noms de portions d'espace — à l'exception peut-être d'espace lui-même, dans ses emplois dénombrables. ».

¹⁵⁴ R. Huyghe, « Les noms génériques d'espace en français », Thèse, Lille 3, 2006, p. 59 : « L'espace, ici, est-il générique ? Notre première idée est que non, car un SN générique décrit une entité non actualisée. Or l'espace est généralement défini comme une entité primitive, qui préexiste à toute incarnation matérielle et à toute expérience sensible. Autrement dit, il ne peut pas ne pas être, et son existence dans le monde est vérifiée *a priori*. Bien qu'infini, « l'espace » n'est pas une entité virtuelle. L'article défini, ici, n'indique donc pas la construction d'une entité générique, virtuelle, mais se justifie plutôt par l'unicité d'un référent actuel. L'espace renvoie en effet à un individu spécifique, plutôt que générique, et il s'apparente en cela à des SN définis singuliers tels que le ciel, le monde, le soleil, la lune, l'univers. Il y a pourtant une différence cruciale, qui est que contrairement à ciel, univers et lune, espace connaît régulièrement des emplois massifs :... ».

¹⁵⁵ M. Jammer, « *Concepts of Space* », Harvard University Press, 1954.

¹⁵⁶ R. Huyghe, « Les noms génériques d'espace en français », Thèse, Lille 3, 2006, p. 405

Ainsi, les mots eux-mêmes, censés être les outils permettant de maîtriser la complexité de l'espace, révèlent surtout cette complexité. Cette conclusion, qui semble être un point final absolu, représentant la clef essentielle de l'espace, est au contraire, le seul moyen susceptible de pénétrer la notion, quelle que soit l'approche choisie, y compris philosophique.

(73.) « Une pluralité de pluralités », c'est ainsi que le philosophe J.-L. Salanskis introduisait son propos sur l'espace¹⁵⁷. L'espace ne serait pas seulement pluriel, mais une entrée vers la pluralité, remettant en cause le principe d'une singularité possible. Au-delà des mots, penser l'espace serait aussi source de complexité. L'espace serait-il retors à la connaissance ? Sans doute à « la tendance « moniste » qui habite l'acte de connaître »¹⁵⁸, puisque penser l'espace suppose la pluralité. B. Bachelet dans sa brève épopée sur la nature de l'espace ne dit pas autre chose. Il reprend le sujet, à l'endroit où R. Huyghe conclut, un espace irréductiblement dual, ne pouvant choisir entre l'espace qualité d'une chose matérielle et l'espace, réalité transcendant le monde matériel, le reliant¹⁵⁹. L'auteur se lance dans une étude de l'espace qu'il ambitionne dès l'introduction comme « nécessairement plurielle »¹⁶⁰.

L'espace de B. Bachelet se décline en espace vécu, théorique des sciences, esthétique et finalement l'espace des philosophes. Cette pluralité, qui est seulement une pluralité, déroule les principales séquences de la pensée humaine de l'espace. Sans prétendre à l'exhaustivité, l'auteur expose sous forme chronologique l'appréhension de l'espace faisant état d'Aristote, un infini de matière¹⁶¹, l'espace absolu de Newton¹⁶², l'espace intuitif de Kant¹⁶³, l'espace relatif ou encore plus récemment l'espace quantique. Dans cette épopée, les travaux d'Einstein apparaissent comme marquant un véritable tournant. Avec la relativité restreinte puis la relativité générale, l'espace absolu de Newton est invalidé : « ... les potentiels de gravitation donnant à l'espace ses propriétés métriques, il est absurde d'imaginer un espace sans potentiels de gravitation, puisqu'alors il serait sans propriétés métriques... C'est pourquoi puisqu'il n'y a pas d'espace sans gravitation, il n'y a pas d'espace vide de tout gravitant et donc vide tout court. L'espace absolu, sans objet qui le conditionne à être un espace, bref l'espace de Newton, est impossible. »¹⁶⁴. Toujours selon B. Bachelet, cette avancée scientifique majeure rend également caduc l'espace kantien : « ... nulle part l'espace

¹⁵⁷ Conférences ISC Paris sur l'Espace : Pensées de l'Espace Jean-Michel Salanskis, <http://www.youtube.com/watch?v=Ubw8pqPXgeE>, dernier accès 08/12/2014.

¹⁵⁸ J.-M. Besnier, « Les Théories de la Connaissance », PUF, coll. Que sais-je ? 2e Édition 2011, p. 103.

¹⁵⁹ B. Bachelet, « L'Espace », Paris, PUF, Que sais-je n 3293, 1998, p.3 : « La nature de l'espace est énigmatique parce qu'il s'embble d'une part être pour les choses étendues l'extension même qu'il fait qu'elles sont (être =avoir une extension), mais parce qu'il semble aussi être un lieu vide dans lequel on peut mettre les choses étendues. ».

¹⁶⁰ B. Bachelet, « L'Espace », Paris, PUF, Que sais-je n 3293, 1998, p. 4.

¹⁶¹ B. Bachelet, « L'Espace », Paris, PUF, Que sais-je n 3293, 1998, p. 45.

¹⁶² B. Bachelet, « L'Espace », Paris, PUF, Que sais-je n 3293, 1998, p. 46.

¹⁶³ B. Bachelet, « L'Espace », Paris, PUF, Que sais-je n 3293, 1998, p. 109.

¹⁶⁴ B. Bachelet, « L'Espace », Paris, PUF, Que sais-je n 3293, 1998, p. 57.

ne peut être indépendant d'une quantité de matière ou d'énergie qui lui donne ses propriétés métriques, sa courbure. Comment admettre que l'espace soit une condition subjective, certes universelle, mais relevant de notre seule sensibilité s'il se courbe en présence de matière, ... »¹⁶⁵. Cet espace relatif fait de matière et d'énergie, qui « n'est pas la forme de toute expérience extérieure que puisse avoir un sujet connaissant universel. »¹⁶⁶, se laisse « penser dans une géométrie »¹⁶⁷ en quatre dimensions de type euclidien. La perspective a pu laisser penser un temps à un espace global, et donc unitaire. Cependant, d'autres travaux scientifiques plus récents sont venus s'associer à l'espace relatif, écartant à nouveau l'idée d'un espace singulier. Pour poursuivre avec B. Bachelet : « La géométrie d'Einstein ne doit (donc) pas nécessairement être interprétée comme figure d'éternité... Elle peut au contraire être interprétée comme devenir. Si l'espace a un caractère fractal, comme la structure quantique le suggère, toutes les valeurs du continu doivent être parcourues... L'infini de l'espace est présent en chacune de ses parties comme une profondeur infinitésimale parcourue. Plus on pousse l'abstraction de l'espace et du temps en les vidant de leur signification sensible immédiate et plus on s'approche en vérité de l'héraclitisme du point qui devient. »¹⁶⁸.

Comme Einstein avait remis en cause l'espace absolu de Newton en considérant que le postulat de son existence pouvait être écarté, la physique quantique déstabilise l'espace énergie s'opposant à la matière, justement en interrogeant la matière. L'interrogation prend la forme de questions simples du type « Qu'est-ce que la matière ? En quoi se différencie-t-elle du vide ? »¹⁶⁹ Questions simples, auxquelles il s'avère pourtant bien difficile de répondre simplement. Selon, la loi de la relativité, la matière n'est pas l'élément premier de l'univers, ce rôle reviendrait plutôt à l'espace ou à ses courbures, dont la matière ne serait qu'une manifestation¹⁷⁰. Ainsi, l'élément de référence, la matière, l'étant par nature, a bien du mal à se distinguer de son opposé, l'espace, et en serait simplement une propriété. Cependant, la mécanique quantique engendre un niveau de perturbation supplémentaire puisqu'à très petite échelle, sur la base du principe d'incertitude, il ne paraît plus possible de penser la matière comparativement au vide (cf. infra, supra), comme le relève la limite du principe d'exclusivité de Pauli (cf. supra §54).

Ainsi, même en se limitant à la physique, l'espace de l'infiniment grand d'Einstein diffère de l'espace quantique. Décidément, la proposition de pluralité de l'espace de J.-L. Salanskis

¹⁶⁵ B. Bachelet, « L'Espace », Paris, PUF, Que sais-je n 3293, 1998, p. 118.

¹⁶⁶ B. Bachelet, L'Espace, Paris, PUF, Que sais-je n 3293, 1998, p. 124.

¹⁶⁷ B. Bachelet, L'Espace, Paris, PUF, Que sais-je n 3293, 1998, p. 58.

¹⁶⁸ B. Bachelet, L'Espace, Paris, PUF, Que sais-je n 3293, 1998, p. 125.

¹⁶⁹ B. Jarrosson, « L'histoire du vide est-elle vide ? » 7/05/2014, Science & Techno, www.iphilo.fr.

¹⁷⁰ B. Bachelet, « L'Espace », Paris, PUF, Que sais-je n 3293, 1998, p. 118 « « La courbure est donc plus ontologique que la matière, qui n'en est qu'une manifestation. » ».

semble se vérifier, voire s'intensifier plus on pénètre avant dans un espace pris isolément. Ce ne sont plus simplement, les mots, outils de connaissance, qui se dérobent, mais l'acte de connaître lui-même paraît perdre prise à l'épreuve d'interrogations relevant pourtant, intuitivement, d'une évidence enfantine, comme : qu'est-ce que la matière ? L'observation ne doit pas éluder les formidables avancées de la science, et en particulier des astrophysiciens au cours du 20^{ième} siècle. Néanmoins, sur ce sujet, la raison conduit à suivre les pas de Voltaire¹⁷¹, en donnant la faveur au doute et en délaissant le confort de la certitude. J. Hawking rappelle d'ailleurs la confrontation entre un savant et une vieille dame, expliquant l'univers à l'aide d'une métaphore de tortues empilées les unes sur les autres, et l'embarras d'un savant scientifique devant cette figure naïve. De même, il faut le rappeler, l'espace relatif est par définition le fruit d'une théorie incomplète, une théorie qui reste muette quant à l'origine du monde¹⁷². La période antérieure au big-bang n'est pas seulement absente de la théorie de la relativité, mais ne peut pas être pensée par cette dernière. Elle est comme placée en dehors de l'espace relatif.

À partir de ces interrogations, quel comportement doit adopter la science juridique dont l'univers se limite modestement à une seule planète, la Terre ? Participer à la pluralité en créant son propre espace ?

2. L'espace du droit : un espace s'ouvrant sur plusieurs espaces tantôt idéels tantôt tangibles

(74.) Le droit est un espace.

L'espace des juristes, dans lequel ces derniers développent des raisonnements, des théories, un langage, donnant à cet espace une certaine autonomie, mais aussi une âpreté certaine. Sous cet angle, l'espace juridique peut laisser à penser que les juristes seraient comme à l'écart des autres espaces, de la pluralité, de la relativité, de l'infini. Seulement, l'espace du droit, c'est au moins autant l'espace de la loi que celui des juristes. Or, la loi dépasse, et de loin, l'espace des juristes.

La loi est elle-même un espace, et en premier lieu, l'espace législatif qui concourt à l'acte de création de la loi. L'espace de la loi comprend lui-même de nombreux espaces, l'espace politique, l'espace des juges, des justiciables, des mouvements populaires, des lobbies, etc. Pour poursuivre, d'autres espaces connexes à celui du droit - pouvoir législatif, peuvent être dévoilés. L'espace de la loi est constitué de règles puisque la loi est une règle : « le droit

¹⁷¹ Voltaire : « Le doute n'est pas une condition agréable, mais la certitude est absurde. ».

¹⁷² S. Hawking, L. Mlodinow, « A Briefer History of Time », Bantam Press, 2005, p. 84 : « La relativité générale est une théorie incomplète car elle ne peut pas nous dire comment l'univers a commencé ».

engendre la règle par un mouvement aussi naturel qu'irrésistible »¹⁷³, même si toutes les règles ne sont pas des lois.

Seulement, la règle elle-même est un espace, présentant contre toutes attentes des accents matériels. P. Amseleck revenant sur l'étymologie du mot règle pour exprimer le passage d'un monde concret à un monde abstrait, dit : « le terme latin *regula* a découlé du verbe *regere*, lui-même issu de *rex/regis*, le roi, dont il exprimait les fonctions. La fonction primitive essentielle du roi romain, qui s'apparentait plus à un grand prêtre qu'à un souverain, était de tracer en lignes droites la délimitation d'espaces sacrés pour l'emplacement et la construction des villes et des temples (*regere* fines : ce qu'illustre selon la légende, le premier acte de Romulus, creusant derrière une charrue attelée le sillon magique fixant les frontières de la future Rome) »¹⁷⁴. Étymologiquement, règle signifierait donc créer un espace, se rapportant au monde physique. Nous verrons effectivement comment les *agrimensores* romains aménageaient la cité en reproduisant au sol des projections, à mi-chemin entre mysticisme et géométrie, sur la base de références prises sur la position des astres (cf. infra 112 et s.).

Avant d'aborder la délimitation du sol, poursuivons sur la notion d'espace et de l'espace de la règle. À Rome, cet espace trouvait un développement concret, mais l'espace de la règle va au-delà, puisque le roi ou prêtre, définissait le sol sur la base d'un pouvoir, d'une prérogative, d'un droit, le droit d'organiser le sol, et par là, la vie de la cité. Ainsi, le droit (prérogative) est un espace, un espace de liberté, de pouvoir. D'ailleurs, P. Amseleck développe aussi le terme latin *jus*, c'est-à-dire droit : « le sens originaire du mot *jus* exprimait lui-même l'idée de délimitation d'une aire d'action - ou marge de manœuvre - à l'intention d'individus ou de groupes d'individus ». Dans son acception moderne, le terme règle ou norme, demeure synonyme d'espace. La notion s'est simplement détachée du réel. P. Amseleck définit ainsi la règle ou la norme, comme la mesure « d'un avoir lieu de choses »¹⁷⁵. Or, lieu, comme endroit ou place, est un nom générique d'espace (cf. supra l'espace des linguistes). Ces espaces de droit, que sont les règles, les droits (prérogatives), tantôt abstraits tantôt matériels, se superposant et s'imbriquant, représentent une clef de compréhension pour la propriété. Le droit de propriété correspond en effet à un espace « un avoir lieu de choses ». L'étalonnage de cet espace ou lieu indique à l'utilisateur que cet espace est le plus large possible en vertu de l'article 544. Il s'agira alors d'un avoir lieu de choses d'une chose, mais d'une chose individualisée, c'est-à-dire de cette chose-là, à

¹⁷³ P. Jestaz, « Le droit », Connaissance du droit, 6e édition, 2010, p. 21.

¹⁷⁴ P. Amseleck, « Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général », Armand Colin, Paris, 2012, p. 58.

l'exclusion de toutes les autres, en raison de la dimension nominaliste de la propriété. Par ailleurs, s'agissant de la propriété foncière, cet avoir lieu de choses aura pour particularité de se rapporter à une chose, un terrain. La chose sera à son tour un espace. Un espace physique d'abord, puisque cette chose sera un terrain, un espace conceptuel ensuite, car cette chose sera un fonds de terre, une chose juridique signifiant le sol, mais aussi l'interprétant (cf. supra §57 et s.).

À l'image de l'univers, le droit possède d'évidence une spatialité plurale et complexe observable par les changements d'échelles et d'approches du droit.

(75.) La pluralité des espaces du seul droit atteste d'une impossible singularité, mais aussi d'un système de va-et-vient entre matière et idéalité.

La dualité est apparue lors de l'examen étymologique du mot règle, qui selon P. Ameseleck renvoie initialement à l'aménagement foncier de la cité romaine. « L'aire d'action » du droit (jus), l'avoir lieu de choses de la règle, le bien sol démontrent à leur façon la coexistence entre ces deux espaces. Le lien est également présent dans ce que nous avons dénommé, sur la base des propos de P. Ameseleck, l'avoir lieu de choses de cette chose-là, ou de cette portion de sol là, pour traduire le droit de propriété d'un fonds de terre. Dans cette hypothèse, la connexion est presque sensible, l'avoir lieu de choses, du monde idéal, prend corps dans « cette chose » qui est matière. La chose elle-même contient ces deux espaces, puisque comme nous l'avons vu le concept juridique de sol ne peut pas être matériel, et dans le même temps, ce concept doit renvoyer à une chose matérielle (cf. supra §53). Souligner cette dualité n'équivaut pas obligatoirement à un ralliement à la thèse dualiste notamment émise par Descartes. Sans qu'il soit ici question de se prononcer sur cette épineuse interrogation, la matérialité civiliste semble renvoyer presque systématiquement à des espaces tantôt matériels, tantôt idéels. Cette concomitance n'est pas sans rappeler le célèbre enthymème « je pense, donc je suis », c'est-à-dire l'individu réalisant qu'il est, et qu'il est face au monde matériel. En réduisant à l'extrême le monde du droit, on aboutit à un sujet qui pense le monde matériel, dont il est un élément. Remarquons toutefois que la dualité dont il est question pourrait aussi se satisfaire de la théorie du monisme neutre, c'est-à-dire que le monde matériel et idéal ne peuvent être réduits l'un à l'autre ou différents l'un de l'autre, mais renvoient à deux registres de phénomènes sans que la nature de la substance unique à laquelle ils renvoient doive être dévoilée (cf. infra). Tout en se maintenant à la lisière de cette problématique philosophique, le constat d'une dimension spatiale du droit pousse à

¹⁷⁵ P. Amseleck, « Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général », Armand Colin, Paris, 2012, p. 117 : « Dire que les règles ou normes servent à donner la mesure de la possibilité de l'avoir lieu de choses, cela veut dire, de manière plus précise, qu'on entend ou sous-entend leur faire jouer le rôle d'étalons là l'égard de leurs utilisateurs. ».

s'intéresser à l'articulation de l'espace juridique avec les autres espaces. L'une des relations premières est celle dont le droit des biens témoigne, la relation avec l'espace terrestre. Première fatalement, le droit n'est qu'un élément, un sujet, de cet espace ; l'univers a pour particularité, et pour cause, d'être le seul espace pouvant revendiquer l'universalité (cf. supra §73). Ensuite, l'espace terrestre est l'objet principal dont le droit a à connaître. L'espace terrestre correspond à l'entité avec laquelle l'homme entre en contact.

Ce rapport sujet, objet est un autre moyen de revenir à la matérialité versus idéalité, c'est aussi un angle d'observation de l'interaction entre ces deux pôles. L'espace terrestre, et même l'univers, est interprété par l'homme, même quand ce dernier cherche à en percer les mystères qu'il recèle en toute objectivité.

B. La relativité de la matière de l'espace du droit des biens

(76.) Que le droit soit un espace, preuve vient d'en être apportée. Néanmoins, s'il est important de mentionner l'espace du droit, dans lequel le droit des biens est lui-même un espace, il faut en complément s'intéresser à la façon dont l'espace du droit voit lui-même l'espace, et plus précisément l'espace terrestre, cela d'autant « ...que les modes de déterminations de la terre dans le droit suivent les révolutions des représentations globales de la terre »¹⁷⁶. L'hypothèse d'un lien entre l'évolution de la façon dont l'homme pense l'univers et le juriste le sol, émise par A. Zabalza, semble presque incontournable, puisque le droit n'est qu'un espace subséquent de l'univers. Cela conduit à contextualiser, la perspective du droit sur l'espace terrestre. La matérialité constituant l'espace civiliste s'en trouvera naturellement relativisée, notamment par la confrontation avec d'autres espaces. Le face-à-face n'a pas pour résultat de faire perdre au code la vision du monde qui est la sienne, éclairante par elle-même, mais de reconnaître l'existence d'autres espaces, tout comme leur influence. Pour replacer, dans l'espace, l'espace représenté par la matérialité du droit des biens, de très nombreuses options sont envisageables.

Deux seront retenues en raison de leur proximité avec la matière vue par le code. La première se rapporte à la question : comment la matière du code est-elle reconnue comme telle ? C'est-à-dire l'expérience sensorielle, et plus spécifiquement l'analyse philosophique de cet acte (1). La seconde confrontation se rapportera à l'impénétrable question de savoir de quoi est fondamentalement constituée ce que les juristes appellent matière. Sera fait appel pour cela à la science physique, dont la réponse, au-delà d'une certaine complexité, est

¹⁷⁶ A. Zabalza, « Du cosmos au nomos de la terre. De l'incidence des représentations cosmiques sur les représentations juridiques de la terre », Revue de la BPC, II 2006.

empreinte d'une grande réserve, et même frappée du sceau de l'incertitude (2). À nouveau, ces deux expériences ne concluront pas à l'abandon de la matérialité du code, tout en l'obligeant, d'abord à revenir sur l'idée de choses, en elles-mêmes en dehors du sujet, et ensuite sur la dichotomie entre une matière correspondant à ce qui existe, la réalité, et l'espace qui serait le néant.

1. L'espace corporel des juristes : un espace sensoriel fait d'une matière interprétée

(77.) Alors que les contemporains du code avaient une foi indestructible dans l'expérience sensorielle, la question de la fiabilité de nos sens se pose aujourd'hui avec la même force. L'antiquité avait montré que l'expérience sensorielle n'était pas neutre, puisque les architectes des temples doriques incurvaient les colonnes de ces temples pour compenser la déformation rétinienne courbant les droites. Ainsi, les architectes laissent à penser aux hommes que ces colonnes sont droites, puisque la courbe réalisée sur la matière de la colonne compense la déformation de l'œil de l'homme.

La philosophie va au-delà considérant que l'interprétation du sujet est inévitable rendant impossible une vérité en dehors du sujet (a). Toutefois, il ne paraît pas possible sur cette base de remettre en cause l'extériorité de la chose objet de l'expérience (b).

a. La relativité de l'expérience sensitive des choses extérieures

(78.) Pour la propriété civiliste l'espace terrestre n'est que matière, ce qui suppose une matière absolue, c'est-à-dire dont l'existence ne peut être remise en cause. Or, l'heure semble être clairement favorable à la relativité.

Pour les contemporains du code, se poser la question de la réalité de la matière aurait certainement semblé saugrenu. L'existence de la matière tombait sous le sens. Dans la lignée de la distinction matériel, immatériel de Gaius fondée sur le toucher, mais aussi selon la pensée de J. Locke, la matière ne pouvait être qu'absolue (cf. supra §48). Rajoutons au surplus que penser l'hypothèse d'une matière relative possédait, à cette époque, une dimension spirituelle très perturbante. La matière réfère en premier lieu à la Terre planète et matière. Cette terre est « une terre chrétienne réelle et morale, créée ex nihilo et donnée par Dieu aux hommes »¹⁷⁷. Ainsi, imaginer que la Terre puisse ne pas exister, c'est remettre en cause l'acte de création de Dieu par son résultat et par ricochet, le royaume de Dieu, puis en suivant l'existence même de Dieu. Cette remise en cause est, de plus, orchestrée par l'homme lui-même, simple mortel. Bien que transgressive, cette approche d'une matière

¹⁷⁷ A. Zabalza, « Du cosmos au nomos de la terre. De l'incidence des représentations cosmiques sur les représentations juridiques de la terre », Revue de la BPC, II 2006.

relative va pourtant s'imposer par le biais de la pensée scientifique. Cela a été indiqué, les travaux d'Einstein vont conduire à faire de la matière une manifestation de l'espace-temps, composée d'énergie. Dans le même temps, cette matière est bien mal à être appréhendée par les sciences, au point qu'elle peine à se distinguer de son antithèse l'espace. L'opposition traditionnelle entre l'espace vide et la matière perd de son acuité à l'échelle de l'infiniment petit, puisque même la règle de l'exclusivité spatiale de la matière ne serait pas absolue pour la physique quantique (cf. infra §83). La matière de Gaius que l'on peut voir et toucher se réduirait à ce stade à une simple intuition humaine, fort commode. La nature même des choses à laquelle se référait Portalis semble vaciller sous le feu des questions induites par la science moderne.

Ce n'est cependant pas le seul défi de l'approche matérialiste du code. En effet, la matière intuitive est dépendante de nos sens, conduisant à s'interroger sur la fiabilité de ces derniers. Or, dans ce domaine également, ce qui était évident en 1804 l'est beaucoup moins aujourd'hui, et depuis quelque temps déjà. B. Russell un court ouvrage resté célèbre¹⁷⁸, démontre la relativité de la vue, du toucher et de l'ouïe à partir d'un objet matériel anodin, en l'occurrence une table. Cette relativité repose sur la subjectivité des sensations. Chaque individu perçoit les choses du monde sensible différemment, et un individu unique a, même, des sensations variées au contact d'un objet unique¹⁷⁹. Par ailleurs, l'auteur met aussi en avant la différence entre l'observation d'une chose à l'œil nu et via un appareil de type microscope. De cette démonstration surgit une difficulté fondamentale remettant en cause le principe d'une nature des choses immuable, invariable, des choses par elles-mêmes. Selon Russel nos sens témoignent bien de différentes propriétés de la table, au travers d'un processus qu'il dénomme les « sense-data »¹⁸⁰ qu'il corrigera plus tard¹⁸¹. Toutefois, ces témoignages sensoriels ne peuvent prétendre, et cela quelle que soit leur étendue, résumer la table et ses propriétés, en raison de la subjectivité des sensations établie par Russel. Sur la base de ce constat, Russel pose une question essentielle à savoir la coexistence entre notre perception du monde sensible, et le monde sensible lui-même. À cette première interrogation s'ajoute une question subsidiaire tout aussi prégnante, si l'individu est le passage obligé vers

¹⁷⁸ B. Russell, « Problèmes de philosophie », Éditions Payot, 1989, Paris.

¹⁷⁹ À propos du toucher Russel dit : « Des difficultés semblables surgissent à propos du toucher. Certes la table nous procure toujours une sensation de dureté, et nous ressentons qu'elle résiste à la pression. Mais la sensation obtenue dépend de la force avec laquelle nous pressons sur la table comme de la partie du corps mise en jeu ; », B. Russell, Problèmes de philosophie, Éditions Payot, 1989, Paris, p. 33.

¹⁸⁰ B. Russell, « Problèmes de philosophie », Éditions Payot, 1989, Paris, p.33 : « La table réelle si elle existe, n'est pas immédiatement connue de nous, mais doit être le résultat d'une inférence à partir de ce qui est immédiatement connu. ».

¹⁸¹ B. Russell, « Problèmes de philosophie », Éditions Payot, 1989, Paris, p. 188 : Appendice « Dans Problèmes de philosophie, j'ai fait l'hypothèse de l'existence du sujet, et j'ai traité l'expérience directe comme une relation entre le sujet et l'objet. A présent je fais du sujet une construction logique. En conséquence, il faut abandonner la distinction et sensation et sens-data. ».

le monde sensible, ou des particuliers comme le disait Russel, ces particuliers existent-ils sans le sujet¹⁸² ?

Pour le dire avec les mots de P. Amseleck : « On touche ici à une donnée très générale de notre univers : l'absence de rigidité absolue, d'inflexibilité ou invariabilité absolue des choses quelles qu'elles soient » [...] « ...les choses avec lesquelles nous entrons en contact ne se donnent pas à nous comme des réalités absolues, indépendantes, ce qu'on pourrait qualifier dans ce sens particulier de « choses en soi » ; ce sont toujours des choses d'un monde, dans lequel elles s'insèrent, dont elles font partie...cette constitution...invite à une approche relativiste... »¹⁸³. La relativité de l'espace d'Einstein semble avoir gagné l'ensemble du champ de la connaissance, incluant, cela va s'en dire, la science juridique. La proposition d'un monde matériel, objectif par nature, est à ce stade presque totalement remise en cause. S'il n'est pas possible d'avoir une relation absolue avec les choses, cela conduit à s'interroger comme le fait Russell sur l'existence même des choses réelles, ou des choses en soi.

En abandonnant la matière absolue au profit d'une matière relative, s'enclenche un processus permettant la remise en cause totale de la matière au profit du seul sujet, puisque les choses réelles le seraient seulement par l'entremise du sujet, c'est-à-dire de son esprit. Suivant cette hypothèse, le monde matériel du code s'effondre, la matière qu'il suppose n'existant pas, mais serait simplement une production du sujet, ou de son esprit. Cette proposition, radicale, est-elle soutenable pour le juriste ?

b. Le maintien d'une distinction entre le sujet et les choses extérieures

(79.) Outre que la négation du monde matériel, aboutirait à l'abandon de la perspective civiliste du droit des biens, une telle approche remettrait, de surcroît, en cause le fondement même du droit des biens. En raison des besoins matériels de l'homme, la science juridique ne peut se limiter au monde idéal à l'exclusion de la matière. Contrairement à la philosophie, le droit possède une dimension pratique, concrète, indépassable, qui lui impose une démarche nominaliste. Son sujet est cette chose-là, se trouvant à tel endroit, à tel moment et disposant de telles caractéristiques ; cette chose-là ne peut être confondue avec aucune autre chose et plus encore avec la simple idée de cette chose.

¹⁸² B. Russell, « Problèmes de philosophie, Éditions Payot, 1989, Paris, p. 34 : « Il est évident que toute connaissance de la table passe par les sense-data...que nous associons à la table ; mais, pour les raisons déjà invoquées, nous ne pouvons dire que la table est l'ensemble des sense-data, ni même que les sense-data sont des propriétés appartenant directement à la table. Ainsi surgit la question entre les sense-data et la table réelle, à supposer qu'elle existe. ».

¹⁸³ P. Amselek, « Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général », Armand Colin, Paris, 2012, p. 83.

Le juriste ne peut certes s'affranchir de la limite de la philosophie et revendiquer une expérience absolue des choses réelles. Toutefois, le droit a une obligation de contact avec ces choses. C'est pourquoi les choses juridiques, les biens, doivent référer à des choses concrètes. Dans le cadre d'un litige ou d'un contrat, la chose juridique, un bien meuble table, devra signifier une table prise nominativement. Et, il en va de la table comme de la planche dont le bois a été tiré pour fabriquer cette table, ou du sol sur lequel pousse l'arbre dont provient la planche. La science juridique développe un besoin de rattachement au monde réel. C'est pourquoi elle est dépendante de la chose réelle, et, en premier lieu, doit reconnaître son existence. Ce point de vue ne contredit d'ailleurs pas obligatoirement la philosophie. Russell, en s'interrogeant sur la réalité de la table, ne nie pas son existence, dans le sens où il y a bien pour lui un sujet et un objet. L'auteur considère simplement que la perception de l'objet est relative au sujet, rendant inepte une connaissance absolue de l'objet, supposant l'extériorité du sujet¹⁸⁴ vis-à-vis de l'acte de connaître. De même, C. Tiercelin en se confrontant également à la réalité des choses matérielles, ne remet pas en cause l'existence des étants, mais la capacité de ces étants à disposer de qualités ou propriétés qui échapperaient à la médiation du sujet entrant en contact avec ces choses¹⁸⁵. Pour preuve, le simple fait qu'il y ait contact sous-entend que le sujet (esprit), étant lui-même, se trouve face à un autre étant (objet). Cependant si l'on retient cette approche, difficilement contestable, bien que ne pouvant être niées, les choses réelles voient leur existence conditionnée par la mise en contact avec le sujet, d'où le peu de sens à imaginer des choses en dehors du sujet. Ce dilemme se retrouve dans le quiproquo occasionné par une citation d'Einstein : « J'aime à penser que la lune est là même si je ne la regarde pas. », auquel il aurait été répondu que l'absence du sujet empêche la certitude absolue de la présence de la lune. Poussant plus avant la conditionnalité du sujet, un monde seulement idéal est possible. Le fait de penser la chose relevant du sujet, l'esprit peut revendiquer la primauté du système. Une telle position tendant à considérer que seules les choses de l'esprit existeraient, soit la théorie d'un monisme idéaliste (tout est esprit), serait incompatible avec le droit des biens qui se doit in fine de traiter la chose réelle, et de distinguer les choses tangibles et les choses idéelles. Notons que cette discussion réarme la querelle des universaux (cf. supra, infra). Le monisme idéaliste est synonyme de réalisme au sens universel, puisque les mots (choses de l'esprit) prennent le pas sur les choses tangibles, et se trouverait de ce fait en contradiction avec la

¹⁸⁴ B. Russell, « Problèmes de philosophie », Éditions Payot, 1989, Paris, p.37 : « En fait, presque tous les philosophes s'accordent sur la réalité de la table : sur le fait que quelle que soit la dépendance à notre égard des sense-data – couleur, forme polie des surfaces, etc., leur présence est le signe de quelque chose d'indépendant de nous, peut-être tout à fait différent de nos sense-data, mais qu'on doit considérer comme leur cause quand nous sommes dans une relation appropriée avec la table réelle. ».

perspective nominaliste du code. Sur la base du constat de l'absence des choses en soi, décrit à l'instant, la thèse réaliste faisant des mots le réceptacle de la réalité des choses prend l'ascendant, puisque nos « témoignages sensoriels » seraient trompeurs selon Russel (cf. supra §78). Russel était d'ailleurs favorable au réalisme,¹⁸⁶ même si sa pensée a en parallèle largement inspiré le courant nominaliste¹⁸⁷. Pour autant, il n'était pas partisan d'un monisme idéaliste (tout est esprit), mais se rattachait à un monisme neutre¹⁸⁸. En se plaçant dans le sillage de cette thèse, « ...le monde physique et le monde psychique ne sont deux substances ni différentes, ni réductibles l'un à l'autre, mais (qu'ils) constituent deux registres de phénomènes renvoyant à une même substance sur la nature de laquelle on n'a pas à se prononcer. Ce monisme neutre, d'inspiration positiviste, vise surtout à fonder ontologiquement la possibilité de l'unité du savoir sans recourir à des hypothèses métaphysiques arbitraires sur la matérialité ou l'idéalité foncière du réel. »¹⁸⁹. Avec le monisme neutre, la matérialité nécessaire au code subsiste ; une passerelle s'établit même entre l'idéalité du droit et la corporalité des biens du monde tangible, dont elle a à connaître. Au surplus, lorsque le droit entre en contact avec une chose réelle, ce contact est constitutif d'un rapport sujet, objet, appartenant tous deux au monde tangible, rapport qui se traduira par une mise en contexte de l'objet par le sujet. En présence du sujet droit (la science juridique), l'objet sera perçu comme un élément du monde du droit, une chose juridique. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que cette orientation puisse s'attacher à mettre en exergue la matérialité de la chose, c'est-à-dire son indépendance matérielle vis-à-vis du sujet. L'intérêt sera alors de distinguer les choses matérielles par différence aux choses spirituelles, et de répondre à l'obligation du droit de prendre en compte les besoins matériels de l'homme. Rappelons-le, l'indépendance matérielle de l'objet vis-à-vis du sujet n'est pas contestable. Sans doute n'est-il pas possible de dire que la lune est là en l'absence du sujet, voire que la perception de la lune par le sujet est faussée ? Toutefois, le contact sujet, objet suppose la présence de l'objet, où alors c'est l'hypothèse du contact dans son principe qui doit être

¹⁸⁵ C. Tiercelin, « Que savons-nous de la réalité des choses ? 17/12/2013 Claudine Tiercelin, dans *Philo Contemporaine*, <http://iphilo.fr/2013/12/17/que-savons-nous-de-la-realite-des-choses>, consulté le 14/12/2014 : « la métaphysique ne nous dit rien et ne peut rien nous dire de la réalité objective « en soi ». Si tant est même qu'une notion de ce genre ait un sens. ».

¹⁸⁶ Cl. Panaccio (dir.) : *Textes clés du nominalisme. Ontologie, langage, connaissance*, 2012, Vrin, p. 17 : « ...Bertrand Russell se porta, tout au long de sa carrière, à la défense de la position platonicienne sur les universaux. ». La position de Russel est tout à fait cohérente avec sa démonstration selon laquelle le monde des particuliers n'est pas totalement accessible à l'homme. Cette impossibilité ne laisse donc d'autre choix à l'auteur que la solution universelle comme moyen de connaissance du monde, reprenant la démarche de Platon. L'inclinaison de Russel apparaît clairement lorsqu'il évoque la position de Berkeley, qui selon Russel a eu le mérite de montrer « qu'on peut nier l'existence de la matière sans absurdité... ». B. Russell, *Problèmes de philosophie*, Éditions Payot, 1989, Paris, p. 35.

¹⁸⁷ Cl. Panaccio (dir.), « Textes clés du nominalisme. Ontologie, langage, connaissance », 2012, Vrin, p. 28 : « ...bien que Russell lui-même fut partisan du réalisme des universaux, elle (sa méthode) a beaucoup inspiré le courant nominaliste du XXe siècle. ».

¹⁸⁸ P.-A. Huglo, « Le réalisme et le monisme neutre chez Russell » http://philosophie.ac-amiens.fr/sites/philosophie.ac-amiens.fr/IMG/pdf/Huglo_Russell_2010.pdf, consulté le 10/12/2014.

¹⁸⁹ C. Demonque, E. Clément, L. Hansen-Love, P. Kahn, « La philosophie de A à Z », Hatier, Paris, 2011, p. 302, entrée « monisme ».

écartée. Si l'objet n'a pas d'existence matérielle, alors il n'y plus deux, mais un seul registre de phénomènes, le monde de l'esprit exclusivement. La question de la présence de la lune en l'absence du sujet, ou la véracité de ce qu'il perçoit de la lune, n'a guère d'intérêt, puisque le sujet est à l'origine de la production de la chose, voire de son autoproduction.

En conclusion, sauf à retenir l'hypothèse d'un monisme idéaliste (tout est esprit), la vision matérialiste du monde tangible du code peut être maintenue. La caution accordée à la nature des choses par les rédacteurs du code, fondée sur une absoluité des choses matérielles, n'est cependant plus de mise. Le monde physique, en dépit de sa matérialité, est interprété par l'homme, et le droit civil n'hésite d'ailleurs pas à optimiser cette faculté comme cela sera dévoilé lors de l'examen de la problématique des propriétés imparfaites (cf. infra § 624 et s.). La relativité du monde matériel transforme la relation aux choses, en introduisant de la subjectivité. Pour l'univers purement objectif, d'un sol immeuble par nature de l'article 517, cette transformation est synonyme de déstabilisation, ramenant ce qui hier était placé sous les auspices incontestables de la nature des choses dans la sphère du sujet, ou plus exactement des sujets. Cependant, la relativité est aussi source d'émancipation. La réalité de la matérialité ne pouvant, d'une façon absolue, reposer sur les sens, tel le toucher de Gaius, les contours du monde tangible, et notamment du sol, perdent de leur absolu.

2. L'espace terrestre des juristes et la difficulté à distinguer le vide de la matière

(80.) Totalement soumis à l'expérience du toucher, le sol civiliste ne peut plus s'arroger le monopole de la réalité, renvoyant tout ce qui ne serait pas matière au néant.

En dehors, de la relativité de nos sens, la matière, de par les différents états dans lesquels elle se trouve, ne peut se limiter à la matière solide (a). Par ailleurs, plus généralement la matière prise à l'échelle de l'univers ou de l'infiniment petit, est inséparable de l'espace qui l'entoure, rendant difficile la limitation du sol à la matière terre, en écho à l'écorce terrestre (b).

a. Les états de la matière en contradiction avec la vision réductrice du sol civiliste

(81.) La discussion du paragraphe précédent a porté sur la façon dont les choses matérielles étaient perçues, en soulignant la relativité liée à l'acte de connaissance des choses, des juristes et au-delà, en raison de l'interaction sujet, objet. L'acte de connaissance de la matière va maintenant être discuté, non plus seulement pour savoir la façon dont elle est ressentie par nos sens, mais pensée, analysée, en conservant comme exemple le sol des juristes, le fonds de terre.

Lorsque la matérialité du sol était perçue comme absolue par la sensation de toucher le sol, son existence était marquée par le fait de pouvoir toucher le sol. Le contact des doigts dans la

terre¹⁹⁰ révélait la matérialité de la terre. La réalisation de l'expérience du toucher de la terre est la condition de la réalité de la terre, et donc de son existence absolue, comparativement à ce qui n'existait pas, et ne pouvait être touché. Nous venons de voir que cette expérience donne lieu à une interprétation du sujet, sans que cela remette en cause le principe de l'expérience, et donc la présence d'un sujet et d'un objet. Cette limite importante n'est toutefois pas la seule, puisque le toucher, en dehors de la problématique du sujet, pose la question de l'objet touché, sa consistance. De quoi est faite fondamentalement cette matière que l'on touche, qui permet la distinction entre la matière et le vide, l'absence de matière. Or, sous cet angle à nouveau, l'expérience apparaît contestable, lorsque l'on prend en compte la science physique qui justement se penche sur la question de la matière. La ligne de démarcation entre la matière, réalité et le vide, néant est loin de présenter l'absolu que lui accorde le droit. Pour la science physique vide et matière n'apparaissent pas forcément comme des opposés. Il n'y a pas d'un côté ce qui existe, la matière et de l'autre ce qui n'existe pas, le vide ne pouvant être touché. Matière et vide formeraient plutôt un tout indissociable. À l'échelle de l'infiniment grand, la théorie d'Einstein enseigne que la matière serait de l'énergie, puisque selon la célèbre équation la masse d'un corps en mouvement est équivalente à de l'énergie. De plus, toujours selon Einstein, la matière, ou la masse d'un corps a pour effet de courber, de déformer l'espace ou l'espace-temps, prouvant qu'il n'est pas néant. Ainsi, matière et espace seraient indissociables, et la matière que l'on peut toucher se réduirait finalement à de l'énergie. Par ailleurs, cette matière peut exister sous différents états, par exemple l'état solide, liquide ou gazeux pour les principaux. En dépit de la variation de ces états, la matière se décompose pour chacun d'eux en particules. Selon l'état concerné, les particules auront un comportement différent. L'état solide se caractérise par des particules liées et accolées les unes aux autres, soit une densité forte, donnant une forme propre au solide. Cela ne sera pas le cas d'un liquide, qui n'a pas de forme propre, mais seulement un volume, et encore moins d'un gaz, qui n'a ni l'un ni l'autre. Pour autant, à chaque fois, la matière se caractérise par des particules, qui prises isolément restent semblables. D'ailleurs, une même matière se trouve dans des états qui peuvent varier telle l'eau, qui bien que généralement à l'état liquide, peut être solide (la glace), ou sous forme gazeuse (la vapeur). Dans les trois cas, la présence de matière est indéniable, pourtant le droit opérera une sélection. La matière solide et liquide sera reconnue sans difficulté. En revanche, pour la matière à l'état gazeux dotée de particules moins denses, sans forme ni volume, le traitement sera différent. Le gaz ne sera pas perçu comme de la matière quand il se trouvera dans l'atmosphère, ce qui sera le cas de principe. Toutefois, un gaz (par exemple

¹⁹⁰ Il faut signaler que le terme terre est générique, car le contact pourra être établi avec du sable, de la roche, de l'eau, etc.

susceptible d'être exploité) situé en tréfonds, à l'image de minerais (cf. infra §190 et s.), sera lui assimilé à de la matière, et la propriété de ce gaz suivra alors celle du sol. La différence ne tient pas aux qualités des particules, ou encore que ce gaz soit dans cette situation palpable, mais au fait que ce volume de gaz plutôt que d'être dispersé dans l'atmosphère le sera dans une cavité entourée de matière à l'état solide.

Nous n'aborderons pas ici, la difficile justification de cette différence de traitement, et en particulier les développements qu'elle appelle vis-à-vis de la matière solide. Ce point sera repris dans la partie touchant à la délimitation du sol (cf. infra §104 et s.). Mentionnons simplement que le gaz est analysé comme matière par le truchement d'un volume attribué à une chose (une parcelle de terre). Or, cette chose n'a ni forme ni volume par le jeu des particules de matière, mais par une action de géométrisation. Les particules de matière à l'état solide relèvent la planète Terre, qui a une forme et un volume par l'effet de l'agrégation de particules de matière, pas le fonds de terre des juristes. Nous le verrons, la forme et le volume de la parcelle sont conceptuels ; leur nature est idéale. Les limites de ce fonds englobant la poche de gaz ne s'assimilent pas aux rebords d'une table, mais sont l'œuvre des juristes ou géomètres dont la volonté n'a pas d'effet sur les particules de matière, au moins *a priori*. Cet aspect important, mettant en lumière, la nécessaire distinction entre le concept et la chose du monde tangible signifiée par ce concept, sera amplement développée (cf. infra). A ce stade, nous signalerons que les différents états de la matière n'opposent pas, comme le droit une matière synonyme de tout et le vide de rien. En fonction de l'état en question, l'espace contenant les particules de matière fera apparaître une densité de particules plus ou moins importante, faisant que la matière aura une forme et/ou un volume, ou bien sera dispersée. Déjà en son temps, Brouillaud en discutant de la propriété du dessus soulignait la limitation de l'approche classique de la matière attribuée à Gaius¹⁹¹, et proposait une vision plus ouverte : « Il faut évidemment élargir cette notion : les gaz ne peuvent être touchés, parfois même ils ne sont perceptibles par aucun de nos sens : c'est le cas de l'air atmosphérique. Pourtant la chimie nous apprend que ce sont des corps, donc des choses corporelles. »¹⁹².

En d'autres termes, il n'y a pas d'un côté du plein existant, et de l'autre du vide inexistant, mais un ou des espaces plus au moins pleins de particules disposant de caractéristiques variables. Cette hypothèse reprendrait l'idée d'un espace substance, qui rejoint l'une des deux hypothèses historiques de l'espace (cf. supra §72 et s.). Simplement, nous n'aurions

¹⁹¹ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 123.

¹⁹² P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 124. Brouillaud reprend ici les propos de Guibé qu'il fait sien. L'auteur mentionne également deux jurisprudences qualifiant le gaz de bien : Toulouse 7 juin et 3 juillet 1901, S. 1902. II. 185, note de M. Roux et une sur l'électricité Lyon, 3 juin 1909, S. 1909. II. 325, tout en précisant qu'elles ont donné lieu à des contestations doctrinales.

pas d'un côté une substance non saturée de matière, et de l'autre une substance saturée (la matière elle-même), mais une substance plus ou moins saturée.

Ainsi, comme l'univers d'Einstein qui suppose une matière partie prenante de l'espace-temps, les états de la matière, c'est-à-dire les différentes formes de la matière, proposent une perception de la matière plus vaste que celle des juristes, comprenant la matière gazéifiée. L'état gazeux pour le droit s'apparente à de la non-matière, du vide, sauf cas particuliers comme celui de la cavité en tréfonds, alors qu'il s'agit seulement de particules de matière plus éparses. Un constat similaire de la difficulté d'une dichotomie totale entre ce qui serait vide et plein peut être fait pas seulement à l'échelle d'un espace de plusieurs particules, mais aussi à celui de l'espace d'une particule¹⁹³.

b. Le fonds de terre élément de l'espace terrestre

(82.) En s'intéressant à l'espace d'une particule isolée, l'échelle est celle de l'infiniment petit, de l'infinitésimal. On y côtoie le monde complexe de la mécanique quantique dont l'espace est celui des quanta, c'est-à-dire des unités de base de l'univers, indivisibles. Ce paragraphe n'a d'autres ambitions que d'explorer plus avant la question de la matière, avec beaucoup de modestie et de prudence, au regard de la difficulté de ce sujet. L'objectif sera simplement de montrer comment l'étude du tout petit déjoue l'absoluité de la matière du droit, en proposant également une matière faite de vide, et même comprenant intrinsèquement une part d'incertitude indépassable.

L'interrogation de fond n'a pas changé, et peut toujours être exprimée par : qu'est-ce que la matière ? Ou plus pratiquement, qu'est-ce que l'on touche, lorsque l'on appose sa main sur une table, nous permettant d'apprécier son existence. La question est loin d'être nouvelle. Les Grecs se la posaient déjà, et la réponse n'avait déjà rien d'unanime. Aristote, largement suivi, pensait que la matière était continue, c'est-à-dire divisible à l'infini, en unités de plus en plus petites. D'autres, comme Démocrite, considéraient : « ... que la matière était granuleuse en soi et que tout était fait d'un grand nombre de différentes sortes d'atomes. »¹⁹⁴. La science moderne semble donner raison à Démocrite, c'est-à-dire la famille des atomistes. Les scientifiques auraient identifié les éléments de base, c'est-à-dire indivisibles en des unités plus petites, constituant l'univers. Une certaine prudence est néanmoins de mise, puisque cette connaissance relève d'un processus qui a évolué au fil du temps au gré des

¹⁹³ S. Hawking, « Une brève histoire du temps : Du big bang aux trous noirs », Champs sciences, Flammarion 2008, p. 231, glossaire.

¹⁹⁴ S. Hawking, « Une brève histoire du temps : Du big bang aux trous noirs », Champs sciences, Flammarion 2008, p. 89.

avancées de la science, et donc pourrait encore varier¹⁹⁵. Si l'on retient le principe d'une matière discontinue (les atomistes), la matière est divisible en unités jusqu'à atteindre une unité indivisible. Schématiquement, l'élément de la matière ordinaire est un atome constitué : « ... d'un noyau minuscule (consistant en protons et neutrons) entouré d'électrons tournant autour. »¹⁹⁶. Déjà à ce stade, un atome semble contenir du vide puisque les électrons sont en mouvement autour du noyau, grâce à une force. Cependant, le noyau de l'atome est lui-même divisible. Les neutrons et protons contiennent des quarks, au nombre de trois, et ces quarks seraient eux des particules véritablement primaires. Ces quarks restent groupés également par l'effet d'une force électromagnétique interagissant avec des particules supports de force. Ces « particules supports-de-force peuvent être regroupées en quatre catégories »¹⁹⁷. Cela signifie qu'au plus profond de la matière, de ce qui existe, du plein, il y a du vide, rendant difficile l'hypothèse assimilant le vide au néant, d'autant que ce vide paraît pouvoir s'analyser comme un élément de la matière, fait de forces. Par ailleurs, « ... en physique quantique, le vide est un milieu actif et dynamique. On sait aujourd'hui, par exemple, que l'on peut faire naître une paire électron/positron dans le vide (le positron est l'antiparticule de l'électron). Il n'existe donc pas de rupture entre le vide et la matière, puisque la matière peut surgir du vide. »¹⁹⁸.

La mécanique quantique confirmerait donc la difficulté d'une opposition entre la matière et le vide, mais ce n'est pas tout.

(83.) Autre enseignement de la mécanique quantique, et pas des moindres, la connaissance de la matière connaîtrait des limites, et donc perdrait de son évidence. C'est la conséquence de la soumission du principe de l'exclusivité de Pauli au principe d'incertitude déjà brièvement mentionné (cf. supra §83). L'analyse de ce principe déborde très largement notre propos, et son évocation sera ici très synthétique et sans doute simpliste. S. Hawking définit le principe d'incertitude de la façon suivante : « On ne peut jamais être tout à fait sûr à la fois de la position de la vitesse d'une particule ; mieux on connaît l'une, plus mal on connaîtra l'autre. »¹⁹⁹. Pour l'auteur, ce principe bien que discuté, « ... a eu de profondes répercussions sur la façon dont nous envisageons le monde. Même (si) après plus de cinquante ans, ses implications n'ont pas été entièrement admises par nombre de philosophes... le principe

¹⁹⁵ S. Hawking, « Une brève histoire du temps : Du big bang aux trous noirs, Champs sciences », Flammarion 2008, p. 93 : « Ainsi, nous savons que les particules que nous pensions être 'élémentaires' il y a vingt ans sont, en fait, constituées d'entités encore plus petites. Vont-elles, se révéler à leur tour constituées d'entités encore plus petites ? C'est certainement possible, mais nous avons quelques bonnes raisons théoriques de penser que nous possédons, ou que nous ne sommes pas loin de posséder la connaissance des ultimes briques de construction de la nature. ».

¹⁹⁶ S. Hawking, « Une brève histoire du temps : Du big bang aux trous noirs », Champs sciences, Flammarion 2008, p. 231, glossaire.

¹⁹⁷ S. Hawking, « Une brève histoire du temps : Du big bang aux trous noirs », Champs sciences, Flammarion 2008, p. 97.

¹⁹⁸ B. Jarrosson, L'histoire du vide est-elle vide ? 7/05/2014, Science & Techno, www.iphilo.fr.

d'incertitude indique la fin du rêve de Laplace d'élaborer une théorie de la science et un modèle de l'univers entièrement déterminés... »²⁰⁰. Plus concrètement, ce principe de la physique quantique montre qu'à une échelle microscopique la position spatiale d'une particule « tend à devenir floue »²⁰¹. La règle de l'exclusivité spatiale (cf. supra §54), à très petite échelle, perd obligatoirement de son absolutisme, le « là où »²⁰² devenant incertain. Même si le principe d'incertitude porte sur des particules supports-de-force, virtuelles (cf. supra), comment considérer que : là où se trouve un corps tous les autres en sont exclus, si la position des particules n'est plus certaine ? La question se pose d'autant que, « Lorsqu'on cherche à décrire les trajectoires des objets quantiques, on est frappé de constater qu'elles paraissent irrégulières. Elles sont plutôt des zones de probabilité de présence. Ces trajectoires évoquent donc le cours brisé des courbes fractales... Une fractale est une courbe qui pourrait donc représenter la géodésique trajectoire non déterminable parce que noyée parmi les géodésiques équipossibles que suivent les quanta d'énergie dans leur mouvement. Ce qui expliquerait qu'on ne peut en avoir qu'une connaissance statique. »²⁰³. Ainsi, non seulement, les frontières entre matière et absence de matière, c'est-à-dire l'espace, se dissipent, mais l'infini de l'espace (univers), se retrouverait à l'échelle microscopique des courbes fractales. On comprend dès lors pourquoi, B. Bachelet conclut son ouvrage par cette phrase : « L'univers tremble du fond des quarks jusqu'à l'infini des amas de galaxies, ce qui signifie que toute unité, de quelque échelle qu'on la prenne, engendre ce qui la sépare, c'est-à-dire son espace. ». Ce rapprochement entre l'infiniment grand et l'infiniment petit ne doit pas masquer, l'absence d'une théorie scientifique faisant coexister la théorie de la relativité et la mécanique, l'espace de l'univers et celui de l'infinitésimal, même si certains scientifiques tel S. Hawking font des propositions les enjambant avec un espace sans bord ni limite (cf. infra). B. Russell pour la philosophie fait état d'une approche pas si différente en établissant un parallèle entre la Terre et l'univers notamment, qui seraient tous les objets d'expériences directes, des éléments du monde tangible qui s'opposeraient à la logique : « l'usage des noms de lieux – Londres, l'Angleterre, l'Europe, la Terre, le système solaire-, présuppose de la même façon des descriptions qui s'appuient sur quelques particuliers dont nous avons l'expérience directe. Je pense que même l'Univers, tel que la métaphysique le comprend, enveloppe une telle connexion avec des particuliers. En logique au contraire, où il s'agit non plus seulement de ce qui existe, mais de tout ce qui pourrait exister ou être,

¹⁹⁹ S. Hawking, « Une brève histoire du temps : Du big bang aux trous noirs », Champs sciences, Flammarion 2008, p. 235.

²⁰⁰ S. Hawking, « Une brève histoire du temps : Du big bang aux trous noirs », Champs sciences, Flammarion 2008, p. 81.

²⁰¹ B. Bachelet, « L'Espace », Paris, PUF, Que sais-je n 3293, 1998, p.120 : « Tandis qu'à l'échelle macroscopique on peut toujours définir la position d'un objet, il apparaît qu'à l'échelle microscopique la notion de position d'une particule tend à devenir floue, voire à s'effacer... Les objets quantiques ne sont plus caractérisés par des valeurs numériques bien définies, mais par des spectres. », p. 123.

²⁰² cf. F. Laupies « ...là où quelque chose est rien d'autre ne peut être au même moment. ».

aucune référence à des particuliers actuels n'est à l'œuvre. »²⁰⁴. Ainsi, pour Russel : « Nous pouvons donc admettre l'existence d'un espace physique où les objets entretiennent des relations spatiales qui sont en corrélation avec les relations des sense-data correspondants dans nos espaces privés. »²⁰⁵.

Concernant notre sujet, la perception des juristes de la matière, nous nous limiterons à indiquer que la science physique va bien au-delà d'une matière perceptible par le toucher, que ce soit via l'énergie matière de la théorie de la relativité, l'état de la matière ou encore la mécanique quantique. À chaque fois la matière semble engendrer, pour reprendre le terme de B. Bachelet, de l'espace, qui lui est indissociable. Sous cet angle, l'espace peut donc être associé, et au moins partiellement assimilé au monde tangible, en particulier par opposition au monde idéal. Il faut d'ailleurs noter des discussions allant dans ce sens. Brouillaud²⁰⁶ rapporte la proposition de Jhering voyant dans l'espace une chose susceptible d'appropriation, tout en se distinguant du sol matière à part entière, et appelant de ce fait une propriété *sui generis* (cf. infra).

L'espace environnant la planète Terre, comme celui de l'atome ou d'un neutron se distinguerait donc du monde de l'esprit, même s'il échappe à nos sens et suppose justement le recours à l'esprit. Le caractère immobile attribué au sol, notamment par les juristes, qui en font le caractère central des biens immeubles, est un autre moyen d'analyser la perception par du sol par notre esprit.

§3 « L'irréductible nature de l'immeuble » ou l'ascendance de la dimension idéale du fonds de terre sur la matière

(84.) Le sol comme tous les corps est une masse, de la matière. Les juristes attribuent une qualité particulière à cette matière celle d'être immobile, d'où l'appartenance du sol à la famille des immeubles ; immobile et immeuble partageant une filiation avec le terme latin *immobilis* (qui ne bouge pas).

²⁰³ B. Bachelet, « L'Espace », Paris, PUF, Que sais-je n 3293, 1998, p. 123.

²⁰⁴ B. Russell, « Problèmes de philosophie », Éditions Payot, 1989, Paris, p. 79.

²⁰⁵ B. Russell, « Problèmes de philosophie », Éditions Payot, 1989, Paris, p. 53, voir aussi p.52 Russel évoque deux espaces, « l'espace public réel » et « l'espace apparent privé et propre au sujet percevant ». Le binôme semble reprendre la distinction monde sensible et perception du monde sensible par le sujet.

²⁰⁶ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 126. L'auteur développe lui-même une proposition de propriété de l'espace très semblable en traitant différemment la spécificité de l'espace.

Pour le droit des biens, le critère de la fixité est essentiel puisqu'il représente la première clef de catégorisation des biens, il est même incontournable, selon l'article 516 du code, « Tous les biens sont meubles ou immeubles ». La formule a le mérite de la clarté et de la simplicité, réglant sans appel la question des cateux (en droit coutumier biens meubles ou immeubles en fonction de leur situation). Chaque catégorie immeuble ou meuble est ensuite elle-même subdivisée en sous-catégorie débutant à chaque fois par la sous-catégorie des biens par nature, soit les immeubles par nature (article 518) et les meubles par nature (article 528). De quelle nature s'agit-il ? Le doyen Carbonnier répond à cette question : « c'est la réalité physique qui est décisive »²⁰⁷, la réalité étant bien entendu la matière, qui s'oppose à l'incorporalité. C'est pourquoi les biens incorporels, toujours selon le doyen Carbonnier, relèvent d'une perception « conceptuelle, artificielle ». Pour l'auteur, les biens corporels le sont, eux par leur nature, « 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. ». Dit plus simplement le critère des sous-catégories revient à la distinction matière, esprit, et la matière relève de l'expérience sensorielle. Nous l'avons vu d'un point de vue métaphysique, soit le monde est formé de deux matières distinctes l'une de l'autre, l'esprit et la matière, c'est la thèse dualiste ; soit la réalité est seulement matière (monisme matérialiste), seulement esprit (monisme idéaliste), ou troisième possibilité, le monisme neutre (cf. supra §79). Le sous-critère utilisé par le code correspond à la thèse dualiste, tout en introduisant une hiérarchie puisque la matière prime systématiquement sur l'esprit, ou la matière sur le concept, tout ce qui n'est pas matière étant relayé à un statut de second ordre. Ce constat engage à s'intéresser à la nature du premier critère indépassable de l'article 516, la fixité. Or là, la vision des rédacteurs renvoie pour les biens au monisme matérialiste²⁰⁸. L'immobilité, l'immeuble, est une référence à la matière. Et, l'on peut compter à nouveau sur la clarté de l'analyse du doyen Carbonnier pour en attester : « Ce qui fait l'irréductible nature de l'immeuble...c'est la terre (a.518) ; c'est d'être une portion de la terre, ou une chose incorporée à la terre. ». En retenant comme critère principal et indépassable, l'immobilité, le code laisse à penser que le monde est seulement matière ; un corps pouvant ou ne pouvant pas se mouvoir demeure un corps. Critère principal et critère secondaire semblent donc contradictoires, puisque le critère secondaire est plus général que le critère principal. Toujours selon le doyen Carbonnier : « ... c'est (au contraire), le Moyen Âge qui a constitué la distinction des meubles et des immeubles comme la suprême division

²⁰⁷ J. Carbonnier, « Droit civil (Thémis), Tome second les biens et les obligations », PUF, Paris 1956 §18 p. 50.

²⁰⁸ Il est important de noter que le matérialisme concerne les biens et les choses, sans être exclusif d'une dimension spirituelle, si l'on se place en dehors de l'univers du droit des biens.

des choses », alors qu'à Rome prévalait une *summa divisio* corporel, incorporel²⁰⁹. Il n'est pas utile de revenir sur les motivations sous-tendant la fixité comme la primauté économique, sociale, politique du sol de la société préindustrielle, ou la critique de cette distinction meuble, immeuble²¹⁰, il est vrai au demeurant questionnable.

L'objectif étant d'approfondir la vision matérialiste à la base du critère de la fixité qui vient d'être exposée, ne sera pas développée non plus la pertinence du critère de la fixité par rapport à une distinction corporel, incorporel, même si paradoxalement l'analyse nous ramènera vers l'idéalité, via la surface du sol. Avant d'arriver à l'épilogue, il est nécessaire de commencer par l'orientation matérialiste présidant au choix de critère de la fixité comme clé de répartition des biens.

(85.) Ce choix s'explique à son tour par l'idée d'une matière absolue, mais qui ne l'est pas (A). Ce point ne fait pas débat, et pourtant, le sol civiliste côtoie une forme d'absolutisme dans sa permanence, mais aussi dans son unité, faisant de lui « l'immeuble véritable » (B). Cette spécificité marquant l'ascendant du sol sur les autres immeubles par nature trouve paradoxalement son origine dans l'idéalité du fonds de terre. En sa qualité de surface géométrique indépendante de la matière, le fonds de terre est le seul à être en mesure de dépasser les contraintes de la matière s'imposant aux autres immeubles par nature (C).

A. La fixité référence à la matière aux limites de l'immeuble

(86.) La fixité des immeubles est étroitement associée au sol dont ce serait la principale qualité. Le critère de la fixité pour les immeubles par nature autres que le sol, se traduit par le phénomène d'incorporation censé rendre compte de l'union matérielle avec le sol (1). Seulement, là encore la matière a bien du mal à écarter le sujet, dès lors que l'on s'éloigne des effets de la gravité, qui en sens inverse confirme le rôle de la matière (2). Par ailleurs, cette gravité, attirant les corps vers le centre de la Terre, s'avère paradoxalement comme un moyen de relativiser la notion de fixité, puisque la gravité au regard de la planète Terre est plutôt synonyme de mouvement (3).

²⁰⁹ J. Carbonnier, « Droit civil (Thémis), Tome second les biens et les obligations », PUF, Paris 1956 §21 p. 59.

²¹⁰ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3ème édition, PUF, 2008, §89 p.146 sur l'utilité de la distinction meubles, immeubles et §90 p.147, sur le caractère d'ordre public de la distinction. Voir également R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification des biens corporels » : RTD civ. 1958, §1 p. 2.

1. *La fixité synonyme d'un attachement matériel au sol*

(87.) Le sol est immeuble par nature ; il partage cette catégorie avec d'autres immeubles tels les bâtiments. Ces biens immeubles par leur nature ne sont pas figés dans cet état d'immeuble. Ils sont susceptibles de devenir des meubles, ce qui conduit à s'interroger sur le passage de l'un à l'autre de ces états, c'est-à-dire l'incorporation.

Le passage de meuble à immeuble vaut pour les bâtiments, mais aussi pour la terre qui peut devenir meuble. Comment s'opère le changement ? La réponse classique met en avant l'attachement au sol. Prenons le cas des bâtiments, correspondant à un phénomène dit d'accession par incorporation artificielle, leur transformation du statut de meubles par nature (les matériaux) à celui d'immeubles par nature requiert une union physique avec le sol. La jurisprudence exprime clairement cette condition en imposant que l'incorporation résulte d'« un dispositif de liaison, d'ancrage ou de fondation qui révèle que la construction ne repose pas simplement sur le sol, où elle serait maintenue par son seul poids (Cass. com., 10 juin 1974 : Bull. civ. 1974, IV, n° 183) »²¹¹. Pour les végétaux le raisonnement est semblable. Ils doivent matériellement être unis à la terre. Le code impose aux récoltes « d'être pendantes par les racines », aux fruits d'être encore sur l'arbre, pas encore cueillis, et les arbres de ne pas avoir été abattus (cf. supra art.520 et 521). Demolombe traduit parfaitement le lien avec le sol à propos des fruits des arbres en indiquant : « L'arbre... partie du sol, qui le nourrit ;... les fruits encore pendants font eux-mêmes partie de l'arbre »²¹². De même, les minerais, qui illustrent un cas d'accession par production, ne sont pas seulement liés au sol, ils en sont un élément à part entière. La rédaction de l'article 1 de la loi de 1810 (cf. infra §227), particulièrement évocatrice, fait état de minerais renfermés « dans le sein de la terre ». Par l'incorporation, le sol immobile, étend cette immobilité aux corps s'attachant à lui. C'est pourquoi « Il (le sol) en forme l'ossature principale, l'essence première, puisque les autres biens qui la composent ne tirent leur propre qualification d'immeubles par nature que par rattachement ou par référence à ce bien principal. »²¹³. La matérialité de la terre constitue la clef du processus, puisque comme le précise un auteur : « l'incorporation résulte d'une donnée matérielle objective qui solidarise physiquement la construction avec le sol ou les matériaux avec la construction, ceux-ci perdant alors leur individualité propre »²¹⁴. L'objectivité de la matière marque par exemple une

²¹¹ M.C. de Lambertye-Autrand, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Biens. Classification tripartite des immeubles. Immeubles par nature », Fasc. 20, Cote : 03,2007 §66, p. 20.

²¹² C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §131 p. 58.

²¹³ M.C. de Lambertye-Autrand, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Biens. Classification tripartite des immeubles. Immeubles par nature », Fasc. 20, Cote : 03,2007 §17, l'auteur cite à l'appui de son affirmation F. Zenati et Th. Revet mettant en avant la stabilité quasi absolue du sol qui lui permet de servir de référence aux autres immeubles par nature ou encore Demolombe pour qui le sol était le seul véritable immeuble par nature.

²¹⁴ M.C. de Lambertye-Autrand, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Biens. Classification tripartite des immeubles. Immeubles par nature », Fasc. 20, Cote : 03,2007 §71, qui évoque les difficultés de distinction entre les notions d'incorporation et d'immeuble par destination attache à perpétuelle demeure.

différence avec les immeubles par destination²¹⁵ qui tiennent leur qualité que par la seule volonté du propriétaire sans pouvoir être arrimés au sol. L'immobilisation objective de l'immeuble apparaît cohérente. Sur la base de ce raisonnement, la fixité serait le fruit d'un phénomène physique d'attachement au sol, transférant à l'immeuble la qualité du sol. Cependant, un tel raisonnement omet l'intervention du sujet. Le dispositif de liaison requis par la jurisprudence est d'abord le fait du sujet, et la matière seule est jugée insuffisante.

En conséquence, le phénomène d'incorporation repose en partie sur la volonté, une opération de l'esprit, tout en ayant une dimension matérielle incontournable, qui est le reflet de l'action de la gravité. Cette dimension est observable au travers de la notion d'attachement au sol. Peut-on alors, par exemple, dire qu'un bâtiment est attaché au sol ?

2. *La fixité matérielle synonyme de la force gravitationnelle*

(88.) La relation matérielle des immeubles par nature et le sol, n'est pas exclusive, sans toutefois pouvoir être remise en cause. L'approfondissement du rôle de la matière dans le phénomène d'incorporation, ou l'attachement au sol, confirme ce constat.

Premier aspect, la mise en avant de la matérialité de l'incorporation laisse à penser que l'homme serait extérieur au phénomène. Il n'en est rien, et la distinction accession artificielle, accession naturelle en fait état. Par définition, les cas d'accessions artificielles qui seront, on peut l'imaginer, les plus nombreux, écartent la matière au profit de l'esprit. Une construction ou une plantation sont des actes matériels. Néanmoins, leur cause première se trouve dans la volonté du planteur ou du constructeur. Le sujet décide de la fixité du corps, et procède aux opérations matérielles garantissant cette fixité, en prenant en compte la force de gravitation. On retrouve ici la défiance du code à l'égard de l'esprit, qui cherche à prôner un choix systématique de la matière, sans pouvoir totalement écarter le sujet, comme nous venons de la constater pour le choix du critère de la fixité de l'article 516 (cf. supra §84). L'accession, dite naturelle, obéit à une autre logique. L'opération de production du bien immobilisé semble indifférente au sujet. Dans le même temps, il paraît difficile d'envisager une absence totale de l'esprit. L'évolution des choses naturelles n'est pas totalement étrangère à l'action de l'homme, partie prenante des choses « naturelles ». Certains ruralistes, par exemple, considèrent qu'il n'y a pas un centimètre carré de terre en France qui n'ait connu, à une époque ou à une autre, une intervention humaine. Rien ne serait donc naturel au sens d'une absence totale de l'homme. De plus, l'évaluation de la fixité est purement subjective. Elle traduit le degré de mobilité des choses vue par l'homme, supposant des variations liées aux moyens

²¹⁵ F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens » (8e édition), 2010, Dalloz, §34 p39 : « Il s'agit de choses mobilières considérées fictivement comme des immeubles en raison du lien qui les unit à un immeuble par nature dont ils constituent l'accessoire. ».

techniques, aux modes d'organisation sociale, entre autres choses. Cet aspect renvoie à la difficulté de penser la nature sans l'homme, par l'homme (cf. *supra* §48 et s.).

Le deuxième aspect à discuter confirme la matérialité du phénomène d'incorporation, aussi présente dans la notion d'attachement largement reprise par la doctrine²¹⁶. Selon le dictionnaire le verbe attacher possède plusieurs sens dont : « Fixer, retenir à l'aide d'un objet qui lie (corde, objet en fer) » et « Coller, appliquer une chose sur une autre »²¹⁷. Dans l'hypothèse de l'incorporation, ces deux sens semblent pouvoir être retenus, avec même un avantage au premier, puisque les juges considèrent que le bien ne peut être maintenu au sol par son seul poids. Les arbres, par leurs racines, confirment l'idée d'un maintien au sol par un objet. De même les constructions légères sont comme attachées au sol par leurs fondations. Toutefois, il paraît abusif de comparer des fondations à une corde, ou un moyen de joindre sol et construction. La qualité première des fondations, c'est leur masse, et plus généralement c'est la masse d'un corps qui lui donne sa fixité par le jeu de la force de gravitation. Les fondations sont certes enfouies à l'intérieur du sol augmentant la surface de contact, mais la masse reste le caractère déterminant des fondations, qui ne sont de surcroît qu'une partie d'un ensemble plus vaste. En s'en tenant à l'aspect matériel de l'opération d'incorporation, les immeubles sont attachés au sol, au sens de coller, par le jeu de la gravité. D'ailleurs certains biens, dont la masse serait synonyme d'immobilité, vont être qualifiés de meubles par nature (ex : animaux, navires) à partir du moment où ils ont recours à des moyens (des forces) venant contrarier l'apesanteur. La fixité trouve donc bien sa cause dans la gravité, puisque ne pas être immobile revient à déjouer la gravité. Notons pour finir que ce schéma mettant en avant l'objectivité de l'incorporation par la gravité connaît des exceptions. Certains biens, tout en ayant tous les traits physiques de l'immeuble, seront pourtant qualifiés de meubles par la loi à l'exemple des terres polluées²¹⁸. Cependant, si l'on s'en tient à la matière, la cause principale de la fixité est la pesanteur, l'immobilité des fondations tient à leur masse bien avant leurs qualités adhésives du bâtiment au sol, expliquant le lien entre la gravité et le principe d'accession ou de l'unité du sol (cf. *infra* §92 et s.).

En conclusion, la fixité des immeubles appréciée d'un point de vue de la matière, traduit essentiellement les effets de la gravité. L'autre élément déterminant dans le phénomène d'immobilisation correspond à la volonté du sujet, que ce soit dans le processus d'appréciation de ce qui est immobile, ou dans le choix de la fixité de certains biens. L'analyse du sol en qualité de bien référence de l'immobilité conduit également à relativiser le rôle de la matière, puisque la gravité n'est pas seulement synonyme de fixité.

²¹⁶ Par exemple F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens », (8e édition), 2010, Dalloz, §33 p. 38 « Immeubles par nature : Cette catégorie comprend le sol et tout ce qui adhère au sol. ».

²¹⁷ TLFi, entrée « attacher ».

²¹⁸ M.C. de Lambertye-Autrand, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Biens. Classification tripartite des immeubles. Immeubles par nature », Fasc. 20, Cote : 03,2007 §92 p. 27.

3. *La gravité synonyme d'une planète matière en mouvement*

(89.) En percevant le sol, comme un immeuble, et même comme représentant la nature des immeubles, le code rappelle ce qui relève de l'évidence : la matérialité du sol, qu'il tient de la planète Terre. Toutefois, nous l'avons vu la matière, contrairement à ce que laisse à penser notre expérience sensorielle n'a rien d'évident (cf. supra §77 et s.).

Pour la doctrine classique, « Les fonds de terre sont, en réalité, les seuls biens véritablement immeubles par leur nature originelle » et par « leurs éléments propres et constitutifs »²¹⁹. Et, la doctrine moderne développe une argumentation très proche : « Ce qui fait l'immeuble, c'est le sol, chose immobile s'il en est »²²⁰. L'immobilité du sol relèverait de la nature des choses et ce constat se suffirait à lui-même. Comme le disait Laurent : « le sol est immobile, en ce sens la nature elle-même l'a fait immeuble. »²²¹. Il est toutefois possible de s'interroger pour savoir comment l'homme entre en contact avec cette nature, nous ramenant à l'expérience sensorielle. Le sens du toucher n'est pas vraiment pertinent et signale plutôt la matière, des meubles comme des immeubles. La mobilité des meubles répond à la possibilité de les appréhender physiquement et de les déplacer, mais certains meubles conséquents échappent à cette règle (ex : un navire). La vue paraît plus appropriée, puisque c'est en regardant le sol que son immobilité est constatée. Cette immobilité s'impose à tous et de façon immuable. Cette qualité se traduit par des avantages importants. Le sol ne pouvant se mouvoir dans l'espace, il offre un niveau de sécurité et de garantie *a priori* plus avantageux que le bien meuble. De plus, le temps semble ne pas avoir d'effet sur ce bien, qui ne peut disparaître. Le sol est ainsi synonyme de perpétuité, ce qui là encore est un avantage quasi absolu. Néanmoins, cette immobilité est d'abord le fruit de l'intuition. La terre matière relève d'un tout, la planète qui tourne sur elle-même, tout en tournant autour du soleil. L'immobilité du sol traduit donc simplement l'impression d'absence de mouvement de l'homme évoluant sur la Terre qui elle est en mouvement, à l'image d'un passager placé dans un train en marche, qui sans accès visuel sur l'extérieur, conclura à l'immobilité de son environnement, au moins en absence de secousses ! D'autre part, si le sol est immobile (pérenne) dans le sens où il n'existe pas de trous noirs à la surface de la Terre ; le sol subit des transformations, comme les déplacements de terrains envisagés (art. Code civil 556, 557, 558), ou les modifications modernes du sol rendues possibles par des moyens techniques de génie civil extrêmement puissants. Ces événements mineurs à l'échelle de la planète n'en ont pas moins pour effet de relativiser l'immobilité du sol, à l'heure où des îles disparaissent

²¹⁹ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870 §97, p. 42.

²²⁰ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §92 p. 148.

²²¹ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 5, Paris Bruxelles, 1871, §406 p. 504.

suite à la montée des eaux, des montagnes sont rasées, et des quartiers, voire des villes, sont bâtis sur des terrains artificiels gagnés sur la mer. Ces progrès techniques prenant en compte la force des énergies nouvelles modifient la façon dont les contemporains du code appréhendaient l'immobilité. Cette immobilité était la marque d'un environnement naturel jugé indépassable. L'homme moderne, lui dispose de moyens surpuissants face à cette nature. Ils ne remettent pas en cause totalement la relation au sol, tout en modifiant singulièrement le rapport de force entre l'homme et le sol. Le sol, élément de la planète Terre, est aujourd'hui d'abord perçu comme un élément dont il faut assurer la stabilité, et non impossible à mouvoir.

On le voit à l'instar de la matière elle-même, la fixité des immeubles n'a rien d'absolu. Pour partie intuitive, la fixité, y compris du sol, laisse largement la place à l'interprétation du monde matériel par la science juridique. Or, cela n'empêche pas le droit de conserver une perspective purement matérialiste en référence à la terre. Dans cette logique, la doctrine va naturellement faire une place à part au sol, qui d'une certaine manière serait plus immeuble par nature que les autres. C'est, l'idée exprimée par Demolombe quand il dit : « les fonds de terre sont les seuls biens véritablement immeubles ».

B. Le sol : un immeuble spécifique

(90.) L'hypothèse d'une primauté du sol vis-à-vis des autres immeubles par nature brouille l'analyse de ce bien. D'un côté, le sol « clef du processus » de l'acquisition de l'immobilité, aspect essentiel de la propriété civiliste, se distinguerait des autres immeubles. D'un autre côté, le sol se confondrait avec les autres immeubles par nature listés à l'article 517 du Code civil. Se pose donc la question de savoir, comment le sol peut être à la fois un immeuble et un immeuble primant sur les autres ?

Pour élucider cette question, il est nécessaire d'aborder distinctement ces deux fonctions. Et, l'analyse conduit bien à reconnaître le sol à la fois comme un simple immeuble par nature (1), et un immeuble spécifique des autres immeubles (2).

1. Le sol : un immeuble par nature comme les autres

(91.) Mettre en lumière un sol se confondant avec les autres immeubles est problématique, le sol pouvant être associé à un autre immeuble. On parle alors de sol bâti ou planté. Le sol va, dans ces situations, avoir tendance à s'estomper au profit des superficies, puis reprendra sa place en cas de démolition ou arrachage. Sous cet angle, le sol disparaît et réapparaît, en restant le même, alors que le bâtiment lui disparaît du fait de la démolition et se transforme

en meubles (les matériaux). Cependant, le sol opère à la façon d'une superficie et peut passer du statut d'immeuble à meuble. Il faut cependant pour s'en rendre compte réagir sur l'hypothèse d'un sol nu de superficies.

Comme cela vient d'être dit, l'incorporation suppose un lien matériel avec le sol. En réagissant sur le passage de la terre immeuble à de la terre meuble, d'un sol nu, la terre est détachée du sol et devient meuble, posant la question de ce qui reste. La réponse est bien entendu le sol, sauf que sol, c'est la terre, d'ailleurs la terre meuble redeviendra en principe du sol dès qu'elle sera réincorporée. De plus, le sol objet du prélèvement semble être semblable. En raisonnant de la sorte, l'analyse est défailante et ne rend pas compte du phénomène physique, réel, qui est à l'œuvre. Pour dépasser le dilemme, commençons par examiner précisément le changement de statut de la terre. À l'origine, il existe un terrain (immeuble) dont de la matière est soustraite, détachée (meuble) ; l'objectif est donc de rendre compte de cette soustraction. Une solution serait de dire que l'opération génère effectivement un nouveau bien meuble sans altération du bien initial. Autrement dit, le bien sol serait insensible à la soustraction de la terre. L'échelle de grandeur entre le sol et la terre prélevée (ex : un terrain vaste sur lequel est prélevée une faible quantité de terre) peut laisser à penser que le sol resterait inchangé. Il n'en est rien ; en intégrant la dimension de la qualité, une quantité faible de terre, prise sur une vaste surface, peut contrebalancer la faible quantité. L'échelle de grandeur n'a donc qu'une portée limitée et circonstancielle. Néanmoins, elle introduit un élément important qui jusqu'alors faisait défaut. L'analyse initiale se focalisait sur la matière du sol ; or, comme tous les corps, le sol a aussi une étendue, et c'est en prenant en compte l'étendue du sol qu'il est possible de rendre compte du phénomène de transformation du sol immeuble en terre meuble.

Cette question de l'étendue sera traitée dans le chapitre à venir (cf. infra §104 et s.), mais quelques mots doivent en être dits dès maintenant. C'est par la notion de l'étendue qu'il est possible d'attester que le phénomène de soustraction est intervenu sur le sol. Cependant, la notion d'étendue a besoin d'être précisée pour que sa pleine utilité apparaisse. Classiquement, disons avant les travaux du doyen Savatier (cf. infra §626 et s.), l'étendue du sol civiliste était perçue par un phénomène de géométrisation du sol, une surface, soit un corps en deux dimensions. Or, un sol surface est un concept trop réducteur pour rendre compte de la soustraction dont on parle, ne se traduisant non pas par une modification de l'étendue prise comme surface, mais un volume. Une parcelle même après le retrait d'une grande quantité de terre (ex : exploitation d'une carrière, mine à ciel ouvert), conservera une surface donnant le sentiment que rien n'a changé, qu'une surface en vaut une autre. Le moyen de dépasser cette limite est de recourir à la troisième dimension ou la notion de volume, qui sera également très largement abordée avec le volume immobilier moderne (cf. infra). Avec la troisième dimension, la terre prélevée sur le sol, en l'occurrence un volume

de matière, peut donner lieu à une représentation suffisamment précise pour permettre l'appréhension du passage du statut d'immeuble à celui de meuble de la terre. Ainsi, le volume de terre pris sur une parcelle constitue un volume de matière qui était attaché, par le jeu de la gravité, au sol représentant par exemple la couche de terre arable. Ce volume devenu meuble par l'effet du retrait, redeviendra immeuble lors de son dépôt sur un second terrain, ou plusieurs autres. Le terrain sur lequel la terre a été retirée, reste un immeuble, mais a été modifié. Dans l'exemple, brièvement décrit à l'instant, le terrain ayant perdu sa couche de terre perdra certaines utilités (ex : usage agricole en raison du retrait de la terre arable). Un autre moyen de mettre en lumière cette modification aurait été de comparer le sol objet de la soustraction avec un sol laissé en l'état. Par cette comparaison ou le recours au volume, le passage du statut d'immeuble à celui de meuble de la terre est semblable à celui d'un bâtiment après démolition. Un volume de matière, doté d'une certaine fixité, a été déplacé d'un point vers un autre, et ce volume de matière sera meuble tant qu'il n'aura pas une position stable que concrétisera l'attachement matériel au terrain.

Le sol pris comme une entité constituée de la matière terre est un immeuble par nature comparable aux autres. Cela ne signifie pas qu'il y ait assimilation. En dehors de l'hypothèse ci-dessus, le sol diffère des autres immeubles par nature, d'ailleurs la modification du sol suite au retrait de la terre n'équivaut pas à la démolition d'un bâtiment, marquant la spécificité du sol.

2. *Le sol : un immeuble par nature spécifique*

(92.) Le sol est un immeuble spécifique dont l'immobilité de ne peut disparaître (a), même si la terre qui le constitue peut devenir meuble. Cela lui confère un avantage comparativement aux autres immeubles par nature qui une fois devenu meubles, ne sont plus immeubles (b).

a. Un immeuble disposant de la faculté de se reconstituer

(93.) Le sol se distingue des autres immeubles par nature, car même si une partie de la terre qu'il contient devient meuble, contrairement aux autres immeubles par nature, le sol ne disparaîtra pas, et restera immeuble.

Nous l'avons déjà dit, le sol après construction s'estompe, devenant au moins un terrain bâti. Par contre, en cas de démolition, le terrain reprend ses droits. Pour la terre, le schéma est inverse mais semblable. Le sol objet du retrait de terre reste un terrain ne pouvant plus être utilisé pour l'agriculture sauf à remettre un volume de terre identique à celui soustrait. Le schéma s'apparente à celui du terrain bâti puis non bâti. À chaque fois, l'opération de retrait ou d'ajout d'un volume de matière (terre ou matériaux) modifie le sol, mais, et c'est là sa

spécificité, le sol demeure néanmoins immeuble. Cette nature va lui permettre par le jeu du bénéfice d'accession, c'est-à-dire le droit sur tout ce qui s'unit ou s'incorpore à la chose, de se reconstituer. Ainsi, le sol sur lequel le bâtiment a été démoli ou la terre retirée, va pouvoir par une opération inverse se retrouver dans la situation qui était la sienne avant la démolition ou le retrait. Les matériaux ou la terre réincorporés vont à nouveau jouir du statut d'immeuble, et même d'immeuble par nature en vertu de l'article 517 du Code civil. Notons que ce même processus vaut pour le terrain qui va recevoir les matériaux issus de la démolition et réutilisés ou la terre. Or, cet avantage, permettant au sol de se reconstituer, lui est exclusivement réservé. La démolition du bâtiment suppose sa disparition. En cas de réincorporation des matériaux du bâtiment, il n'y aura pas de reconstitution du bâtiment ancien, mais un nouveau bâtiment, y compris vraisemblablement en cas de reconstruction à l'identique. La raison tient au fait que ce n'est pas le bâtiment ancien qui est porteur du droit d'accession, mais le sol. La nouvelle construction, y compris à l'aide des matériaux anciens, s'analysera en une incorporation au sol, débouchant sur la création d'un immeuble par nature, différent du premier. Il est évident que nous plaçons ici en dehors de la problématique du droit de superficie ou volume, qui permettraient un droit à reconstruction échappant au sol, ou à son propriétaire.

Toutefois, si l'on excepte une propriété superficière ou volumique (cf. *infra*), la faculté de se reconstituer du sol traduit une ascendance sur les autres immeubles par nature. Et, l'étape suivante consiste naturellement à expliquer comment cet avantage s'articule.

b. L'avantage absolu du sol via l'association entre le droit d'accession et le principe de l'unité du sol

(94.) La gravité qui se définit, selon le sens commun, comme une force attirant les corps vers le centre de la Terre, n'est pas évoquée directement par le droit. Elle n'en est pas moins présente via la notion d'incorporation (cf. *supra* §86 et s.), et d'impossibilité de diviser le sol verticalement.

Pour expliquer cette spécificité du sol, il est nécessaire de détailler le processus à l'œuvre, qui repose sur deux piliers, le bénéfice de l'accession (Alpha) et l'unité du fonds de terre (Bêta). Ils ont en commun de se rapporter plus ou moins directement à une loi naturelle, la force gravitationnelle. A l'image du principe de l'exclusivité spatiale reprise pour l'exclusivité du droit de propriété foncier (cf. *supra* §52 et s.), le droit va utiliser la gravité dans sa conceptualisation du fonds de terre, au travers du bénéfice d'accession et l'unité du sol, dans le but d'asseoir le modèle de propriété civiliste (gamma).

Alpha. Le bénéfice de l'accession et la gravité : de faux amis

(95.) Le bénéfice de l'accession assimilant au sol les biens corporels, dès lors qu'ils sont dotés d'une certaine stabilité, n'est pas sans rappeler la force gravitationnelle, en vertu de laquelle les corps sont attirés vers le sol.

Le processus d'assimilation des biens corporels au sol suppose un attachement, mais nous avons vu que dans une perspective matérialiste cet attachement est synonyme de gravité (cf. supra §71 et s.). Les fondations d'un immeuble l'attachent au sol, au sens où elles lui assurent une certaine stabilité en raison de leur masse et de la force de la pesanteur. En première analyse, le parallélisme semble parfait entre la règle physique et le droit. Toutefois, les apparences sont trompeuses. D'abord, la force de gravitation, qui *a priori* concerne l'univers dans son ensemble, va être la propriété « exclusive » de la terre. L'association s'explique sans doute par l'orientation du champ gravitationnel, attirant les corps vers le centre de la Terre. Au-delà de cet aspect, le droit semble considérer la gravité comme une qualité du sol, de la matière. Or, si l'on revient à la physique, la gravité n'est pas une qualité de la matière, ce serait même l'inverse puisque la matière ne serait pas la cause première de la gravité, mais une propriété (cf. supra §78). La Terre ne serait pas un aimant. Ensuite, et surtout, avec le bénéfice d'accession le droit va établir une hiérarchie indépassable entre ce qui est supposé être attiré et ce qui attire. Ce qui attire, dans la logique du code, c'est le sol et ce qui est attiré, ce sont les autres corps. Cette règle est traduite par la maxime juridique bien connue « l'accessoire suit le principal ». En dehors de la difficulté à établir que la matière est la cause de la gravité, se pose la question de la hiérarchie de la matière. D'ailleurs, le droit peine franchement à légitimer la soumission principal, accessoire, comme le souligne J.-P. Bertrel, dans un article sur le droit de superficie²²². Sa perspective met parfaitement en évidence le paradoxe entre la fragilité à fonder le principe « l'accessoire suit le principal » d'un côté, et l'ambition d'un règne sans partage du sol de l'autre. Or, le nœud du problème est là. Le sol en raison de sa faculté à se reconstituer ne peut être que le principal, relayant les autres immeubles au rang d'accessoires permanents. Pour expliquer, ce phénomène par la gravité il faudrait revenir, ou établir, à une terre aimant, pouvant remplacer les choses aimantées à volonté, et même conserver sa qualité d'attraction des corps en perdant une partie d'elle-même. Il n'est pas concevable ici de procéder à une véritable analyse conjointe de la gravité et du bénéfice d'accession. Simplement, il semble que la règle juridique s'articule plutôt avec la vision antique d'une terre immobile, placée au centre de l'univers, et dont les règles physiques supposant l'attraction des corps vers le centre de la Terre, se distinguent de celles de l'univers. Le bénéfice de l'accession pourrait probablement

²²² J.-P. Bertrel, « Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie » : RTD civ. 1994, p. 737. s.

s'appuyer sur la théorie de la gravité de Newton. Par contre, la relation est beaucoup moins satisfaisante avec la physique d'Einstein, pour qui la gravité est un effet de la courbure de l'espace-temps (cf. supra §73). D'autre part, le principe même d'une transposition stricte entre la règle de la physique et celle du droit est contestable. Les lois de la physique ne sont en rien absolues, comme l'énonce S. Hawking justement à propos de la gravité : « Toute théorie physique et toujours provisoire en ce sens qu'elle n'est qu'une hypothèse... »²²³ plus ou moins vérifiée, ou contestée. D'autre part, l'auteur remarque que le corps social s'autorise un certain écart avec les théories scientifiques. Ainsi, nous aurions, dans notre vie quotidienne, plutôt recours à la gravité de Newton qu'à celle d'Einstein. Bien que plus juste scientifiquement, la théorie d'Einstein engendre des différences peu perceptibles dans la vie courante, et se révèle bien plus complexe que la théorie de Newton²²⁴. Notre perception de la gravité serait une sorte de compromis fait d'intuition et de sciences.

Dès lors, il serait vain de vouloir justifier exclusivement le droit par la physique, étant précisé que dans le cas du bénéfice d'accession cette justification est en plus, un échec. Sans doute existe-t-il une filiation entre gravité et bénéfice d'accession, l'observation de la nature ayant eu pour cette règle, comme pour bien d'autres, une certaine influence. Toutefois, l'ascendance donnée au sol par le bénéfice d'accession ne peut être justifiée par la gravité. Or, cette ascendance représente même un avantage absolu, lorsque l'on prend en compte le principe de l'unité du sol, qui lui aussi revendique une filiation avec la loi de la pesanteur.

βêta. Le principe de l'unité du sol une interprétation de la loi de la pesanteur

(96.) Le principe de l'unité du sol garantit la primauté du sol, en assurant le monopole du bénéfice de l'accession associé à son statut d'immeuble.

Selon le principe de l'accession, tout ce qui est placé, ou se situe dans, ou sur le sol, de façon permanente, s'assimile au sol et possède la même qualité, l'immobilité. Cependant, en plus de la qualité d'immeuble et du bénéfice d'accession, le sol civiliste va être doté d'un attribut supplémentaire que l'on peut synthétiser par le principe d'unité du sol. Avec ce principe, une nouvelle étape est franchie. Le sol en plus de sa stabilité et de sa faculté à transférer cette qualité à certains biens corporels pour les assimiler, ne peut être divisé. F. Dumont citant J.-P. Marty, évoque la problématique de l'unité du fonds de terre, et indique : « Le sol est le facteur essentiel de l'unité de l'immeuble... car c'est au sol que doivent se rattacher la fixité et la perpétuité caractéristiques de l'immeuble par nature »²²⁵. F. Dumont fait sien l'argument de J.-P. Marty et l'utilise pour rejeter le principe d'une division verticale du sol. Les deux

²²³ S. Hawking, « Une brève histoire du temps : Du big bang aux trous noirs », Champs sciences, Flammarion 2008, p. 28.

²²⁴ S. Hawking, « Une brève histoire du temps : Du big bang aux trous noirs », Champs sciences, Flammarion 2008, p. 29.

²²⁵ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §130 p. 146.

auteurs perçoivent le principe de l'unité comme une propriété naturelle s'imposant à l'homme. Cette propriété est en fait une loi physique, autrement dit la gravité.

On le sait ; une chose en raison de sa masse est attirée vers le centre de la Terre jusqu'à ce qu'elle rencontre une résistance, c'est-à-dire une autre masse. Schématiquement, si la masse rencontrée est absente, l'attraction va continuer à s'exercer jusqu'au contact d'une autre masse, et ainsi de suite. Un livre par exemple, tombant d'une étagère s'arrêtera au contact du sol. Si un second livre tombe au même endroit, c'est le contact avec le premier livre qui stoppera sa chute, idem pour le troisième, le quatrième, etc. Maintenant, si le premier livre est retiré de la pile, les livres placés au-dessus vont reprendre leur chute jusqu'à un contact avec le sol. En partant de cette règle physique, le droit va considérer que le sol est unitaire, puisque l'attraction terrestre empêche un corps de ne pas entrer en contact avec le sol. C'est la reprise de l'exemple simplifié du retrait du premier livre de la pile entraînant immédiatement la chute des livres du dessus. Par ailleurs, le livre déjà tombé jouera le même rôle que le sol lors de la chute du livre suivant. Dans cette logique, le droit va faire du sol le corps placé au niveau le plus inférieur jusqu'au centre de la Terre, tous les corps situés au-dessus du sol n'auront d'autres options que d'entrer en contact avec lui. Notre exemple porte sur des livres par souci de clarté, mais des briques voire des briques scellées ou un immeuble construit auraient produit le même résultat. Avec la construction, les matériaux auraient perdu leur individualité et un système de fondation enfoui dans le sol garantirait la stabilité de l'ensemble, reportant sur cet ensemble le jeu de la gravité. Ce phénomène est celui de l'incorporation, la masse de l'immeuble est attachée au sol principalement par la force gravitationnelle (cf. supra §87). Sur la base de ce raisonnement, une partie de la doctrine conclut à l'indivisibilité du sol (ou unité). Accepter la division reviendrait en effet à imaginer qu'un bâtiment échappe à la gravité, en étant accroché au ciel par des fils invisibles selon l'image bien connue de Lataulade et Boquet²²⁶, que l'on retrouve sous une autre forme chez E. Sommier disant : « La construction a lieu dans l'espace et non au niveau du parcellaire »²²⁷. F. Dumont, également sur cette ligne, considère que le droit ne peut accepter de contrevenir à la réalité, soit la gravité, et retenir la dissociation du sol « ne serait le produit que d'une pure fiction »²²⁸.

Ce raisonnement que l'on pourrait traduire par le syllogisme suivant : la réalité fait le sol indivisible, le fonds de terre est le sol donc le fonds de terre est indivisible, est contestable. Là encore, l'apparence, l'intuition, joue en faveur de la thèse de l'indivisibilité, et l'exemple des livres milite ce sens. Cependant, comme dans l'analyse de la relation bénéfice de

²²⁶ D. Lataulade (de) et A. Boquet, « L'avenir du bail à construction », *Gaz. Pal.*, 1974, I, p. 349.

²²⁷ E. Sommier, « La division de la propriété immobilière en volumes cessibles » : *JCP N* 1976, I, 2788, §7.

²²⁸ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : *Thèse*, Lyon 3, 2001, §139 p. 154.

l'accession, gravité, le droit développe avec l'unité du sol, attribuent des effets allant bien au-delà à ce phénomène physique. La matière terre serait là encore dotée de moyens lui permettant d'absorber d'autres corps, selon des vertus étrangères à la science moderne (cf. supra §95). La planète Terre est bien une entité unitaire dans la mesure où elle forme un tout, et des morceaux de planète ne sont pas séparables, puis rattachables en raison de la gravité. Néanmoins, la croûte terrestre, et même le tréfonds, sont constitués d'éléments matériels faisant apparaître des variations de nature, d'état, etc., et ces éléments, bien que formant un tout peuvent être identifiés, localisés par l'homme. Ces éléments, y compris pour ceux dotés d'une grande stabilité ne sont pas fusionnés en une sorte de magma par l'effet de la gravité, et dans ce sens, le sol est divisible. D'ailleurs, le droit lui-même opère une division du sol, en distinguant certains éléments plus spécifiquement (arbres, bâtiments, minerais, etc.), ou certaines portions de la planète (pays, régions et parcelles). Ce constat revient à contester la mineure du syllogisme. En effet, cette dernière possède un biais, car le fonds de terre n'est pas la réalité, mais la représentation juridique du sol, ce qui est bien différent. Or, cette représentation permet la division du sol, et c'est même une des avancées majeures du Code civil, puisque cette division est source d'individualisation (cf. infra §115 et s.). La division dont il est question est bien entendu réalisée horizontalement.

Il n'en demeure pas moins que la science juridique accepte cette division comme une division, ce qui pose au moins deux questions, première question : comment le droit parvient-il à diviser le sol ? Et seconde question : Pourquoi, un sol unitaire peut-il être divisé horizontalement et pas dans le sens de la hauteur ? Nous reviendrons longuement sur ces questions. Disons simplement à ce stade que le droit peut diviser le sol via une représentation géométrique en deux dimensions du sol, et que ce procédé en intégrant la troisième dimension peut déboucher sur une division verticale du sol (cf. infra §624 et s.).

Pour revenir à notre propos, disons que l'unité du sol à l'instar le bénéfice de l'accession, s'inspire de la force de la gravité comme le montre l'exemple ci-dessus, et l'argumentation des auteurs favorable à ce principe. Cependant pour l'essentiel, le droit réinterprète cette règle physique en poursuivant des fins qui lui sont propres, faisant que la règle juridique ne peut être justifiée par la règle physique. Cette finalité apparaît encore plus clairement lorsqu'on s'attache aux effets du principe de l'unité du sol.

Gamma. Droit d'accession et principe de l'unité du sol : supports de la propriété civiliste

(97.) Le principe de l'unité du sol articulé au bénéfice de l'accession produit deux effets puissants. Ces derniers garantissent une forme de monopole au sol, comparativement aux autres immeubles par nature et au modèle de propriété individuelle civiliste.

Premier effet, le sol ne peut transmettre sa capacité à se reconstituer (cf. supra §92), elle lui est exclusivement réservée. Ne pouvant être divisé, ce caractère ne peut être transmis par le sol, et devient pour ce dernier un avantage absolu. Le sol est le seul bien à pouvoir conserver sans limites son statut d'immeuble et le bénéfice d'accession allant avec. Le principe de l'unité du sol empêche un bâtiment de se prévaloir d'un droit à reconstruction ou de se transformer en plantation en cas de démolition. Il ne peut pas rester immeuble, puisque cela reviendrait à diviser le sol verticalement, à faire perdre le droit à l'accession du sol pour le dessus.

Deuxième effet, le principe de l'unité du sol, interprété comme une qualité naturelle, a une vertu essentielle en régime de propriété individuelle civiliste. Cet aspect s'éloigne de la notion d'immeuble pour venir côtoyer la problématique de la propriété, mais il est essentiel pour comprendre la primauté de l'immeuble sol. En application du principe de l'unité du sol, le propriétaire ne peut pas partager sa chose (sol), et l'avantage qui va avec, y compris en présence d'une chose potentiellement duale. Par exemple, selon ce principe, en présence d'un terrain contenant en sous-sol une mine ou une carrière, et au-dessus, un champ, il ne peut pas y avoir division puisque la chose n'est pas divisible. La mine et le champ existent bien séparément sans pouvoir être des immeubles autonomes, étant parties prenantes d'une unité les dépassant, le sol. Comme pour l'exemple du bâtiment mentionné ci-dessus, mine et champs redeviendront du sol. Remettre en cause l'unité, équivaut à modifier le système de propriété et glisser vers un système de propriété simultanée (cf. infra §531 et s.). Pour rester sur notre exemple, en l'absence d'une autonomie de la mine et du champ, une appropriation distincte de ces deux reviendrait à un schéma de deux propriétaires pour une seule chose puisque mine et champs se réduisent à être un bien unique, le sol.

Le principe de l'unité de sol constitue ainsi un moyen de donner au sol un avantage, être le seul bien à conserver le statut d'immeuble de façon irrévocable ; à l'inverse, les autres immeubles par nature peuvent le perdre, et avec la perte de ce statut perdent l'avantage du droit à l'accession. La primauté du sol se transpose dans la sphère de la propriété, en empêchant au propriétaire d'avoir à partager sa chose, sauf à abandonner le modèle de propriété lui-même. Or, ces effets ne peuvent s'expliquer par la nature des choses, ou pas seulement, puisque nous avons vu que bénéfice d'accession et unité du sol qui engendrent ces effets, ne trouvent pas leur cause dans une règle physique. Le processus est même inverse, le bénéfice d'accession, et, plus encore, l'unité du sol ont pour finalité, et donc s'expliquent par la volonté d'un sol primant sur les autres immeubles, et une propriété civiliste indépassable. Un autre renversement inattendu vient du rôle joué par le concept de sol, surface, c'est-à-dire la part idéale du sol, véritable support du principe de l'unité du sol, supposé rendre compte de la matérialité de ce bien.

C. La spécificité du sol repose sur la dimension idéale du fonds de terre

(98.) L'unité du sol n'est pas la cause de la propriété individuelle exclusive du sol, mais la justification. Ce principe ne relève pas des lois de la physique, mais du concept de parcelle ou sol surface (1). Cette géométrisation du sol en deux dimensions rend impossible par définition une division verticale du sol, et offre un avantage absolu à celui-ci sur les autres immeubles par nature, seulement matériels (2).

1. L'unité du sol : une interprétation géométrique de la nature

(99.) La gravité est bien entendu une loi physique dont le droit doit tenir compte dans sa mission d'organisation du corps social. Cependant, cette contrainte incontournable, comme le principe d'exclusivité spatiale (cf. supra §52 et s.), est transposée dans le monde du droit, et cette transposition s'opère par le concept de sol surface, ou la division horizontale du sol. La notion d'immeuble, par de nombreux aspects, témoigne de l'orientation du droit. Le caractère de l'immobilité par exemple traduit l'appartenance (incorporation) stable d'un corps à cet autre corps que représente la planète Terre. Il s'agit là d'une conséquence de la gravité, mais alors que la gravité va s'appliquer indistinctement à tous les corps sur la base de leur masse, le droit va être plus sélectif. La science juridique va opérer une distinction entre certains corps pour lesquels la gravité sera indépassable et d'autres pour qui cela ne sera pas le cas (cf. supra §95 et s.). La seule existence de cette catégorisation relève de l'interprétation. Le principe d'incorporation, conditionnant l'immobilité, représente aussi la dimension prescriptive du droit, par la détermination de critères faisant que tel bien sera immeuble ou pas. De toute évidence, la règle physique est influencée par le droit. Ce qui est critiquable, ce n'est pas la démarche de catégorisation, mais d'entretenir la sensation d'une assimilation pure et simple entre les lois physiques et le droit des biens. L'attraction terrestre influence tous les corps, principalement en fonction de leur masse. Sur cette base, des distinctions peuvent par exemple être établies. Seulement, le principe de catégorisation comme les modalités doivent être considérées comme conventionnelles, subjectives. Cette subjectivité est encore plus frappante lorsque l'on réagit par rapport au principe de l'unité du sol. La gravité attirant les corps vers le centre de la Terre, la juxtaposition de deux corps supposera qu'un des corps est attaché à l'autre. Doit-on en conclure qu'ils sont indissociables en raison de l'indivisibilité du sol ? *A priori* non, et pour plusieurs raisons. Premièrement s'agissant de deux corps, chacun possède sur le principe une certaine individualité que ne remet pas en cause totalement l'incorporation. Deuxièmement, certains biens sont dissociés juridiquement sans l'être physiquement, c'est le cas des terres polluées considérées comme un bien meuble ; d'autres à l'opposé, bien que physiquement dissociés

du sol, seront toujours perçus comme des immeubles (arbres et autres plantations). Ce point renvoie à la notion d'incorporation et à la faculté d'interprétation qu'elle induit, choisissant entre ce qui est immeuble et ne l'est pas. Enfin, troisième argument, et argument principal, si le bénéfice de l'accession traduisait seulement la force gravitationnelle, comment expliquer qu'en présence d'un terrain pentu contenant plusieurs parcelles, la parcelle située en bas de la pente ne puisse revendiquer les terres des fonds supérieurs ? La gravité exercera une force sur les terrains allant du haut vers le bas. La réponse tient en un mot : limite ou borne. La délimitation des champs va permettre de mettre en échec la pesanteur, tout en maintenant la théorie de l'accession et l'unité du sol dans les limites de la parcelle. Cela démontre la distinction entre ces deux règles. La gravité est insensible aux délimitations parcellaires du sol qui sont de nature purement conventionnelle (cf. infra). Ce point est essentiel, car il permet de contester la thèse du sol unitaire, qui refuse, la divisibilité du sol au motif qu'elle serait une « fiction » contrevenant à la réalité. Or, il apparaît ici que cette réalité est en partie le fruit d'une fiction, la réalité de la gravité ne se retrouvant pas dans la règle de droit. Pour être complet, il faut dire que ces limites, mettant en échec la force gravitationnelle, ont la particularité d'être horizontales. Conséquemment, le principe de l'accession et celui d'unité du sol peuvent être circonscrits au sol pris comme une surface, pas un volume.

La délimitation des effets de la gravité s'explique par l'entremise du concept de sol surface, qui rend divisible un sol indivisible. Sans le concept de sol surface, l'unité du sol remettrait en cause le principe même d'une propriété individuelle du sol. Ce constat introduit la question de l'étendue du sol signalant l'idéalité du fonds de terre, qui sera abordée à la section suivante (cf. infra). Avant d'en arriver là, il faut poursuivre sur la notion de fixité au travers des effets du sol surface sur le statut d'immeuble spécifique du sol.

2. Les effets du sol surface : clef de l'immobilité du sol

(100.) La surface idéale du sol civiliste génère deux effets qui en font un immeuble par nature distinct des autres. Le premier effet est lié à la nature idéale du sol surface, qui lui permet de contourner les contraintes de la matière. En faisant du fonds de terre, une chose idéale, une surface, le droit des biens donne à ce bien un avantage absolu, celui de ne pouvoir pas disparaître, comparativement aux autres immeubles par nature, qui eux ne sont que matière. Le second effet, n'est pas lié à la nature de la surface, mais à l'une de ses caractéristiques, c'est-à-dire d'être une figure géométrique en deux dimensions. Ce caractère va verrouiller dans le sens vertical le fonds de terre le rendant indivisible.

Par l'entremise de la surface, la division du fonds de terre ne peut être pensée qu'horizontalement, c'est le principe de l'unité du fonds de terre. Il est nécessaire de

s'arrêter sur ces effets du sol surface, sur la faculté de reconstitution du sol, sa perpétuité (a), et sur l'unité du sol ou l'impossibilité d'une division verticale (b).

a. Le sol surface : un immeuble par nature unique par sa nature mathématique

(101.) Débutons par la faculté de reconstitution. *Prima facie*, la surface du terrain se confond avec la notion de sol naturel que nous examinerons plus tard, et rappelle inévitablement la matière, mais en réalité la surface issue des limites est de nature conventionnelle et idéale. Cette nature fait du sol un immeuble sans concurrents.

Le sol surface peut se reconstituer indépendamment de la matière qui le constitue contrairement aux autres immeubles. Le bâtiment, une fois démoli, disparaît ; les matériaux qui le constituaient, subsistent à l'état de meubles, et ne pourront redevenir immeuble que dans le cadre d'un réemploi, d'une incorporation au sol. Le sol lui, même en perdant par exemple une couche de terre pourra se renouveler, et même se renouveler indéfiniment. De ce fait, il sera toujours en mesure, via le bénéfice d'accession, de prendre l'ascendant sur les autres immeubles par nature. Il sera toujours plus immobile, au sens de pérenne, que les autres immeubles. Paradoxalement, c'est donc l'idéalité du fonds de terre qui l'emporte sur la matière. Là encore, les apparences sont trompeuses puisque par une confusion entre la planète Terre et le fonds de terre, le second serait perpétuel. Il l'est effectivement dans le sens où la fin de la Terre serait un point final absolu à la vie sur terre, rendant la question de la perpétuité du fonds de terre dépourvue de sens. Cependant, cette situation, porte d'abord sur la planète et non un fonds de terre qui n'en est qu'une fraction. De plus, la fin de la Terre, aussi peu probable et absolue soit-elle, rappelle que la terre est matière, et donc, qu'elle peut comme tous les autres corps disparaître, sous le coup par exemple d'événements cosmiques. Le fonds de terre lui réagit différemment, dans le sens où il peut se reconstituer, ce qui ne serait pas vraisemblablement le cas de la Terre, même si la question est par principe délicate. La notion de surface, une représentation géométrique du sol, permet d'expliquer cette différence. Après décapage d'une couche de terre, cela a été dit, le fonds de terre a subi une modification, mais demeure, expliquant la possibilité d'apport de terre nouvelle, d'une construction, etc. Il est vrai que la première opération, bien que modifiant le fonds, n'a pas fait disparaître toute la matière, restera la couche inférieure, à partir de laquelle la nouvelle opération pourra prendre place. Des opérations de décapage successives ne modifieront pas cette logique, même dans l'hypothèse théorique d'un décapage total. L'illustration n'a que peu de sens en pratique. Néanmoins, le fonds de terre se traduisant par un cône partant du centre de la Terre se projetant dans les cieux, selon la doctrine classique (cf. infra), il est concevable de se référer à cette hypothèse au moins en théorie. Or, un fonds de terre sans terre ne se traduirait pas plus par sa disparition que le simple décapage. La

surface de ce fonds serait réduite à sa plus simple expression un point (ou la pointe du cône), mais elle pourrait donner lieu, en théorie, à une opération d'apport de terre, ou de construction semblable aux opérations qui se pratiquent *in concreto* après un décapage superficiel.

Cet exemple extrême démontre le rôle du concept de surface, concept qui déjoue les contraintes de la matière des choses corporelles, même sans matière l'immeuble sol demeure. Ces contraintes de la matière s'imposent aux autres immeubles par nature qui ne peuvent recourir à cette notion de surface. Le seul moyen d'y parvenir serait d'écarter le concept de surface pour une géométrie en trois dimensions, puisque la surface par principe n'a pas d'épaisseur, ce qui empêche d'écarter l'hypothèse d'un dessus à la surface.

b. Le sol surface : un immeuble divisible seulement horizontalement

(102.) Concernant l'incidence du sol surface sur l'unité du sol, le lien est pourrait-on dire mathématique. Une géométrie en deux dimensions, se définissant seulement en longueur et en largeur, écarte sur le principe même d'un découpage du sol en hauteur.

Le sol surface est un concept puissant assurant la suprématie du sol, qui se trouve également à la base de l'individualisation du sol comme nous le verrons (cf. *infra* §111 et s.). C'est aussi, un concept très réducteur ; il rend impossible une appréhension de l'épaisseur du sol, pourtant indéniable. Cette caractéristique rend difficile la critique du principe de l'unité du sol. Le seul moyen d'y parvenir est de contourner la représentation du sol surface. C'est le parti-pris de l'argument, s'appuyant sur le terrain en pente pour mettre en avant l'individualisation horizontale du bénéfice de l'accession et du principe de l'unité du sol. L'épaisseur du terrain révèle le rôle de la limite du terrain vis-à-vis de la gravité, indécélable par la seule représentation d'une parcelle sans hauteur (cf. *supra* §99). De même, à l'instant, le lien entre le sol surface et la faculté de renouvellement du sol, a été mise en lumière par le concept d'un fonds de terre représenté par un cône ouvert, dans la lignée de l'article 552, soit une figure volumique (cf. *supra* §101). Dits autrement, ces raisonnements font appel à d'autres représentations du sol, ce qui ne signifie absolument pas que la chose sol ait changée. Ce point est important et constituera un axe structurel du concept de propriété volumique exposé en troisième partie (cf. *infra* §624 et s.). En se référant à ces concepts, apparaissent les limites du sol surface. L'une d'elles est de réduire le sol à une surface, puis de limiter les caractères du sol à une surface, et enfin de confondre le sol avec cette représentation géométrique en deux dimensions. J. P. Marty aborde ce phénomène quand il dit à l'orée de sa thèse : « ... ces auteurs (les auteurs classiques réduisant le sol à la matière) hésitent encore à considérer la surface du sol distinctement de la matière qui la compose. Ce pas semble franchi dès le début du siècle par Baudry-Lacantinerie qui énonce sans

ambiguïté : « ... ce qui est immeuble dans le sol, c'est la surface géométrique ou, si l'on veut, son volume d'ensemble, le sol ne saurait être déplacé tel qu'il est pas même par parcelle ». Ce passage est vraiment éclairant pénétrant même et appellerait de nombreux commentaires. Pour éviter de trop longs développements, disons simplement qu'il sous-tend une idée que nous reprendrons largement, celle d'une progression de la représentation du sol, d'abord matière, puis surface et enfin volume. J. P. Marty semble lui-même soumis à cette évolution ne reconnaissant dans la géométrisation du sol décrite par Baudry-Lacantinerie, seulement la surface. Par ailleurs, un autre travers, bien plus lourd de conséquences, encore, doit être dénoncé. J. P. Marty ne distingue pas entre la chose sol et sa représentation. Ainsi, l'auteur sur la base de la géométrisation du sol analyse sa dématérialisation essentiellement en référence la notion de surface ; le volume du doyen Savatier relèverait plutôt d'une « vision »²²⁹. Toutefois, l'auteur finit par invalider le concept du sol surface en raison de son incompatibilité avec la matérialité du sol : « La substance matérielle ne peut être écartée. »²³⁰. Selon lui, cette matière incontournable rendrait impossible la division du sol, c'est pourquoi la chose étant une unité indivisible, J. P. Marty proposera une division de cette chose par l'entremise du droit, ce qui induit de renoncer au modèle de propriété civiliste du code, pour une propriété simultanée (cf. infra §531 et s.). Cette proposition cohérente si l'on accepte ce renoncement, n'en est pas moins critiquable. L'auteur, en effet, identifie la géométrisation du sol, comme sa nature, notamment quand le sol surface s'identifie à une division horizontale de la matière horizontalement. De même, il développe a contrario de son propos l'exemple de la mine, qu'il qualifie, il est vrai, d'exception. J. P. Marty, malgré cette analyse, va développer une division du droit (de propriété), pensant que ce choix correspond au seul moyen de respecter la réalité du fonds de terre indivisible, et de s'opposer à la fiction, sa division²³¹. Pourtant, sans nier la matérialité du fonds de terre, ni revenir sur le modèle de propriété civiliste, il est envisageable d'abandonner le principe de l'unité verticale du sol, suivant sa division horizontale. Le volume parvient à ce résultat comme nous le verrons en détail (cf. infra). Pour cela, la géométrisation est conservée, et même étendue. Cette extension s'entend du passage de deux à trois dimensions, mais également de l'extension de l'avantage absolu qui était jusqu'alors l'apanage du sol. Avec le volume, la géométrisation du sol, une portion de l'étendue de la planète peut être appliquée à un immeuble, un arbre, un tunnel, une mine, etc. Le volume d'un bâtiment aura alors les

²²⁹ J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie » (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979, §13 p. 27 L'auteur voit dans le volume immobilier : « une vision » et poursuit en disant « Force et de constater que c'est essentiellement la notion de surface qui est utilisée... ».

²³⁰ J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie » (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979, §16 p. 32.

mêmes qualités que le sol surface, il sera indépendant de la matière constituant l'immeuble. Le volume d'un bâtiment pourra donc continuer à exister après la démolition, et même avant la construction. Ces problématiques méritent d'être développées et le seront amplement.

Pour le moment concluons, en disant que le sol surface, fruit d'une géométrisation du sol, exclut par nature la division verticale. Le sol surface se limite à une division horizontale de l'immeuble par nature fonds de terre. Toutefois, le sol surface n'est qu'une représentation du sol, pas le sol lui-même, qui donne lieu à d'autres représentations permettant d'envisager en complément d'une division plane, une division verticale du sol.

Conclusion Chapitre I : La matérialité du sol

(103.) Cette introspection au cœur de la matérialité du fonds de terre, dont la fixité n'est qu'une expression, nous a conduits de Gaius au sol surface. Cette trajectoire témoigne de l'évolution de cette notion dans le temps sans conclure à un mouvement allant de la matérialité vers la dématérialisation. Au contraire, matière et esprit s'entrecroisent, se font face, se complètent, sans que l'un prenne le pas sur l'autre. Le sol civiliste se dévoile irrémédiablement matière, traduisant les besoins matériels des hommes et la règle de l'exclusivité spatiale. Néanmoins, l'esprit ne peut être absent de l'équation et les tentatives de réduire le sol à de la matière, ou des principes relevant de lois naturelles s'avèrent insoutenables. Une filiation existe indéniablement avec la force de la pesanteur ou l'exclusivité spatiale. Cependant à chaque fois, le droit réinterprète à dessein ces règles, s'empêchant de la sorte, d'y voir une justification, et encore moins une justification absolue. Cette subjectivité du sol relativise la matière, tout en ouvrant les perspectives du sol civiliste. La vision binaire d'un monde avec d'un côté : la réalité, la matière et de l'autre : la fiction, le néant, n'est plus absolue.

La matière et l'esprit peuvent être associés et sont même inséparables, tout comme la matière engendre de l'espace. La perspective est donc féconde ; l'analyse de l'étendue du fonds de terre, qui va être développée, confirmera la part d'idéalité du sol au travers d'un processus de géométrisation, comme sa potentialité soit le passage d'un sol de deux à trois dimensions.

²³¹ J.-P. Marty, *La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie* (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979, §33 p. 53 : « La réalité, c'est l'unité de l'immeuble par nature, et la pluralité relève incontestablement de la fiction ».

Chapitre II : Le sol pris comme une étendue

(104.) Après la matérialité, il est logique de se lancer dans l'analyse de l'étendue du corps « sol ». La distinction de ces deux caractères : matière et étendue n'est pas toujours aisée dans la mesure où ils sont indissociables, et aborder l'un suppose d'abord l'autre. C'est pourquoi tout comme des anticipations concernant l'étendue ont été nécessaires à propos de la matérialité du sol, des rappels à cette matérialité viendront enrichir l'analyse de l'étendue. Néanmoins, cette approche distinctive possédant des limites, présente aussi un avantage majeur. Elle permet d'isoler la question de la matérialité du sol civiliste, qui pour diverses raisons monopolise ce sujet, tout en offrant à la question de l'étendue du fonds de terre, la place qu'elle mérite. L'étendue du fonds de terre est en effet un élément indispensable à la compréhension de ce concept, et de son rôle dans le modèle de la propriété du code. En régime civiliste, l'étendue du fonds de terre traduit l'individualisation du sol rendue possible par un procédé de géométrisation. Grâce à ce procédé, l'homme va penser le sol pour le formater à sa mesure, en utilisant le mètre étalon idéal, l'homme lui-même ou l'individu. Pour saisir les enjeux que recouvre l'étendue du sol civiliste, nous commencerons par interroger le processus d'individualisation, pourquoi et comment le sol devient-il une entité équivalente au sujet dans le monde des choses (Section 1) ? Puis, nous nous intéresserons à la conceptualisation du sol au travers de la notion d'étendue (Section 2).

Section 1 : L'étendue du sol en régime de propriété privée et individuelle

(105.) Propriété foncière et propriété individuelle semblent indissociables ; la seconde symbolise même la première. Pourtant à bien y regarder, l'appropriation individuelle du sol n'a rien d'évident. D'autres modèles de propriété existent. Pendant la période postérieure au Code civil, la relation entretenue entre les hommes et le sol était différente.

L'analyse du sol confirme l'absence d'une individualisation tenant à la nature des choses, et le rôle du sujet, et disons-le du droit associé à la géométrie, dans la division du sol (§Préliminaire). La volonté du sujet représente sans nul doute possible la cause d'un sol individualisé, et un retour sur la période révolutionnaire explique les raisons de ce choix consubstantiel au sol civiliste (§2). La géométrisation du sol par le code, *in concreto*, c'est-à-dire la procédure de bornage, conduit également à ce constat, même si le bornage se pare de matérialité (§3).

§ Préliminaire : le fonds de terre : un décompte, une fraction localisée de la planète Terre

(106.) La particularité du fonds de terre tient à son étendue, définie par une opération de l'esprit, en l'occurrence un processus de géométrisation.

Contrairement à un autre corps dont l'étendue suit la matière, l'étendue du fonds de terre résulte de la division d'un corps. Ce corps, c'est la planète Terre, et comme le dit S. Hawking : « Si quelqu'un avance dans une certaine direction à la surface de la Terre, il ne se heurtera jamais à une barrière infranchissable ni ne tombera du bord ; il finira à son point de départ. »²³². La planète Terre est un corps et un seul et ne connaît pas de rupture de sa matière permettant une scission de ce corps en plusieurs entités. Cela ne signifie pas que la Terre est un tout totalement uniforme. Des distinctions peuvent être faites concernant l'état de la matière, la qualité du sol, du sous-sol, le relief, etc. Cependant, ces variations ne sont pas de nature à remettre en cause le constat de S. Hawking. D'un point de vue physique, le sol serait bien unitaire. Se pose donc la question de savoir : comment le droit opère-t-il pour diviser ce corps qu'est la planète Terre, qui si l'on s'en tient à la physique, ne l'est pas ? La réponse est formulée dans notre phrase introductive.

Pour détailler le processus, nous allons recourir à un héros de la littérature enfantine et connu de tous : Le Petit Prince de St-Exupéry. Ce détour poétique nous conduira d'abord à nous intéresser à la propriété des étoiles (A), pour ensuite revenir à la planète Terre et au sol civiliste (B).

A. La possession des étoiles par le comptage (du businessman de St-Exupéry)

(107.) La partie du récit du Petit Prince qui nous intéresse est celle du Chapitre XIII. Le Petit Prince dans sa quête de compréhension des grandes personnes engage un échange avec un businessman spécialisé dans le commerce assez rare, mais très évocateur pour notre propos, le commerce des étoiles.

Ce businessman n'est pas un juriste, mais il est très occupé, sérieux et surtout, il aime posséder des choses. Alors que le roi règne, le businessman fait siennes les choses. Ces choses, propriété de notre businessman ne sont pas sans lien avec notre sujet, la planète Terre, puisque ce sont des étoiles. La situation intrigue le Petit Prince qui demande incrédule au businessman : « Comment peut-on posséder les étoiles ? ». Le questionnement du Petit

²³² S. Hawking, « Une brève histoire du temps : Du big bang aux trous noirs », Champs sciences, Flammarion 2008, p. 67.

Prince paraît des plus légitimes tant la propriété d'une étoile, et qui plus est, des étoiles, paraît incongrue. Dans le même temps, la Terre n'est certes pas une étoile mais une planète, et le sujet qui nous préoccupe n'est rien d'autre que l'appropriation de cette planète. Pour attester du réalisme du « business des étoiles », il serait également possible de mentionner le traité des Nations unies relatif à l'espace extra-atmosphérique qui évoque la question de son appropriation²³³ ; mais revenons-en au Petit Prince. Le businessman bien que considérant son temps comme précieux, explique précisément comment les étoiles peuvent être des propriétés. Pour lancer son argumentaire, le businessman lui-même étonné de l'étonnement de son visiteur, questionne à son tour le Petit Prince : « À qui sont-elles (les étoiles) ? » riposta, grincheux, le businessman ; « Je ne sais pas. À personne. » répondit le Petit Prince ; « Alors elles sont à moi, car j'y ai pensé le premier. » rétorqua le Businessman ; dubitatif le Petit Prince poursuit : « Ça suffit ? » ; « Bien sûr (dit le businessman). Quand tu trouves un diamant qui n'est à personne, il est à toi. Quand tu trouves une île qui n'est à personne, elle est à toi. Quand tu as une idée le premier, tu la fais breveter : elle est à toi. Et, moi je possède les étoiles, puisque jamais personne avant moi n'a songé à les posséder. ». Le principe de la propriété des étoiles étant acquis le businessman conforte sa démonstration en précisant plusieurs points : d'abord en sa qualité d'homme sérieux il gère, compte, et recompte les étoiles, en précisant qu'il s'agit là d'un travail harassant ; ensuite, après avoir compté ses étoiles, le businessman écrit sur un petit papier le nombre de ses étoiles, et enferme le papier dans un tiroir ; enfin, dernière étape, notre businessman peut placer ses étoiles en banque.

Ce passage du Petit Prince mériterait bien mieux que les quelques lignes qui vont suivre tant il retrace parfaitement les étapes essentielles de la propriété privée, et probablement au-delà. Pour brosser à grands traits le tableau décrit en se référant à la propriété foncière, disons que le premier argument du businessman (elles sont à moi, car j'y ai pensé le premier) évoque la nature appropriable des étoiles qui passent du statut de chose à celui de biens au sens du droit²³⁴ et le fondement de la propriété (travail, occupation, etc.). La seconde étape (le petit papier) correspond au titre de propriété, et au rôle du droit (institution). Enfin, la dernière étape le placement à la banque renvoie à la dimension mercantile (échange) et financière de la propriété, et il serait possible d'ajouter la question laissée sans réponse de l'utilité sociale de la propriété des étoiles, qui conclut le paragraphe. Pour revenir vers notre sujet, la division du sol, sans délaisser totalement ce schéma général, nous nous intéresserons plus à

²³³ Traités et principes des nations unies relatifs à l'espace extra-atmosphérique qui évoque la question de son appropriation. ST/SPACE/11, Publication des nations unies Numéro de vente: F.02.I.20 ISBN 92-1-200258-7 Article II L'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, ne peut faire l'objet d'appropriation nationale par proclamation de souveraineté, ni par voie d'utilisation ou d'occupation, ni par aucun autre moyen.

²³⁴ En pensant le businessman transforme les choses en biens, ou pour reprendre l'image plus ancienne fait sortir ces choses de la communauté négative pour les transformer en biens, soit des choses soumises à la propriété privée.

l'argument du businessman utilisé entre l'avènement du bien étoile et le titre de propriété. Cet argument rend compte véritablement de l'activité du businessman, il gère, compte et recompte les étoiles. Cet aspect anodin, en apparence, est en réalité fondamental, et pour s'en convaincre, il suffit de détailler l'action du businessman. En comptant les planètes, le businessman les représente sous une forme mathématique (un ordre) ; cela lui permet d'individualiser les planètes, de les identifier et de les réduire en des unités mathématiques. Or, à partir de cette démarche éloignée du droit à priori, mais à priori seulement, la possession des étoiles va prendre une tout autre tournure. Ainsi, le businessman aura fait que chaque étoile soit une étoile, un bien, deux étoiles, deux biens, etc. À la suite de quoi, les étoiles peuvent être comparées une étoile = une étoile, additionnées, soustraites. Remarquons en aparté que ce processus est totalement sans influence sur la matérialité des étoiles ; un chiffre n'est pas apparu sur les étoiles, elles n'ont pas changé de couleur, de texture, etc. Simplement, pour le businessman cet ordonnancement mathématique est très utile. Il sait maintenant qu'il possède cinq cents millions d'étoiles, et même « cinq cent un millions six cent vingt-deux mille sept cent trente et une » pour être précis. Ces cinq cents millions d'étoiles peuvent être placées à la banque, faisant du businessman des étoiles un homme riche pouvant acheter, par exemple, d'autres étoiles, qui viendraient à être découvertes avec un crédit gagé sur son capital.

La réponse du businessman à la question du Petit Prince apparaît donc, tout à fait pertinente, et très utile à tous ceux qui voudraient posséder les étoiles, mais pas uniquement. Elle explique également comment le droit divise la Terre, entité indivisible, dans le but de permettre la propriété de portion de sol.

B. L'appropriation de la planète Terre par la géométrisation du sol

(108.) Le détour par le célèbre conte philosophique de Saint-Exupéry a montré l'importance des mathématiques pour la possession des étoiles. Elles s'avèrent également jouer un rôle essentiel dans la définition de l'étendue du fonds de terre, donnant à cette dernière une dimension idéale (1), sans incidence toutefois sur la nature de l'objet de cette représentation (2).

1. La représentation géométrique de l'étendue du sol

(109.) Pour permettre l'appropriation du sol, l'homme « gère, compte et recompte » le sol à l'aide de la géométrie, soit la « partie des mathématiques ayant pour objet l'étude de l'espace

et des figures qui peuvent l'occuper »²³⁵. Grâce à ce procédé, le sol est divisé en portions susceptibles d'être identifiées, individualisées, comptées, appropriées, valorisées, vendues, etc.

La propriété du sol n'est pas très éloignée de celle des étoiles tout en s'en distinguant. La Terre n'est pas une étoile, mais une planète. Toutefois, c'est un corps évoluant dans l'univers, et rien ne s'oppose, en théorie, à appliquer le modèle de propriété des étoiles du « businessman » à la Terre, ce qui équivaldrait alors à la propriété d'une planète. L'hypothèse est théorique, et probablement de peu d'intérêt. L'homme habite la planète Terre avec de nombreux congénères, susceptibles d'être au moins pour une grande partie d'entre eux des businessmen ; cela rend peu probable la propriété de toute la planète par un seul individu. Le système du comptage arithmétique des étoiles apparaît donc insuffisant, et doit être complété par la géométrie. Avec la géométrie, l'homme va pouvoir revenir à une unité équivalente à l'étoile du businessman, mais adaptée à la possession de la Terre en portions. Si la géométrie est plus appropriée, ce n'est pas tant en ce qu'elle rend la Terre divisible. Après tout, le businessman aurait pu diviser ses étoiles et dire qu'il était propriétaire d'un milliard de demi-étoiles, plutôt que cinq cents millions d'étoiles. De même, l'homme pourrait envisager la division du sol sous forme de fraction. Simplement, si le format un fonds de terre égal, par exemple, à 1/milliardième de la planète Terre, opère une division satisfaisante, il n'offre pas la possibilité de localiser cette fraction sur la planète. Or, arrive ici la principale distinction entre la relation homme, planète terre et celle du businessman avec ses étoiles. Contrairement au businessman, l'homme vit sur la Terre et se préoccupe assez peu de la Terre dans son ensemble ou même des parties de cet ensemble, mais plutôt de parties précises quant à leur situation. C'est pourquoi il lui est nécessaire d'individualiser non seulement des portions du sol, mais des portions localisables. La géométrie va répondre à ce besoin, puisque les portions de sol vont permettre (géométrie plane) d'aboutir à une surface qui sera une portion de la planète localisable sur cette planète. Avec la géométrie, une portion de sol coté longueur, largeur qui aura une place et une seule sur la planète est définie. Le procédé est plus complexe que le comptage du businessman sur la forme, mais poursuit la même finalité. E. Leroy pour décrire ce système parle de matrice géométrique²³⁶, ce qui paraît tout à fait approprié, d'autant qu'elle est mise en œuvre par des géomètres ! La triangulation qui a permis le développement du cadastre (cf. infra §137 et s.),

²³⁵ TIFL entrée « géométrie ».

²³⁶ E. Leroy, « La terre de l'autre, Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière », Droit et société, Maison des sciences de l'homme. Recherche et travaux, L.G.D.J 2011, p. 55.

mais aussi des méthodes plus modernes intégrant des systèmes de relevés satellitaires, confirme cette dimension mathématique, déjà visible à Rome²³⁷.

Par la géométrisation des portions du sol, des fonds de terre, sont individualisées, sous forme de quadrilatères, comme le fait le businessman pour les étoiles, aboutissant au même résultat. Ces portions de sol peuvent être comptées, valorisées, échangées, placées en banque. Il faut encore remarquer un point de ressemblance avec la possession des étoiles. Comme dans cette hypothèse, la géométrisation n'est pas une opération matérielle. Elle est purement idéale. Certes, l'homme peut toucher le sol, et ne pas seulement le regarder, alors que le businessman du Petit Prince se limite, *a priori*, à observer ses étoiles. Simplement, cette expérience tactile est sans incidence sur l'opération de division du sol. Des actes pourront venir matérialiser la division, voire être concomitants à cette opération. La division pourra aussi intégrer des limites naturelles. Toutefois, ces actes bien qu'agissant sur la matière n'auront pas pour effet de diviser le sol. L'unité du sol perdurera et avec elle son étendue sans barrières, ni bords comme l'indique S. Hawking.

La dimension mathématique, ou idéale, de l'étendue du fonds de terre n'est donc pas douteuse. Tout comme il n'est pas douteux que cette opération relevant de la géométrie est la cause du bien-fonds de terre. Toutefois, sur la base de ce constat le sol civiliste ne peut être réduit à une chose incorporelle.

2. Une géométrisation qui se limite à l'étendue du sol

(110.) L'idéalité de l'étendue du sol civiliste ne lui permet pas de se soustraire à sa qualité première : représenter une portion d'un corps, la planète Terre. Au fil du temps l'opération de division du sol s'est éloignée de la matière, rappelant le phénomène d'idéalisation de la matière (cf. supra §68 et s.), le fonds de terre doit conserver un lien avec la matière.

À l'origine, le découpage du sol ne correspond pas à une démarche mathématique. Les pratiques des *agrimensores* romains s'apparentaient plus à des rituels religieux, ayant pour but d'asseoir leur pouvoir, qu'à des mathématiques, même s'ils traçaient des droites au sol (cf. infra §110). De même, la délimitation des parcelles était initialement une réplique de ce que l'homme observait dans la nature, et dans la limite de ses moyens, notamment techniques. Les champs, domaines, etc., étaient délimités en tout ou partie, en tenant compte de la matérialité des éléments naturels, rivière, bois, montagnes, etc., qui étaient eux-mêmes perçus comme des limites. Ces limites matérielles avaient une dimension absolue, c'est-à-

²³⁷ J. Troutier, « La sacralisation de la propriété foncière. Le phénomène et ses manifestations chez les poètes de l'époque augustéenne », 2009, Université de Franche-Comté, Annexes 1 cartes et illustrations, Fig. 4, 5 et 6 : vignettes gromatiques comprenant des territoires centuriés sous la forme de trames géométriques en carrés. La matrice cadastrale apparaît clairement soit sur les parties de plans à venir, soit en filigrane des plans définitifs.

dire des limites indépassables. Elles étaient également source de sens par rapport à l'organisation du corps social en matière d'agriculture, de commerce, marquant par exemple la différence entre des zones montagneuses ou des vallées. L'homme ne percevait pas que ces limites naturelles, extérieures à lui, relevaient de son interprétation²³⁸. De même, cet homme jugeait naturelle l'existence de champs longs et étroits dans telle région, et plutôt carrés dans une autre, alors que ces formes dépendaient aussi, et sans doute avant tout, des méthodes de culture mises en œuvre par l'homme lui-même²³⁹. Sur la base de ces limites, l'homme bâtit un système de division du sol, les répliquant et les modélisant²⁴⁰ grâce à la géométrie. La division du sol est donc le résultat d'un mélange d'observation, d'intuition et de raison mathématique. La procédure de bornage qui sera étudiée ci-après n'est pas seulement une opération mathématique. Toutefois, la délimitation du sol moderne, grossièrement née lors de la Révolution, privilégie cette composante. La limite de la parcelle moderne est d'abord réalisée *in vitro*, sur la base de plans, et la tendance s'est accrue avec le temps. Ce sol civiliste, essentiellement mathématique, s'est rapproché du comptage opéré par le businessman dialoguant avec le Petit Prince. L'évolution d'un sol faisant primer la géométrie trouve sûrement sa source dans la pensée de Galilée et de Descartes, qui en réduisant la matière « ... à l'étendue géométrique, en proposent une représentation compatible avec le développement de la physique mathématique. »²⁴¹. Toutefois, il serait faux de penser que cet accroissement de la place de la géométrie dans la division du sol moderne provoque la disparition de la matière.

La géométrie n'est qu'un moyen de représenter le sol, et plus précisément son étendue, sans se confondre avec le sol lui-même, qui demeure une partie d'une chose corporelle, la planète Terre. D'ailleurs rien ne dit que ce mouvement favorisant une approche mathématique du sol, ne donnera pas lieu à un retour de la matière, matière prise par exemple comme écosystème sous l'influence de l'écologie. Quelles que soient les évolutions à venir, la dimension géométrique du sol civiliste est fondamentale, car elle répond à la question posée en

²³⁸ L'interprétation ne se rapporte ici pas à la qualité naturelle par exemple d'une rivière rendant compte de son existence en dehors du sujet, mais à sa nature de limite.

²³⁹ Marc Bloch, « Les caractères originaux de l'histoire rurale française », Tome I. (1952), Librairie Armand Colin, Paris, 1968, Un document produit en version numérique par Jean-Marc Simonet, bénévole, professeur retraité de l'Université de Paris XI-Orsay, Dans le cadre de la collection: "Les classiques des sciences sociales", développée en collaboration avec la Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi, p.80 : « Mais dans les premiers, où on se servait de l'araire, pour ne pas faire les pièces trop vastes, tout en leur maintenant une honnête largeur, il suffisait de réduire sur la longueur. L'emploi de la charrue interdisait de procéder ainsi. Là où elle était en usage, on fut donc amené, pour ne pas raccourcir les parcelles et en même temps ne pas leur donner une étendue excessive, à les amincir ; c'était se condamner à les grouper en faisceaux réguliers, sans quoi — hypothèse absurde ! — elles se fussent croisées. ».

²⁴⁰ Voir sur cette question l'exemple Romain, D. Acolat, « Représenter le paysage antique. Des normes des arpenteurs romains aux témoignages épigraphiques (Ile-IXe siècle) » A.H.S.R. | Histoire & Sociétés Rurales 2005/2 - Vol. 24 pages 7 à 56, par exemple p.29 : « Des bornes anthropiques ajoutées pour préciser les limites naturelles » ou p.50 « ... dans les traités (d'arpentage), les Romains modélisent le paysage en s'attachant à faire coexister nature et culture, la marque anthropique et l'aménagement étant montrés comme des preuves de maîtrise et de complémentarité avec l'espace dans lequel ils vivent. ».

²⁴¹ C. Demonque, E. Clément, L. Hansen-Love, P. Kahn, « La philosophie de A à Z », Hatier, Paris, 2011, entrée « matière ».

introduction de ce paragraphe. Cette partie des mathématiques est le moyen utilisé par le droit pour diviser une chose que la physique décrit comme unitaire. Elle individualise par l'esprit, ce qui est matériellement entier. Ce point est important, mais doit être complété par un autre aspect, qui l'est tout autant, celui de savoir pourquoi le sol civiliste a besoin d'être divisé ou individualisé.

§1 L'individualisation du sol et la propriété civiliste

(111.) La préoccupation de la division du sol n'est pas nouvelle et contient en elle la problématique de la limite ou frontière²⁴², qui dépasse allègrement la propriété foncière et même la science juridique. La délimitation du sol, elle-même, renvoie essentiellement à une opération touchant à la matière, même si nous verrons qu'elle va bien au-delà. Touchant initialement au sacré, à la religion, le découpage du sol reste aujourd'hui, comme hier, un élément structurant du corps social, comme en atteste l'image du planteur de pieux de Rousseau, ou plus prosaïquement l'immixtion du droit pénal dans la procédure de bornage (cf. infra §124 et s.). La polysémie du mot « terme », qui sera le plus souvent synonyme de borne au sens de matérialisation du bornage, mais pas seulement, exprime aussi la transversalité de la notion de limite. Cette polysémie n'est pas sans rappeler un autre terme polysémique lui aussi évoqué à l'occasion de la corporalité du sol, le terme « espace » (cf. supra §72). Comme la notion d'espace d'ailleurs, celle de limite ou terme mêle savamment matérialité et idéalité par l'intermédiaire du droit – lui-même espace délimité. La connexion entre les deux notions (limite et espace) apparaît dans l'étymologie du terme règle comme l'expose P. Amseleck (cf. supra §74). La règle, au sens de modalités d'usage, est aussi présente dans le mot terme défini comme une notion, un mot. Le mot (élément de linguistique) dans sa forme résiduelle peut en effet s'analyser en un concept, soit un espace, un espace de sens contenant des limites, des modalités d'usage.

Autant dire que le présent paragraphe sera lui-même limité ! Son principal mérite sera de souligner le lien consubstantiel entre la division du sol et, plus précisément la division géométrique du sol, et la propriété individuelle civiliste. Ce sujet, pris isolément, est encore extrêmement vaste, il suffit par exemple de songer aux implications de la délimitation du sol lors de la découverte des Amériques ou du phénomène plus récent de la colonisation. Pour tenter de circonscrire sommairement l'étendue du sujet, quelques bornes seront posées.

²⁴² R. Debray, « Eloge des frontières », Editions Gallimard, 2010.

Le premier jalon consistera en une brève présentation de la délimitation du sol à Rome (A). Le but n'est pas la recherche d'un modèle absolu. D'autres sociétés plus anciennes développèrent des modèles de propriétés foncières similaires²⁴³. Il n'en demeure pas moins que l'exemple romain éclaire le modèle civiliste²⁴⁴. Le second jalon appartient également à l'histoire tout en étant partie prenante de la propriété civiliste et de son mode de division du sol. Cette seconde borne revient sur la période révolutionnaire et l'importance de la division du sol dans la formation de la propriété du code (B).

A. L'individualisation du sol à Rome

(112.) L'individualisation du sol à Rome recèle de nombreuses facettes. Pour notre propos, deux points représentent un intérêt particulier, la sacralisation de l'acte de diviser le sol (1), et la place de la géométrie dans cet acte (2). Mise en œuvre par les *agrimensores*, cette division du sol, très rationnelle en dépit de son mysticisme, doit être appréciée en tenant compte du fait qu'à Rome les territoires divisés étaient des territoires « neufs », soit du fait d'un développement urbain, soit surtout en raison de conquêtes militaires.

1. Terminus le dieu protecteur des limites du sol et de la propriété individuelle

(113.) Les Romains vénéraient un dieu chargé de protéger les lignes séparatrices des champs et parcelles. Cette connexion entre le monde spirituel et temporel rappelle la portée de la limite du sol à Rome, fondée sur un modèle de propriété privée.

Ce dieu était dénommé Terminus et il « ...se manifestait dans les bornes qui délimitaient les propriétés foncières »²⁴⁵. Relativement au nom de ce dieu, les bornes étaient appelées « terme », expliquant l'un des sens actuels du mot terme. Les pouvoirs reconnus à Terminus étaient très proches de ceux attribués aujourd'hui au bornage, à savoir la faculté de garantir la fiabilité de la ligne démarquant deux propriétés, et l'attribution d'une autorité s'imposant aux deux propriétaires. D'un point de vue pratique, le but était d'éviter les querelles entre voisins par le recours à l'autorité religieuse, plutôt que l'autorité de l'État du Code civil. C'est pourquoi certains poètes louant le dieu Terme disaient : Terminus « sans toi, chaque champ serait exposé aux litiges »²⁴⁶. À Rome, « Chaque borne représentait ce Dieu »²⁴⁷ nous

²⁴³ E. Cuq, « la propriété foncière en Chaldée d'après les pierres limites (Koudourrous) du musée du Louvre, Nouvelle Revue Historique de Droit, 1909, p. 701 – 738.

²⁴⁴ C. Perrin, « Étude sur l'action en bornage. Droit romain. Droit français. », Thèse. Paris, 1874.

²⁴⁵ J. Troutier, « La sacralisation de la propriété foncière. Le phénomène et ses manifestations chez les poètes de l'époque augustéenne, 2009, Université de Franche-Comté, p. 608.

²⁴⁶ J. Troutier, « La sacralisation de la propriété foncière. Le phénomène et ses manifestations chez les poètes de l'époque augustéenne, 2009, Université de Franche-Comté, p. 610.

dit Duranton. Par ailleurs, la déification par l'entremise de Terminus de la limite de l'objet de la propriété n'est pas sans déteindre sur la propriété elle-même. Comme nous le verrons avec le bornage, si « la borne ne fait pas le propriétaire », elle est la marque identitaire de la propriété individuelle. L'exclusivité du bien objet de propriété, au cœur du processus de ce mode d'appropriation, dépend sinon de l'existence d'une limite, au moins de la faculté de définir une limite (cf. infra §124 et s.). Avec le dieu Terminus, ce n'est donc pas seulement les bornes délimitant les propriétés qui sont sacrées, mais également le système d'organisation du sol nécessitant ces bornes. Pour reprendre les mots d'un historien : « Terminus scelle le pacte de la cité avec ses habitants en légalisant la propriété, en la justifiant tout en obligeant les propriétaires fonciers à coexister selon un principe unique qui est le respect de la fondation que la limite justifie et que la borne scelle dans le sol », et même « le dieu terme se tient en gardien à l'entrée du monde »²⁴⁸.

Et, effectivement, si le monde se confond avec un sol objet d'une propriété individuelle et exclusive, ce qui était le cas à Rome, Terminus est bien le gardien de la limite du monde, d'autant que par de là cette limite, se trouvait un autre monde celui « laissé aux barbares »²⁴⁹. Après avoir exposé la portée des limites du sol, voyons comment ces limites étaient réalisées en pratique.

2. *Les agrimensores, des géomètres faiseurs de limites*

(114.) La délimitation du sol à Rome avait cours dans la cité romaine, mais aussi dans l'Empire pour les terres de conquête. Ces dernières étaient destinées à devenir des propriétés privées répondant ou maintenues sous le statut de sol public, l'*ager publicus*.

La répartition des terres privées romaines provenant d'un sol commun se faisant par individus²⁵⁰, l'opération nécessitait le recours à une individualisation par parcelles afin de prévenir d'éventuels conflits²⁵¹. Dit autrement, la clé de répartition étant le sujet, cette clef était appliquée à l'objet du partage. À la base du système, figure une division des terres en carrés ou rectangles par niveaux. Au premier niveau se trouvaient – les centurries. Chaque

²⁴⁷ M. Duranton, « Cours de droit français : suivant le Code civil », Tome cinquième, 1828, p. 233 §245, note bas de page n°1. Chaque borne représentait ce Dieu: Termine, vel lapis, tu quoque numen habes. Ovid. Fast. II.

²⁴⁸ J. Troutier, « La sacralisation de la propriété foncière. Le phénomène et ses manifestations chez les poètes de l'époque augustéenne, 2009, Université de Franche-Comté, p. 613, note bas de page 1 J. Troutier citant A. Gonzales.

²⁴⁹ D. Acolat, « Représenter le paysage antique. Des normes des arpenteurs romains aux témoignages épigraphiques (IIe-IXe siècle) » A.H.S.R. | Histoire & Sociétés Rurales 2005/2 - Vol. 24 p.7 : « Sous l'Empire Romain, les éléments naturels du paysage jouaient un rôle déterminant dans la représentation de l'espace à plusieurs échelles. La plus petite géographiquement, était celle du monde alors connu : certaines chaînes de montagnes, réelles ou mythiques, et certains grands fleuves (Rhin, Danube, Euphrate, Phase) représentaient les limites extérieures entre le monde connu et des espaces laissés aux «Barbares» ».

²⁵⁰ Par individu, il faut entendre un sujet ou le représentant d'une famille au moins à l'origine, voir en ce sens par exemple F. Challaye, « Histoire de la propriété », PUF - Que-sais-je?, Broche, Paris, 1967, p. 29.

²⁵¹ C. Perrin, « Étude sur l'action en bornage. Droit romain. Droit français », Thèse. Paris, 1874, p. 6 premier partage du sol à Rome.

centurie était elle-même l'objet d'une subdivision toujours suivant des formes géométriques semblables (carrées ou rectangulaires). Ces nouvelles unités – *actus* ou *fundus*, étaient à leur tour scindées en deux, *fundi* ou jugères, dont la superficie variait en fonction de considérations agraires. Les limites de ces parcelles de quatre côtés étaient matérialisées par des bornes, les termes, qui au moins pour certaines, contenaient des indications de leur position au regard de la trame d'ensemble²⁵². La délimitation de la parcelle, pratiquée *in situ*, était l'œuvre d'arpenteurs appelés *agrimensores*, qui étaient initialement des augures. Le *modus operandi* des *agrimensores* ne laisse aucune place au doute quant à la dimension géométrique de leur art, en dehors même du fait que le résultat de la division correspondait à des parcelles ou domaines quadrangulaires ; ils opéraient comme suit²⁵³ : en présence d'un terrain à borner, l'*agrimensore* se tournait vers le ciel pour y repérer à l'aide des astres les quatre points cardinaux. Puis, il traçait une droite dans le ciel qui était transposée sur le sol, et reproduite sur un plan. La droite allait du Nord au Sud et chaque extrémité s'arrêtait à la limite du sol à définir. Cette droite était appelée *kardo*. Suivant le même procédé, une seconde droite était tracée, cette fois orientée est ouest, naturellement perpendiculaire et croisant la première. La seconde droite était nommée *decumanus*. À partir de cette croix primaire, deux droites parallèles entre elles étaient tirées aux deux extrémités de *kardo* (les *kardo maximus*) et deux autres parallèles prenaient place aux deux bouts de *decumanus* (les *decumanus maximus*), le point de rencontre de ces quatre lignes formant les angles d'un polygone de quatre côtés. À l'intérieur de cette forme rectangulaire primaire, toujours selon un axe Nord Sud et Est Ouest, de nouvelles droites formant de nouveaux rectangles étaient traçait et portaient le nom de *decumani* et *kardines*. Ensuite, à partir des deux droites perpendiculaires originelles *kardo* et *decumanus* était créée une voie destinée à la circulation publique de douze pieds de large. Une fonction identique, mais cette fois pour les déplacements privés, était réservée aux *decumani* et *kardines* (droites délimitant les parcelles intérieures). Ces voies secondaires étaient d'une largeur inférieure de moitié aux premières, et prenaient la forme de remparts ou jetées.

Le schéma d'ensemble aboutissait à un damier avec une centrale en forme de croix, dupliqué à l'intérieur des parcelles allant de la centurie aux jugères²⁵⁴ correspondant exactement à la matrice géométrique d'E. Leroy (cf. supra §109). Au fil du temps, sous la pression de divers facteurs comme la concentration des terres, ce formatage originel a perdu de son importance, mais conserva longtemps un effet structurant de la propriété foncière romaine. De plus, l'individualisation du sol resta perçue à juste titre comme un des éléments essentiels de la

²⁵² Pour l'image d'une borne, voire J. Rubini, « La borne de Cantabrie », Histoire & mesure [En ligne], XIX - 1/2 | 2004, mis en ligne le 30 juin 2007, consulté le 12 février 2015. URL : <http://histoiremesure.revues.org/809> p. 4 §13.

²⁵³ C. Perrin, « Étude sur l'action en bornage. Droit romain. Droit français », Thèse. Paris, 1874 p. 12.

propriété foncière romaine, propriété qui influença fortement la science juridique, et en particulier la genèse de la propriété civiliste.

La division du sol à Rome démontre de façon flagrante le recours à la géométrie, tremplin vers une appropriation individuelle et exclusive. Les *agrimensores* définissaient l'étendue du sol via ni plus, ni moins des parcelles rectangles ou carrées. Les parcelles, devenues des unités indépendantes, étaient ensuite accessibles individuellement par la mise en place d'un quadrillage de voies, ce qui accessoirement montre la nécessaire dimension collective de la propriété individuelle.

La propriété individuelle et exclusive, voire sacralisée par Terminus, sous-tendant un sol divisé fut un précédent, et un exemple pour le mouvement révolutionnaire, dont l'épicentre était la répartition de l'accès à la ressource foncière.

B. L'individualisation du sol et la propriété individuelle moderne

(115.) l'examen du modèle théorique à la base de la propriété civiliste (1) comme les débats préalables à cette propriété (2) attestent des enjeux portés par l'individualisation du sol.

1. L'individualisation du sol ou le prolongement du corps du sujet dans la chose

(116.) La nécessité d'un sol individualisé est un caractère inhérent à la propriété individuelle (a), déjà présente chez Locke (b).

a. La propriété individuelle suppose une chose individuelle ou individualisée

(117.) Le sujet abordé ici revient à la question : pourquoi le sol doit-il être individualisé en régime de propriété individuelle ? La réponse n'a rien de complexe et peut être résumée en disant : l'individualisation de la chose objet de propriété suit l'individualité du sujet dépositaire du droit de propriété.

Auparavant, notons deux points accessoires, mais éclairants, à propos de l'individualisation sol, points que nous mentionnerons sans les développer. Premier point, le système civiliste contient une individualisation du sol répliquant celle du titulaire du droit, l'individu. Cependant, ce système va plus loin en individualisant le droit de propriété lui-même, dans la mesure où il est attribué à un seul, ce qui fonde sa particularité comparativement à la propriété simultanée par exemple (cf. infra §531 et s.). Deuxième point, l'individualisation

²⁵⁴ Pour un croquis voir C. Perrin, « Étude sur l'action en bornage. Droit romain », Droit français. Thèse. Paris, 1874 p. 13.

du sol est inhérente à la propriété individuelle, mais concerne tout autant la propriété communautaire, voire collective. Dans l'hypothèse, d'une communauté jouissant du sol en commun, cette terre sera réservée à la communauté, ce qui posera la question de la limite de la terre commune vis-à-vis des sujets extérieurs à la communauté et des autres communautés. En d'autres termes, l'individualisation du sol au sens civiliste pourra être exclue dans les relations intracommunautaires, mais vaudra pour les relations externes. Le seul moyen d'écarter cette conclusion serait une collectivisation globale.

Sans avoir le monopole de l'individualisation du sol, la propriété individuelle est un modèle de propriété pour lequel cet aspect est primordial. Cette spécificité est palpable dans l'idée selon laquelle la propriété serait la liberté dans l'ordre des choses²⁵⁵. Pour que le propriétaire soit libre de sa chose, cette dernière doit être indépendante, sinon la chose est contrainte et par son intermédiaire le propriétaire l'est également. Le sol étant compris dans une unité plus vaste, la planète Terre, il ne peut accéder à cette indépendance que par l'individualisation qu'organise le droit en recourant à la géométrie. Sans individualisation de l'objet, la relation au sujet est défectueuse. Répétons-le, cette individualisation est purement conceptuelle, puisque le droit ne remet pas en cause la physique. Le lien entre individualisation du sol et propriété individuelle est encore plus prégnant dans la pensée de Jhering : « la propriété n'est que la périphérie de ma personne étendue aux choses », ²⁵⁶ pensée reprise par l'auteur, P. Hébraud, en préface la thèse de J. P. Marty. Sous la plume de Jhering, le parallèle entre individualité du sujet propriétaire et de la chose appropriée est des plus éloquents. P. Hébraud attribue la genèse de la formule à Hegel.

Toutefois, si la citation de Jhering incarne parfaitement la dépendance entre la propriété individuelle et l'individualisation du sol, cette dépendance ne se limiterait pas à Hegel mais est associée au caractère identitaire de la propriété individuelle présente chez Locke.

b. L'individualisation du sol condition de la propriété lockéenne

(118.) L'individualisation du sol se retrouve déjà chez Locke, démontrant la consubstantialité entre propriété individuelle et individualisation de l'objet de la propriété.

Locke est le père de la théorie de la propriété travail, et plus largement le penseur influent de la propriété individuelle moderne²⁵⁷, telle que nous la connaissons aujourd'hui en France et

²⁵⁵ Voir par exemple sur cette notion F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ. 1993, p. 305 : « La propriété n'est que la mise en œuvre de la liberté dans l'ordre des biens et se trouve en conséquence soumise au même régime. ».

²⁵⁶ J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie » (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979, Introduction p. xxix Jhering, *La Lutte pour le Droit*, trad. de Meulenaere, p. 46.

²⁵⁷ Jeremy, Waldron, « *Property and Ownership* », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2012 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/property/>>. « La théorie de Locke est largement considérée comme la plus intéressante des théories fondant la propriété. ».

ailleurs. La théorie travail, sans en être la source exclusive, influença nettement le Code civil comme le montrent par exemple les propos de Portalis : « ...c'est par notre industrie que nous avons conquis le sol sur lequel nous existons; c'est par elle que nous avons rendu la terre plus habitable, plus propre à devenir notre demeure. La tâche de l'homme était, pour ainsi dire, d'achever le grand ouvrage de la création. »²⁵⁸. Bien d'autres témoignages pourraient être produits pour évoquer l'adhésion à la propriété travail, comme l'annexe à la séance de l'Assemblée nationale du 21 juillet 1789, préliminaire de la constitution disant : « La propriété de sa personne est le premier des droits. De ce droit primitif découle la propriété des actions et celle du travail car le travail n'est que l'usage utile de ses facultés [...] je m'approprie un objet qui n'appartient à personne, et dont j'ai besoin, par un travail qui la modifie, qui le prépare à mon usage. Mon travail était moi ; il l'est encore : l'objet sur lequel je l'ai fixé, que j'en ai investi, était à moi comme à tout le monde il était même à moi plus qu'aux autres... »²⁵⁹.

Justement pour Locke, ce qui lie l'individu à une chose, c'est son travail, son industrie. À l'origine, le monde est donné par Dieu aux hommes en commun²⁶⁰. Puis, c'est par son travail que l'homme fait siennes ces choses communes²⁶¹. Pothier reprendra également cette idée avec les notions de communauté négative (monde commun) et positive (choses appropriées). Le travail de l'homme scelle et garantit la propriété, puisque pour Locke Dieu ne donne pas seulement le monde à l'homme, mais prescrit à celui-ci d'œuvrer à son développement²⁶². Cette intervention divine prohibe ipso facto la possibilité pour l'homme de remettre en cause, bien évidemment, ce schéma (la propriété), comme son résultat, l'appropriation des choses par le travail. Ainsi, nul ne peut être privé de sa propriété. Concernant plus spécifiquement la fonction du travail qui unit le sujet à la chose, Locke procède de la façon suivante. Il part d'un postulat voulant que l'homme soit propriétaire de son propre corps, puisque le contraire supposerait qu'il ne soit pas libre, mais esclave. Or, l'homme de par la loi de la nature est libre et aucune loi ne peut s'opposer à cette liberté²⁶³, sans remettre en cause la volonté de Dieu de voir l'homme se développer par son travail. À partir de cette propriété première, celle de son corps, l'homme va devenir propriétaire de ce que produit ce

²⁵⁸ N° 43. Exposé des motifs du titre II, livre II, du code civil, de la propriété par le conseiller d'État Portalis. Séance du 28 ventôse an XII, p. 287.

²⁵⁹ Archives parlementaires de 1787 à 1860. Première série (1789 à 1860), Tome VIII du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789, Paris 1875, p.257 et 258. La propriété travail bien que représentant une source importante de la pensée révolutionnaire n'est pas la seule. D'ailleurs la séance évoque la théorie de l'occupation et du contrat social. Il est aussi important de noter l'exclusion des propriétés territoriales qui suit l'adhésion à ses différents courants philosophiques, mais il ne s'agit vraisemblablement que d'une question de temps.

²⁶⁰ J. Locke, « *Two treatises of government* », London, 1821, Book II, p. 214 §34.

²⁶¹ J. Locke, « *Two treatises of government* », London, 1821, Book II, p. 212 §30.

²⁶² J. Locke, « *Two treatises of government* », London, 1821, Book II, p. 215 §35.

²⁶³ J. Locke, « *Two treatises of government* », London, 1821, Book II, p. 205 §22.

corps²⁶⁴. Autrement dit, la production induite par l'action du corps de l'homme va suivre le régime de propriété du corps lui-même. Le travail vaut titre de propriété. Pour étayer son propos, Locke cite plusieurs exemples : l'herbe broutée par son cheval, la motte de gazon arrachée par son serviteur, le minerai extrait, etc. qui pris du monde commun par l'effet du travail, y compris d'autrui, deviennent sa propriété²⁶⁵. Nous n'évoquerons pas ici la légitimité du travail permettant l'assimilation des choses produites par ce travail, au corps de l'homme, ni même sa dimension systémique via la notion de *provisio*, qui s'éloignent de notre sujet. Nous nous limiterons donc à relever, sur la base de la description schématique de la propriété lockéenne ci-dessus proposée, la conditionnalité tenant à la chose. Pour que le sujet puisse être propriétaire des choses produites par son corps comme il l'est de son corps, ces choses doivent impérativement respecter une condition. Les choses doivent pouvoir être individualisées, c'est-à-dire des choses dissociables les unes des autres, comme l'homme, ou du moins son corps, l'est de ses congénères. À défaut, la conséquence du travail, le prolongement du corps de l'homme dans le monde des choses, reviendrait à dissoudre l'individualité de l'homme dans le monde commun, soit le strict contraire des vertus accordées au travail. Ainsi, logiquement les exemples de Locke portent sur choses individualisées ou individualisables, l'herbe broutée, la motte arrachée, le minerai extrait. Une question surgit immédiatement : quid du sol. Contrairement à l'herbe, la motte, ou le minerai, le sol est partie prenante d'un tout, la planète Terre. Pour remédier à cette contrainte, Locke va bien sûr diviser le sol, l'individualiser. Il évoquera pour cela plus seulement le sol au sens générique²⁶⁶ (*land*), mais le sol individualisé, la parcelle de terre²⁶⁷ (*parcels of land*) ou même portions de la terre (*parts of the earth*). Par ce biais, Locke opère une géométrisation du sol, probablement intuitive, débouchant sur des portions de sol remplissant la condition posée par son modèle de propriété.

L'individualisation du sol apparaît donc bien comme le moyen de l'instauration d'un régime de propriété foncière individuelle en ce qu'elle permet l'extension du sujet dans le monde des choses. Par ailleurs, ce système d'appropriation du sol par chaque individu va présenter un avantage des plus opportuns, celui de prendre l'ascendant ou la primauté sur l'État²⁶⁸, puisque ce modèle de propriété peut se mettre en place par un simple binôme sujet, chose lié par le travail. Dès lors, l'état lockéen est un état minimaliste avec pour principale mission la préservation de la propriété²⁶⁹. Le code s'est inspiré de la pensée de Locke en optant pour

²⁶⁴ J. Locke, « *Two treatises of government* », London, 1821, Book II, p. 209 §27.

²⁶⁵ J. Locke, « *Two treatises of government* », London, 1821, Book II, p. 211 §28.

²⁶⁶ Locke évoque dans son ouvrage le sol par le terme « *land* », sauf lors de son exposé des canons de la propriété où il recourt aux termes de « *parcel of land* » ou « *part of the earth* ».

²⁶⁷ J. Locke, « *Two treatises of government* », London, 1821, Book II, p.214 §33 et p. 222 §39.

²⁶⁸ J. Locke, « *Two treatises of government* », London, 1821, Book II, p.225 et 226 §45.

²⁶⁹ J. Locke, « *Two treatises of government* », London, 1821, Book II, p.301 §134, p. 337 §171 et p. 377 §222.

une propriété proche de la proposition du philosophe anglais, comme le signalent symboliquement les mots de Portalis. Les débats en relation avec la Révolution à propos de l'individualisation du permettent de comprendre cette proximité.

2. *L'enjeu de l'individualisation et la période révolutionnaire*

a. La division du sol pour une liberté sans entraves dans l'ordre des choses

(119.) La Révolution, puis le Code civil ont transformé la propriété foncière. L'un des enjeux de cette période fut « d'affranchir les terres »²⁷⁰, de libérer les hommes et le sol, en le rendant indépendant par son individualisation ou sa division.

Remarquons avant qu'en reprenant la perspective de Locke, celle de l'homme et celle du sol, ces registres de liberté n'en forment qu'un seul. La liberté de l'homme est conditionnée par celle des choses. Nous venons de le voir, pour que l'homme puisse assurer son développement conformément à la volonté de Dieu, il doit par son travail être en mesure de s'approprier des choses indépendantes les unes des autres, conduisant à l'individualisation du sol. Dans le même temps, la liberté des choses suppose celles des hommes, puisque l'esclave – propriété d'autrui, n'est pas, et encore moins, en mesure d'accéder à la propriété des choses. La Révolution française est portée par cet élan de liberté des hommes et des choses. Les raisons et motivations sont certainement au moins tout autant pratiques que philosophiques. Il n'en demeure pas moins que la propriété a été un point de rencontre des aspirations révolutionnaires²⁷¹, qui plus précisément se sont orientées vers le sol. Pour le dire encore plus simplement, les Français voulaient être propriétaires de la terre. Pour cerner notre sujet, il faut assez étonnamment préciser cette volonté « d'être propriétaires », qui contre toute attente, ne va pas de soi. Tocqueville, par exemple, indique que les paysans français étaient déjà propriétaires à la veille de 1789 : « ... en France... le paysan n'avait pas seulement cessé d'être serf ; il était devenu propriétaire foncier. »²⁷². La propriété paysanne, ou la petite propriété, était courante²⁷³ et, plutôt plus que dans les autres pays européens²⁷⁴.

²⁷⁰ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §301 p.464 : « Cependant la liberté des biens importe autant que celles des personnes, et l'œuvre de la Révolution a été autant d'affranchir les terres des charges réelles, que les personnes du servage. Lorsqu'un bien est grevé d'un droit réel, la propriété s'en trouve affectée. ».

²⁷¹ Pour un constat concordant et circonspect voir M. Xifaras, « La Propriété : Étude de philosophie du droit », PUF, 2004, p.11 : « La Révolution française déchirée quant à la nature politique du nouveau régime, acquiert rapidement la certitude que celui-ci sera en tout état de cause fondé sur la propriété. Un consensus politique se cristallise autour du nouveau dogme, assez solide pour garantir la continuité de la Nation, tandis que périssent les régimes constitutionnels. ».

²⁷² A. de Tocqueville, « L'Ancien régime et la Révolution », Paris, 1856, p. 35.

²⁷³ A. de Tocqueville, « L'Ancien régime et la Révolution », Paris, 1856, p. 36, en comparant les terriers de l'ancien régime avec le cadastre de son temps, Tocqueville établit la présence d'une petite propriété en nombre, dès avant la Révolution : « Ces états (de propriétés prérévolutionnaires) ont disparu pour la plupart ; néanmoins, je les ai retrouvés dans un certain nombres de villages, et, en les comparant avec les rôles de nos jours, j'ai vu que, dans ces villages-là, le nombre des propriétaires fonciers s'élevait à la moitié, souvent aux deux tiers du nombre actuel ; ce qui paraîtra bien remarquable si l'on pense que la population totale de la France s'est accrue de plus d'un quart depuis ce temps. ».

Se pose donc la question de savoir, si l'on en croit Tocqueville dont le propos semble étayé, pourquoi ce souhait de propriété de la part de gens qui étaient déjà propriétaires ? La réponse à cette question tient au sens du terme propriétaire. Les velléités révolutionnaires n'avaient pas pour objectif une propriété au sens de Tocqueville, mais une propriété libre de toutes entraves. H. Regnault²⁷⁵ confirme ce point en disant, au moment de la Révolution « qui possède la terre la veut libre et qui ne tient pas encore la terre est avide de l'acquérir ». Pour comprendre cette distinction lourde de conséquences, il faut citer en complément A. Soboul, historien de la Révolution ; selon cet auteur : « Paysans et artisans pour disposer librement de leur personne et de leur travail, devaient d'abord cessaient d'être inféodés à autrui, attachés à la terre ou prisonniers dans le cadre d'une corporation.[...] producteurs immédiats ou ambitionnant de le devenir, paysans et artisans fondaient la propriété sur le travail personnel et rêvaient d'une société de petits producteurs, chacun possédant son champ, son atelier, sa boutique ; confusément, ils entendaient prévenir la constitution d'un monopole de la richesse, comme d'un prolétariat dépendant. Ces aspirations profondes rendent compte des luttes sociales et politiques sous la Révolution... »²⁷⁶. Au nombre de ces luttes, figure assurément la douloureuse et tumultueuse abolition des droits féodaux et des rentes foncières (cf. supra §26 et s.). Les propos concordants de H. Regnault et A. Soboul répondent à l'observation de Tocqueville. La propriété évoquée par ce dernier, ne coïncide pas avec celle prônée, ou plus exactement construite par le mouvement révolutionnaire, puisque le modèle d'appropriation né au moment de la Révolution relève vraisemblablement du processus. En 1789, le terme propriété avait un sens proche de celui de Tocqueville, mais plus en 1793 et probablement encore moins en 1795, étant précisé que la propriété de 1804 répond encore à une autre définition, qui servira de synthèse fondatrice. Cette interprétation d'une propriété en quête de liberté est celle livrée par Laferrière dans son histoire contant les apports de la Révolution : « En temps de révolution, cette logique inflexible ne s'arrête que quand la dernière de toutes les conséquences a été réalisée par les faits extérieurs : la dernière conséquence était la libération absolue de tous les droits qui tenaient directement et indirectement aux concessions féodales. »²⁷⁷. L'auteur se fait encore plus précis en disant « Affranchir la terre, ce n'était pas assez pour la Révolution, il fallait la diviser et en faciliter la transmission. La diviser pour multiplier les propriétaires et les citoyens intéressés au nouvel ordre des choses... »²⁷⁸. En résumé, Laferrière livre cette phrase évocatrice, reprise

²⁷⁴ A. de Tocqueville, *L'Ancien régime et la Révolution*, Paris, 1856, p. 45.

²⁷⁵ H. Regnault, « *Manuel d'histoire de droit français* », 2ème éd., Paris, Sirey 1942.

²⁷⁶ A. Soboul, « *La Révolution française* », PUF, 2010, p. 21.

²⁷⁷ F. Laferrière, « *Histoire des principes, des institutions & des lois, pendant la Révolution française, depuis 1789 jusqu'à 1804* », (1851), p. 152.

²⁷⁸ F. Laferrière, « *Histoire des principes, des institutions & des lois, pendant la Révolution française, depuis 1789 jusqu'à 1804* », (1851), p. 153.

par Demolombe²⁷⁹ : « L'objet de la Révolution dans l'ordre de la propriété territoriale fut d'affranchir le sol, de le diviser, d'en faciliter la transmission »²⁸⁰.

Apparaît ici pourquoi la division du sol est intimement liée à l'œuvre de la Révolution. Cette division emporte le développement de la propriété, c'est un moyen de répondre à l'aspiration des paysans et des commerçants d'A. Soboul, mais ce n'est pas tout. Pour atteindre cet objectif, diviser c'est aussi, concevoir un sol permettant d'être appréhendé par des individus par l'effet de leur travail, soit des portions de sol géométrisées. Le mouvement de géométrisation du sol qui prit place pendant la Révolution conduisant à des parcelles, possède une dimension philosophique et politique. C'est ce que révèle également l'examen du processus de division proprement dit.

b. La division du sol ou la géométrie au service de la propriété

(120.) La géométrisation du sol est étroitement liée au modèle de la propriété du code. L'épisode de la refonte des terriers (alpha) et les débats autour du cadastre (Bêta) ayant eu lieu avant la Révolution atteste de ce lien.

Alpha. La refonte des terriers ou les germes de la géométrisation du sol

(121.) La parcellisation du sol de la Révolution a pour but la conception d'une chose libre, et tout particulièrement libre de droits détenus par un autre que le propriétaire. La division du sol consiste donc à utiliser la géométrie pour garantir la liberté des individus, via celle du sol. Dès lors, on peut parler d'une rencontre incongrue mais prolixue entre la géométrie et la propriété foncière.

Ce sujet sera plus précisément abordé au paragraphe suivant portant sur le bornage et lors de la présentation du cadastre. Nous nous limiterons ici à indiquer comment la géométrisation du sol s'est mise en place. Pour le comprendre, il est nécessaire de se placer avant la Révolution. Pour Tocqueville, la Révolution ne tenait pas à une paysannerie privée de propriété. Selon lui, la spécificité française tenait plus à l'abandon des paysans, ou à l'éloignement des seigneurs de leur terre²⁸¹. « Il ne restait guère dans les campagnes que le gentilhomme que la médiocrité de sa fortune empêchait d'en sortir. »²⁸². Paysans et seigneurs étaient devenus étrangers les uns aux autres. Or, par le régime de propriété de l'Ancien Régime, notamment le domaine divisé, leur sort était lié, et il l'était par la terre. Ce partenariat impersonnel dans une société fondée sur les liens d'homme à homme, mettant

²⁷⁹ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §491 p. 390.

²⁸⁰ F. Laferrière, « Histoire des principes, des institutions & des lois, pendant la Révolution française, depuis 1789 jusqu'à 1804 » (1851), p. 140.

²⁸¹ A. de Tocqueville, « L'Ancien régime et la Révolution, Paris », 1856, p. 185.

d'un côté le capital et de l'autre le travail, était synonyme de rapports de force. M. Bloch a exploré ces tensions en se plaçant sous l'angle de l'individualisation des terres. L'auteur évoque le rôle des terriers ancêtres du cadastre (cf. infra §137 et s.), qui répertoriaient les droits du seigneur et par différence ceux des paysans. Au 18^{ième}, à la veille de la révolution industrielle, mais aussi de l'accroissement des droits des paysans, la terre n'assurait plus aux seigneurs, tout au moins pour une part croissante d'entre eux, un niveau de vie aussi confortable que d'antan. D'autres, éloignés de leurs terres, favorisaient d'abord le rendement. Pour des raisons diverses, revaloriser les revenus de la terre s'imposait ; pour cela, les seigneurs décidèrent de réviser les terriers, soit revisiter à leur avantage la division entre leurs droits et ceux des paysans – le domaine utile. Pour prendre la mesure du phénomène citons M. Bloch *in extenso* : « le terrier, fréquemment remis au net, risquait de peser beaucoup plus lourd ; d'une vieille maxime juridique, on allait tirer, en fait, une charge nouvelle. La jurisprudence semble avoir hésité ; elle ne fut jamais unanime ; aussi bien, sous l'Ancien Régime, de Parlement à Parlement, ne l'était-elle que rarement. En fin de compte, pourtant, depuis le XVII^e siècle, elle se décida, dans une grande partie du royaume, à reconnaître au seigneur le droit de réclamer à ses hommes — ici tous les trente ans, ailleurs même de vingt en vingt ans — tout ou partie, selon les provinces, des dépenses entraînées par le renouvellement des livres redoutables qui fixaient leur sujétion. Comment reculer, désormais, devant un travail qui ne coûtait rien ou peu de chose et dont le profit était certain ? Toute une technique se créa, une « pratique », codifiée, au XVIII^e siècle, par la littérature, et, du même coup, tout un corps de spécialistes, « commissaires » habiles à tracer leur chemin dans le fourré des droits. Bientôt il n'y aura plus guère de bibliothèque de château ou de monastère où l'on ne voit s'aligner sur les rayons, vêtus de basane ou de parchemin, la longue rangée de ces registres — « terriers », « lièves », « arpentements », « marchements », les noms varient à l'infini et les modalités elles-mêmes sont très diverses —, les plus anciens à l'ordinaire misérablement griffonnés, les plus récents calligraphiés d'une plume élégante et claire. Depuis la fin du XVIII^e siècle, de plus en plus souvent, des « plans géométriques » ou des atlas les accompagnent : car la mathématique elle-même, appliquée à la représentation du terrain, s'est mise au service de l'économie. Grâce à ces recensements, qui se succèdent, de génération en génération et plus vite encore, les mailles du réseau seigneurial se resserrent avec force. Nul droit, si modeste fût-il, ne risque plus de périr par prescription.»²⁸³.

²⁸² A. de Tocqueville, « L'Ancien régime et la Révolution, Paris », 1856, p. 186.

²⁸³ M. Bloch, « Les caractères originaux de l'histoire rurale française », Tome I. (1952), Librairie Armand Colin, Paris, 1968, Un document produit en version numérique par Jean-Marc Simonet, bénévole, professeur retraité de l'Université de Paris XI-Orsay, Dans le cadre de la collection: "Les classiques des sciences sociales", développée en collaboration avec la Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi, p. 158.

Préalablement à la Révolution, la division du sol par la géométrie était déjà un moyen d'organiser les droits sur la terre. La géométrie s'est mise au service de l'économie et de la propriété pour reprendre les mots de M. Bloch. Le propriétaire prend les traits du businessman de Saint-Exupéry (cf. supra §107 et s.) ; il se met à compter. La Révolution ne fera que développer ce phénomène.

Bêta. Allou universel et cadastre perpétuel témoins privilégiés de la géométrisation du sol

(122.) La géométrisation du sol, déjà aiguillon de la refonte des terriers, sera reprise et amplifiée par le mouvement révolutionnaire, cette fois dans le but de redistribuer les droits sur la terre. Avec les terriers, la division mathématique du sol était un instrument au service des seigneurs ; la Révolution poursuivra cette œuvre à leurs dépens.

Plusieurs témoignages pourraient être utilisés pour conforter cette thèse. Par souci de concision, seulement deux témoignages, tous deux transcrits dans des ouvrages, seront présentés. Le premier est antérieur, de peu, à la Révolution. Il dépasse la question de la division foncière, puisqu'il s'agit de la proposition de Boncerf (1745 - 1794) prônant la fin de la féodalité. Le second a été publié en 1789, mais rédigé avant. Prenant également la forme d'un plaidoyer, ce témoignage est, lui, au contraire dédié à la division du sol. Son auteur Babeuf (1760 – 1797) fut l'une des grandes figures radicales de la Révolution, dont la notoriété dépasse allègrement celle de son ouvrage sur le cadastre universel, que nous allons brièvement présenter.

Commençons par l'ouvrage de Boncerf²⁸⁴. Publié à Londres en raison de la décision du Parlement de Paris condamnant la « brochure intitulée ; Les inconvénients des droits féodaux, à être lacérée et brûlée au pied du grand escalier du palais... »²⁸⁵, ce livre est passionnant à bien des égards pour qui s'intéresse à cette page de notre histoire. Une présentation exhaustive est hors de propos, mais un minimum s'impose. Cette brochure pour reprendre la qualification des juges, est l'incarnation parfaite de la phrase célèbre de Chateaubriand : « Les patriciens commencèrent la Révolution, les plébéiens l'achevèrent... »²⁸⁶. Boncerf écrit son ouvrage sous un pseudonyme « Francalleu », ce qui en réalité, sans grande finesse, signifie terre libre (le franc alleu), Boncerf donc était conseiller de Turgot (1727 – 1781), lui-même ministre de Louis XVI et sensible aux théories libérales

²⁸⁴ P.-F. Boncerf, « Les Inconvénients des droits féodaux », 1776.

²⁸⁵ P.-F. Boncerf, « Les Inconvénients des droits féodaux », 1776, p. 71.

²⁸⁶ Citée par A. Soboul, « La Révolution française », PUF, 2010, p. 12, citation complète : « Les patriciens commencèrent la Révolution, les plébéiens l'achevèrent : comme la vieille France avait dû sa gloire à la noblesse française, la jeune France lui doit sa liberté, si liberté il y a pour la France. ».

des physiocrates. La proposition de Boncerf était en phase avec les idées de son mentor²⁸⁷. Pour Turgot, il ne s'agissait que d'un stratagème politique, un appel à la réforme adressé au roi en prenant à témoin l'opinion publique. L'ouvrage met ainsi à jour les dissensions au sein du pouvoir royal, comme de la noblesse, sur la question de la féodalité. Louis XVI n'était pas sourd à cette volonté de changement, mais il refusait la suppression des droits féodaux. La raison de ce refus, la protection des droits de propriété des seigneurs, peut paraître surprenante, mais était tout à fait fondée. Le roi a maintenu longtemps cette position, voyant dans la fin des droits féodaux une atteinte à la propriété, comme en fait état l'article 12 de la séance royale du 23 juin 1789 relatée par E. Chénon : « Toutes les propriétés, sans exception, seront constamment respectées ; et Sa Majesté comprend expressément sous le nom de propriétés, les dîmes, cens, rentes, droits et devoirs féodaux et seigneuriaux... »²⁸⁸. D'ailleurs, l'arrêt condamnant la publication de Boncerf, dont la sentence fut limitée par l'intervention de Louis XVI²⁸⁹, a été prononcé en raison du caractère injurieux du livre notamment : « au droit des propriétés des particuliers »²⁹⁰. Revient ici la question soulevée avec le constat de Tocqueville (cf. supra §119), à savoir la définition du terme propriété. Les vœux de Boncerf en faveur d'une propriété individuelle synonyme de « liberté foncière »²⁹¹, non sans une certaine naïveté, il est vrai, se retrouvent dans la libéralisation du sol réclamée par le petit peuple et décrite par A. Soboul. La propriété serait donc bien une notion subjective ; la propriété des uns n'est pas celle des autres ! La propriété des droits féodaux et la propriété paysanne qui y était associée n'est pas celle réclamée en 1789. Derrière les mots de Boncerf se profile l'avènement d'une propriété sans entraves, exclusive. Notons à ce titre que l'auteur fait le parallèle entre la libéralisation des terres et la fin de l'esclavage. Selon Boncerf, dans un esprit hautement positif, aux accents lockéen, cette liberté dans l'ordre des choses engendrera comme son aînée le dévouement des sujets à l'égard de leur souverain. Pour parvenir à ce résultat, l'auteur suggère l'instauration d'un « franc alleu universel »²⁹² contre une indemnisation des seigneurs, abandonnant leurs droits. En complément, Boncerf évoque la division du sol, pour obtenir un modèle de propriété de terres libres. Selon l'auteur, la terre doit être bornée, pour disposer d'un sol libre de droits, permettant au propriétaire de pouvoir jouir de sa chose sans contrainte. Assez classiquement, il se réfère à

²⁸⁷ E. Chénon, « Les démembrements de la propriété foncière en France, avant et après la Révolution », 1923, p. 95 §31 note bas de page n°1.

²⁸⁸ E. Chénon, « Les démembrements de la propriété foncière en France, avant et après la Révolution », 1923, p. 96 §31.

²⁸⁹ Voir sur la suppression des droits féodaux et Turgot voir E. Chénon, « Les démembrements de la propriété foncière en France, avant et après la Révolution », 1923, p.95 §31 note bas de page n°1 : « « Turgot avait compris dans son programme la réforme des droits féodaux ; et pour la préparer, avait fait composer par son premier commis Boncerf le fameux livre : Les inconvénients des droits féodaux, que le Parlement de Paris fit brûler par le bourreau en 1776 ; il fallut l'intervention du roi pour l'empêcher de condamner l'auteur... ».

²⁹⁰ P.-F. Boncerf, « Les Inconvénients des droits féodaux », 1776, p. 71.

²⁹¹ P.-F. Boncerf, « Les Inconvénients des droits féodaux », 1776, p. 13 : « La liberté foncière, à laquelle vous voudriez parvenir, est depuis longtemps le vœu de tous les gens sensés. ».

l'exemple romain en disant : « Rome, dont le territoire était borné, avait sur ce territoire une propriété qui résidait dans le corps de la république, et qui s'exerçait par chacun de ses membres »²⁹³. Ce schéma sera celui du Code civil: un sol borné assurant au propriétaire l'exclusivité de sa chose, dans les seules limites de la loi (cf. infra §124 et s.).

(123.) Le second ouvrage, attestant de l'usage à dessein de la géométrisation du sol par les idéaux révolutionnaires, est plus précis encore. Avec son cadastre perpétuel Babeuf²⁹⁴ allie mathématique et propriété, voire politique. Ce trait n'est pas propre à Babeuf, mais à la pensée révolutionnaire favorable à une rationalisation généralisée. Sieyès est un autre exemple de recours aux mathématiques, et « ne s'arrête pas de compter »²⁹⁵. Concernant Babeuf, ce dernier - commissaire à terriers et feudiste, connaît parfaitement les aspects juridiques du cadastre. Cependant, signe des temps, l'ouvrage est coécrit avec un mathématicien (J. P. Audiffred). En introduction, il est précisé que ce projet de cadastre perpétuel est enrichi : « des avantages à tirer du nouvel instrument trigonométrique de M. Audiffred, dont l'annonce analytique est déjà faite par le titre de cet ouvrage. » ; le titre de l'ouvrage est effectivement du « Cadastre perpétuel ou la Démonstration des procédés convenables à la formation de cet important ouvrage... ». Les procédés en question sont détaillés, et on apprend que l'instrument de mesure principale est un graphomètre complété d'un cyclomètre²⁹⁶. Toutefois, parallèlement à cet aspect technique, l'ouvrage poursuit d'autres objectifs comme il l'est indiqué en première page : « Le fond de cet ouvrage consiste en démonstrations méthodiques sur l'organisation convenable à l'important et trop peu connu travail du cadastre, mais il n'exclut pas le développement succinct, il est vrai, des grandes idées qui s'enchaînent naturellement à l'examen des principes propres à cette majestueuse entreprise dont un véritable exemple était réellement encore à donner aux nations. ». Derrière le sujet du cadastre est principalement traité celui de l'impôt, mais la question foncière n'est pas absente. Par exemple, fort de la géométrisation du sol français, les auteurs voient la terre comme « une mère commune ». En partant de la surface totale géométrisée des terres arables, il est possible de la diviser par le nombre d'habitants, ou de

²⁹² P.-F. Boncerf, « Les Inconvénients des droits féodaux », 1776, p. 24.

²⁹³ P.-F. Boncerf, « Les Inconvénients des droits féodaux », 1776, p. 14.

²⁹⁴ F.N. Babeuf et J. P. Audiffred, « Cadastre perpétuel ou la Démonstration des procédés convenables à la formation de cet important ouvrage ... », Paris, 1789.

²⁹⁵ C. Larrère, « L'Arithmétique des physiocrates : la mesure de l'évidence, In: Histoire & Mesure, 1992 volume 7 - n°1-2. p.6 : « Sieyès, dans « Qu'est-ce que le tiers état ? » ne s'arrête pas de compter les « parties élémentaires » qui composent la nation : tant de membres de l'« ordre privilégié », tant pour le clergé, tant pour le Tiers, tant d'habitants, tant de représentants... ».

²⁹⁶ F.N. Babeuf et J. P. Audiffred, « Cadastre perpétuel ou la Démonstration des procédés convenables à la formation de cet important ouvrage ... », Paris, 1789, p. xi : « A ce graphomètre est adapté un seconde machine nommée cyclomètre avec ce dernier instrument, on a l'avantage de pouvoir prendre les angles avec la dernière précision ... ».

familles (six millions), et d'arriver à une étendue moyenne, en l'occurrence onze arpents²⁹⁷ par famille. Cette approche est d'autant plus aisée que, par l'avènement de la technique mathématique, les auteurs ont vraiment le sentiment de pouvoir diviser la terre *in concreto*. Ceci transparaît lors de la description pratique de l'élaboration du cadastre cartographié²⁹⁸. La distinction entre la représentation et l'objet de la représentation n'existe pas. La représentation cadastrale du sol devient le sol. Celui qui est en mesure d'appréhender la terre mathématiquement peut en disposer, légitimant ainsi un pouvoir attribué au géomètre allant bien au-delà de la cartographie.

Par l'intermédiaire de la géométrie, Babeuf se met lui aussi à compter le sol et même à l'additionner et le diviser. Dans un sens, Babeuf devient lui aussi un businessman ressemblant au compteur des étoiles de Saint-Exupéry. Son objectif n'est pas de garnir son compte en banque de ses cinq cents millions d'étoiles, et même « cinq cent un millions six cent vingt-deux mille sept cent trente et un ». Babeuf veut avoir six millions de familles disposant d'une propriété de onze arpents.

Toutefois, pour atteindre cet objectif Babeuf doit compter les arpents, soit diviser géométriquement le sol pour arriver à des parcelles susceptibles d'être arpentées, donnant des portions de onze arpents. Cette obligation de disposer d'un sol, dont l'étendue est divisée en unités distinctes, se retrouve également dans la procédure de bornage, à laquelle sera consacré le prochain paragraphe.

§2 Le bornage : la marque de la propriété individuelle sur le sol

(124.) En régime de propriété individuelle, l'appropriation du sol est concomitante avec sa délimitation comme l'a idéalisé Jean-Jacques Rousseau avec son planteur de pieux.

Cette proximité entre limite et propriété engendre un enchevêtrement, lequel rend complexe l'appréhension du rôle joué par chacune d'elles. Il favorise également une vision réductrice de l'étendue du sol, faisant de la borne le point par lequel passent les lignes, les limites du sol, le fondement de la propriété. À l'image du pieu, la borne semble être l'élément déclencheur de la propriété individuelle, sa condition *sine qua non*. Cette interprétation

²⁹⁷ F.N. Babeuf et J. P. Audiffred, « Cadastre perpétuel ou la Démonstration des procédés convenables à la formation de cet important ouvrage ... », Paris, 1789, Discours p. xxxij « « Dans une contrée comme la France ou d'après la moyenne proportionnelle des résultats des différents calculs pour l'étendue totale des terrains en culture, il peut se trouver environ soixante-dix millions d'arpents, de quel joli manoir chaque chef de ménage n'aurait-il pas pu jouir ? En supposant quatre personnes pour chaque ménage, la division des vingt-quatre millions d'habitants à quoi on fait monter la population de l'Empire Français donne six millions de familles conséquemment chaque manoir eût été de onze arpents. ».

²⁹⁸ F.N. Babeuf et J. P. Audiffred, « Cadastre perpétuel ou la Démonstration des procédés convenables à la formation de cet important ouvrage ... », Paris, 1789, p. 82.

séduisante est trop réductrice et par là erronée. Néanmoins, deux réserves relativisent ce jugement. Premièrement, la délimitation intervient schématiquement dans deux situations. La délimitation du sol peut être d'abord un acte de souveraineté du pouvoir (État). C'est le cas à Rome vis-à-vis des terres de conquête de l'empire. Ici, par une fiction, le droit organise une *tabula rasa*, et va au travers de l'acte de bornage, souvent à grande échelle, provoquer la mise en place d'un régime de propriété individuelle. Cette situation est celle de nombreux territoires conquis ou colonisés, qui sont d'ailleurs tentés par des systèmes fonciers non pas déclaratifs de droits, mais constitutifs (cf. infra §143 et s.). Ce mode d'aménagement normatif parcellisant un territoire, joue un rôle prépondérant, suggérant qu'il représente la cause de la propriété individuelle. Ce n'est pourtant pas le cas. Sans délimitation du sol préalable, la propriété privée peut se mettre en place. Cela correspond à l'autre cas de délimitation, qui est en fait le cas de principe. En régime de propriété individuelle, des individus sont propriétaires sans qu'il y ait eu une quelconque délimitation préalable à l'octroi de ce droit. Ces propriétés seront alors parfaitement délimitées simplement par un accord entre les différents individus concernant leurs parcelles respectives. En cas de désaccord, une procédure de type bornage se mettra en place sous l'autorité de l'État. Toutefois, cet acte sera bien différent de la *tabula rasa* évoquée à l'instant. Il ne s'agira plus de tracer des limites pour créer des parcelles *ex nihilo*, mais de garantir le système de la propriété individuelle en tranchant un litige entre deux individus. Ici, la limite du pouvoir souverain ne crée pas la propriété, elle en est la garante.

Seconde réserve, dire que la délimitation du sol n'est pas la cause ne signifie pas qu'elle n'en représente pas pour autant un élément de première importance. C'est particulièrement vrai, pour la propriété civiliste, pour laquelle l'objet de la propriété est directement la chose sol, le fonds de terre. Comme l'indique M.-F. Papandréou-Deterville, la question de la délimitation des parcelles et du bornage ne se pose pas vraiment en régime de *common law*²⁹⁹. L'*estate* qui s'interpose entre l'immeuble et les droits de propriété est le concept pivot prenant le pas sur la chose (cf. infra §531 et s.). D'autre part, il faut remarquer qu'un consensus social favorable à la grande propriété a toujours écarté le principe du cadastre en Grande-Bretagne à l'exception notable du phénomène des enclosures³⁰⁰.

²⁹⁹ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le Droit Anglais Des Biens », LGDJ, 2004 §228, p. 148.

³⁰⁰ M. Touzery « Cadastre en Europe à l'époque moderne. Modèles continentaux et absence anglaise » http://www.economie.gouv.fr/files/Introduction_Touzery.pdf dernier accès 06/03/2015, p. 6 : « En Angleterre, noblesse et gentry, en imposant le rôle du Parlement, ont pris le pas sur la Prérégative royale en 1648, puis en 1688 et ont refusé tout document de ce type. Le mot même, emprunté au français, n'apparaît qu'en 1804 dans l'*Oxford English Dictionary*. Quand en France, l'histoire du cadastre est celle de l'apprentissage du renforcement de l'État face aux volontés contraires des ultraconservateurs, mais aussi des citoyens-propriétaires, à l'inverse, la Grande-Bretagne n'a pas voulu se doter de cet instrument qu'Adam Smith estimait plus nuisible qu'utile pour le contribuable⁹. Les grands propriétaires se sont refusé à toucher au système existant car ils contrôlent la levée de la *land tax* qu'ils sont les seuls à payer ; ils souhaitent, au nom de leur liberté et de leur intérêt, ne donner aucun instrument de contrôle à un roi déjà bien encadré. Les transferts de propriété ne donnaient lieu qu'à des actes sous seing privé. Aussi les cartes de l'Ordonnance *Survey sontelles*, dans la deuxième moitié

À l’opposé, le Code civil traite de la question des limites du sol au travers de la procédure de bornage contenue à l’article 646 « Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs. » La disposition figure au chapitre 1^{er} du titre IV intitulé « Des servitudes ou services fonciers » du livre II. Trois types de servitude sont prévus par le code : celles établies par loi, celles du fait de l’homme et enfin celles découlant de la situation des lieux, c’est-à-dire le voisinage, catégorie à laquelle le bornage appartient³⁰¹.

Cette catégorisation témoigne du rôle du bornage dans les rapports entre voisins. Toutefois, le bornage ne peut être assimilé à une servitude (A). Il touche directement à la propriété et en constitue même l’un des attributs essentiels, la marque de la propriété civiliste (B).

A. Le bornage : une servitude tendant à parfaire l’exclusivité du sol

(125.) Dans le code, le bornage est un des moyens affectés à la régulation des relations de voisinage, et peut être résumé par l’expression « l’enfer, c’est les autres ». Épilogue de la pièce de théâtre « huis clos », ce célèbre aphorisme peut être reçu comme signifiant que les autres sont néfastes à l’individu, et doivent être tenus à l’écart. Dans une seconde acception, les autres ne sont finalement qu’une partie de soi et l’apaisement du rapport à l’autre passe par une forme de paix intérieure³⁰².

Le bornage reprend ces deux axes. Il est ainsi l’outil permettant au propriétaire d’assurer son indépendance et donc sa protection, au prix d’une certaine compromission (2). Mais, il est surtout un moyen offert au propriétaire de parfaire le fonds de terre en régime de propriété individuelle, pour mieux se révéler à lui-même à travers les autres (1).

1. La propriété existe sans bornage

(126.) Le sol ou plus précisément une parcelle de terre sujette à appropriation n’a nul besoin d’être bornée pour exister, pour être un objet de propriété, et cela quelle que soit sa superficie.

du XIXe siècle, purement descriptives du sol, ne donnant que superficie et utilisation des parcelles. Après un début en fanfare avec le *Domesday book* en 1085, la Grande-Bretagne se caractérise donc par une absence de cadastre jusqu’à aujourd’hui. Seul le mouvement des enclosures a pu donner lieu à des mesurages au XIXe siècle pour renforcer la mise à l’abri de la propriété de toute intrusion, bien loin donc d’une perspective cadastrale. ».

³⁰¹ F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens », (8e édition), 2010, Dalloz, §268, p. 233.

³⁰² Voir Extrait du CD « Huis clos » et de « L’Existentialisme est un humanisme » par J.-P. Sartre, accessible www.philo5.com.

Sous l'empire du Code civil, l'objet de la propriété résulte, dans le cas de vente par exemple, de la désignation de la parcelle au contrat, en d'autres termes le titre de propriété, dont peut se prévaloir le propriétaire. Les références cadastrales n'ont qu'une valeur probatoire. En cas de contestation de tout ou partie de sa propriété, c'est le titre du propriétaire voire celui de son auteur qui viendra fonder ses droits. Pareillement, si la propriété a été acquise par prescription, ce sont les contours de la possession qui seront amenés à prévaloir. Comme le relèvent F. Terré et P. Simler, le bornage se limite « à matérialiser sur le terrain la ligne séparative de deux fonds »³⁰³ à la différence de l'action en revendication, qui elle conduit à la résolution d'une contestation sur le droit de propriété. À ce stade, le bornage est donc sans incidence sur la propriété du sol et il est légitime d'affirmer que ce n'est pas la borne qui fait le propriétaire³⁰⁴. La propriété est parfaite même en l'absence de bornage. D'ailleurs de nombreuses propriétés en particulier en campagne ne sont pas bornées, ou pas sur l'ensemble de leurs limites. Pour bien comprendre cette indépendance de la propriété vis-à-vis du bornage, il faut revenir sur sa genèse. Nous l'avons vu, la propriété est le prolongement de la personne, comme l'indique Jhering (cf. supra §117). Par ailleurs, en se référant à la théorie de la propriété travail de Locke, le développement du sujet dans l'objet se réalise par l'action du sujet, son travail. Ce système dans lequel l'individu est le producteur de la propriété, l'extension de son corps, peut coexister avec un état minimaliste. Cet état se limite alors à garantir la capacité du sujet à travailler, à s'approprier les choses. L'action de l'état est accessoire à celle du sujet, et sans doute *a posteriori*. La cause de la propriété est l'action du sujet. Si maintenant, la propriété suppose un bornage obligatoire, le système s'inverse. La cause première ou principale de la propriété n'est plus l'action de l'homme, mais le bornage. Notons que l'Etat est nécessaire dans l'une comme l'autre des situations. Seulement, son rôle est bien différent.

La propriété du code reprend les canons de la propriété travail. C'est pourquoi avec ou sans bornage, le propriétaire civiliste peut jouir et disposer de son bien comme bon lui semble, être propriétaire. Peu importe que d'éventuelles imprécisions sur les limites de son fonds existent avec les parcelles voisines, si les propriétaires s'en satisfont, elles ne portent pas à conséquence. Toutefois, cette condition de bonne entente rappelle au propriétaire que les autres existent.

³⁰³ F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens » (8e édition), 2010, Dalloz, §280 p. 239.

³⁰⁴ J. Comby, « Comment fabriquer la propriété ? » in Études foncières, juin 1995.

2. *Le propriétaire, sujet d'un système de propriété*

(127.) La perfection d'une propriété non bornée, parente de l'idée d'absolutisme, est illusoire, car sur chaque ligne divisoire un tiers guette, prêt à empiéter, à faire sienne cette terre située à portée de main. Pour le propriétaire, l'autre représente ici une menace perpétuelle.

Cette menace pesant sur le propriétaire le dépasse très largement. Derrière elle se profile un risque systémique, celui du conflit de voisinage susceptible d'empêcher l'individu d'œuvrer à son développement. Le propriétaire accaparé par les tensions, synonymes de violences, à propos de la définition de sa chose, n'est plus en mesure de valoriser cette dernière. La protection du propriétaire par la limite, est ainsi un moyen de promotion de la paix et du développement des individus. Cette dimension apparaît à Rome, où Terminus en tant que divinité se place au-dessus des dissensions humaines (cf. supra §113). Elle est présente chez Locke, pour qui le risque de conflit contrevient à la mission que Dieu attribue aux hommes (cf. supra §118) ; et, elle est aussi inhérente à la procédure de bornage du code comme le rappelle la doctrine³⁰⁵. Concrètement, pour combattre le risque d'empiètement ou d'anticipation d'autrui, le propriétaire doit accepter une forme de socialisation de son fond, prenant la forme d'un compromis sur ses limites. La démarche l'amène à devoir reconnaître la relativité de son droit ou de la perfection de la chose. Sous cet angle, le bornage peut ainsi être qualifié de servitude, puisque la nécessité sociale de la délimitation affecte la plénitude de la relation entre le propriétaire et sa chose, tout en contrevenant à la quête d'exclusivité de la propriété individuelle. Le bornage est de la sorte, assimilable aux dispositifs assurant le respect des distances ou le désenclavement, soit une limitation du droit de propriété profitant au fonds voisin³⁰⁶, même si pour le bornage le profit est réciproque. On retrouve cette idée chez les auteurs anciens, qui voyaient dans la propriété démembrée ou grevée de servitudes une propriété imparfaite, une propriété imposant au propriétaire de composer avec les autres (cf. infra §738 et s.). La dimension servitude du bornage prend racine dans l'idéalisme de la propriété du code.

Toutefois, le bornage ne peut pas être une servitude, comme l'indique la doctrine depuis longtemps³⁰⁷. À défaut, la propriété du sol serait par nature une propriété imparfaite, ou une propriété affectée d'une servitude, puisque le sol du code doit pouvoir, *a minima*, être

³⁰⁵ G. Mémeteau, *Juris-Classeur Civil*, Fasc. unique : BIENS. - Servitudes dérivant de la situation des lieux, Bornage, éditions du Juris-Classeur, Cote : 05,2010 §1, l'auteur rappelle notamment le choix fait par l'association Capitant pour le projet de réforme du livre II de placer la procédure de bornage dans la partie liée au voisinage.

³⁰⁶ F. Terré et P. Simler, « *Droit civil. Les biens* », (8e édition), 2010, Dalloz, §272 p. 235.

³⁰⁷ Voir contra G. Mémeteau, *J.-Cl. Civil*, « BIENS. - Servitudes dérivant de la situation des lieux, Bornage », Fasc. Unique, Cote : 05,2010, §7 ; E. Dalloz et C. Vergé, « *Jurisprudence générale, les codes annotés, Code civil*, avec la coll. de J. Janet, tome premier, Paris, 1873 », Art. 646, §5, p. 467.

délimité. Comme nous venons de le voir, en régime de propriété individuelle le bornage est une obligation relevant de ce système. D'ailleurs, si un propriétaire est en droit d'exiger la matérialisation d'une frontière à la lisière de son fonds, c'est parce que son voisin dispose d'un droit semblable³⁰⁸. Propriétaire ne signifie pas seulement ici, être titulaire de droits sur une chose, mais être partie d'un système d'appropriation individuelle du sol.

Le bornage ne peut donc être analysé en une imperfection affectant le fonds de terre. À l'inverse, il constitue un élément essentiel au droit de propriété, venant parfaire le fonds conformément à ce modèle d'une propriété individuelle et exclusive.

B. Le bornage ou la marque de la propriété individuelle sur le sol

(128.) Souligner les insuffisances d'un bornage servitude appelle naturellement une interrogation sur ce que pourrait être sa nature réelle. À cette question, la doctrine répond : l'accessoire de la propriété foncière³⁰⁹ et il est vrai que l'articulation entre les deux notions est parfaite (1), la borne marquant matériellement le sol de l'empreinte de la propriété individuelle (2).

1. Propriété et bornage vont de pair

(129.) Comme l'a écrit Demolombe³¹⁰, propriété individuelle et bornage sont, sur le principe, indissociables l'un de l'autre. C'était déjà le cas à Rome et cela reste vrai pour le code. À ce propos, Demolombe établissait un lien entre le droit de borner le sol et la faculté, permettant à tout indivisaire, de provoquer le partage. Le parallèle est des plus pertinents ; l'obligation de partage de l'indivision signe l'impossibilité d'une propriété collective, pendant que le bornage symbolise l'individualisation de l'objet du droit de propriété, le sol. Demolombe évoque indirectement la distinction droit chose, le partage forcé relevant du droit et le bornage de la chose.

La procédure de bornage illustre la spécificité du sol civiliste, son individualité. C'est en effet cette action, fût-elle facultative, qui marque la rupture entre le fonds de terre originel, commun, et sa transformation en un objet individuel d'appropriation. Le passage du sol de la communauté négative à la communauté positive pour reprendre la formule usitée par Pothier.

³⁰⁸ Voir contra F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens », (8e édition), 2010, Dalloz, §273 p. 235, les auteurs considèrent que la réciprocité est une circonstance particulière sans incidence sur la nature des servitudes de voisinage.

³⁰⁹ G. Mémeteau, J.-Cl. Civil, « Biens. - Servitudes dérivant de la situation des lieux, Bornage », Fasc. Unique, Cote : 05,2010, §6.

³¹⁰ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 11, Paris, Imprimerie générale, 1872, §240 p. 276.

L'importance du marquage du sol est rappelée par les sanctions pénales³¹¹ prévues en cas d'atteinte à une borne. Là encore, la propriété du code s'inspire de Rome, où des sanctions similaires existaient. L'autorité chargée de sanctionner a simplement changé ; en détériorant ou déplaçant une borne, on ne risque plus le courroux de Dieu, mais de l'Etat via la décision du juge, ce « prêtre(s) laïc(s) »³¹². L'autre aspect, attestant de la portée systémique du bornage, tient au fait que le propriétaire peut ou pas exercer cette action, mais n'a pas la possibilité d'y renoncer, car « elle intéresse la paix et l'harmonie des relations de voisinage et le bon ordre de l'Etat »³¹³. Avec cette impossibilité de renoncement, le propriétaire est dans l'incapacité de soustraire sa chose au système de propriété individuelle qui le transcende. Le caractère individuel du sol s'impose au propriétaire, quels que soient les desiderata de ce dernier. Par ce renoncement, le législateur empêche un retour du sol dans la communauté négative, ou, plus prosaïquement, la mise en place d'une propriété collective³¹⁴.

D'ailleurs, il est intéressant de noter qu'une exception à l'impossibilité de renoncer au bornage est prévue par le Code civil depuis 2006, à l'article 2516³¹⁵. Cette disposition contrevenant à l'un des fondements de la propriété civiliste peut surprendre³¹⁶. La disposition a pour particularité de concerner le territoire de Mayotte. Elle s'explique par la coexistence sur ce territoire d'une législation venant de la métropole, c'est-à-dire le code, et d'un droit coutumier d'inspiration musulmane³¹⁷. Ce dernier s'articule avec une forme de propriété collective ou communautaire qui n'exige pas aussi fortement que la propriété du code, une chose individualisée. La renonciation à la procédure de bornage reconnue au territoire permet en l'occurrence le maintien d'indivisions prenant le contre-pied de l'individualisme civiliste³¹⁸. Certaines indivisions comptent parfois plus de 300 personnes³¹⁹, laissant à penser que la qualification même d'indivision est critiquable.

³¹¹ Article 322-1 du Code pénal prévoit une peine maximale de 2 ans de prison et d'une amende de 30.000€ tout déplacement ou d'arrachage d'une borne.

³¹² R. Debray, « Éloge des frontières », Gallimard, 2010 p. 27.

³¹³ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 11, Paris, Imprimerie générale, 1872, §241 p. 276.

³¹⁴ C. Perrin, « Étude sur l'action en bornage. Droit romain. Droit français », Thèse. Paris, 1874 §97 p. 78.

³¹⁵ Article 2516 du Code civil, créé par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 - art. 1 JORF 24 mars 2006 « Sous réserve des dispositions des troisième et quatrième alinéas du présent article, sont immatriculés sur le livre foncier de Mayotte mentionné à l'article 2513 les immeubles de toute nature, bâtis ou non, à l'exception de ceux dépendant du domaine public. Sont inscrites sur le même livre les mutations et constitutions de droits sur ces immeubles. Tout immeuble non immatriculé qui fait l'objet d'une vente devant les tribunaux est immatriculé préalablement à l'adjudication dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Les parcelles d'immeubles sur lesquelles sont édifiées des sépultures privées peuvent être immatriculées. Les droits collectifs immobiliers consacrés par la coutume ne sont pas soumis au régime de l'immatriculation. Leur conversion en droits individuels de propriété permet l'immatriculation de l'immeuble. ».

³¹⁶ C. Atias, « Bornage », Rép. Droit Civil, Mars 2012 (dernière mise à jour : octobre 2013) §128.

³¹⁷ C. Barthès, « Effets de la régularisation foncière à Mayotte. Pluralisme, incertitude, jeux d'acteurs et métissage », Économie rurale [En ligne], 313-314 | Septembre - décembre 2009, mis en ligne le 11 janvier 2010, consulté le 02 mars 2015. URL : <http://economierurale.revues.org/2376> §8 : « Depuis près d'un siècle le système foncier de Mayotte combine deux régimes : l'un coutumier, fondé sur la possession de facto reconnue localement par la communauté d'appartenance (lignage et village) ; l'autre d'essence civiliste (propriété privée des sols) reposant sur l'attribution de titres par l'État. ».

³¹⁸ C. Barthès, « Effets de la régularisation foncière à Mayotte. Pluralisme, incertitude, jeux d'acteurs et métissage », Économie rurale [En ligne], 313-314 | Septembre - décembre 2009, mis en ligne le 11 janvier 2010, consulté le 02 mars 2015.

A contrario de cet exemple mahorais, le principe du bornage de l'article 646 du Code civil souligne le besoin substantiel d'un sol individualisé ou individualisable pour la propriété de l'article 544.

(130.) La mise en œuvre de l'action en bornage fait également état de la proximité qu'elle entretient avec la propriété.

En dehors de l'exception mahoraise, la renonciation au bornage n'est pas permise car elle serait synonyme de confusion entre les fonds, comme cela vient d'être exposé. Cependant, la mise en œuvre de l'action est laissée à l'entière discrétion du propriétaire. Il peut faire le choix d'en user, auquel cas si les conditions d'exercice de l'action sont réunies, elle aboutira. Le propriétaire peut à l'inverse ne pas en user, tout comme le propriétaire peut disposer de son bien à sa guise au gré de ses seuls intérêts. Ainsi, bien que relevant du système de propriété, le bornage fonctionne selon la logique de la propriété du code, avec une prérogative relevant dans sa mise en œuvre de la volonté du propriétaire. Autre point de ressemblance, la faculté de délimiter son fonds est imprescriptible. Le droit de se borner comme le droit de propriété ne se prescrit pas par le non-usage. Cet aspect trouve à s'appliquer pour la situation particulière visée à l'article 673³²⁰, accordant au propriétaire le droit imprescriptible de couper les arbres, arbrisseaux et racines en limite séparative de son fonds afin d'éviter leur propagation. De plus, le bornage une fois réalisé est immuable³²¹. Pour les parties, son résultat est devenu « leur la loi commune »³²² rendant irrecevable toute action en contestation ultérieure, comme le résume l'adage ancien « bornage ne se refait »³²³. Pour C. Atias « l'irrecevabilité de l'action a pour fondement l'effet obligatoire de la convention (C. civ., art. 1134). Après un bornage judiciaire, elle est une conséquence de l'autorité de chose jugée (C. civ., art. 1351. - C. pr. civ., art. 122 et 480). »³²⁴. En

2015. URL : <http://economierurale.revues.org/2376> §21 : « Face au constat d'une régularisation limitée (seulement 1 000 titres de propriété distribués entre 1998 et 2004), il a été instauré en 2004 une exonération des droits d'enregistrement, de bornage et des frais de publicité auparavant à la charge du propriétaire coutumier. Ont été également exclus du processus de régularisation certains villages du fait du nombre très élevé d'ayants droit regroupés sur une indivision. La levée de l'ensemble des parcelles (près de 23 000) et l'identification des propriétaires coutumiers s'est achevée en 2006, au prix d'un renfort en hommes et en matériels ; le tiers des parcelles ayant été titrées. ».

³¹⁹ Rapport Senat, M. José BALARELLO, N° 361, Session ordinaire de 2000-2001, Annexe au procès-verbal de la séance du 6 juin 2001, p.35 : « On compte aujourd'hui 8.000 titres, mais on assiste ces dernières années à une explosion du contentieux. L'évolution des mentalités, la montée en puissance de l'individualisme et l'exode rural ont conduit à la remise en cause de nombreuses indivisions, qui comptent parfois plus de 300 personnes. »

³²⁰ Art. 673 Code civil : « Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres, arbustes et arbrisseaux du voisin peut contraindre celui-ci à les couper. Les fruits tombés naturellement de ces branches lui appartiennent.

Si ce sont les racines, ronces ou brindilles qui avancent sur son héritage, il a le droit de les couper lui-même à la limite de la ligne séparative.

Le droit de couper les racines, ronces et brindilles ou de faire couper les branches des arbres, arbustes ou arbrisseaux est imprescriptible. ».

³²¹ J. Carbonnier, « Droit civil (Thémis), Tome second les biens et les obligations », PUF, Paris 1956, §47 p. 155.

³²² C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 11, Paris, Imprimerie générale, 1872, §281.

³²³ C. Atias, « Droit civil. Les Biens », Litec, 10e éd., 2009, §569 p. 346.

³²⁴ C. Atias, « Bornage », Rép. Droit Civil, Mars 2012 (dernière mise à jour : octobre 2013), §67.

complément de ces fondements, cette caractéristique peut vraisemblablement être rapprochée de la perpétuité de la propriété. Le parallèle est imparfait, et le propos n'est pas de faire renaître l'ambition de Babeuf (cf. supra §122). Toutefois, l'imprescriptibilité du bornage tient là autre chose l'autorité de l'acte prescrivant les limites. Ainsi, cas de déplacement ou disparition des bornes le bornage vaudra pour une période de trente années. Avant l'expiration de ce délai, les bornes sont simplement remplacées³²⁵, sur la base de la délimitation initiale³²⁶. L'objet de la propriété, en dépit de l'impossibilité d'être vérifié *in concreto*, va perdurer. L'accord amiable ou judiciaire en demeure le fondement, mais il est aussi possible de considérer que la pose des premières bornes a fait naître une chose, qui aura pris une certaine autonomie. C'est ce que semble dire Duranton quand il indique : « Le droit de pouvoir le réclamer est fondé sur une obligation qui naît du voisinage, et il peut être exercé à toute époque. Il est imprescriptible, parce que la cause qui le produit est toujours existante. »³²⁷.

Sur le principe, comme pour sa mise en œuvre le bornage entretient une grande proximité avec la propriété. Grâce à cette procédure, amiable ou judiciaire³²⁸, le sol est mis au format de la propriété individuelle.

2. La borne « affecte la chose de cette énergique empreinte d'appropriation... »³²⁹

(131.) Le bornage affecte la chose, l'objet du droit de propriété, mais cette intervention sur la chose est une conséquence du modèle de propriété du code. Cette intervention sur la chose qui se traduit matériellement (b), traduit la mise au format d'une propriété individuelle et exclusive de la ressource foncière (a).

³²⁵ Cass. civ. 3e, 3 avril 1973, JCP 1974. II. 17657, note Lassez et Cass. req. 11 août 1851, S. 1852. I. 645, citées par F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens », (8e édition), 2010, Dalloz, §278 p. 237.

³²⁶ Un parallèle semble pouvoir être établi entre l'immutabilité du bornage et le principe d'intangibilité des frontières en droit international (*uti possidetis juris*).

³²⁷ M. Duranton, « Cours de droit français : suivant le Code civil », Tome cinquième, 1828, p. 232 §245

³²⁸ Voir l'adage « Bornes se mettent par autorité de justice ».

³²⁹ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §645 p. 564 et 565, nous reprenons ici le propos que Demolombe développe à propos de la propriété de la mine. La notion « d'empreinte énergétique » fait référence au droit de propriété pas à la chose. Dans le même temps, l'examen de la mine de 1810 démontre que l'impossibilité pour la propriété du code d'appréhender « énergiquement » la mine tenait à l'impossibilité d'une délimitation tridimensionnelle de la mine. C'est pourquoi un parallèle est établi avec le sol, qui, lui, grâce au bornage peut être délimité est donc être pleinement objet de la propriété. Passage complet : « Et pourtant, malgré cette règle actuellement certaine (article 552), on ne peut nier qu'aujourd'hui même encore, le droit de propriété qui appartient au maître du sol, sur les biens inconnus, qui dorment dans les profondeurs ignorées de la terre, ne soit toujours resté, par la force même des choses, un droit peu déterminé et peu défini, un droit qui n'affecte pas la chose de cette énergique empreinte d'appropriation, à laquelle on reconnaît la propriété bien nette et bien caractérisée. ».

a. La borne ou la limite de l'objet du droit de propriété

(132.) Le bornage ne crée pas la propriété du sol. Ses effets sont, on le sait, déclaratifs³³⁰ ; déjà en son temps, Pothier indiquait « cette action de bornage (qui) ne tend qu'à conserver à chacune des parties l'intégrité de son héritage... »³³¹. Le bornage est cependant un rouage essentiel et identitaire de la propriété du sol. Il met le sol au format de la propriété individuelle, afin que celui-ci puisse recevoir les droits octroyés par la loi au propriétaire, comme à celui de la propriété voisine ; la limite de l'un est celle de l'autre.

Sans bornage, le droit de propriété ne peut recevoir une totale application, notamment concernant sa dimension exclusive, puisque l'indétermination de la chose rejaillit sur le droit. C'est la conclusion de la propriété de la mine de 1810. La reconnaissance du droit de propriété accordé au concessionnaire par la loi a toujours conservé une part d'indécision, dont la vivacité des débats doctrinaux fait écho. Cette part de flou de la propriété minière s'explique essentiellement par l'impossibilité pour la mine de disposer de limites hautes et basses en complément de ses cotes longueur, largeur, soit un bornage tridimensionnel (cf. infra §190 et s.). D'ailleurs, pour Laurent : « la faculté de demander le bornage est un attribut de la propriété ; », c'est pourquoi il qualifie cette action de réelle³³². Toutefois, l'auteur distingue le bornage de la revendication de la propriété, même s'il reconnaît à ces deux actions des similitudes : « prouver l'étendue de la propriété, ou prouver les limites où elle s'arrête, n'est-ce pas une seule et même chose sous des noms différents ? »³³³. La distinction, comme le rapprochement qu'opère Laurent, semble juste entre revendication et bornage. Toutefois, pour bien comprendre la dynamique entre ces deux actions, il serait sans doute nécessaire de réintroduire une autre distinction, celle du droit et de la chose. L'action en revendication tend en effet à faire reconnaître le droit de propriété, droit qui aura vocation à s'appliquer sur une chose. Le bornage, lui, concerne la chose, qui sera destinée à être objet d'un droit de propriété. En précisant l'étendue de la chose sol, le bornage conforte le droit de propriété, mais son action part de l'objet du droit. En pratique, la distinction revendication, bornage perd de son intérêt, car le résultat de ces deux actions sont proches, et Laurent, en dépit de ses efforts pour séparer bornage et revendication finit par le reconnaître. Demolombe va plus loin en évoquant des cas où le bornage ne précise pas seulement l'étendue du sol, mais opère des transferts de propriété. Ces transferts sont de faible ampleur, car ils font suite à des rationalisations des limites d'une parcelle : « afin d'en corriger les

³³⁰ Voir contra C. Atias, « Droit civil, Les Biens », Litec, 10e éd., 2009, §574 p. 348. Pour l'auteur, le bornage ne devrait pas être déclaratif de droits car sans délimitation d'un objet on ne peut avoir sur celui-ci des droits réels. Or, c'est le bornage qui délimite la chose assiette de la propriété foncière ce qui est donc créateur de droit.

³³¹ Citation reprise notamment par C. Perrin, « Étude sur l'action en bornage. Droit romain. Droit français », Thèse. Paris, 1874 §202 p. 149 ; C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 11, Paris, Imprimerie générale, 1872, §278 p. 307.

³³² F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 7, Paris Bruxelles, 1872, §428 p. 487.

irrégularités, de faire disparaître, par exemple, les coudes et les angles rentrants ou saillants qu'elle pourrait présenter. [...] le bornage constitue un véritable alignement pour la commodité de l'un et de l'autre des propriétaires... »³³⁴. La modification de la chose est ici incontestable, comme l'est d'ailleurs la propriété dans son ensemble. C'est pourquoi C. Atias dit à propos du bornage : « La propriété elle-même est directement en cause. Elle ne saurait exister et s'exercer sans un objet déterminé ; le bornage contribue donc à sa définition, en même temps qu'à son exercice. La guerre de frontière est pourtant, en principe, marginale. »³³⁵.

Par l'intermédiaire de son action sur l'étendue du sol, le bornage correspond à l'empreinte de la propriété individuelle dans le monde sensible. Cette empreinte est d'ailleurs perçue comme corporelle.

b. La borne une enveloppe matérielle

(133.) La délimitation du sol est une opération de l'esprit ; nous l'avons vu, la Terre est indivisible matériellement (cf. supra §106 et s.). En conséquence le bornage est forcément de nature idéale, seule la borne est matérielle. Simplement, en raison de la nécessité d'un objet matériel (cf. supra §45 et s.), la propriété va accentuer la matérialité de la borne.

L'opération tendant à délimiter une parcelle est d'abord un produit de l'esprit, un artefact. Pour citer R. Debray, faisant lui-même référence à C. Jacob : « Comme « la carte est une projection de l'esprit avant d'être une représentation de la Terre », la frontière est d'abord une affaire intellectuelle et morale. »³³⁶. Initialement, ces frontières ou limites ont en partie coïncidé avec des éléments naturels, même si déjà à Rome, certaines d'entre elles étaient des limites anthropiques (cf. supra §155). Le bornage, apanage de la propriété privée, traduit sans équivoque son idéalité. Cette procédure suppose en effet deux propriétés contiguës et privées³³⁷, excluant le domaine public du champ d'application de l'article 646. Or, comment expliquer que la limite « naturelle » distingue domaine public et privé ? Pourtant, en dépit de cette nature idéale le droit va chercher à matérialiser le bornage, en recourant au processus de la réification, que l'on retrouve sur d'autres aspects (cf. supra §624 et s.). La définition du bornage atteste de cette inclinaison matérialiste. G. Mémeteau nous rappelle, par exemple, la définition de Planiol et Ripert : « le bornage est une opération qui consiste à fixer la ligne séparative de deux terrains non bâtis, et à la marquer par des signes matériels... », proche de

³³³ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 7, Paris Bruxelles, 1872, §433 p. 492.

³³⁴ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 11, Paris, Imprimerie générale, 1872, §274 p. 302.

³³⁵ C. Atias, « Bornage », Rép. Droit Civil, Mars 2012 (dernière mise à jour : octobre 2013), §6.

³³⁶ R. Debray, « Éloge des frontières », Gallimard, 2010 p. 17.

³³⁷ Voir par exemple F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens », (8e édition), 2010, Dalloz, §278 p. 237.

celle de F. Terré et P. Simler : « ...la détermination de la ligne séparative de deux fonds, à l'aide de signes matériels que l'on appelle des bornes. »³³⁸. Laurent va même plus loin en disant : « Quand les limites sont certaines et non contestées, le bornage est une opération matérielle, qui se fait par la plantation de pierres-bornes ou autres signes de délimitation; »³³⁹. La réification du bornage est réalisée en mettant l'accent sur la borne, alors qu'elle est seulement le produit, le résultat d'une abstraction. Le phénomène est renforcé par la volonté de donner une dimension naturelle au bornage. Seul le sol non bâti est concerné, les bâtiments sont délimités, par exemple par leurs murs³⁴⁰. Les constructions et autres immeubles par nature possèdent une étendue définie artificiellement, ce qui n'est pas le cas du sol. Cette absence est compensée par la borne qui justement permet d'individualiser le sol, de créer une enveloppe au sol le détachant du reste de l'écorce terrestre (cf. supra §124 et s.). Pour légitimer la matérialité de cette enveloppe, le droit va confondre limites naturelles et limites créées de la main de l'homme. « On entend par bornes, en général, toute séparation naturelle ou artificielle qui marque les confins ou la ligne de division de deux héritages contigus. »³⁴¹ dit Toullier. Pareillement, le bornage va être conditionné à l'acte matériel de borner. Le bornage doit être mené à bien dit C. Atias³⁴². Ces détours ne modifient pas la nature idéale du bornage, mais donnent simplement l'apparence du naturel à l'artificiel. Le droit va même au-delà en cherchant à mimer la nature, et Demolombe précise les bornes artificielles « mobiles, comme des pieux ou plus généralement des bornes, c'est-à-dire, des pierres de même grain et de même nature, enfoncées dans le sol et disposées de telle façon, disait Coquille, que l'une, à son aspect, s'adresse à l'autre. »³⁴³, formant un tout, une entité, un corps serait-on tenté de rajouter.

Le bornage a donc pour fonction de définir une unité conceptuelle, répondant au format de la propriété individuelle, c'est-à-dire une chose individualisée, ou individualisable. Cette opération de parcellisation du sol étant de nature idéale, la borne sera le corps signalant l'empreinte de la propriété du code.

³³⁸ G. Mémeteau, J.-Cl. Civil, « Biens. - Servitudes dérivant de la situation des lieux, Bornage », Fasc. Unique, Cote : 05,2010, §1.

³³⁹ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 7, Paris Bruxelles, 1872, §431 p. 490.

³⁴⁰ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 11, Paris, Imprimerie générale, 1872, §264 p. 293 : « Lorsque l'article 646 dispose que tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés, il est vraisemblable qu'il n'a entendu parler que des propriétés rurales, c'est-à-dire de celles qui ne sont, point bâties et qui ne se composent que... ».

³⁴¹ C.-B.-M. Toullier, « Le droit civil français suivant l'ordre du Code », Nouvelle édition, augmentée en Belgique, t. II, Bruxelles, 1845, p.40 §171.

³⁴² C. Atias, « Bornage », Rép. Droit Civil, Mars 2012 (dernière mise à jour : octobre 2013), §71.

³⁴³ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 11, Paris, Imprimerie générale, 1872, §275 p. 304.

Conclusion Section 1 : L'étendue du sol en régime de propriété privée et individuelle

(134.) La propriété foncière du code est intimement liée à la notion de corps se réduisant à la matière, et pourtant ce modèle de propriété dépend avant tout du traitement de l'étendue de ce corps.

En divisant le sol en portions, la science juridique fait de ces portions des choses à part entière. R. Debray synthétise merveilleusement le phénomène en disant : « A quoi sert la frontière en définitive ? À faire corps »³⁴⁴. Le sol devenu un corps individualisé, est aussi une unité qui répond à une autre unité celle du sujet. À partir de là, la chose « sol » peut-être attribuable à un individu. Ce dernier peut ensuite procéder au comptage des choses dont il dispose, et en particulier en faire commerce. Le processus contient à sa base une géométrisation du sol, auquel Rome avait déjà recours. La démarche tenait alors autant au mysticisme qu'à la raison, tout en produisant des effets très similaires au processus enclenché au moment de la Révolution.

La géométrisation du sol, que le code a fait revivre et a développée, est un autre moyen de ramener le concept de fonds de terre à sa nature idéale, par la limite. La matérialité de la borne n'intervient qu'à posteriori. C'est pourquoi il convient de poursuivre dans cette direction.

Section 2 : La conceptualisation de l'étendue du sol civiliste

(135.) En soumettant le sol à la géométrie, le Code civil disposait d'un outil d'individualisation de ce corps d'une efficacité redoutable. Découpée en parcelles, l'écorce terrestre pouvait s'unir aux êtres peuplant la planète Terre pris individuellement. De ce processus naît le binôme homme, chose indispensable à la propriété individuelle, qu'elle unit de son sceau. Cependant, si souligner le rapport géométrisation, propriété individuelle est indispensable à la compréhension du sol civiliste, une seconde étape est nécessaire. Cette géométrisation du sol marque en effet le début du phénomène d'idéalisation du sol. La réduction mathématique de la chose sol est une invitation à réinventer la représentation de ce corps. La France peut devenir, entre autres choses, un hexagone ou un chiffre, la surface

³⁴⁴ R. Debray, « Éloge des frontières », Gallimard, 2010 p. 57.

totale du territoire. Un pas considérable a été franchi vis-à-vis d'un sol, bois, prêtres, cultures, montagnes, rivières... que les plans ancêtres du cadastre représentés sous forme de masses de couleurs. Toutefois, cette ouverture, cette liberté nouvelle, a un revers. La géométrisation du sol possède un prisme puissant, autrement dit une limite porteuse de contraintes, à chaque fois qu'il sera question de dépasser cette limite. Cette limite vient d'une géométrisation du sol tenant essentiellement à une surface. Avec le graphomètre et cyclomètre du cadastre perpétuel (cf. supra §122 et s.), le juriste prend des airs scientifiques, mais réduit aussi le sol à deux dimensions longueur, largeur. Or, la Terre n'est pas une surface plane ayant la forme d'un quadrilatère ; c'est un corps sphérique en trois dimensions ; les physiciens parlent à son propos de géoïde terrestre. La géométrisation du code se prolongeant essentiellement dans une surface va rendre mal aisée la représentation de ce corps volumique, que le code ne peut pourtant pas ignorer comme en témoigne l'article 552 du Code civil.

Pour cerner ce double phénomène d'une géométrisation source de liberté, mais aussi de contraintes. Seront abordées la question du processus d'idéalisation via le sol surface servant au développement de la propriété (Sous-section 1). Puis, nous examinerons le concept sol volumique, qui bien que présent dans le code, souffrit d'une tendance à l'absolutisme du sol surface (Sous-section 2).

Sous-section1 : La surface support à l'idéalisation du sol et au développement de la propriété

(136.) L'idéalisation du sol est un vaste sujet, dépassant certainement la science juridique. Le sol surface représente un aspect important de ce phénomène. Il se manifeste lui-même de nombreuses façons. Au travers de la procédure de cadastre (§1), puis de la publicité foncière (§1), nous tenterons d'analyser ce phénomène au regard de la propriété. Bien que s'agissant de deux aspects particuliers, ils permettent une bonne appréhension de la problématique d'autant qu'ils se recoupent en partie, tout en appartenant à des logiques et des périodes spécifiques.

§1 L'apport du cadastre au concept de sol civiliste

(137.) Le cadastre est l'une des sources d'inspiration clairement identifiables du concept de sol moderne, même s'il s'agit d'une source extérieure au Code civil, voire au droit privé dans son périmètre classique. La première motivation du processus de cadastrage du sol est fiscale et pas foncière. Toutefois, ces deux aspects sont loin d'être étrangers l'un à l'autre. La vision de la fiscalité portée par le cadastre napoléonien contient une vision de la fiscalité immobilière en rupture avec l'Ancien Régime, vision dont la clef est la représentation du sol. À ce propos J. Rubini nous indique : « Les terres du royaume de France étaient divisées en deux catégories : les pays de taille réelle (notamment l'antique Narbonnaise) et les pays de taille personnelle (le nord de la France). Dans la France méridionale, où le droit romain prédominait sur le droit féodal, l'imposition n'était pas basée sur le statut des propriétaires. Les courants réformateurs du XVIII^e siècle tendaient vers une harmonisation des systèmes fonciers au bénéfice d'un mode plus égalitaire (cadastre de Bertin) qui était souhaité par la monarchie et redouté par une partie de la noblesse qui craignait de perdre ses privilèges. [...] L'échec de la mise en place du cadastre de Bertin aboutit à la création du cadastre parcellaire napoléonien en 1807. »³⁴⁵. En d'autres termes, le cadastre est l'outil permettant de passer du système féodal dans lequel le sujet prime la terre, à une imposition fondée sur le sol nécessitant son individualisation. Le doyen Savatier repéra cet apport du cadastre sur le concept du sol civil³⁴⁶ à l'occasion de ces travaux sur les volumes immobiliers.

Il est vrai que cadastre et Code civil ont tous deux été enfantés la Révolution, tout en étant d'abord associés au Premier Empire (A). Pris isolément, le cadastre témoigne d'une façon éloquente de l'avènement d'un sol mathématique prenant la forme d'une surface en lien avec la propriété du code (B).

A. Cadastre et Code civil : enfants des idées révolutionnaires

(138.) La question du cadastre est contemporaine du Code civil, et plonge comme lui ses racines dans la période révolutionnaire.

Le cadastre a partie liée avec la Révolution. Plusieurs figures emblématiques de cette période sont associées à cet outil. Babeuf (1760-1797), fin connaisseur du sujet en sa qualité

³⁴⁵ J. Rubini, « La borne de Cantabrie », Histoire & mesure [En ligne], XIX - 1/2 | 2004, mis en ligne le 21 décembre 2007, consulté le 05 février 2015. URL : <http://histoiremesure.revues.org/809> ; DOI : 10.4000/histoiremesure.809, §16.

³⁴⁶ R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification des biens corporels » : RTD civ. 1958, p. 1 et s.

d'ancien commissaire terrier,³⁴⁷ fut un fervent partisan du cadastre. Dans son ouvrage le « cadastre perpétuel », il y voit un moyen d'assurer d'une redistribution égalitaire de la ressource foncière (cf. *supra* §122). Mirabeau avait lui aussi été commissaire à terriers. Il contribua largement à promouvoir une propriété du sol individuelle et purement exclusive, même si comme nous le verrons avec la mine de 1810, Mirabeau, en politicien averti, sut faire preuve d'un certain pragmatisme (cf. *infra* §190 et s.). Bien avant la Révolution, l'établissement d'un cadastre était déjà un sujet politique d'importance. En 1763, une tentative de réforme suggérant l'idée d'un cadastre général avait d'ailleurs été initiée sans réussir,³⁴⁸ et certaines régions relevaient de ce système³⁴⁹. Soucieux de rompre avec l'arbitraire de l'Ancien Régime qu'incarnait la fiscalité, plusieurs cahiers de doléances réclamèrent la généralisation du cadastre. L'aspiration répondait à la défiance suscitée par les terriers. Registres fonciers de l'Ancien Régime auxquels étaient joints des plans terriers ancêtres du cadastre³⁵⁰, les terriers contenaient la présentation des terres d'une seigneurie, incluant les droits et redevances attachés à ces terres. Or, ces terriers avaient fait l'objet d'une large mise à jour au cours du XVIII^e siècle, conduisant à faire revivre des droits tombés en désuétude. Ce dépoussiérage minutieux, orchestré par les commissaires terriers, se fit aux dépens de la paysannerie, qui voyaient resurgir des charges appartenant à un temps jugé révolu, provoquant une forte réaction antiféodale (cf. *supra* §121). C'est pourquoi peu de temps avant le début de la Révolution, l'Assemblée constituante adopta en 1791 pour des raisons fiscales, des dispositions³⁵¹ décrétant la levée de plans masses des terres cultivées ; les anciens impôts avaient été, eux, remplacés par une contribution foncière unique par la loi du 23 novembre 1790. Puis, en 1793³⁵², une nouvelle loi fut votée avec cette fois pour ambition la réalisation d'un cadastre général. Sans allocation de moyens, ni un réel accompagnement technique pour la mise en œuvre, cette loi resta lettre morte. C'est Napoléon, en clôture de la période révolutionnaire, qui quelques années plus tard, relança le processus du cadastre lui donnant à l'occasion une dimension nouvelle.

(139.) Le cadastre parcellaire, et plus simplement le cadastre tel que nous le connaissons aujourd'hui, est né avec la loi de finances du 15 septembre 1807. Il est aussi dénommé

³⁴⁷ M. Bloch, « Les plans parcellaires », *Annales d'histoire économique et sociale* 1929, p. 393.

³⁴⁸ M. Touzery « Cadastre en Europe à l'époque moderne. Modèles continentaux et absence anglaise » http://www.economie.gouv.fr/files/Introduction_Touzery.pdf dernier accès 06/03/2015 p.4 « ...il faut attendre 1763 pour voir revenir un projet de cadastre général, et sans conviction semble-t-il, tant la monarchie était la première consciente des risques politiques inhérents à la démarche et de la vigueur des résistances qui ne pourraient être surmontées qu'en redéfinissant le pacte social tacite sur lequel reposait le régime. ».

³⁴⁹ P.-M. Grinevald, « Le Cadastre. Guide des sources, Comité pour l'Histoire Économique et Financière de la France », Paris, 2007, p. 16.

³⁵⁰ P.-M. Grinevald, *Le Cadastre. Guide des sources, Comité pour l'Histoire Économique et Financière de la France*, Paris, 2007, p. 13.

³⁵¹ Lois et décrets des 16, 21 et 28 août 1791.

cadastre napoléonien, tout comme le Code civil a d'abord été le code Napoléon. Et, comme le Code civil, si le cadastre ouvre une nouvelle ère, c'est aussi la fin d'un long processus³⁵³. Avec le cadastre napoléonien, la fonction fiscale est toujours présente, mais elle est complétée par une préoccupation foncière plus affirmée ; ceci donne à l'ensemble une certaine unité placée sous le signe des mathématiques. Le Code civil venant tout juste de fonder le droit de propriété (1804), le cadastre est pressenti comme le complément indispensable permettant de venir préciser les contours du fond de terre. Napoléon déclare d'ailleurs : « un bon cadastre parcellaire sera le complément de mon Code en ce qui concerne la possession du sol. Il faut que les plans soient assez exacts et assez développés pour servir à fixer les limites des propriétés et à empêcher les procès. »³⁵⁴. La problématique des biens nationaux a sans doute aussi contribué à encourager le cadastre napoléonien. Sans aller jusqu'à reprendre la célèbre conclusion de Taine³⁵⁵, suite à la vente des biens nationaux de nombreux transferts de propriété ont eu lieu. De vastes domaines découpés pour l'occasion ont été vendus. Dès lors, le cadastre légitime ces propriétés nouvelles. Au-delà, le cadastre est assez naturel lorsque l'on songe à la proximité entre la propriété du code, exclusive par nature, et le besoin de géométrisation du sol de ce type de propriété (cf. supra §118). En figeant les contours d'une parcelle, même si originairement les raisons sont essentiellement fiscales, le cadastre entre en contact les limites de la propriété usitées dans une dimension de droit privé. La géométrie du cadastre est compatible avec celle du bornage, d'ailleurs les deux sont intimement liés en pratique. Des tiraillements existent les exigences fiscales n'allant pas toujours de pair avec celles touchant à la propriété, et le recours à cet outil peut avoir des incidences sur la propriété comme nous le verrons avec la question de la publicité foncière. Toutefois, le sol surface, immeuble du code, et parcelle cadastrale sont tous deux des représentations géométriques, qui plus est en deux dimensions. Ce trait commun porte la marque des idées sous-jacentes à la Révolution. Parallèlement, aux questions proprement sociales et politiques un mouvement de rationalisation fondé sur la raison est identifiable proche de la philosophie des Lumières. Comme l'écrit C. Morana, citant V. Delbos : « le penseur des lumières est persuadé « que l'ensemble des événements et des actes humains forme une série ordonnée dont chaque est un degré dans l'expression ou la réalisation de la vérité » »³⁵⁶. Or, le cadastre représente un formidable moyen de sérier le sol

³⁵² Loi du 23/09/1793.

³⁵³ À propos du code civil, voir J.-L. Halperin, Histoire du droit des biens, PUF, 2008, titre chapitre préliminaire p. 15 : « le code civil, aboutissement et point de départ. ».

³⁵⁴ Correspondance, Paris, Imprimerie impériale, 1858-1869. 32 vol. gr. In-4. Cité par P.-M. Grinevald, « Le Cadastre. Guide des sources, Comité pour l'Histoire Économique et Financière de la France », Paris, 2007, p. 17

³⁵⁵ « ..., quels que soient les grands noms, liberté, égalité, fraternité, dont la Révolution se décore, elle est par essence une translation de la propriété : en cela consiste son support intime, sa force permanente, son moteur premier, et son sens historique. ».

³⁵⁶ Qu'est-ce que les Lumières ? Mille et une nuits N508 Broché – 30 août 2006, p. 43.

dont les vertus sont nombreuses. À un moment par exemple, où la pensée économique naissante commence, notamment sous l'impulsion des physiocrates à voir le sol comme un moyen de production, un sol mathématique est cohérent. Avec les physiocrates l'agriculture devient aussi mathématique avec le concept de produit net, voire se confond avec le déterminisme d'une opération mathématique³⁵⁷. La théorie des physiocrates participe elle-même à ce mouvement qui la dépasse, mouvement propice au comptage et recomptage du sol, des habitants, de l'impôt, des fermes ...³⁵⁸.

Le cadastre napoléonien reprend cette tendance et la concrétise, permettant l'entrée dans une nouvelle ère, comme la propriété du code qu'elle complète. L'amalgame entre les deux institutions a des limites, mais le cadastre contribua en supplément à modifier dans sa substance l'objet de la propriété foncière. En élaborant un système de sol mathématique, le cadastre produit un concept de sol qui s'éloigne de la matière, ouvrant la voie à l'idéalisation du sol.

B. Le cadastre parcellaire : entreprise scientifique de géométrisation du sol rejoignant la propriété du code

(140.) Le cadastre n'est assurément pas né avec Napoléon, mais la législation du début du 19^{ième} marque un tournant dans son histoire³⁵⁹. Les quelques lignes qui vont suivre sont lacunaires. Elles n'ont d'autre ambition que de tenter de mettre en lumière comment le cadastre a permis, par la géométrie, de penser le sol autrement. Cette approche, toujours pertinente, est indispensable à la compréhension du sol civiliste dont l'évolution suit celle de la parcelle cadastrale. Cette parcelle s'articule d'ailleurs avec la propriété individuelle du Code civil (1), même si son fondement relève de la mathématique qui se traduit concrètement par le processus de triangulation (2).

³⁵⁷ C. Larrère, « L'Arithmétique des physiocrates : la mesure de l'évidence, In: Histoire & Mesure, 1992 volume 7 - n°1-2. p.9 : « C'est dans le compte d'exploitation d'une ferme de grande culture que Quesnay fait apparaître, au-delà des frais, un produit net qui prouve la productivité de l'agriculture. La petite culture est aux mains de métayers qui, sur de petites surfaces, attellent des bœufs que détiennent les propriétaires de la terre avec qui ils partagent les récoltes. » et p.20 « L'empirisme des premiers articles de l'Encyclopédie, lorsque Quesnay conviait ses lecteurs à « un examen fort étendu et fort approfondi » de l'agriculture, n'a donc servi qu'à fournir les données, où constater le produit net. Ceci fait, l'ordre, dans sa globalité, s'impose et les chiffres ne sont que l'illustration de sa rationalité : les calculs, on l'a vu, ne sont pas « les objets » des recherches des économistes, ils ne sont que le mode d'appréhension d'une vérité qu'ils présupposent. ».

³⁵⁸ C. Larrère, « L'Arithmétique des physiocrates : la mesure de l'évidence, In: Histoire & Mesure, 1992 volume 7 - n°1-2. p.5 « On peut mesurer l'importance prise, depuis la fin du XVII^e siècle, par le calcul et l'évaluation quantitative en regardant les estimations (fictives), des superficies, des habitants, des ressources, auxquelles se livre Vauban pour élaborer son projet de Dîme royale. Une volonté de rationalisation est à l'œuvre : on souhaite l'unification des dénominations monétaires, l'uniformisation des poids et mesures. ».

³⁵⁹ Pour une synthèse de l'évolution de la législation du cadastre moderne voire par exemple, M. Planiol et G. Ripier, « Traité pratique de droit civil français », Tome 3, Les biens par M. Picard, 2^{ème} éd., LGDJ 1952, §413 p. 394.

1. *La parcelle cadastrale un concept du sol qui s'articule avec la propriété individuelle*

(141.) La trace la plus ancienne d'une démarche visant à l'élaboration d'un cadastre, dans son acception la plus large : l'arpentage et le mesurage de propriétés immobilières³⁶⁰, datent environ de l'an 4000 avant Jésus Christ³⁶¹. Il s'agit d'une tablette chaldéenne découverte à Telloch (désert d'Arabie). Les historiens ont bien sûr mis à jour une multitude d'autres expériences et notamment le cadastre romain ou celui de l'Ancien Régime qui se subdivisait en terriers pour les domaines relevant de l'aristocratie ou pouillés pour ceux du clergé. Avec la Révolution, le processus s'est accéléré. Tirant bénéfice des reformes inabouties, telle celle de Bertier, le cadastre fut l'un des instruments de façonnage d'une société nouvelle. Plus spécifiquement, la propriété simultanée de l'Ancien Régime qui autorisait la division d'un même bien sur plusieurs têtes n'est plus possible et les terriers apparaissent donc comme désuets³⁶² dans l'environnement du code. Pour autant, la transition entre la vision féodale et révolutionnaire s'opéra progressivement. C'est ainsi que les plans continuèrent à être réalisés par masses de culture jusqu'en 1807, chaque masse étant identifiée à l'aide d'une couleur spécifique, comme cela se pratiquait avant la Révolution. L'arrêté de 1802³⁶³ illustre le processus en conservant la notion de masse. Cette notion, de masse soumise à une même nature de culture, doit être soulignée. Elle symbolise un lien à la matière bien plus prégnant que les plans réalisés postérieurement. Un bois, une prairie ou un champ de céréales se traduisent par la retranscription topographique de masses de couleurs distinctes reflétant la réalité³⁶⁴. L'arrêté de 1802 marque une étape vers la géométrisation, les plans, bien que constitués de masse de cultures, sont furent dressés à l'échelle 1/5000. Par ailleurs, cette législation intégra la notion de contenance, alors que précédemment l'évaluation de chaque masse correspondait à sa seule productivité. Le but était établir des coefficients déterminant la différence entre la superficie du relevé officiel et celle déclarée du propriétaire. L'arpentage n'étant pas réalisé dans toutes les communes, les coefficients devaient ensuite servir à la définition des valeurs des propriétés seulement déclarées.

Le système rencontra un succès d'estime³⁶⁵ ; il céda la place au cadastre parcellaire qui rendait plus aisée une répartition individuelle des propriétés et donc de l'impôt.

³⁶⁰ Pour une définition plus complète du cadastre voir P.-M. Grinevald, « Le Cadastre. Guide des sources, Comité pour l'Histoire Économique et Financière de la France », Paris, 2007, p. 11.

³⁶¹ A. Balleyguier, « Le cadastre, ce qu'il a été, ce qu'il est, ce qu'il sera, » *Nature (La)* N° 2413, Du 03/07/1920, p. 7.

³⁶² A. Balleyguier, « Le cadastre, ce qu'il a été, ce qu'il est, ce qu'il sera, » *Nature (La)* N° 2413, Du 03/07/1920, p. 9.

³⁶³ Arrêté du 12 brumaire an XI (3 novembre 1802).

³⁶⁴ Voir par exemple le plan géométrique commune de Pussigny (37) : rose clair (vigne), vert foncé (près), vert clair (bois, taillis), gris (terre inculte), L'établissement du cadastre en Indre-et-Loire, exposition réalisée par les archives départementales d'Indre-et-Loire à l'occasion du bicentenaire du cadastre (1807-2007), www.archives.cg37.fr dernier accès 3/11/2011.

³⁶⁵ M. Bloch, « Les plans parcellaires », *Annales d'histoire économique et sociale* 1929, p. 394.

(142.) Le passage du plan par masses de cultures au plan par parcelle fit entrer le cadastre dans l'ère de la modernité. Ces parcelles sont devenues des êtres purement géométriques, des représentations mathématiques faisant abstraction de la matière, tout en jetant un pont avec la propriété du code.

La loi de 1807 continue de distinguer les terres selon la nature des cultures qu'elles comportent, mais adjoint un second critère de distinction qui est le nom du propriétaire. Ce procédé aboutit à la création de la parcelle cadastrale, et fait écho au fonds de terre de l'article 517 du Code civil, une portion du sol appropriée ou appropriable. La parcelle n'est plus représentée par ce qu'elle contient *in concreto* (vignes, prairies, etc.), mais par le sujet (propriétaires) dont elle est un moyen, une ressource de développement. La réalité matérielle s'estompe au profit d'une conceptualisation systémique plus abstraite, à laquelle participe la notion de fonds de terre qui va au-delà du sol matière (cf. infra §695).

Le recueil méthodique du cadastre de 1811 reprend la représentation référence à la culture et au propriétaire. Il définit d'ailleurs la parcelle, comme étant : « une portion de terrain plus ou moins grande, située dans un même canton, triage ou lieu-dit, présentant une même nature de culture et appartenant à un même propriétaire »³⁶⁶. La volonté du législateur, et bien sûr de Napoléon³⁶⁷ (cf. supra), était de conforter la propriété, mais aussi l'efficacité fiscale, voire d'utiliser le premier objectif au profit du second³⁶⁸. La position de Gaudin, duc de Gaète alors ministre des Finances et initiateur de la loi, est de ce point de vue sans équivoque. Il écrivit dans une lettre aux préfets datée de décembre 1807 : « A la rigueur, malgré son imperfection, l'opération par masses de cultures aurait pu suffire pour la répartition de l'impôt foncier, s'il n'avait pas été véritablement désirable de profiter de la confection du cadastre pour reconnaître et fixer les limites respectives des propriétés, de manière à prévenir les procès que font si souvent naître, dans les campagnes, les discussions qui s'élèvent entre les propriétaires. »³⁶⁹. La propriété dont il est question est bien entendu celle vue par le code : individuelle et exclusive. Sur la ligne de leur illustre « parent » de 1804, les textes sur le cadastre privilégient l'équation : une parcelle, un propriétaire, et boudent les formes de propriété y dérogeant.

³⁶⁶ A.-J.-U. Hennet, « Recueil méthodique des lois, décrets, réglemens, instructions et décisions sur le cadastre de la France », Paris : Impr. impériale, 1811, §130 p. 50.

³⁶⁷ La citation complète de Napoléon mentionnée en introduction contient en préambule « Les demi-mesures font toujours perdre du temps et de l'argent. Le seul moyen de sortir d'embarras est de faire procéder sur le champ au dénombrement général des terres, dans toutes les communes de l'Empire, avec arpentage et évaluation de chaque parcelle de propriété. ».

³⁶⁸ Il était ainsi recommandé aux géomètres dans leurs rencontres avec les propriétaires de vanter les avantages fiscaux du cadastre, mais aussi sa faculté à prévenir les litiges relatifs aux limites de fonds. A.-J.-U. Hennet, « Recueil méthodique des lois, décrets, réglemens, instructions et décisions sur le cadastre de la France », Paris : Impr. impériale, 1811, §167 p. 56.

³⁶⁹ Citation reprise par le site consacré au cadastre <http://cadastre.pagesperso-orange.fr/index.htm>, dernier accès 4/11/2011.

En présence de propriétés indivises ou communautaires, le partage devient la règle, le maintien de l'indivision la tolérance³⁷⁰. De la même façon, pour les maisons à étages appartenant à plusieurs personnes les noms de tous les copropriétaires sont reportés sur le tableau indicatif. Néanmoins, le propriétaire du rez-de-chaussée est le premier de la liste, a seul droit de voir apposer le numéro de parcelle en face de son nom et de voir son nom figurer sur le plan³⁷¹. Le procédé de rattachement du propriétaire à la parcelle fonctionne parfaitement, et permet d'individualiser cette dernière au propre comme au figuré. Elle est la chose de tel sujet et cette attribution suffit à la distinguer des autres. Parallèlement, la parcelle s'intègre dans un ensemble plus vaste le plan, ce qui a pour effet d'accroître le caractère abstrait du sol.

Par la jonction entre la propriété du code et le cadastre, la représentation du sol change et se détache du monde tangible. Le sol devient pour partie le lien vers un individu. Ce dernier va se voir reconnaître par des prérogatives étendues sur cette chose, et des devoirs envers la collectivité, comme celui de payer l'impôt. La mise à l'écart de la matière constatée par le rapprochement propriété, cadastre est encore plus parlante lorsque l'on s'attache au processus de géométrisation de la parcelle proprement dite.

2. La triangulation ou l'appréhension du sol par la géométrie, source d'influence du fonds de terre

(142.) En dehors de la rencontre fondatrice avec le propriétaire, la parcelle du cadastre de 1807 se caractérise par une conception étroitement liée à la géométrie, qui influence l'immeuble par nature sol du Code civil.

Là encore, le cadastre parcellaire n'est pas l'un de ce phénomène. La géométrisation du sol, symbolisée par la triangulation³⁷², lui est bien antérieure. Bien avant la Révolution, l'arpenteur s'était fait mathématicien comme le montre l'ouvrage de Babeuf ou le cadastre Bertier. Toutefois, avec le cadastre napoléonien le processus se généralise et prend une ampleur nouvelle.

Concrètement, la géométrisation se traduit par la technique de triangulation. Elle consiste à établir un triangle dont la base est constituée d'un repère physique caractéristique de la commune (ex : le clocher de l'église), et dont les axes sont orientés nord/sud, est/ouest à

³⁷⁰ A.-J.-U. Hennet, « Recueil méthodique des lois, décrets, règlements, instructions et décisions sur le cadastre de la France », Paris : Impr. impériale, 1811, §185 p. 64.

³⁷¹ A.-J.-U. Hennet, « Recueil méthodique des lois, décrets, règlements, instructions et décisions sur le cadastre de la France », Paris : Impr. impériale, 1811, §193 p. 68.

³⁷² La triangulation consiste à lier par un réseau de triangles des points qui peuvent être situés de part et d'autre de l'arc de méridien ou de parallèles à mesurer, ou sur l'étendue d'un pays à cartographier. Elle permet de déduire,

l'aide d'une boussole. Les côtés sont réalisés par un second repère servant de pointe au triangle. Les trois segments (base plus côtés) de ce premier triangle servent à l'établissement des triangles suivants de façon à couvrir la totalité du périmètre à arpenter pour former un canevas trigonométrique³⁷³. Dans un second temps, les parcelles sont reportées sur cette trame ou plus exactement ce plan, généralement conçu à l'échelle 1/5000. Pour chaque parcelle, le nom du propriétaire est mentionné conformément à la table alphabétique des propriétaires, qui représente l'autre document sériant le sol cette fois en dehors de toute représentation graphique. Une fois, le plan parcellaire de la commune achevé, il est divisé en section³⁷⁴ selon la répartition du territoire naturel de la commune, et les parcelles de chaque section sont numérotées.

Enfin, dernière pierre de l'édifice, un tableau indicatif est confectionné pour chaque section, indiquant par parcelle notamment le nom du propriétaire, sa nature de culture et sa contenance³⁷⁵. Le processus aboutit à la retranscription du sol sous forme d'un plan d'une myriade de pièces plus ou moins rectangulaires, formant un ensemble susceptible d'être dupliqué presque sans limites si l'on accepte que l'univers puisse être l'objet d'une géométrie euclidienne (cf. supra §45 et s.). La parcelle est devenue un concept géométrique à deux dimensions, longueur largeur, et sur le produit des deux une surface. Cette surface s'assimile naturellement au concept juridique de fonds de terre par le lien organique qui unit la parcelle à son propriétaire, le titulaire d'un droit sur l'immeuble fonds. Par un jeu de miroirs, la parcelle devient la chose objet du droit de propriété et le propriétaire au travers de son droit délimitant le sol. Le cadastre n'étant plus immuable, contrairement à ce que pouvait croire le législateur du début du 19^{ième} siècle³⁷⁶, le critère de propriété s'est affirmé comme le principal critère de détermination de la parcelle. Ce trait apparaît dans la définition courante de la parcelle, proche d'ailleurs de celle du recueil de 1811 : « Portion de territoire d'un seul tenant appartenant à un seul propriétaire et possédant une certaine individualité en raison de l'agencement donné à la propriété »³⁷⁷. L'assimilation entre le concept de parcelle cadastrale,

trigonométriquement, de la mesure directe d'un unique côté du premier de ces triangles, la longueur des côtés de tous les autres triangles. <http://a2t.univ-tours.fr/glossaire> dernier accès 4/11/2011.

³⁷³ Pour le détail voir A.-J.-U. Hennet, « Recueil méthodique des lois, décrets, règlements, instructions et décisions sur le cadastre de la France », Paris : Impr. impériale, 1811, Chapitre, Triangulation, Définition, §117 p. 46.

³⁷⁴ Selon le recueil méthodique, la division par section est exclusive de la propriété. Il s'agit plus d'une répartition par terroir prenant en compte les convenances, habitudes et limites naturelles. Toutefois, le recueil précise que les sections devront être d'une taille à-peu-près égales ce qui conduit aussi à une forme de conceptualisation cette fois par le jeu de la rationalisation, A.-J.-U. Hennet, « Recueil méthodique des lois, décrets, règlements, instructions et décisions sur le cadastre de la France », Paris : Impr. impériale, 1811, §105 et s. p. 69.

³⁷⁵ A.-J.-U. Hennet, « Recueil méthodique des lois, décrets, règlements, instructions et décisions sur le cadastre de la France », Paris : Impr. impériale, 1811, §198 p. 69.

³⁷⁶ Dans une vision quelque peu idéaliste le cadastre napoléonien devait être une base d'imposition immuable, A.-J.-U. Hennet, « Recueil méthodique des lois, décrets, règlements, instructions et décisions sur le cadastre de la France », Paris : Impr. impériale, 1811, Introduction §XIX p.12, la loi du 16 avril 1930 organisant la rénovation générale du cadastre mit un terme au caractère immuable.

³⁷⁷ Glossaire de cartographie, Comité Français de Cartographie, 1990 <http://seig.ensg.ign.fr/sommléxi.php?>, dernier accès 7/11/2011, déjà le Décret n° 55-471 du 30 avril 1955 relatif à la rénovation et la conservation du Cadastre (J.O. du 3 Mai

une surface géométrique, et celui du fonds de terre est un point essentiel. Tous deux se révèlent être des moyens de représentation du sol matière, puisque ces deux concepts renvoient à une seule et même chose, une portion de l'écorce terrestre. On retrouvera cet aspect lors de l'examen du volume immobilier moderne, qui sera analysé comme une déclinaison de la représentation géométrique du sol, ayant pour particularité d'avoir trois dimensions.

La géométrisation a donc non seulement signé l'avènement d'un cadastre « général, officiel et fiscal » pour reprendre les termes de M. Bloch, mais elle a également insufflé un changement dans la nature du fond de terre civiliste en le détournant de sa seule dimension matérialité. Ainsi, paradoxe de l'histoire, au moment où les rédacteurs du code s'évertuaient à faire du sol une chose matérielle absolue, ce dernier devenait une abstraction par l'entremise des mathématiques.

Cette tendance à l'abstraction s'est poursuivie ; elle est encore plus perceptible lorsque l'on s'intéresse à la procédure de publicité foncière.

§2 La publicité foncière ou le prolongement de conceptualisation du sol cadastral

(143.) Le cadastre parcellaire a servi de socle à la vision moderne de la propriété immobilière que l'on retrouve, par exemple, dans la réforme de la publicité foncière de 1955. Comme pour le cadastre, cet aspect a été identifié en son temps par le doyen Savatier.

La formalité de publicité représente un nouveau point d'étape du concept moderne de sol, qui s'inscrit dans la logique du sol abstrait du cadastre. Faire de ce dernier une référence aux effets au long cours, ne doit pas masquer les inconvénients dont le cadastre est porteur. Son entreprise a été longue (cinquante ans) et couteuse. L'idéalisme du législateur de 1807, directement emprunté à la Révolution, a fatalement des contreparties ; ne pas faire dans la demi-mesure³⁷⁸, impose des efforts sonnants et trébuchants. Autre limite, le cadastre est un instrument de l'Etat ou service principalement de l'Etat par son lien à la fiscalité, faisant de la puissance publique l'acteur central du dispositif. Cette dimension contrevient, au moins en théorie, à la nature originelle de la propriété civiliste relevant d'un État minimaliste de type lockéen (cf. supra §118 et s.).

1955) évoquait dans son article 4 : « une même nature de culture ou une même affectation et située dans un même îlot de propriété. ».

³⁷⁸ cf. citation de Napoléon, notes bas de page n°365.

D'ailleurs, la publicité foncière pose aussi la question du rapport entre État et propriété privée, en prolongeant l'œuvre de conceptualisation du sol du cadastre, et c'est cet aspect qui va maintenant nous intéresser. La réforme de la publicité foncière de 1955 suivant l'exemple du cadastre renforce la propriété en ayant recours à un sol représenté mathématiquement (A), tout en la contraignant à s'adapter (B).

A. La réforme de 1955 : accélérateur d'une propriété immobilière abstraite

(144.) Le développement urbain de l'après-guerre s'accommodait parfaitement d'un sol abstrait du type parcelle cadastrale. Dans l'optique d'un accroissement des transactions immobilières caractéristiques d'une telle période, un concept mathématique est tout à fait adapté.

Le sol surface géométrique né au moment de la Révolution, et même avant (cf. supra §142), n'avait pas perdu de son intérêt au 20^{ème} siècle bien au contraire. Pourtant, très tôt, et sans doute quasi immédiatement, le cadastre parcellaire a généré une forme d'insatisfaction suscitant des réformes à répétition sur la dimension juridique³⁷⁹. Assimiler la parcelle cadastrale, conçue initialement à des fins fiscales, à la chose objet de la propriété immobilière revient à inoculer à cette dernière une dose de rationalisation, qui plus est administrative. Or, l'opération s'accorde mal avec le principe du code, la libre définition des contours de la chose immobilière. Plus simplement, la géométrisation peut heurter le fonds de terre matériel qui demeure une référence forte, façonnée de longue date. La rationalité mathématique peut être source de rigidité face à la complexité du réel. Pourtant, la vision abstraite du sol va s'imposer au fil du temps. La parcelle cadastrale s'avère totalement en phase avec l'immeuble, dont la transmission est plus fréquente et plus dispersée au sein de la société. La parcelle dématérialisée dont l'expression se cristallise autour de deux chiffres : son numéro et sa contenance, n'a aucune difficulté à devenir un outil d'aménagement, de gestion. Le décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière reprit à son compte les avantages de la parcelle cadastrale, et continua de creuser le sillon ouvert en 1807. Il faut dire que l'époque se caractérisait à la fois par le besoin de reconstruction, un développement urbain intense et une montée en puissance de l'accession à la propriété, suscitant l'instauration de copropriétés³⁸⁰ et de lotissements.

La ressource sol se démultipliait, et une représentation mathématique du sol en facilitait la gestion.

(145.) Ce faisant l'étape de la réforme de la publicité foncière de 1955 s'affirme comme essentielle dans la recomposition de la nature du fond de terre et plus généralement du bien immobilier.

³⁷⁹ M. Bloch, « Les plans parcellaires », *Annales d'histoire économique et sociale* 1929, p. 395.

³⁸⁰ M. Dagot et P. Frémont, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Publicité foncière », Fasc. 30, Cote : 11, 2002, §43.

R. Savatier dès 1958 le note : « la conjonction de la conception civile et de la conception fiscale de l'immeuble figuré s'est, pour ainsi dire, achevée dans la législation nouvelle de la publicité foncière. »³⁸¹, tout en ayant étayé au préalable son propos par d'autres exemples³⁸². Comme l'indique l'auteur, la réforme de 1955 instaure la création d'un fichier immobilier à trois niveaux avec des fiches personnelles, parcelles et sur les immeubles. Ce fichier est alimenté au fur et à mesure de l'accomplissement des formalités de publicité. Le procédé permet de franchir une nouvelle étape essentielle, en reconnaissant à la parcelle cadastrale un rôle dans la définition de l'objet de la propriété immobilière.

C'est l'article 7 du décret de 1955 qui marque ce changement en énonçant : « Tout acte ou décision judiciaire sujet à publicité dans un bureau des hypothèques doit indiquer, pour chacun des immeubles qu'il concerne, la nature, la situation, la contenance et la désignation cadastrale (section, numéro du plan et lieu-dit) ». Ainsi, le bien immobilier objet du droit de propriété n'est plus seulement un fonds de terre référant à une portion matérielle de l'écorce terrestre. Sa représentation est complétée par un concept formaté par l'autorité administrative dans lequel on retrouve la référence à la parcelle cadastrale.

Avec la réforme de 1955, la réalité matérielle est conservée au travers de l'item de la nature du bien, mais de façon résiduelle. La représentation du sol repose avant tout, directement ou indirectement, sur des données mathématiques : adresse, contenance, références cadastrales. Ce nouveau mouvement d'un concept de sol plus abstrait ne nuit pas à la propriété. Bien au contraire, la publicité foncière lui profite ; la propriété se développe et gagne en fiabilité. Néanmoins, ce succès n'est pas exempt de risques pour la propriété.

B. La réforme de 1955 : source d'adaptation de la propriété du code

(146.) La réforme de la publicité foncière de 1955, bien que portant sur un aspect à priori accessoire correspond à l'une des grandes réformes de la propriété immobilière³⁸³, et contribue grandement à la propriété du code. Dans le même temps, tout en concourant au développement du modèle de propriété du code la réforme de 1955 va accroître les contraintes systémiques (1), appelant ce modèle à s'adapter. Pour autant, adaptation ne signifie pas reniement. Tout comme la borne, la publicité foncière ne fait pas le propriétaire, mais conforte son droit (2).

³⁸¹ R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification des biens corporels » : RTD civ. 1958, §5 p. 5, voir également G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière » : Études A. Weill : Dalloz, Litec 1983, §7 p. 283 qui souligne l'apport de R. Savatier sur le concept de dématérialisation.

³⁸² R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification des biens corporels » : RTD civ. 1958, §4 p. 5.

³⁸³ G. Daublon, « Regards sur le vingtième siècle », répertoire Defrénois n1/01 37277. L'auteur rapporte notamment les propos de Claude Thiberge considérant que la réforme de la publicité foncière de 1955 était une réforme définitive.

1. La réforme de la publicité foncière un gain source d'adaptation pour la propriété

(147.) Avec la réforme de 1955, l'idéalisation du sol s'intensifie. Le processus profite largement à la propriété, mais lui donne également une orientation nouvelle susceptible de la déstabiliser.

La publicité foncière, on le sait, incarne deux objectifs : la sécurité de l'acquéreur, donc du propriétaire, et la sécurité du commerce juridique qui répondent à la protection des créanciers hypothécaires. Sur ce second volet, le législateur vise à favoriser le crédit immobilier³⁸⁴. Le déploiement d'un crédit sûr rend la propriété immobilière mécaniquement plus attractive³⁸⁵. Par ailleurs, en complément de ces considérations essentiellement économiques, le législateur a, par divers moyens, renforcé l'importance du cadastre donc de la représentation abstraite du sol. On peut citer notamment, la concordance des indications sur le droit de propriété et droits réels entre le fichier immobilier et le cadastre³⁸⁶, ou le principe de la fusion des formalités d'enregistrement et de publicité foncière.

D'autre part, la portée de la vision de l'immeuble de la réforme de 1955 tient à sa dimension systémique. La publicité foncière a vocation à s'étendre à l'ensemble de la propriété. Le système de sanction pour non-respect de cette formalité, est composé de plusieurs éléments, dont un particulièrement efficace, l'effet relatif de la publicité foncière³⁸⁷. En empêchant la publication de l'acte d'une personne dont le droit de l'auteur n'a pas été lui-même publié, la publicité foncière devient incontournable. Pour mémoire, la propriété est une relation s'attachant à mettre en présence uniquement un sujet et sa chose. De plus, en complément de ce système de sanction, la publicité foncière peut avoir une incidence y compris entre acquéreur et vendeur en présence de transactions successives³⁸⁸. Selon les règles de droit commun (Art. 1583 Code civil), la vente étant parfaite dès l'échange des volontés, le vendeur perd ipso facto la propriété de l'immeuble ; la seconde vente ne peut alors donner lieu à un transfert de propriété celui-ci étant déjà intervenu et le premier acquéreur doit être désigné comme le nouveau propriétaire. Seulement, la publicité va bouleverser ce raisonnement en donnant préférence au titre publié en premier. Une publication de la seconde vente antérieure à la première emportera propriété du bien pour le second acquéreur. Conséquemment, la propriété perd de son autonomie en étant contrainte de se soumettre à une formalité, obligatoire de fait, qui lui est extérieure.

³⁸⁴ M. Dagot et P. Frémont, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Publicité foncière », Fasc. 30, Cote : 11,2002, §4.

³⁸⁵ Pour mémoire le décret de 1955 s'explique en partie par le développement de l'accession sociale, tout comme la précédente réforme de 1855 concomitante à la naissance du Crédit Foncier, accession reposant par principe sur l'élargissement de l'accès au crédit.

³⁸⁶ M. Dagot et P. Frémont, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Publicité foncière », Fasc. 30, Cote : 11,2002, §50 et articles 870, 1402 et 1404 du CGI.

³⁸⁷ M. Dagot et P. Frémont, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Publicité foncière », Fasc. 30, Cote : 11,2002, §45.

³⁸⁸ M. Dagot et P. Frémont, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Publicité foncière », Fasc. 30, Cote : 11, 2002, §13. Selon les auteurs, les règles de publicité foncière ne contrediraient pas le code civil, et seraient par là conformes au principe confortatif de la publicité foncière en droit français par opposition au système déclaratif, puisqu'elles permettraient la protection des deux acquéreurs, sous réserve qu'ils n'aient procédé au paiement qu'après publication. Il s'agit peut-être du

Ces divers aspects montrent à l'évidence, comment la publicité foncière renforce la propriété tout en la déstabilisant. Par l'entremise d'une représentation du sol détachée de la chose tangible, le sol est au moins autant la composante d'un système, relevant de la puissance publique, que l'objet du droit de propriété d'un individu. Notons que ce développement n'est pas contraire à la propriété qui en profite. Simplement, à ce profit correspond un coût. La stratégie des rédacteurs du code de chosifier la propriété (cf. supra §45 et s.) pour maintenir le tête-à-tête entre le propriétaire et sa chose a perdu en intensité.

2. *La nature de la publicité foncière : question à la propriété du code*

(148.) Le sol représenté abstraitement possède une large portée, qui s'explique en particulier par une origine transversale au droit privé et au droit public. Cette approche modifie de l'intérieur l'objet du droit de propriété. Par suite, cette modification suscite mécaniquement la question de l'articulation, voire de la hiérarchie, entre la représentation nouvelle et ancienne du sol.

Cette problématique s'exprime au travers de la nature de la procédure de publicité foncière qui peut être constitutive de droit ou simplement confortative. Très schématiquement, la publicité foncière a un rôle constitutif, si cette procédure est perçue comme faisant naître le droit – pour ce qui nous concerne le droit de propriété ; A l'inverse son rôle sera déclaratif, lorsque la procédure se limite à entériner un droit excitant. Ce schéma reprend les éléments du vieux débat d'une propriété de droit naturel préexistant l'État, versus une propriété institution sociale, fruit de l'organisation du corps social au travers l'État, proche du concept de contrat social développé par Rousseau pour dire les choses simplement. En droit français, le principe est que la publicité foncière possède un rôle confortatif. Le droit naît de la volonté des parties et l'accomplissement de la formalité se limite à le parfaire³⁸⁹, et, en aparté, la convention de bornage n'exige pas de forme particulière sous l'empire du code³⁹⁰.

À l'inverse dans un système constitutif, tel qu'il existe en Allemagne ou en Australie par exemple, c'est l'accomplissement de la formalité qui crée le droit. Le choix français trouve sa source dans l'orientation donnée à la propriété civiliste d'un Etat minimaliste. Le code enfant de la Révolution nourrissait une défiance naturelle à l'endroit de toutes les formes de pouvoirs susceptibles de concurrencer le droit du propriétaire sur sa chose. Or, l'État, au moins par certains aspects, est un concurrent sérieux, présentant même le risque de soumettre

cas le plus vraisemblable, mais l'autre option n'est pas exclue. D'autre part, en cas d'une publication du titre second acquéreur antérieure au premier, le second acte prévaudra au mépris, semble-t-il, de la règle de droit commun.

³⁸⁹ M. Dagot et P. Frémont, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Publicité foncière », Fasc. 30, Cote : 11, 2002, §11.

³⁹⁰ Cass. civ. 3^e 16 février 1968, Bul. Civ. III, n° 64, p. 53.

la propriété. C'est pourquoi comme « la borne ne fait pas le propriétaire » (cf. supra §124 et s.), la formalité de publicité foncière ne fait pas la propriété.

Toutefois, passée cette affirmation grandiloquente, force et de reconnaître que le décret de 1955 porteur d'une influence, va parfois jusqu'à s'opposer presque frontalement au cadre traditionnel de la propriété, comme en matière de ventes successives d'un immeuble. Sans doute, le système français n'est-il plus tout à fait déclaratif, tout en restant éloigné d'une publicité foncière ayant un rôle constitutif. Certains auteurs souhaiteraient un passage à un système constitutif pur et simple³⁹¹, ce qui est sujet à controverse³⁹². Une telle approche reviendrait à remettre en cause le fondement de la propriété civiliste. Or, il s'agit d'un sujet dépassant singulièrement la question de la publicité foncière. Par ailleurs, une telle démarche, une modification de la nature de la propriété par la publicité foncière, comporte le biais déjà dénoncé de la confusion entre le concept et son objet (cf. supra §45 et s.). La représentation abstraite du sol que sous-tend la publicité foncière n'a pas pour effet d'éliminer l'objet de la représentation. La propriété du sol, soit la faculté de disposer d'une chose tangible, demeure que cette chose soit représentée par la géométrie, les mathématiques ou au regard de sa matérialité. Remarquons de plus l'adaptabilité de la propriété, qui tout en maintenant le principe d'une publicité déclarative a su intégrer un dispositif contrevenant à ses principes fondateurs.

Ainsi, si le décret de 1955 sur la publicité foncière interroge la propriété, il lui permet aussi de se renforcer. Ce renforcement tient au développement la propriété par l'amélioration de la sécurité juridique, qu'engendre la formalité de publicité. La propriété est également renforcée par l'ajout d'un élément lui étant, *a priori*, contraire, sans que cet ajout ne contraigne la propriété à se renier, mais seulement à s'adapter. Le processus débouche sur une propriété capable d'intégrer la publicité foncière et de s'en servir.

Cet aspect est important, car l'abstraction de la représentation du sol inhérente à la propriété foncière n'est, elle-même, qu'une étape d'un processus évolutif (cf. infra §705 et s.). Une autre séquence de ce processus concerne la représentation du sol en trois dimensions, le volume immobilier. Or, le volume ne possède pas la matérialité du sol surface pour la partie dessus en l'absence de construction. Le concept de sol classique, la matière que l'on peut toucher, ne peut donc pas être utilisé. La publicité foncière fondée sur un concept abstrait sera alors utile, puisque la représentation du sol volumique est elle-même synonyme d'abstraction (cf. infra §624 et s.).

Le volume immobilier, également représentation abstraite du sol, est née sur la seconde moitié du 20^{ième} siècle. Le volume appartient à la géométrie euclidienne, comme le sol

³⁹¹ M. Dagot et P. Frémont, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Publicité foncière », Fasc. 30, Cote : 11, 2002, §117.

³⁹² M. Dagot et P. Frémont, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Publicité foncière », Fasc. 30, Cote : 11, 2002, §120.

surface civiliste qui lui est antérieur. Cependant, si le Code civil a d'abord vu le sol comme une surface, il développe en parallèle plus modestement, il est vrai, un sol en trois dimensions au travers de l'article 552.

Sous-section 2 : La représentation des limites de l'étendue du sol

(149.) Poser la question de la représentation des limites de l'étendue du sol, c'est interroger la représentation du sol lui-même. Selon que le sol est perçu comme un pouvoir ou une chose sur laquelle s'exerce ce pouvoir, les limites de l'entité vont varier. Nous avons constaté par exemple comment le sol civiliste avait besoin de limites, en raison d'un développement physique que traduit la procédure de bornage (cf. supra §124 et §). À titre de comparaison, la *common law*, elle, procède différemment en ayant recours au concept de l'*estate* ou tenure (cf. infra §583). En interrogeant, la représentation du sol sous l'angle de ses limites, il pourrait être tentant de conclure à une dimension évolutionniste du sol. Dans cette optique, la représentation géométrique serait l'état le plus abouti de la représentation du sol.

Aussi attrayante soit-elle, une telle conclusion est mal aisée, même si des séquences claires sont identifiables avec notamment le passage d'un sol représenté comme un pouvoir, à un sol s'apparentant à une chose tangible (§1). Cette seconde hypothèse, qui est la représentation civiliste via le processus de géométrisation, soulève la difficulté des limites basses et hautes du sol dès lors que l'on passe de la deuxième à la troisième dimension (§2).

§1 Caractère évolutif de la représentation du sol ?

(150.) La représentation du sol n'est pas une question propre à la science juridique. Les quelques développements à suivre étant influencés par la façon dont le droit perçoit le sol, leur portée s'en trouve automatiquement limitée. Sans être propre au droit, la représentation du sol revêt le concernant une importance particulière. En fonction de la représentation de son objet, le droit n'adoptera pas la même approche, et n'a pas adopté la même approche au fil du temps. F. Challaye dans sa brève introspection de la propriété conclut en disant : « L'histoire établit encore, que lié à des institutions sociales changeantes, le droit de propriété a constamment évolué. Il a évolué avec les croyances morales et religieuses et avec les

mœurs inspirées par elles, avec l'organisation de la famille et de l'État, avec le régime de la production et des échanges, que transforment science et technique. Ayant évolué dans le passé, le régime de propriété ne peut pas ne pas évoluer dans l'avenir.»³⁹³. Une corrélation entre l'évolution de la propriété et celle de la représentation du sol peut aussi être établie. Le sol du Code civil rompt avec la vision de l'Ancien Régime. Le sol pouvoir de la féodalité se transforme en une chose, qui plus est géométrique (A). De même, cette représentation géométrique a elle-même évolué de deux à trois dimensions, avec des incidences sur la propriété foncière (B). Dans cette perspective, il est juste de parler d'évolution. Toutefois, cette approche mérite d'être relativisée (C).

A. Le sol représenté initialement comme un pouvoir

(151.) La conceptualisation du sol en un pouvoir est un vaste sujet³⁹⁴. Dans la vision civiliste, le fonds de terre est une entité objective rompant avec un sol outil du pouvoir de l'Ancien Régime. La propriété du code étant elle-même caractérisée par un pouvoir absolu du propriétaire, l'opposition est sans doute contestable. Pour autant, le sol du Code civil diffère substantiellement du sol féodal.

C'est pourquoi la féodalité demeure un point de passage pour l'analyse d'un sol représenté comme un pouvoir (2). Ce point sera précédé d'une autre forme de représentation d'un sol pouvoir, le sol sacré (1)

1. Le sol : un pouvoir relevant du sacré

(152.) Initialement, la terre, et par là, le sol, a été perçu comme relevant du sacré, entre mysticisme, religion et théologie. La terre, ni même la propriété ne peuvent prétendre être sacrées aujourd'hui, mais cette influence reste perceptible.

Par exemple, pour les Romains, Terminus est le dieu des limites plantées dans le sol les termes ; il se tient « même comme gardien à l'entrée du monde » (cf. supra §112 et s.). Autre exemple, selon les chrétiens, le monde n'a existé que par la volonté de Dieu : « Au commencement, Dieu créa le ciel et la terre. »³⁹⁵ dit la Bible. Cette référence n'est pas propre

³⁹³ F. Challaye, « Histoire de la propriété », PUF - Que-sais-je?, Broche, Paris, 1967, p. 125.

³⁹⁴ Voir par exemple : G. Gurevic, « Représentations et attitudes à l'égard de la propriété pendant le haut moyen âge », in Ann. éco. soc. civ., 1972, p. 532.

³⁹⁵ Livre 1 La genèse, chapitre 1, verset 1 de la Bible.

à la religion chrétienne. Elle est également présente, notamment, dans le judaïsme avec Moïse demandant à Dieu de créer l'univers³⁹⁶.

Cette idée d'une terre création divine a exercé une forte influence sur la propriété, toujours à l'œuvre. M. F. Renoux-Zagamé souligne l'influence et l'imbrication entre le religieux et la propriété³⁹⁷. D'ailleurs, la religion est une composante essentielle de la propriété individuelle de Locke ; l'attribution du sol aux individus n'est que le moyen matériel pour ces derniers de remplir la mission qu'il leur a été confiée par Dieu, prendre en charge leur développement (cf. supra §118). Historiquement, sacré et temporalité cohabitaient, et cohabitent toujours. Le sol représenté comme une chose appropriable n'est pas exclusif d'une représentation sacrée du sol. Au 19^{ième} siècle, le camp de la propriété confrontée à la critique de la pensée marxiste faisant de la propriété l'origine des inégalités sociales, s'en défend en prenant Dieu à témoin. Thiers, par exemple, dans son célèbre plaidoyer, rappelle l'origine sacrée de la propriété en parallèle du fondement travail³⁹⁸. Sous la plume de l'auteur, cette origine est même le moyen de contester le reproche adressé à la propriété. En dehors des justifications qu'il apporte aux inégalités sociales, Thiers considère que les hommes sont mortels³⁹⁹. En conséquence, ce que Dieu donne, Dieu le reprend, et cette échéance est marquée du sceau de l'égalité, primant les inégalités terrestres. Une partie de la doctrine moderne semble conserver cette ligne : « L'église a toujours enseigné que l'homme n'est que le dépositaire des richesses qui sont entre ses mains ; il doit les gérer dans l'intérêt du bien commun, et il devra un jour rendre compte de cette gestion. Si cette doctrine était suivie, le droit de propriété individuelle échapperait, sans doute aux attaques dont il est aujourd'hui l'objet »⁴⁰⁰. Le caractère sacré de la propriété n'est cependant pas l'apanage de la propriété individuelle. « La propriété collective parce qu'elle est le bien des morts, qui continuent à vivre auprès des vivants. »⁴⁰¹ nous dit F. Challaye à propos des sociétés primitives.

Indépendamment de la nature de la propriété, le sol sacré emporte des conséquences dans le monde terrestre peuplé d'êtres mortels. Les *agrimensores* romains en délimitant le sol, sous la houlette de Terminus, faisaient acte de souveraineté (cf. supra). Le modèle est mystique puisque le schéma originel est le sillon magique de Romulus. Toutefois, les effets relèvent, à

³⁹⁶ M. Jammer, « Concepts of Space », Harvard University Press 1954 p.29 et plus généralement p.25 et s. Chapitre 2 Idées judéo-chrétiennes à propos de l'espace.

³⁹⁷ M. F. Renoux-Zagamé, « Du droit de Dieu au droit de l'homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété. », Droits. Revue Française de Théorie Juridique, No 1, Paris: P.U.F., 1985, p.31 : « N'est-ce pas en partie parce qu'on a voulu conférer à une multiplicité d'êtres définis par leur égalité des droits qui avaient d'abord été conçus pour un dieu, exclusive, celui du christianisme, qui n'admet ni d'égal, ni compagnon? ».

³⁹⁸ A. Thiers « De la propriété », Paris 1848, p. 77 : « Dieu, Dieu ce grand coupable, a voulu que l'homme commençât sur cette terre par le gland, pour finir, à force de travail, par le pain de froment, et il nous semble que, s'il a voulu faire du bien être le prix du travail, et de la vie une épreuve, il est permis de s'incliner devant la profondeur d'un tel dessein. ».

³⁹⁹ A. Thiers « De la propriété », Paris 1848, p. 115.

⁴⁰⁰ H.-L. et J. Mazeaud, F. Chabas et F. Giantivi, « Leçons de droit civil », t. 2, 2e vol. Biens: droit de propriété et ses démembrements, 8e éd. 1994, §1304 p. 17.

⁴⁰¹ F. Challaye, « Histoire de la propriété », PUF - Que-sais-je?, Broche, Paris, 1967, p. 16.

n'en pas douter, du monde terrestre. La borne, représentation divine, est aussi un simple système de marquage du sol. Et, nous avons vu que sa légitimité relevant des dieux, à Rome, avait été transférée aux juges, qui eux-mêmes se sont éloignés de l'ordre mystique au fil du temps, tout en pouvant être qualifiés de prêtres modernes.

2. *Le sol et le pouvoir féodal*

(153.) La période féodale est une autre période de représentation du sol comme un pouvoir. Par féodalité, il faut entendre ici, la période postérieure à la Révolution dans son ensemble, en dépit des variations significatives de ce modèle, variations politiques et sociales, mais aussi juridiques⁴⁰².

En comparaison de l'antiquité, le sol féodal diffère même s'il conserve une dimension touchant au sacré. À la tête de la pyramide féodale, le roi reçoit son pouvoir de Dieu. Puis les vassaux du roi tiennent leur pouvoir de celui-ci, et ainsi de suite⁴⁰³. Le clergé, en charge de l'organisation du culte, représente le second ordre de la société féodale. En plus d'être hiérarchisé, le pouvoir de la noblesse comme du clergé a pour caractéristique d'être fortement territorialisé. En régime féodal, le territoire est même l'expression de ce pouvoir, marquant une inversion avec le Code civil. La propriété foncière de l'Ancien Régime est intimement liée au statut des personnes, c'est-à-dire aux relations de pouvoirs prenant place entre les individus. Chénon parle de chaîne personnelle et de chaîne réelle dont les anneaux sont soudés⁴⁰⁴. Le vassal en se plaçant sous l'autorité de son suzerain apporte ses terres à son seigneur en se recommandant de lui. La relation ainsi forgée s'étend simultanément aux hommes et à la terre. Pour le seigneur, la terre est synonyme de pouvoirs, allant au-delà de ce que la propriété civiliste conçoit. Le seigneur lève l'impôt, rend justice, établit charges et services, au moins à l'origine. C'est pourquoi la féodalité est communément définie comme un régime de confusion entre souveraineté et propriété. « Chaque baron est souverain en sa baronnie » pour reprendre les mots de Guizot (1787-1874)⁴⁰⁵. En d'autres termes, les pouvoirs du seigneur s'arrêtent là où s'arrêtent ses terres, incluant celles de ses vassaux. La Révolution aura à cœur de débarrasser le sol de cette souveraineté féodale. Le roi refusant de supprimer la féodalité pour ne pas porter atteinte à la propriété de la noblesse, la propriété fut établie sans le roi (cf. supra §119). Cette propriété nouvelle chercha à définir le sol non

⁴⁰² J. L. Halpérin, « Est-il temps de déconstruire les mythes de l'histoire du droit français », *Clio@Thémis* - n°5, 2012, §7.

⁴⁰³ TLFi entrée « suzerain », A. Féodalité « On a dit que le roi, dans le régime féodal, était le suzerain des suzerains, le seigneur des seigneurs; qu'en appelant autour de lui ses vassaux, puis les vassaux de ses vassaux, et ainsi de suite, il appelait tout le peuple et se montrait vraiment roi ».

⁴⁰⁴ E. Chénon, « Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815 », t. I, Paris, Sirey, 1926, p.469 §185 et s.

⁴⁰⁵ F. Challaye, « Histoire de la propriété », PUF - Que-sais-je?, Broche, Paris, 1967, p. 50.

plus comme un pouvoir, mais comme une chose, et la géométrisation du sol fut l'un des moyens utilisés pour aboutir à ce résultat.

Avec la fin de la féodalité s'ouvre une nouvelle ère pour le sol, une ère faite d'objectivité, et plus de pouvoirs. Néanmoins, ne nous y trompons pas, cette objectivité n'est pas exclusive de pouvoir, tant s'en faut. Elle a même pour effet de fonder de nouveaux pouvoirs, les pouvoirs du propriétaire sur sa chose devenue libre. L'article 552 en explicitant le sol, par la mention du dessous et du dessus, entend marquer la souveraineté, le pouvoir du propriétaire. Lorsque la doctrine évoque l'idée d'un sol en forme de cône partant du centre de la Terre et se projetant dans les cieux sans limites, son propos est la délimitation de la chose « sol », mais aussi les pouvoirs du propriétaire (cf. infra §167 et s.). L'approche n'est pas non exempte d'un certain mysticisme touchant au sacré, avec un propriétaire pouvant devenir presque le maître de l'univers ou d'un segment de l'univers à partir d'une parcelle de terre de la planète éponyme.

Sol pouvoir et sol sacré semblent donc conserver une certaine pertinence en dépit de l'avènement du sol géométrique.

B. Le sol représenté ensuite comme une chose géométrique

(154.) Le sol du Code civil rompt avec la propriété simultanée de l'Ancien Régime doté d'un sol exprimant le pouvoir des uns sur les autres. La matérialité du fonds de terre immeuble a été l'un des instruments de la rupture. En complément, le sol civiliste a été géométrisé accroissant encore l'idée d'un sol purement objectif, puisque chaque unité devenait une chose par elle-même.

Cette représentation géométrique du sol a coïncidé avec une surface (1). Toutefois partant du principe que le sol surface est une représentation, rien ne s'oppose à une autre forme de représentation géométrique : le volume (2).

1. De la représentation du sol en un concept géométrique en deux dimensions...

(155.) L'écorce terrestre ne pouvant être divisée matériellement, son découpage a été réalisé de façon abstraite par un phénomène de géométrisation, un artefact, aboutissant à des unités de sol indépendantes les unes des autres (cf. supra §106 et s.), des parcelles ou surfaces.

Le Code civil conçut de la sorte un sol répondant aux aspirations révolutionnaires. Ce sol était susceptible d'être borné comme à Rome, et en mesure d'échapper à l'arbitraire dénoncé par Boncerf. Le sol s'ouvrit aux sciences mathématiques suivant en cela les recommandations de Babeuf (cf. supra §122). Le processus déboucha sur le cadastre et la généralisation d'un sol surface coté longueur, largeur (cf. supra §137 et s.). Le concept du sol surface appartient au monde idéal, sans incidence sur la matière. La géométrisation n'a pas pour effet de déjouer le caractère unitaire

de la planète Terre. Les opérations de bornage, y compris physique, c'est-à-dire la pose d'une borne, n'y change rien, y compris lorsqu'il s'agit de bornes dites naturelles ou anthropiques (cf. supra §155). Le sol surface est un concept qui appartient au monde de l'esprit. Sa qualité tient seulement dans sa capacité à représenter une chose, en l'occurrence une portion de l'écorce terrestre. Le niveau de représentativité du concept de sol surface est d'ailleurs satisfaisant puisqu'il peut rendre compte de la délimitation du sol de type bornage, mais aussi du façonnage d'un champ plutôt carré ou plutôt rectangulaire en fonction du mode de culture. Il n'en demeure pas moins que le sol surface n'est qu'une présentation du sol.

Un autre argument permet d'en attester ; il se rapporte aux techniques de mesurage. La triangulation évoquée lors de l'examen du cadastre (cf. supra §137 et s.) se relève être un modèle mathématique. Les distances qu'il permet de définir sont exprimées selon le système métrique, qui est un autre modèle mathématique. Le mètre unité de mesure équivaut à la formule datant de 1799 : 1 mètre = un $\frac{1}{4}$ du $\frac{1}{10\,000\,000}$ e partie du méridien terrestre⁴⁰⁶. De même, la géodésie, « la science de la forme et de la dimension de la terre et de son champ de pesanteur »⁴⁰⁷ relève des mathématiques. Tous ces modèles sont des conventions qui évoluent. Par exemple, a également été modifié le Nivellement General de la France (NGF), qui est une trame altimétrique, un autre type de modèle mathématique, auquel on se réfère volontiers en matière de volume immobilier⁴⁰⁸ (cf. infra §640 et s.). En d'autres termes, le volume immobilier du début du 19^{ème}, s'il avait existé, n'aurait pas été exactement le volume d'aujourd'hui. Pour compléter notre démonstration, il aurait également possible d'aborder la question des coordonnées géographiques, les conventions cartographiques, ou encore de la distorsion qu'entraîne la transposition sur une surface plane d'un objet localisé à l'aide de ces coordonnées (longitude, latitude et altitude)⁴⁰⁹.

Tous ces éléments démontrent que le sol géométrique en deux dimensions est seulement un concept, une entité abstraite propre distincte de la chose qu'elle représente. D'ailleurs, pour revenir aux coordonnées, les scientifiques nous indiquent : « En physique moderne, le système de coordonnées n'est rien d'autre qu'une fiction utile »⁴¹⁰. Le même constat aurait pu être fait à propos du mesurage et du système métrique.

Cette affirmation d'un sol surface se limitant à n'être qu'un artefact, fait naître une question quant à la possibilité de disposer d'autres représentations de type géométrique.

⁴⁰⁶ http://education.ign.fr/sites/all/files/geodesie_histoire.pdf dernier accès 10 février 2012.

⁴⁰⁷ http://education.ign.fr/sites/all/files/geodesie_histoire.pdf dernier accès 10 février 2012.

⁴⁰⁸ La France a eu recours successivement à trois modèles NGF.

⁴⁰⁹ www.ign.fr>Accueil>La gamme>Géodésie>Systèmes de coordonnées dernier accès 10 février 2012. On utilise les coordonnées planes pour représenter une surface plane, obtenir une valeur métrique plus exploitable et rendre plus facile le calcul des distances. Pour autant cette projection induit une certaine déformation (les distances ne sont jamais conservées) : « pour s'en convaincre il suffit d'essayer d'aplatir une peau d'orange ! ».

2. À un concept de sol géométrique en trois dimensions ?

(156) Faire du sol surface une simple représentation du sol invite à repenser le sol, notamment en trois dimensions (a), ce qui semble attester l'idée d'une évolution naturelle allant de la surface au volume (b).

a. Le sol surface une invitation à penser le sol en trois dimensions

(157.) Le sol surface concept géométrique représente une ouverture significative dans la façon dont le sol peut-être pensé.

En ne marquant pas de différence entre le sol surface et la chose « sol », la science juridique a enfermé cette chose relevant du monde tangible, dans une représentation unique, dont il était impossible de sortir. Penser le sol autrement relèverait de l'ineptie. Suivant ce raisonnement, le volume immobilier du doyen Savatier est une douce vision, puisque « les arbres ne sont pas attachés au ciel par des fils invisibles » (cf. infra). Il serait tentant de répondre à la raillerie par la raillerie, et de voir dans cet enfermement conceptuel une forme d'archaïsme, mais il s'agirait là d'un autre raccourci trompeur. Le sol surface traduit pour l'étendue, la matérialité exacerbée par les rédacteurs du code de la matière de la chose « sol ». Il faut se souvenir que cette approche matérialiste du fonds de terre s'explique par la volonté de réserver exclusivement la chose objet de propriété à son propriétaire. Cette exclusion emporte autant que faire se peut l'Etat, auquel il est imparti un rôle minimal (cf. supra §58 et s.). Le sol surface se confondant avec le sol a donc sa raison d'être dans le régime de la propriété du code. Il n'en demeure pas moins un carcan oppressif qui peut, et doit, être contourné. Si, comme tout concourt à le penser, le sol surface est un concept qui ne peut pas être confondu avec son objet, alors une, voire des autres, formes de représentation sont possibles. Il apparaît notamment concevable de développer une représentation du sol proche du sol géométrique en deux dimensions qui émergera aux alentours de la Révolution. Cette représentation n'est autre qu'un sol en trois dimensions. Le sol volumique pensable sur le principe n'aurait d'autre contrainte que celle afférente à tout concept : être en mesure de représenter efficacement son objet, soit le sol. Or, l'unité volumique semble sur le principe équivalente à l'unité surface. La division en volume du sol ne semble pas moins efficiente qu'une division plane, voire serait en mesure de mieux rendre compte du caractère ellipsoïdal de la planète Terre. De plus, identifier une portion de l'écorce terrestre à un volume est au moins aussi pertinent qu'une surface. Le sol surface est, et restera, une représentation forte du sol, mais rien ne s'oppose à la reconnaissance en parallèle d'un sol

⁴¹⁰ M. Jammer, « Concepts of Space », Harvard University Press 1954, p. 98.

volumique. D'ailleurs, au quotidien notre expérience du sol est autant synonyme d'un volume que d'une surface. Cette expérience est, au demeurant, confortée par le constat de la science physique et juridique (cf. *infra* §757).

En ouvrant le champ de la représentation du sol, le concept du sol surface laisse entrevoir le principe d'un concept de sol volumique. Cette transition d'un sol représenté par une surface à un sol volume repose la question de l'évolution de la représentation du sol évoquée en introduction de ce paragraphe. On peut en particulier s'interroger les raisons de cette transition.

b. Le volume immobilier : évolution naturelle du sol surface ?

(158.) Pourquoi le droit a-t-il d'abord perçu le sol en deux dimensions, puis est maintenant tenté de le représenter en trois dimensions ? S'agit-il de l'irréversible évolution des choses dont parle Challaye en conclusion de son histoire de la propriété, à laquelle nous faisons allusion en introduction de ce paragraphe ?

Une réponse exhaustive paraît hors d'atteinte, à peine la question est-elle posée. Sans prétendre à l'exhaustivité, deux aspects, l'un connexe au droit et l'autre extérieure à la science juridique, semblent présenter un intérêt. Ces aspects valideraient la thèse évolutionniste, même s'il faut se garder de toute conclusion hâtive.

Le premier élément confortant l'idée d'une évolution correspond au phénomène d'urbanisation. Le sol matière fait écho à une société essentiellement rurale, agricole. La terre y était la principale source de richesse. Le sol s'identifie à la matière terre ou aux cultures qui s'y développent, avec ou sans intervention de l'homme. Le sol surface franchit une étape nouvelle en comparaison de ce premier niveau. L'homme commence à compter (cf. *supra* §107 et s.) ; le sol n'est plus seulement un outil de production, mais un bien objet de commerce. La surface correspond également à un développement horizontal du sol, se traduisant par le binôme un sujet, une parcelle. Le volume lui correspondrait à l'étape suivante : un développement vertical, qui s'est généralisé sous l'impulsion de la ville du 20^{ième} siècle faite de tours, de cités sur dalles, d'équipements en sous-sol routiers, ferroviaires, etc. Cette urbanisation est d'ailleurs très présente dans les travaux du doyen Savatier, qui élaborait le concept de volume immobilier au sortir de la guerre, dans une France en pleine reconstruction (cf. *infra* §626 et s.). Le sol surface serait ainsi l'ancêtre du sol volumique, ou autre variante, le volume serait la représentation du sol arrivé à l'âge adulte. Ce stade de développement de la représentation du sol, éventuellement ultime, équivaldrait à la relégation du sol surface. Celui-ci serait alors réduit à une image naïve, voire infantile du sol ; un concept mineur susceptible de ne rendre compte qu'une d'une étape dépassée de la croissance de l'homme. Ce sort peu enviable réservé au sol surface s'assimilerait à la façon

dont la géométrisation du sol, à l'origine du sol surface, se comporta à l'égard des formes de représentations antérieures. Tout comme les hommes du 18^{ième} aveuglés par la lumière des incroyables progrès du savoir de leur temps actèrent la nécessité d'une *tabula rasa* du passé ; la froide rationalité de la science, y compris juridique, validerait l'avènement d'un sol volumique, que les formidables outils de mesure et géolocalisation modernes se chargeraient de transformer en réalité.

Le second élément proposé à la discussion conforte ce point de vue. B. Bachelet en s'interrogeant sur l'espace, rapporte une expérience sans relation avec la science juridique, mais en lien avec notre sujet, puisqu'il s'agit de l'apprentissage du rapport à l'espace de l'enfant. Selon l'auteur, chez l'enfant : « La saisie de l'espace n'est pas immédiate et innée, mais elle se construit dans la représentation à partir d'une conquête, d'une appropriation du monde des choses »⁴¹¹. B. Bachelet, sur la base des travaux de J. Piaget : «distingue nettement l'espace de l'action, l'espace de la perception, l'espace de la représentation. L'élaboration du troisième espace est nettement plus tardive que celle des deux premiers.». De plus, « L'espace euclidien et métrique apparaîtra comme le stade ultime. » ; « une chose frappe immédiatement quand on examine les performances des enfants, c'est que pas un seul dessin ne respecte la métrique du modèle avant l'âge de dix ans environ. »⁴¹². « Selon l'âge des enfants, on voit la fidélité de la copie au modèle s'accroître. »⁴¹³. Cette expérience met en évidence un processus d'apprentissage de l'appréhension de l'espace et de sa représentation, un processus par ailleurs caractérisé par une progressivité. Un espace perçu en trois dimensions, et plus seulement en deux, serait l'une des étapes de cette évolution. D'ailleurs, l'apprentissage de la géométrie à l'école fait état de cette progression, la troisième dimension étant enseignée plus tardivement. B. Bachelet conclut en disant : « l'espace enfantin est donc topologique d'abord, parce que les formes closes, dans son action motrice d'exploration senso-motrice initiale, ou plus tard dans ses dessins, sont celles qu'il maîtrise en premier lieu. [...] L'idée d'un espace homogène apparaît bien comme n'étant ni naturelle, ni spontanée. Elle est une convention scientifique historique. »⁴¹⁴.

L'espace homogène ou géométrique chez l'enfant, comme plus généralement chez l'homme, s'opère via une démarche positive relevant de la convention sociale. Au sein de cette démarche progressive même, un séquençement peut être identifié, validant pour le sol le passage de la surface au volume. Cette conclusion corroborerait l'idée d'un processus évolutionniste. Une telle affirmation semble cependant devoir être relativisée.

⁴¹¹ B. Bachelet, « L'Espace », Paris, PUF, Que sais-je n° 3293, 1998 p. 36.

⁴¹² B. Bachelet, « L'Espace », Paris, PUF, Que sais-je n° 3293, 1998 p. 37.

⁴¹³ B. Bachelet, « L'Espace », Paris, PUF, Que sais-je n° 3293, 1998 p. 38.

C. *Évolution ou mutation de la représentation du sol ?*

(159.) Si évolution signifie transformation, changement, mutation, alors la représentation du sol en un volume s'analyse bien en une évolution. Toutefois, le terme évolution renvoie également à certain ordonnancement, voire hiérarchie du changement. La transformation s'inscrit en cohérence avec le passé et le supprime. Or, cette dimension paraît difficilement justifiable, voire est contestable. Plusieurs arguments vont dans ce sens.

1. *La survivance du sol sacré et du sol pouvoir*

(160.) La représentation du sol sacré et du sol pouvoir tout en ayant subi des transformations, mais subsistent.

Le sol sacré tel que le voyaient les peuples de l'antiquité appartient à l'histoire. Personne ne voit dans la borne en plastique posée par le géomètre-expert la main de Terminus, gardien du monde. Dans le même temps, cette borne fait l'objet d'une protection particulière incluant une sanction pénale. Par ailleurs, la filiation entre la propriété civiliste est dieu (cf. supra par exemple §118) atteste d'une forme de sacralité du sol, en raison de sa place dans ce système de propriété. Il serait sans doute également possible d'établir un lien relevant du sacré dans les nouvelles formes de rapport à la Terre. En proposant « un parlement des choses » (cf. infra §599 et s.), au sein duquel la Terre aura, on peut le penser, une place de choix, qu'elle est la place laissée à l'homme ? Celle de croire, de croire à une terre sacrée, voire de croire à cette terre sacrée par-delà la raison, acceptant de mettre sur un pied d'égalité les hommes et les choses, faisant des hommes des choses, ou de certains hommes seulement ?

Le sol pouvoir de l'Ancien Régime a été désavoué par le Code civil. Pourtant, le propriétaire a été fait souverain de sa chose. Le vote censitaire faisait de lui un privilégié. La personne morale introduite au 19^{ième} signa le retour d'une grande propriété, dont la vigueur n'est plus à démontrer. La propriété occupante n'a cessé de progresser en France depuis la Seconde Guerre mondiale, pour être aujourd'hui le statut d'occupation principale. Doit-on en conclure comme le fait l'adage anglais « *an Englishman's home is his castle* », sans doute pas. Néanmoins, la propriété immobilière pourrait avoir conservé une dimension de pouvoir.

Ces survivances de représentations du sol antérieures au Code civil n'auraient pas pour effet de fragiliser le fonds de terre de l'article 517. À bien y regarder ce fonds de terre est d'ailleurs plus hétérogène qu'il n'y paraît.

⁴¹⁴ B. Bachelet, « L'Espace », Paris, PUF, Que sais-je n 3293, 1998 p. 39.

2. *L'hétérogénéité de la représentation géométrique du sol*

(161.) La représentation géométrique du sol est un outil puissant notamment en ce qu'il subsume parfaitement le sol marqué par une grande diversité. Néanmoins, aussi puissante soit-elle, la géométrisation plane n'a pas fait disparaître d'autres formes de représentation du sol, plus anciennes (a). De même, le sol en volume n'aboutira pas, semble-t-il, au rejet du sol surface (b).

a. Le sol surface n'a pas fait table rase du passé

(162.) Le sol surface est un concept puissant ayant vocation à faire table rase du passé. Le droit renforce ce mouvement, mais *in concreto* le sol même pour le juriste est susceptible de représentations multiples.

Le fonds de terre du Code civil, le sol surface peut prétendre à une certaine homogénéité. Un fonds de terre est équivalent à autre fonds de terre, une surface à une autre surface. Cependant comme nous l'avons vu lors de l'examen de la matérialité du sol. Le bien sol contient une dimension nominaliste. Il réfère à une chose précise exclusive de tout autre. Pris isolément, chaque fonds de terre dispose de caractéristiques propres et en premier lieu de sa localisation, puisque là où est un corps, nul autre ne peut être au même endroit au même moment. Or, le propriétaire d'une parcelle entend disposer de son droit de propriété sur une parcelle précise, pas sur un fonds de terre *in abstracto*, mais sur ce fonds de terre là (cf. supra §53 et s.). En dehors de la localisation, d'autres aspects que la représentation du sol surface n'appréhende pas pleinement s'avéreront aussi essentiels pour le propriétaire dans certains cas. Un bois et un champ de céréales sont tous deux des fonds de terre, tout en étant distincts l'un de l'autre. Un bois en fonction des essences qu'il contient se distinguera d'un autre bois, etc. Le sol surface géométrique par son homogénéité ne rend pas compte de ces différences. Pour ce faire, il est nécessaire de recourir avec d'autres conceptions du sol, plus rurales, s'attachant à la terre, renvoyant à des représentations plus anciennes. G. Goubeaux aborde ce point dans son article en forme de réponse au volume immobilier abstrait. Pour contrecarrer la proposition d'un sol purement homogène, puisqu'immatériel, l'auteur rappelle l'indépassable matérialité du sol et sa dimension nominaliste (cf. infra §499 et s.). Le sol surface ne peut donc pas prétendre à l'exclusivité du sol y compris dans sa dimension juridique, et cette limite s'appliquerait au sol volumique.

b. Parcelle et volume : deux représentations géométriques du sol

(163.) Le sol volume ne se traduirait pas par la mise au rebut du sol surface.

Le sol volumique permet un mode de représentation du sol que ne permet pas par principe le sol en deux dimensions. Il est naturellement mieux adapté aux opérations immobilières complexes modernes, qui supposent un développement vertical du sol. De plus, et c'est là son principal intérêt, le volume immobilier est le moyen d'appliquer la propriété du code à des entités foncières superposées (cf. infra §624 et s.). Toutefois, en dépit de ses qualités absolues, vis-à-vis du sol surface, le volume n'a pas vocation à supplanter la parcelle. En dehors de toutes divisions verticales, chaque fonds de terre est un volume, qui contient une représentation de la surface, le volume en coupe horizontale (cf. infra §640 et s.). Seulement, il n'y aurait pas d'intérêt à utiliser le volume, là où la représentation du sol surface est satisfaisante. Il est préférable de réserver le volume aux situations pour lesquelles le sol volumique a du sens. Les deux représentations (surface et volume) se cumulant, le sol pourrait être représenté au choix via le concept de surface ou de volume en fonction des circonstances. Les moyens modernes de mesurage et repérage du sol laissent à penser que la mise en volume du territoire français serait moins longue, à défaut d'être moins couteuse, que sa parcellisation (cf. supra §137 et s.). On peut également imaginer une approche plus sélective.

Ainsi, l'avènement d'un sol en volume ne signerait en rien la fin du sol surface. Le volume ne ferait pas disparaître la parcelle. Au contraire, ces deux représentations géométriques pourraient coexister utilement, suggérant l'ouverture vers d'autres représentations.

3. *Vers une diversité des représentations du sol ou la jonction d'un sol topocentrique et géométrique ?*

(164.) Le sol en volume introduit une dualité dans la représentation géométrique du sol. Cette dualité ne débouche pas sur un schéma avant, après signant la fin de la parcelle au profit du volume.

Le sol en volume est au contraire une invitation à découvrir ou redécouvrir la diversité du sol et de ses représentations (b). L'approche topocentrique pourrait donc à cet effet être perçue comme un complément des représentations géométriques du sol (a).

a. Le sol géométrique et/ou topocentrique ?

(165.) Le sol volumique n'exclut pas le sol surface, ni d'autres formes de représentation du sol.

Le sol sacré ou le sol pouvoir n'ont pas complètement disparu. Des représentations anciennes du sol cohabitent avec le sol surface. Le sol surface lui-même défié par le sol volumique coexiste avec ce dernier. Tout ceci concourt à penser que le droit est en contact avec de nombreux concepts de sol. Le lien tissé avec le sol surface est sûrement d'une teneur particulière, tant cette représentation capture l'essence, ou l'essence traditionnelle du sol. La représentation du sol volumique ne signifierait donc pas tant la diversité des représentations, mais la diversité dans la représentation de principe du sol civiliste. Cette ouverture serait de nature à remettre en cause un autre clivage. Selon E. Leroy, le traitement de l'étendue du sol se diviserait en deux grandes catégories qu'il dénomme « matrice géométrique » et « matrice topocentrique »⁴¹⁵. Très schématiquement, la matrice géométrique est celle du sol civiliste et même occidental, alors que la matrice topocentrique serait le modèle de la propriété coutumière des sociétés traditionnelles. Cette dernière ne serait cependant pas étrangère à l'occident qui aurait organisé le passage de l'une à l'autre. Selon E. Leroy : « ... avec les voyages des grandes découvertes du XVe siècle, le passage de la cosmographie à la géographie moderne en maîtrisant la capacité à mesurer la surface du globe, ce qui est littéralement la fonction de la géométrie. »⁴¹⁶. Ainsi, en considérant que le sol a accepté la diversité des représentations, au moins alternativement, rien une réintroduction d'une représentation topocentrique serait envisageable. D'ailleurs a-t-elle réellement disparu ? Pas si sûr. Peut-être est-elle simplement ignorée par le droit, le sol surface apparaissant plus pertinent pour représenter le sol ? Réintroduire une représentation topocentrique n'a pas pour objectif d'écarter la matrice géométrique. Il ne s'agit pas de faire de « l'occidentolocentrisme » (pour reprendre le terme d'E. Leroy) à l'envers. Le sol surface est une représentation puissante qui s'est avérée fort utile au corps social depuis le Code civil pour se limiter au cas français, et le sol volume qui en est la suite développe encore cette représentation. Toutefois, cette autre représentation géométrique est une invitation pour la science juridique à penser plus largement, ce que permet la jonction des deux modes de traitement de l'étendue du sol (topocentrique et géométrique).

Sur la base de ce constat, le concept de sol serait évalué en considération de sa capacité à représenter le sol dans un contexte donné, en considération de sa finalité (cf. supra § 63 et s.). Le sol surface ou le sol volume répondrait au contexte actuel, qui débuta aux alentours de la Révolution. Toutefois, ce contexte semble aussi se complexifier, se diversifier sous l'influence de préoccupations nouvelles, telle l'écologie, impliquant des variations dans le mode d'appréhension du sol. Notons que le concept de fonds de terre du Code civil à cheval

⁴¹⁵ E. Leroy, *La terre de l'autre, Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière*, Droit et société, Maison des sciences de l'homme. Recherche et travaux, L.G.D.J 2011 p. 55.

entre tradition et modernité, entre matérialité et immatérialité, possède un champ d'application transcendant le sol géométrique (cf. infra §689 et s.).

Le concept de fonds de terre aux traits quelque peu suranné pourrait être à la fois l'outil d'une nouvelle transition, et celui de la réconciliation du sol civiliste avec son passé. Dans l'expérience de J. Piaget rapporté par B. Bachelet, l'enfant appréhende l'espace progressivement. Son espace est d'abord topologique avant de devenir géométrique, mais le second ne semble pas éliminer le premier. Pourquoi en irait-il autrement du juriste ?

b. La diversité du sol et de ses représentations

(166.) Pour conclure, une autre analogie, la peinture, pourrait être évoquée afin de dévoiler les différentes alternatives pour signifier le sol.

La peinture figurative de la renaissance empreinte de *construzione legitima* était une vision réaliste du monde, supposé exprimer les choses en elles-mêmes. Le procédé utilisé est mathématique, géométrique, et «le pavement est l'une des plus importantes de ces techniques». En d'autres termes, le peintre se fait cartographe⁴¹⁷. Depuis le 19^{ième}, il a été révélé que la toile du peintre n'est pas la réalité, mais une interprétation de la réalité (cf. infra §553, §556). Magritte l'a démontré avec brio avec ses tableaux « Ceci n'est pas une pipe » ou « Ceci n'est pas une pomme », dans lesquels des objets plus vrais que nature se voient refuser, non sans ironie, d'être ce qu'ils représentent. Le tableau n'étant qu'une représentation des choses, considérer que seules certaines représentations correspondraient aux choses prises objectivement, niant toute légitimité à d'autres formes de représentations n'a pas de sens. L'opposition entre peinture figurative et abstraite est dans cette perspective stérile. L'intérêt de l'art repose sur sa capacité à montrer, avec une intensité sans égal et sous forme allégorique, ce que l'homme peine à voir. La forme de la représentation est secondaire. Sans émettre le moindre son, « Le Cri » de Munch n'est-il pas le plus assourdissant de tous ? Inversement, cela ne signifie pas qu'un tableau, voire que « Le Cri » de Munch soit la seule représentation possible du cri, le cri universel, même si Munch touche à l'universalité. L'effroi, la peur, l'angoisse, la violence n'appartiennent ni au passé ni à Munch (malheureusement ou heureusement ? un cri seulement passé pouvant être interprété comme un signe de mort de l'homme).

De la même manière, la représentation civiliste n'a pas le monopole conceptuel du sol ; elle peut être complétée, voire dépassée par d'autres concepts. Un sol topocentrique a donc toute sa place aux côtés d'un sol géométrique. La géométrisation du sol, débouchant sur le sol

⁴¹⁶ E. Leroy, La terre de l'autre, Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière, Droit et société, Maison des sciences de l'homme. Recherche et travaux, L.G.D.J 2011 p. 51.

surface, n'en demeure pas moins tout à fait pertinente, dont il paraît difficile de se passer. Le phénomène à l'œuvre relèverait alors plutôt de la mutation que de l'évolution de F. Challaye, car nous ne serions pas dans l'hypothèse du passage pure et simple de A à B, mais face à tableau vivant composé d'une myriade de symboles. Dans ce tableau, il demeure possible de percevoir des tendances dominantes, durables, éphémères, se mêlant à d'autres, s'estompant, s'affirmant à nouveau, organisant des changements dans une sorte de continuum. Les modifications n'en sont pas moins réelles, tout en se détournant d'un phasage manichéen allant du tout au rien, de l'obscurité à la lumière. Le sol volumique par exemple transcende le sol surface, et induit une propriété foncière se démarquant d'une parcelle. Dans le même, temps le concept de volume accroît encore la représentativité et la puissance du sol géométrique, comme celle de la propriété individuelle (cf. infra §624 et s.).

Dans cette perspective, le sol est divers et ses représentations doivent en faire état avec comme contrainte de signifier le sol le plus fidèlement possible. Ainsi pour que le sol en volume soit pertinent, encore doit-il être en mesure de représenter verticalement son objet. En dévoilant la verticalité du sol, le volume pose l'épineuse question de la détermination de la limite basse et de la limite haute du sol.

§2 les limites du sol représenté comme une chose en trois dimensions

(167.) Avec le sol volumique, le droit accède à un niveau de représentation du sol bien supérieur au sol surface, puisque la chose « sol » possède trois dimensions. Mécaniquement, cette avancée met en lumière les limites basses et hautes du sol, dont la détermination est problématique.

La difficulté tient à plusieurs aspects. Par exemple, au-delà d'une certaine distance au-dessus comme au-dessous du sol, la légitimité d'un droit exclusif du propriétaire se pose, en raison de la difficulté pour un individu d'appréhender « physiquement » cet espace. D'autre part, le dessus est constitué principalement d'air, analysé comme une *res communis*, faire du dessus un objet de propriété soulève donc une opposition avec l'exclusivité du droit de propriété, et la jouissance commune de l'air. Enfin, la chose sol est un corps et se doit d'avoir une étendue définie. Ce point rarement mis en avant se trouve être le principal point d'achoppement. Le sol surface ne souffre pas de difficulté. Ses côtés (longueur, largeur) rendent son étendue évidente, alors que le volume en particulier pour le dessus est d'une

⁴¹⁷ B. Bachelet, « L'Espace », Paris, PUF, Que sais-je n 3293, 1998, p. 89.

appréhension différente. Comme nous le verrons, la clef du problème tient une nouvelle fois dans la distinction entre le concept de sol et son objet.

Cette question des limites hautes et basses du sol n'est pas née avec le volume immobilier moderne. Elle s'est posée à plusieurs reprises, et plus spécifiquement à chaque fois qu'il a été nécessaire de penser le sol verticalement. Le volume est la dernière opportunité en date, et la première, toujours en prenant comme date zéro la publication du code, concernait la mine. Entre les deux, le développement de l'aviation provoqua également des discussions sur les limites hautes du fonds de terre. À chaque fois, la discussion au centre des préoccupations fut l'article 552 du Code civil, qui évoque le plus directement ce sujet. Toutefois, les approches n'ont été complètement similaires. Pour la mine, l'angle des débats a d'abord été la propriété, ou comment faire coexister le droit de propriété du propriétaire du fonds et celle du concessionnaire sur le tréfonds (cf. infra §190 et s.). Le volume immobilier introduit par le doyen Savatier est essentiellement, lui, marqué par la dualité d'un volume immatériel versus un fonds de terre matériel. Les débats induits par l'arrivée du transport aérien se centrèrent sur la détermination de la limite haute du sol. En substance, l'idée qui a prévalu fut la limitation à une hauteur raisonnable soit de l'objet de la propriété foncière soit du droit, les deux notions s'entrecroisant. La thèse référence en la matière est celle de P. Brouillaud, qui s'intitule : « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur »⁴¹⁸. C'est, cette voie de la délimitation du sol, faisant écho à l'article 552, mais aussi à l'article 544, qui sera essentiellement empruntée.

L'objectif consistera à faire état de la façon dont les délimitations haute et basse du sol peuvent être imaginées et l'ont été (A). Puis, il s'agira de proposer, un cadre pour cette délimitation en conformité avec l'article 552 du Code civil, mais aussi l'article 544 pour revenir au binôme classique de la propriété du code un droit, une chose (B).

A. La problématique de la délimitation du sol

1. Les origines controversées de l'article 552

(168.) L'origine de la disposition à l'article 552 alinéa 1 : « La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous », puisque c'est essentiellement d'elle dont il s'agit, a fait l'objet de nombreuses controverses⁴¹⁹, qu'il serait vain de vouloir trancher ici. Recourir à l'adage romain à l'origine de la disposition « Cujus est solum, ejus est usque ad coelum et ad

⁴¹⁸ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926.

⁴¹⁹ Voir sur cette question les développements de J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie », (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979, §43 p. 65.

inferos »⁴²⁰ rajoute à l'énigme, plus que cela n'éclaircit, la maxime étant extérieure au droit romain⁴²¹.

Pour présenter le sujet synthétiquement, la règle édictée à l'article 552 est soit considérée comme un adage populaire, qui se serait imposé au fil du temps, soit émanant de juristes médiévaux et plus précisément d'un glossateur dénommé Accurse.

P. Brouillaud défend la première thèse. Il insiste même sur la piètre valeur juridique de cet énoncé : « ... ce n'est pas dans l'acception véritable du terme, une règle juridique. »⁴²². Pour l'auteur la disposition : « ... est un brocard, une sorte de billon sans valeur juridique ... », et va jusqu'à dire : « La maxime *cujus solum ejus coelum* n'a jamais trouvé asile dans le droit scientifique » et « doit être reléguée au rancart des vulgarisations par l'image. »⁴²³. La charge est sévère, mais pas tout à fait désintéressée. P. Brouillaud a pour ambition de restreindre, ou aménager, les droits du propriétaire foncier pour permettre le développement aérien. Or, l'article 552 s'oppose potentiellement aux parcelles qui pour le dessus peut sans limites être la chose du propriétaire. La première thèse faisant état d'une origine plus noble, est aussi très répandue. Elle a notamment été développée par H. Guibé dans sa thèse, contemporaine de celle de P. Bouillaud.

Contrairement à ce Bouillaud⁴²⁴, pour Guibé, la maxime de 552 doit bien être attribuée à Accurse. L'auteur indique qu'elle serait parue dans une édition du digeste en 1319⁴²⁵. Accurse indique le sens de sa formule : « La terre, qui a reçu la dépouille mortelle, et tout l'espace au-dessus ne font qu'une seule et même chose... »⁴²⁶, et Guibé cite en référence « Dig., 43, XXIV, L. ult., §4 ». À l'appui de son propos, l'auteur cite Cujas pour qui Accurse aurait remarqué la similitude de la règle contenue dans la maxime la propriété. Toujours selon Guibé, la formule d'Accurse ne visait pas initialement la propriété du tréfonds et des cieux, cette interprétation serait apparue postérieurement⁴²⁷. Il revient à l'histoire de se positionner sur ces deux thèses, sans doute conciliables. Notons toutefois que Guibé sur ce point est référencé par certains *common lawyer*⁴²⁸.

D'ailleurs qu'elle soit d'extraction savante ou populaire, la maxime *cujus solum ejus coelum* possède incontestablement un rayonnement extrêmement large. Elle est présente dans de très

⁴²⁰ On trouve également l'adage sous cette forme : *Cujus est solum ejus est Usque ad coelum et ad inferos*.

⁴²¹ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 14

⁴²² P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 36

⁴²³ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 105

⁴²⁴ Pour l'auteur la maxime de 552 n'est pas l'œuvre d'un glossateur du Moyen Âge, et se réfère à Brissaud. P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 28.

⁴²⁵ H. Guibé, « Essai sur la navigation aérienne en droit interne et en droit international », Thèse, Caen, E. Lanier, 1912, p. 38.

⁴²⁶ H. Guibé, « Essai sur la navigation aérienne en droit interne et en droit international », Thèse, Caen, E. Lanier, 1912, p. 39.

⁴²⁷ H. Guibé, « Essai sur la navigation aérienne en droit interne et en droit international », Thèse, Caen, E. Lanier, 1912, p. 40.

⁴²⁸ Kevin Gray, Susan Francis Gray, « *Elements of Land Law* », fifth edition, Oxford, 2009, p.15, 1.2.16.

nombreuses coutumes de l'ancien droit,⁴²⁹ avec une diversité de forme propre à ce droit. Il est, par exemple, couramment fait mention d'une formule équivalente attribuée à Loysel : « Le pied saisit le chef ». La *common law*, on vient de le voir comporte cette disposition. Elle figure également dans le Code civil allemand⁴³⁰ par exemple. On la retrouve aussi dans le droit québécois⁴³¹ sous l'influence de la coutume de Paris, et plus spécifiquement de son article 187⁴³². Cette source, dont la similitude avec l'article 552 est frappante, est également celle, au moins partielle, du Code civil français. Les rédacteurs du code reprirent assez naturellement la maxime, comme le démontre un discours de Portalis : « On comprend que la propriété serait imparfaite si le propriétaire n'était pas libre de mettre à profit pour son usage toutes les parties extérieures et intérieures du sol ou du fonds qui lui appartient et s'il n'était pas maître de tout l'espace que son domaine renferme. Nous n'avons pourtant pas dissimulé que le droit du propriétaire quel qu'étendu qu'il soit, comporte quelques limites que l'état de société rend indispensables. »⁴³³.

Cet adoubement naturel de la maxime par le Code civil, emporte reconnaissance d'un droit de propriété monopolisant la chose en s'étendant au-dessus et au-dessous. Toutefois, après l'affirmation de ce principe, tendant à une propriété absolue, celui-ci est tempéré. Dans un souci d'équilibre, Portalis poursuit en indiquant : « Nous n'avons pourtant pas dissimulé que le droit du propriétaire, quelque étendu qu'il soit, comporte quelques limites que l'état de société rend indispensables. ». L'un de ses tempéraments concerne le tréfonds et l'exploitation minière. La mine avait déjà donné lieu à un amendement, introduit par M. Regnaud⁴³⁴, adopté sans autre discussion encadrant le premier alinéa de l'article 552. Relevant les limites déjà existantes du droit du propriétaire à fouiller le sol et « des lois de voirie urbaine et rurale modifiant sagement l'usage du droit de propriété », Regnaud avait proposé d'ajouter à l'article ce qui deviendra la fin de l'alinéa 3 : « ... sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police ».

⁴²⁹ H. Guibé, « Essai sur la navigation aérienne en droit interne et en droit international », Thèse, Caen, E. Lanier, 1912, p. 22, Cout. de Paris art. 187, Cout. de Calais art.173, Cout. de Mantes art. 98, Cout. de Monfort art. 74 et 76, Cout. de Reims art.366 et 367, Cout. de Vermandois art.146, Cout. de Normandie art.609.

⁴³⁰ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 128.

⁴³¹ F. Frenette, « Cours de formation continue de l'ordre des arpenteurs géomètres du Québec, la propriété superficielle une propriété superposée », février 2006, p. 4.

⁴³² Article 187 coutume de Paris : « Quiconque a le sol, appelé l'étage de rez-de-chaussée, d'aucun héritage il peut et doit avoir le dessus et le dessous de son sol, et peut édifier par dessus et par dessous et y faire puits, aisément, et autres choses bâties, s'il n'y a titre contraire. ».

⁴³³ Recueil complet des discours, prononcés lors de la présentation du Code civil, par les divers orateurs du Conseil d'État et du tribunal, et discussion particulière de ces deux corps avant la rédaction définitive de chaque projet de loi. Tome 1er, Paris 1838, p.291, N° 43. Exposé des motifs du titre II, livre II, du Code civil, de la propriété par le conseiller d'État Portalis. Séance du 28 ventôse an XII. Extrait complet « Nous avons posé le principe que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Nous en avons conclu que le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions, et au-dessous, toutes les constructions et fouilles qu'il juge convenables. On comprend que la propriété serait imparfaite, si le propriétaire n'était libre de mettre à profit pour son usage toutes les parties extérieures et intérieures du sol ou du fonds qui lui appartient, et s'il n'était le maître de tout l'espace que son domaine renferme. ».

⁴³⁴ Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, T. 11, Paris, 1836, Procès-verbal de la séance du 5 ventôse an VII. 6 mars 1804 p. 56 et s.

Quelques années plus tard, la disposition fut appelée à jouer un rôle essentiel dans l'élaboration de la grande réforme de la propriété minière de 1810 (cf. infra §190 et s.).

Cet épisode s'ajoute à la longue et riche histoire de la maxime *cujus solum ejus coelum*, en dépit du questionnement sur noblesse de ses origines. Cette histoire, d'ailleurs, se poursuit encore aujourd'hui au travers du volume immobilier (cf. infra §757 et s.), et peut donner lieu, comme nous le verrons ci-après, à une nouvelle interprétation compatible avec une propriété foncière moderne (cf. infra §173 et s.). Incarnant le pouvoir du propriétaire, par définition vaste dans la vision du Code civil, la disposition comporte en parallèle une limitation intrinsèque comme le souligne Portalis.

Sur le principe, la doctrine se conforma à cette idée d'une disposition établissant un principe puissant, mais devant être tempéré.

2. Une doctrine sur le principe favorable à l'équilibre de l'article 552

(169.) L'article 552 exprime un équilibre auquel, sur le principe, la doctrine adhère, mais seulement sur le principe. Cet équilibre fait la part belle au propriétaire (alinéa 1), non sans cohérence dans la perspective originelle du code, mais plus largement cette prérogative n'a de sens seulement que si elle est limitée. Le schéma n'est pas exempt d'une certaine tension, qui est aussi révélatrice de cet équilibre.

Tensions et débats sont récurrents en matière de propriété. L'article 552 le confirme, les discussions doctrinales dont il fait l'objet, portent quasi exclusivement sur les modalités de l'équilibre, pas le principe. P. Brouillaud tout en travaillant à établir cet équilibre, tente bien de lancer son propos en rappelant la position très extensive de l'article 552 de Toullier. Selon Brouillaud avec cette approche : « Le droit ne connaît plus de limite spatiale ; on le pourrait symboliser sous la forme d'une figure géométrique dont l'angle original serait au centre de la Terre et dont les contours se perdraient dans l'immensité des espaces planétaires ». L'observation met en avant l'idée du cône qu'exprimerait l'article 552, mais à part cette évocation, P. Brouillaud semble forcer le trait. La formule de Toullier est assez classique, tant pour l'étendue du droit du propriétaire⁴³⁵ que ses limites, tels la mine ou les trésors⁴³⁶. Sur le fonds, la position diffère peu des auteurs cités par P. Brouillaud comme adoptant une

⁴³⁵ C.-B.-M. Toullier, « Le droit civil français suivant l'ordre du Code, Nouvelle édition, augmentée en Belgique », t. II, Bruxelles, 1845, p. 29 §122 : « Le droit de propriété n'est pas borné au sol de la terre; il s'étend par accession à tout ce qui est au-dessus, à tout ce qui est au-dessous, à tout ce qui s'y unit par atterrissage, alluvion, etc. Nous examinerons d'abord le droit d'accession sur ce qui est au-dessus du sol. Suivant une ancienne maxime consacrée par le Code, u la propriété du sol emporte la propriété du dessus. " (Art. 552.) Ainsi, depuis la surface du sol en s'élevant jusqu'au ciel, s'il était possible d'y atteindre, tout appartient au propriétaire. » et p.35 §147 « La propriété du sol emportant celle du dessous (art. 552), il en résulte que, depuis la surface jusqu'au centre de la terre, s'il était possible d'y pénétrer, tout appartient au propriétaire. ».

⁴³⁶ C.-B.-M. Toullier, « Le droit civil français suivant l'ordre du Code, Nouvelle édition, augmentée en Belgique », t. II, Bruxelles, 1845, p.36 §148.

position plus mesurée⁴³⁷, ni même de la sienne. Par exemple, Aubry et Rau reconnaissent le principe de l'article 552 al1, mais aussi ses limites⁴³⁸. Demolombe, dont la formule, est plus vigoureuse⁴³⁹, reconnaît la mine⁴⁴⁰ comme la spécificité du dessus. Avec plus de circonspection et de pragmatisme, Proudhon exprime une position semblable⁴⁴¹. Laurent fait également état de limitations de la maxime *cujus solum ejus coelum* pour le dessous⁴⁴² et le dessus⁴⁴³, et c'est aussi le cas de Colin et Capitant qui jugent simpliste une interprétation littérale de l'article 552⁴⁴⁴.

Les auteurs modernes ne disent pas autre chose. Le doyen Savatier raillait ouvertement l'idéalisme naïf d'un propriétaire disposant d'un domaine sans limites, et plus encore G. Goubeaux (cf. infra §624 et s.). J.-P. Marty considère que la formule de l'article 552 : « ... est une des plus contestables. »⁴⁴⁵. Il s'agirait d'une règle relevant simplement de l'accession⁴⁴⁶, et même un article chapeau sans réelle signification⁴⁴⁷. Le Doyen Carbonnier jugeant peu réaliste l'idée d'un sol infini prônait une limitation suivant ce qui est utile au propriétaire du sol⁴⁴⁸. Pour C. Larroumet : « La propriété du sol n'emporte pas la propriété du dessus à l'infini » passé une certaine limite l'autorité administrative possède un monopole d'exploitation, ce qui impose la détermination de cette limite⁴⁴⁹. L'opinion plus récente encore de W. Dross⁴⁵⁰ aurait pu être rajoutée à la liste sans remettre en cause notre postulat d'une prérogative limitée du propriétaire. Certainement, la limitation de l'article 552 al1 s'est affirmée avec le temps, voire est aujourd'hui reconnue tel un principe, comme l'énonce C. Larroumet, rééquilibrant l'ensemble au profit de ce qui était hier l'exception, voire une exception exceptionnelle. La thèse de P. Brouillaud intervient d'ailleurs sans doute au moment où le rééquilibrage se met en place. Cette évolution est loin d'être anodine, et peut

⁴³⁷ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 11.

⁴³⁸ C. Aubry et Rau, « Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae », Tome 2, Paris, 1865, §192 p.160 et s.

⁴³⁹ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §645 p. 564.

⁴⁴⁰ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §647 p. 567.

⁴⁴¹ J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 2, Dijon, 1839, p.286 et 287 §689 : « Suivant les règles du droit commun, le domaine qui s'applique à la superficie, n'est pas borné seulement au matériel du fonds: il s'étend ou plutôt il s'élève plus haut, et comprend aussi la maîtrise de l'espace aérien qui est au-dessus, et dont il est la partie fondamentale. [...] Cependant le droit de propriété ne doit s'appliquer ici qu'à l'espace aérien qui peut comporter quelque utilité réelle pour le fonds de surface: car, en étendant cet espace à une hauteur infinie, ou jusqu'aux astres, il est bien certain que, dans cette partie supérieure, il n'est la propriété d'aucune créature humaine. ».

⁴⁴² F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 6, Paris Bruxelles, 1871, par exemple §247 p. 324.

⁴⁴³ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 6, Paris Bruxelles, 1871, par exemple §249 p. 328.

⁴⁴⁴ A. Colin et H. Capitant, « Cours élémentaire de droit civil français », t. I, conforme au programme de première année, 1914, Paris, p. 713.

⁴⁴⁵ J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie », (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979, §68 p. 85.

⁴⁴⁶ J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie », (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979, §44 p. 66.

⁴⁴⁷ J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie », (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979, §77 p. 96.

⁴⁴⁸ J. Carbonnier, « Droit civil (Thémis), Tome second les biens et les obligations », PUF, Paris 1956, §47 p. 156.

⁴⁴⁹ C. Larroumet, « Droit civil, Les biens. Droits réels principaux », T. 2. 5e éd. Economica, 2006, §586.

être rapprochée de celle de la propriété. Pourtant en dépit de cette reconfiguration l'équilibre persiste.

Le principe de l'équilibre obvie engage donc à poursuivre la réflexion sur les modalités de cet équilibre. Sur cet aspect, l'unanimité n'est plus de mise, et le débat reste entièrement ouvert. Le doyen Savatier, on le verra (cf. infra), vise essentiellement une limite objective de l'article 552 al1 avec le volume. G. Goubeaux, comme le doyen Carbonnier se prononce plutôt en faveur d'une délimitation subjective, en ce sens qu'elle dépend de la prérogative du propriétaire. La distinction n'est pas sans rappeler celle entre le droit de propriété et l'objet de ce droit. Le volume fixe des limites basses et hautes de la chose « sol ». G. Goubeaux définit cette limite en fonction de la mise en œuvre du droit de propriété.

Pour comprendre les enjeux, mais aussi les difficultés, à élaborer des modalités assurant l'équilibre entre l'article 552 alinéa 1 et les limites qu'appellent cette disposition, nous utiliserons la proposition de P. Brouillaud.

3. Le critère de l'intérêt légitime de P. Brouillaud, un exemple de la difficile mise en œuvre de l'équilibre de l'article 552

(170.) P. Brouillaud se prononce d'évidence en faveur d'une limitation des pouvoirs du propriétaire foncier en référence à l'article 552. Le développement du transport aérien ne doit pas être contraint par une approche excessive du droit de propriété. L'auteur recourt pour cela à un concept de « l'intérêt légitime » qui revient à une limite du droit de propriété plutôt que de son objet.

La proposition en elle-même est assez pauvre. Par contre, pour parvenir à ce concept, P. Brouillaud embrasse pleinement la problématique et, qui plus est, avec une transversalité et une portée remarquable. Il développe notamment la dichotomie entre la vision classique de la propriété du code, exprimée par l'article 552, et le besoin d'évolution qu'impose l'aviation (a). Néanmoins, il reste prisonnier de ce prisme et ne parvient pas à entrevoir l'hypothèse d'un sol volumique que contient également l'article 552, et même nie cette hypothèse (b).

a. Le développement de l'aviation ou le dépassement de l'article 552

(171.) P. Brouillaud aborde au fil de son raisonnement tous les aspects touchant à l'équilibre entre la disposition de l'article 552 alinéa 1 et ses limites, pour en introduire une nouvelle, le survol des parcelles. Le raisonnement de l'auteur part du constat d'un besoin d'évolution du

⁴⁵⁰ W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010.

cadre juridique proposé par le code en raison du progrès technique de la société, dont le transport passe dorénavant par les airs.

Le code dans sa version originale favorise le droit du propriétaire, perçu comme représentant la source de développement du corps social. Or, l'aviation contient un autre axe de développement nouveau et puissant, qui contrarie la posture initiale du code⁴⁵¹. Ce schéma est très semblable à celui de la mine (cf. infra §190 et s.), et dans une moindre mesure de l'urbanisation qui débuta après-guerre (cf. infra §624 et s.). L'inadaptation du code ne suppose pas pour P. Brouillaud son abandon, ou celui de la propriété. L'auteur privilégie nettement l'hypothèse d'une adaptation. Concilier la propriété avec les contraintes de l'essor inévitable du transport aérien, a même pour effet de renforcer la propriété et d'assurer son maintien. Les derniers mots de la thèse de P. Brouillaud sont de ce point de vue plus qu'évocateurs : « Pensons surtout que le plus bel hommage à l'œuvre des anciens (la propriété du code) n'est pas dans la poussière figée des timides respects, mais dans l'effort constant pour son adaptation au progrès de chaque jour. ». Cette réflexion est sûrement en partie influencée par Saleilles, tenant d'une posture similaire, qui sera abordée brièvement à propos de la personne morale (cf. infra §531 et s.). P. Brouillaud d'ailleurs cite l'avis très réservé de Saleilles à propos de la propriété de l'espace, qui serait synonyme d'une vision dépassée de la propriété et de risques : « La propriété (nous dit Saleilles) est suffisamment discutée dans son principe même, pour que nous lui maintenions ses positions à la surface du sol, là où elle rend des services qui sont encore les meilleurs garants de son avenir, sans prétendre lui chercher, en l'air ou dans les bas-fonds, des extensions qui ne peuvent que la compromettre »⁴⁵². Cette propriété recentrée plus résiliente est aussi, d'une certaine façon, la stratégie développée par le doyen Savatier ; ce dernier, tout en proposant une propriété reformée, une propriété moins métaphysique moins abstraite, va permettre, contre toutes attentes, à cette propriété de perdurer dans un environnement plein de défi (cf. infra §626).

Le raisonnement de P. Brouillaud est donc empreint d'une certaine mesure, mais son choix d'adaptation de la propriété est aussi un choix ferme, réfléchi, qui s'appuie sur une propriété qu'il juge archaïque, inadaptée. P. Brouillaud constate cet archaïsme à propos de l'origine de la maxime « *cujus solum ejus coelum* », à laquelle il dénie toute dimension scientifique ; ce serait un brocard populaire, pire un billon (cf. supra §168 et s.). Plus généralement, l'article 552 alinéa 1 ne serait pas en phase avec son époque. L'heure n'est plus à un propriétaire surpuissant associé à un état minimaliste⁴⁵³, mais à une propriété fonction sociale ; P.

⁴⁵¹ Sur ce sujet voir aussi : V. et L. Chessex, « L'air : Un nouveau domaine juridique », *Journal de droit international privé*, 1911, p.482 ; Ch.-L. Julliot, « De la Propriété du domaine aérien », *Extrait de la revue des idées*, 15 décembre 1908, Paris, 1909.

⁴⁵² P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 108.

⁴⁵³ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 44.

Brouillaud fait état, par exemple, de la théorie de L. Duguit et le cite : « La propriété individuelle cesse de plus en plus d'être un droit individuel absolu et intangible pour devenir une situation objective faite avant tout de devoirs qui s'imposent aux propriétaires avec certaines prérogatives conditionnées par l'accomplissement de ces devoirs, situation qui doit céder devant l'utilité publique très largement entendue »⁴⁵⁴. Sans aller jusqu'à soumettre l'intérêt individuel à l'intérêt collectif comme le souhaite Duguit, P. Brouillaud veut rompre avec la vision originelle du code, comme le suggère l'époque, et l'on songe notamment à la théorie de l'abus de droit. Par ailleurs, cette rupture avec un propriétaire souverain écarte deux difficultés majeures posées par la théorie classique de la propriété concernant l'appropriation du dessus. La première concerne la matérialité de l'objet de la propriété. P. Brouillaud critique le caractère étriqué d'une matérialité sensation telle que l'imaginait de Gaius. En juriste « scientifique », l'auteur veut renouveler l'approche : « Il faut évidemment élargir cette notion : les gaz ne peuvent être touchés, parfois même ils ne sont perceptibles par aucun de nos sens : c'est le cas de l'air atmosphérique. Pourtant, la chimie nous apprend que ce sont des corps, donc des choses corporelles »⁴⁵⁵. Simplement, répondre positivement à l'appel de la science en conservant le cadre du Code civil soulève une seconde difficulté de taille. Si le dessus, composé de gaz, est matière, comme la chimie permet de le penser, alors l'air est une chose appropriable. Pourtant, l'air indispensable à tous ne peut tomber dans le giron du propriétaire, et l'air est une *res communis*⁴⁵⁶. P. Brouillaud s'attarde longuement sur ce point, en particulier au travers de la position de Jhering. Ce dernier répond à la difficulté d'une cohabitation entre propriété de l'espace et l'air *res communis*, en opérant une distinction entre les deux. Selon Jhering, cette distinction, ou spécificité, en emporte une seconde concernant la propriété du dessus. D'après Jhering, comme de nombreux autres auteurs⁴⁵⁷, le dessus (l'espace) serait une propriété particulière, une propriété *sui generis*. Cette propriété *sui generis*, il faut le noter, acte le principe d'une propriété de l'espace, en acceptant une délimitation objective de cet espace, pour permettre la circulation aérienne. P. Brouillaud aborde longuement le point de vue de Jhering tout au long de sa thèse, et rapporte précisément, sur cet aspect, la pensée de l'auteur : « L'air est une *res communis*. Certes, mais il n'en résulte rien pour l'espace dans lequel il se trouve. Si l'on pouvait conclure de la qualité juridique de l'air à celle de l'espace, on pourrait également conclure de la qualité juridique de l'eau courante à celle du lit dans lequel elle court, de la qualité juridique du gibier à celle de l'endroit où il se tient. L'air et l'eau courante sont *res nullius*. Mais suit-il, de là que je puisse aller sur le fond voisin pour y respirer, pour puiser de l'eau à sa source ou

⁴⁵⁴ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 66.

⁴⁵⁵ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 124.

⁴⁵⁶ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 16.

pour tuer des lièvres ? ». Pourtant, en parallèle, P. Bouillaud va s'opposer au principe d'une propriété de l'espace, et va relativiser le propos de Jhering en s'interrogeant ainsi : « (Or), l'air en lui-même mouvant et insaisissable, n'est pas plus susceptible d'appropriation privée que le rayon du soleil ou la puissance du flot. On ne conçoit pas un partage de l'air en tranches d'appropriation, pas plus d'ailleurs qu'une division de la mer ou de la lumière solaire. Parler d'une propriété du dessus n'est-ce point dès lors imaginer une chimère, puisque le dessus, c'est l'air, et que l'air et par essence même, une *res communis* ? »⁴⁵⁸. Le rejet de « l'air en tranches d'appropriation » rappelant la notion de volume immobilier, mais aussi une limite objective de l'objet de la propriété, est particulièrement parlant. La démarche de P. Bouillaud ne vise pas à étendre la propriété du code, mais à concilier une propriété, disons plus modeste, avec le développement de l'aviation.

Pour cela, P. Bouillaud ne peut pas accepter l'idée d'une extension de l'objet de la propriété du dessus tel que le permettrait l'article 552, quitte à limiter objectivement cet objet de propriété en parallèle. L'auteur fait plutôt le choix d'une restriction des pouvoirs du propriétaire, bien plus cohérente avec la perception de la propriété du début du 20^{ème} siècle. Les deux options se valent en termes de résultat. La limitation qu'elle provienne de l'objet de la propriété, ou des pouvoirs du propriétaire aboutit à la possibilité de survol des parcelles. Cependant, la solution de P. Bouillaud, la limitation des pouvoirs du propriétaire, engendre une confusion du droit de propriété et de son objet contestable.

b. L'intérêt légitime ou l'impossible conceptualisation d'un sol volumique sur la base de l'article 552

(172.) Il est essentiel s'insister sur la volonté de P. Bouillaud d'un recentrage vers une propriété socialisée conforme à son époque, que nous venons d'évoquer. Cette influence se retrouve jusque dans le titre de la thèse en deux temps avec : « Les limites du droit du droit de propriété », puis « en hauteur et en profondeur ». S'agit-il des effets de la confusion classique droit de propriété, objet de ce droit ? La réponse se doit d'être affirmative. Dans le même temps, paradoxalement, la thèse de P. Bouillaud aborde, sous cet angle, la propriété du dessus, avec beaucoup de clairvoyance, à l'exception notable du phénomène de géométrisation du sol. L'enjeu est donc de revenir sur le raisonnement emprunté par p. Bouillaud, sans retenir sa conclusion, ou le concept de l'intérêt légitime comme limite aux pouvoirs du propriétaire foncier.

La confusion droit, chose imputée à P. Bouillaud doit être précisée. L'article 552 est en effet lui-même source de confusion puisqu'il évoque le pouvoir du propriétaire exprimé au travers

⁴⁵⁷ P. Bouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 131.

de la chose, et cantonner cette disposition à un sol volumique est de l'ordre de l'interprétation (cf. *infra* §757 et s.). De plus, la perspective de P. Brouillaud concerne l'objet de la propriété foncière, mais aussi le droit, il n'est pas anormal qu'il cherche à utiliser l'un et l'autre. Toutefois, l'auteur ne paraît pas suffisamment distinguer ces deux aspects, et sa conclusion laisse à penser qu'il choisit d'agir sur le droit, faute de ne pas avoir suffisamment développé la chose. Pourtant à certains moments, P. Brouillaud semble proche du concept volumique. Par exemple en s'interrogeant sur la propriété de l'espace, l'auteur évoque le principe d'une délimitation physique du sol en hauteur, au travers de l'exemple d'une clôture de grande hauteur d'un terrain, donc de la propriété de l'espace : « Si j'entoure mon terrain de grillages élevés et si, montant la garde, j'empêche quiconque, aviateur ou aéronaute, de circuler dans l'espace enclavé, si usant d'un aéroplane je m'y promène moi-même ou si je le loue pour des exercices d'aviation, est-ce que ne suis pas fondé à dire que je possède cet espace ?...Qu'en conclure, sinon que certaines zones de l'espace sont seules susceptibles d'une occupation, d'une utilisation, que d'autres ne le sont pas ? », et P. Brouillaud poursuit : « Mais de la possibilité d'une occupation seulement partielle à l'impossibilité de toute occupation, il y a une marge que l'on ne saurait franchir. ». Un autre argument développé dans ce passage atteste de la proximité avec la propriété volumique, quand l'auteur poursuit son interrogation et dit : « Les servitudes elles-mêmes ne sont-elles pas, dans une certaine mesure tout au moins, l'objet d'une possession ? »⁴⁵⁹. Derrière ce second argument, qui susceptible de faire pencher la balance en faveur de la propriété de l'espace, se cache en réalité le biais du raisonnement de P. Brouillaud. Comme il l'établit fort justement, la matérialité du dessus diffère de celle du sol, c'est pourquoi la matérialité de Gaius doit être dépassée (cf. *supra* §46 et s.). De la sorte, cette matière constituée de gaz pourrait s'apparenter à une chose corporelle, être objet de possession, donc de propriété. Seulement pour valider cette idée, il faut aller jusqu'à considérer que le dessus du sol fait partie du monde sensible, même si cette sensibilité diffère du sol matière que l'on peut toucher. Dit autrement, il faut distinguer le dessus du monde de l'esprit. Or, P. Brouillaud n'opère pas cette distinction. L'auteur voit le dessus comme une chose idéale, d'où la comparaison avec la notion de servitudes (qui est un droit), et même l'évocation de la propriété de droits⁴⁶⁰.

Cette absence de distinction est encore plus frappante lorsque que p. Brouillaud imagine la façon dont l'objet de la propriété foncière peut-être délimité. Quand il s'agit de délimiter le sol horizontalement, P. Brouillaud analyse l'opération comme relevant du monde matériel.

⁴⁵⁸ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 110.

⁴⁵⁹ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 116.

⁴⁶⁰ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 120.

Inversement, quand cette délimitation est verticale, c'est-à-dire concerne le dessus, alors l'opération devient de nature idéale, supposant le recours à la loi. C'est par ce truchement que P. Brouillaud décide de limiter l'objet de la propriété foncière, soit le sol, via la prérogative du propriétaire, soit le droit de propriété, et même le droit lui-même au sens de la loi. L'intérêt de la thèse de P. Brouillaud réside dans le fait qu'il s'engage initialement à définir cet objet de propriété, dans le but d'éviter la sempiternelle confusion droit, chose. Il l'indique d'ailleurs avec clarté : « N'est-ce point, dira-t-on, une erreur de méthode que de chercher à définir le contenu du droit, avant d'en avoir précisé l'objet ? »⁴⁶¹. Et, chose remarquable, l'auteur passe à l'acte et distingue droit et objet du droit via un exemple concret : « ...si je suis propriétaire d'un terrain, je distinguerai nettement l'ensemble des pouvoirs qui me sont conférés au regard de ce terrain, du terrain lui-même, support matériel de mon droit. Quand je dis que mon domaine est situé dans telle commune, qu'il a une superficie de un hectare, je définis l'objet de mon droit de propriété. Quand j'affirme que j'ai le pouvoir d'y construire une maison ou d'y creuser un puits, j'analyse au moins partiellement le contenu de mon droit. Il s'ensuit que pour définir exactement ce droit, je devrais d'une part, déterminer l'objet qui en est le support et analyser d'autre part, la différente faculté que la loi m'attribue. ». Toujours en quête de délimiter le sol, P. Brouillaud ajoute en cas de bien mobilier : « ...l'objet du droit se trouve déterminé par la nature de la chose. »⁴⁶².

À ce stade, l'auteur opère un changement de cap lourd de conséquences. Il poursuit en indiquant qu'il en va bien autrement pour le sol immeuble, et même qu'une distinction est nécessaire entre le sol matière et le dessus : « S'agit-il au contraire d'un fonds ? Le plus souvent, la nature ne fournira pas ici de limites précises : seule, la main de l'homme pourra les déterminer sur le plan de l'écorce terrestre, de même que seule la loi pourra les déterminer dans le sens vertical. Il faudra donc pour définir, en matière immobilière, le droit de propriété, répondre à une double question : quelles limites la loi a-t-elle fixées à l'objet, quels pouvoirs a-t-elle attachés au droit lui-même ? »⁴⁶³. Arrive ici comment le droit de propriété est censé définir un pouvoir, ce qui est cohérent avec sa nature idéale, mais le droit de propriété est aussi supposé intervenir sur l'espace du dessus relevant lui du monde sensible. Cette différence entre ce qui relèverait « de la main de l'homme (seule) » suivant « le plan de l'écorce terrestre », et ce que « seule la loi » détermine, démontre comment pour le dessus P. Brouillaud confond le droit et son objet. Si le dessus appartient au monde sensible, alors la perspective « main de l'homme » versus « loi » est remise en cause.

⁴⁶¹ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 144.

⁴⁶² P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 142.

⁴⁶³ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 143.

Ensuite, d'une façon assez cohérente, l'auteur met à exécution son propos en donnant à la loi un critère de détermination des limites verticales du sol. P. Brouillaud dénomme ce critère « l'intérêt légitime », ce qui lui permet d'opérer une répartition entre, disons les usages classiques, originels du sol, et les usages nouveaux comme ceux induits par l'aviation⁴⁶⁴. Le critère de l'intérêt légitime diffère dans le fond assez peu de l'intérêt pratique mentionné par P. Brouillaud, attribué à Jhering notamment⁴⁶⁵. J.-P. Marty développe une notion ayant des vertus assez proches avec un article 552, composé d'un élément positif (prérogative active ou la mise en œuvre du droit) et un élément négatif (prérogative passive ou la défense du droit)⁴⁶⁶. L'élément positif est encadré par la loi, par exemple le droit de l'urbanisme, dans une configuration semblable à celle de l'intérêt légitime.

Si l'on fait abstraction de la proposition finale de P. Brouillaud pour revenir à l'étendue du fonds de terre, l'enseignement principal est le rejet de l'hypothèse d'un sol volumique par l'auteur. La dichotomie opérée entre une division horizontale naturelle et une division verticale fictive ne peut être retenue. La main de l'homme traçant des lignes sur le plan de l'écorce terrestre est précédée d'une opération spirituelle, qui revient à géométriser le sol (cf. supra §104 et s.). Or, si cette géométrisation fut historiquement horizontale, rien ne s'oppose à ce qu'elle se développe verticalement. L'erreur de P. Brouillaud consiste classiquement à opposer un sol surface naturel, à un sol volume conventionnel, alors que le premier est également le fruit d'une convention. L'auteur expose d'ailleurs très explicitement cette vision erronée : « Il faut renoncer à concevoir des limites spatiales nettement précisées, à fixer schématiquement dans une image géométrique l'objet du droit de propriété. Dire que ma propriété se compose d'un cube ou d'un prisme, comprenant en hauteur et en profondeur telle étendue de sous-sol ou d'espace minutieusement métré, cela n'a pas de sens, au regard de la conception que nous nous faisons du droit de propriété, faculté privative d'utilisation de la terre en vue d'en retirer une certaine utilité »⁴⁶⁷.

Le refus d'une géométrie en trois dimensions du sol valide le choix d'une intervention sur la prérogative fait par P. Brouillaud, s'inscrivant une tendance plus large de sociabilisation ou limitation du droit de propriété, en réaction à une propriété absolue. L'avènement du transport aérien, fruit du progrès technique, militait dans le sens d'un cantonnement de la propriété individuelle pour permettre au corps social de profiter pleinement de l'aviation. Le concept de l'intérêt légitime de P. Brouillaud répond à cette exigence.

⁴⁶⁴ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 154.

⁴⁶⁵ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 127.

⁴⁶⁶ J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie », (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979, §69 p. 87.

⁴⁶⁷ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 147.

Simplement, cette réponse nie l'hypothèse d'un sol volumique, et contribue à maintenir la confusion entre le droit de propriété et son objet, en choisissant d'agir sur le premier pour contraindre le second sans préciser le champ de l'un et de l'autre. C'est sur la base de ce constat que sera formulée une nouvelle architecture pour l'équilibre de l'article 552.

B. Proposition d'un cadre pour une délimitation volumique du fonds de terre

(173.) La thèse de P. Brouillaud contribue à sa mesure à l'émergence de la propriété volumique. Tout en rejetant le sol en trois dimensions, elle formule les éléments de la problématique, et l'a fait avancer. Le rejet de P. Brouillaud suppose, au moins indirectement, l'idéalisation du dessus, qui deviendra un pilier du volume immobilier (cf. infra §624 et s.). P. Brouillaud refuse la géométrie verticale, mais évoque pour décrire le fonds de terre l'idée « d'un cône », puis « d'un cube ou d'un prisme ». De même, tout en optant pour un dessus idéal, il évoque sa matérialité en parlant de la présence de gaz.

Plus généralement, la proposition de P. Brouillaud d'un article 552, équilibre entre les pouvoirs du propriétaire et les prérogatives de la collectivité est juste, à condition toutefois que cet équilibre prenne en considération ce qui relève de la chose et du droit. Pour ce faire, il est possible de suivre l'article 552, et de dire que l'alinéa se rapporte à l'objet du droit de propriété exprimé en trois dimensions (1). Les deux aliéna suivant évoqueraient, eux, le droit de propriété lui-même tel que défini à l'article 544 (2).

1. Article 552 alinéa 1 ou la description de l'objet du droit de propriété en trois dimensions

(174.) Voir dans l'article 552 alinéa 1 un sol volumique, comme nous le proposons soulève plusieurs difficultés. Ces difficultés ne tiennent pas à la reconnaissance de la dimension volumique du sol (a), mais à la façon dont il s'articulerait. Trois difficultés doivent être évoquées pour y répondre : la limite infinie du dessus (b), sa nature de ce dernier au regard de la possession (c), et enfin l'extension de la qualification de *proprietas* induite par le sol volumique (d).

a. Le sol avec un dessus et un dessous est un volume

(175.) La perception d'un sol comme une chose dotée de trois dimensions longueur, largeur, hauteur semble incontestable sur le principe.

Nous le verrons à l'occasion du volume immobilier de nombreux auteurs en font état, et la science le confirme en indiquant que l'homme lui-même est une créature en trois dimensions (cf. infra § 757 et s.). L'individu étant un volume, le milieu dans lequel se développe cet individu doit lui aussi être en trois dimensions. Un autre moyen d'arriver à la même conclusion serait de relever la nature

volumique de la Terre, un volume sphérique. Or, si la Terre est un volume, il semble logique de conclure qu'une partie de ce volume est lui-même un volume. Par ailleurs, et indépendamment de la question de la propriété, l'usage du sol suppose une expérience en trois dimensions. Planter, construire ne peuvent être réduits à deux dimensions. Des actions plus complexes comme l'extraction de minerais, etc. le confirment, mais aussi des usages plus simples, comme l'occupation d'une parcelle. En parlant de dessus et dessous, l'article 552 alinéa 1 décrit très pragmatiquement, simplement ces expériences. Le recours à la maxime médiévale emporte d'autres dimensions (cf. supra §168 et s.), tout comme la référence à la propriété organise un lien avec le droit des biens, mais il y a en parallèle une description de la chose sol perçue en trois dimensions au regard de son étendue, comme le ferait tout à chacun.

Le principe d'un fonds de terre référant à une chose volumique semble acquis au même titre que le sol surface, et témoigne sans doute d'un réalisme plus prégnant. Cependant, alors que l'étendue du sol surface, bien que nature idéelle, est finie comme l'est l'étendue d'un meuble corporel relevant du monde tangible, l'étendue du sol volumique est infinie. Or, cette différence n'est pas sans difficulté en régime de propriété individuelle.

b. La difficulté de la limite infinie du sol en volume

(176.) Selon la fameuse image, le sol en volume s'ouvre sur les cieux sans limites, générant une forme de perturbation, à laquelle il est possible de répondre en restant fidèle à ce principe.

La parcelle s'inscrit dans une matrice idéelle, mais épousant l'écorce terrestre. Chaque côté d'une parcelle jouxte le côté d'une autre parcelle, qui elle-même est en contact avec une autre parcelle, etc. Le droit de propriété est en mesure d'appréhender le fonds de terre, ou au moins de concevoir son appréhension, puisque l'étendue du fonds de terre est une opération de l'esprit. Le cône sur la partie haute est en contact avec l'infini de l'univers ce qui est bien différent. La fin de l'univers est une énigme pour les physiciens. D'ailleurs, peut-on dire que l'univers a une fin ? Que trouve-t-on à la fin de l'univers, si elle existe ? Dieu ? Rien ? Le big crunch ? Suivi d'un big-bang ? Tout ça à la fois ? S. Hawking parle, avec beaucoup de précautions, d'un univers unitaire se suffisant à lui-même : « ... il est possible, pour l'espace comme pour le temps, d'être finis mais sans bords ni frontières. », opérant un rapprochement entre la Terre et l'univers⁴⁶⁸. Ne pas se prononcer sur une hypothèse précise semble le plus raisonnable ; reste à expliquer comment le droit de propriété s'articule avec une chose en partie infinie. Deux grandes options paraissent envisageables. La première a déjà été évoquée lors de l'examen de la thèse de P. Brouillaud. C'est la fixation d'une limite dite objective (cf. supra §173 et s.). La propriété du sol comprend une partie du dessus jusqu'à une certaine hauteur. La terre serait en quelque sorte doublée d'une seconde enveloppe,

cette fois idéale ; cette nouvelle enveloppe correspondrait à la limite du fonds de terre, objet du droit de propriété, donc du droit lui-même, puisqu'au-delà de cette limite le droit n'aurait plus d'objet. La seconde option est de conserver le principe de la maxime *cujus solum ejus coelum* que reprend l'article 552, dans une visée plus pragmatique que la version originale. Ici, la chose sol serait infinie dans le sens où ses limites hautes seraient celles de l'univers. Toutefois, cette chose étant un bien, une chose vue par le droit comme objet de propriété, cette chose serait soumise à la loi. Conformément à l'article 544, le droit de propriété est soumis aux limites de la loi et des règlements. Ainsi, d'un côté la chose cesse d'exister, c'est la limite objective, de l'autre la chose est infinie, mais le propriétaire voit ses prérogatives aménagées, et parfois anéanties. *In concreto*, il n'y aura pas de différence, et un compromis entre les deux options semble pouvoir être trouvé. L'enjeu serait donc surtout théorique, tout en possédant une portée non négligeable.

Dans l'optique du Code civil, la chose est livrée tout entière au propriétaire, qui a sur elle un pouvoir absolu. Cet absolutisme s'arrête néanmoins devant la loi ; il n'empêche qu'une limite objective aurait pour effet de bouleverser la logique du code en redimensionnant la chose. La limite objective a pour conséquence de placer en dehors du champ de la propriété individuelle une partie de la chose. Or, la perspective du code est inverse, l'individu est souverain de la conduite de sa chose. Cette souveraineté reste soumise à la loi, et la seconde partie de l'article 544 en permet facilement l'aménagement. Il n'en demeure pas moins que la chose reste alors dans le champ d'application de la propriété, même si en pratique, le propriétaire se verra priver de prérogatives sur cette chose. De plus, certains traités relatifs à l'espace extra-atmosphérique voient dans cet espace une *res communis*. La perspective n'est alors pas d'exclure le principe d'une appropriation par un individu, mais par un État. L'orientation tend à organiser une forme de retour à une limite objective, puisque ce qui n'est pas appropriable par un Etat, ne peut pas l'être *a fortiori* par un individu. Les confins du sol volumique pour le dessus présentent indéniablement des particularités nécessitant une adaptation des principes classiques dont celui de l'article 552 alinéa 1.

Cependant, la maxime *cujus solum ejus coelum* peut, voire doit être conservée, pour marquer l'ancrage de l'individu comme axe central du modèle de propriété du code. Cette maxime est bien entendu soumise aux limitations de la loi, conformément à l'article 544, comme l'expriment les alinéas 2 et 3 de l'article 552. Ainsi pour l'espace atmosphérique la propriété du code permet un équilibre entre les intérêts du propriétaire et l'intérêt général, l'espace extra-atmosphérique s'apparentant lui à une *res communis*.

En complément de la question des limites infinies d'une partie du sol volumique, un autre effort d'adaptation est nécessaire concernant l'appréhension du dessus.

⁴⁶⁸ S. Hawking, « Une brève histoire du temps : Du big bang aux trous noirs », Champs sciences, Flammarion 2008, p. 67.

c. La possession du dessus, entre description matérielle et interprétation de la loi

(177.) Le sujet abordé ici, très succinctement, est vaste puisqu'il se rapporte à la possession élément central de la prescription acquisitive. La possession du dessus du sol doit cependant être évoquée justement en raison de son importance. Il a été considéré que le dessus relevait du monde tangible (cf. supra §45 et s.). Des auteurs comme P. Brouillaud concluent inversement, tout en considérant que le dessus impose une évolution de l'approche de la matière héritée de Gaius, qui se limite aux corps solides (cf. supra §46 et s.). En retenant l'hypothèse d'un dessus sensible, se pose la question de sa possession, qui diffère par nature du sol. Néanmoins, la possession d'un dessus sensible peut être rapprochée avec celle du sol surface classique.

Pour mémoire, la possession est constituée de deux éléments, le *corpus* et *animus*⁴⁶⁹. Ces notions ont longtemps été l'objet d'intenses débats doctrinaux initiés par des auteurs allemands⁴⁷⁰, traduisant une certaine opposition entre un modèle français et allemand. Il faut dire que l'articulation de ces notions influe directement sur la propriété avec des « présupposés philosophiques »⁴⁷¹ forts. Pour ce qui nous intéresse, disons que si le dessus compose au même titre que l'écorce terrestre, corps solide, le fonds de terre, la possession du dessus doit être envisagée de façon analogue. Précisons que par possession, il faut entendre *possessio rei*,⁴⁷² c'est-à-dire une possession conduisant à la propriété, et pas seulement une *possessio juris*, débouchant par exemple sur un droit réel pour le dessus, complété par un droit de propriété sur le sol⁴⁷³.

Plusieurs arguments permettent d'envisager une *possessio rei* du dessus assimilable à celle du sol (Alpha), (Bêta), (Gama) :

Alpha. La variation de l'acte de posséder le sol

(178.) Premièrement, le sol volumique tel qu'il a été envisagé jusqu'à maintenant correspond au célèbre cône dans son ensemble. Partant du constat que le fonds de terre s'articulait, notamment, avec une expérience en trois dimensions, la chose objet de l'expérience a été définie comme tridimensionnelle. La subdivision dessous, sol, dessus, n'a pas à ce stade d'incidence, le fonds de terre étant dans son état de base un volume se confondant avec le sol surface. Ainsi, la possession de ce fonds de terre au regard du corpus, ou de sa dimension matérielle, se rapporte à un bien volumique sans distinction. L'acte de possession, qui lui-même se traduit par une expérience en trois dimensions ne peut pas être limité à la partie solide du sol. Par exemple, planter ou construire

⁴⁶⁹ F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens » (8e édition), 2010, Dalloz, §155 et s. p. 156.

⁴⁷⁰ Il s'agit de la controverse entre Savigny et Jhering pour laquelle Saleilles proposa un compromis, voir R. Saleilles, « Etudes sur les éléments constitutifs de la possession », Dijon, 1894.

⁴⁷¹ F. Terré et P. Simler Droit civil ; les biens (8e édition), 2010, Dalloz, §175 p. 170

⁴⁷² Sur la distinction *possessio rei*, *possessio juris* voir C. Larroumet, Droit civil, T. 2. Les biens. Droits réels principaux, 5e éd. Economica, 2006, §59 p. 40

⁴⁷³ Une telle hypothèse n'aurait pas de sens concernant notre propos qui est la propriété volumique, puisqu'elle conclurait là un droit de propriété sur le sol avec seulement la possibilité du démembrement d'un droit réel sur le dessus.

sont des actions par lesquelles l'individu est nécessairement en contact avec le dessus, sauf l'hypothèse d'activités strictement souterraines. Dit autrement, il n'y aurait pas lieu de distinguer là où l'expérience de la possession ne distingue pas. L'unité de l'acte matériel de planter, par exemple, supposant un rapport avec le volume fonds de terre dans son ensemble, cette unité primerait les différences qu'il peut y avoir entre le sol composé d'une matière à l'état solide, et le dessus fait de gaz. Une objection pourrait être formulée, en introduisant la division du dessus, puisque c'est la finalité du sol volume. Cette hypothèse affaiblit le propos, puisque seule la possession du dessus serait prise en compte. Toutefois, même en excluant sol et sous-sol, il n'en demeure pas moins que le principe d'une possession incluant le dessus reste valide, avec une intensité variable en cas de division verticale. La division n'a pas pour effet d'abstraire ce qui existe avant division. Par ailleurs, cette hypothèse repose implicitement sur une matérialité de la possession du sol et sous-sol qui elle-même est moins intense ou uniforme, qu'il n'y paraît.

Bêta. La nature idéale du fonds de terre et la possession

(179.) C'est le deuxième argument, et sûrement le plus décisif. L'étendue du fonds de terre est de nature idéale, la planète Terre n'offrant pas la possibilité d'être divisée physiquement en quartier comme une orange (cf. supra §106 et s.). Cependant, cette caractéristique n'est pas réellement prise en compte par le droit, lorsqu'il s'agit d'examiner la façon dont s'accomplissent des actes matériels sur le sol fondement de la possession. Tout se passe comme si l'étendue du sol était comparable à celle d'un meuble corporel. P. Brouillaud en examinant la matérialité du dessus, aborde le sujet de l'appréhension physique du sol. L'auteur s'interroge, par exemple, sur la relation entre l'acte matériel du laboureur, un sillon sur la surface du sol, et ses effets sur le tréfonds : « Peut-on dire que la carrière inexploitée, la grotte inaccessible enfouie dans l'ultime tréfonds, font l'objet d'une utilisation, d'une occupation, d'une possession quelconques ? »... « Le laboureur exerce-t-il sur le filon de marbre qui gît inexploité à 100 pieds au-dessus de sa charrue une possession, une sorte de 'manus' plus énergique que sur la portion d'espace qu'il embrasse au moins du regard ? Et si une occupation première est le prélude obligatoire de tout droit de propriété, est-il davantage propriétaire de celui-ci que de celui-là ? »⁴⁷⁴. P. Brouillaud répond que dans les deux cas, il y a propriété, en évoquant « une puissance directe » du propriétaire sur l'espace du dessous comme celui du dessus,⁴⁷⁵ puis il s'oppose à cette idée⁴⁷⁶ qui, selon lui, nuirait à la faculté de survol des parcelles. L'interrogation de P. Brouillaud sur le fond paraît des plus légitimes ; comment sur la base d'un acte matériel tel un coup de pelle, creuser un sillon, ou plus simplement marcher, occuper une parcelle, peut-il avoir des effets matériels sur le tréfonds ? La seule réponse possible

⁴⁷⁴ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 118.

⁴⁷⁵ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 119.

⁴⁷⁶ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 120.

est de dire qu'il n'y a pas d'effets matériels ; les seuls effets sont ceux de la loi qui sont idéels et non pas matériels. Comment mettre en échec cette conclusion ? En imaginant un acte matériel sur l'ensemble de la surface du terrain, labourage total, fondations intégrales ? Cela ne remettrait pas en cause l'absence de transmission aux couches de sol étrangères à l'acte matériel. Ainsi, l'acte matériel du dessus, son occupation, ne serait pas si différent de l'acte matériel réalisé sur le sol, et serait de nature à produire des effets similaires, comme P. Brouillaud le fait remarquer.

Gama. Une évolution du concept de possession favorable au-dessus

(180.) Enfin, un troisième argument militerait dans le sens d'un rapprochement entre dessous et dessus en matière de possession. Il tient à l'évolution de la possession elle-même⁴⁷⁷, observable au travers de la théorie de la possession *corpore alieno*, soit la faculté de se prévaloir du corpus, des actes matériels, d'un tiers. Un auteur a synthétisé ce phénomène, et dit à ce propos : « Cette théorie participe donc de la « dématérialisation » de la possession. »⁴⁷⁸. Toujours selon cet auteur, il s'agirait de « l'une des nombreuses fictions que recèle le droit positif des biens ». Précisons-le, la fiction ne porte pas sur l'absence de l'acte matériel, mais sur l'attribution des effets de cet acte à un autre individu que celui qui en est l'auteur. F. Terré et P. Simler parlent de « dissociation »⁴⁷⁹. Il y a bien dans le concept de la possession *corpore alieno* une distanciation entre l'acte matériel et les effets que la loi reconnaît à cet acte. Comme pour la situation précédente, la généralisation à l'ensemble du fonds de terre d'un acte matériel plus limité, la loi interprète des faits matériels en les amplifiant et les orientant. Ce faisant la science juridique confirme, sans le dire, la loi de Hume voyant dans la prescription sur la base d'une description l'intervention de la volonté du prescripteur : « *Auctoritas, non veritas, facit legem* »⁴⁸⁰. Il résulte de cette intervention du droit une relativisation de l'acte matériel ; cet acte est réalisé par autrui, mais attribué par la loi à un autre sujet que son auteur, justifiant l'usage du terme de dématérialisation. Pour ce qui est du dessus, la situation diffère, puisque c'est l'objet de l'acte matériel qui incline vers une certaine dématérialisation. En matière de volume immobilier, par exemple, avant construction les actes matériels seront essentiellement de nature idéelle, à l'image de la réalisation de l'État Descriptif de Division. Il s'agit d'un autre pas vers plus de fiction, toujours au détriment de la matérialité, mais, dans le même temps, une tendance à l'idéalisation dépassant la propriété, et même le droit est incontestable (cf. supra §135 et s.). Le phénomène observé au niveau de la théorie de la possession dans son ensemble, ou plus spécifiquement de la possession du dessus, ne serait qu'une illustration de cette évolution.

⁴⁷⁷ Par exemple : Cass. civ. 3^e, 20 février 2013, n° 11-25.398.

⁴⁷⁸ G.-A. Likillimba, « La possession *corpore alieno* », RTD Civ. 2005 p. 1.

⁴⁷⁹ F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens », (8e édition), 2010, Dalloz, §160 p. 160.

⁴⁸⁰ E. Millard, « Théorie générale du droit », Dalloz, 2006, p. 12.

Les trois arguments qui viennent d'être développés, il est vrai brièvement, permettent tout de même de considérer que la possession de la partie aérienne du sol volumique n'est pas si différente de celle pensée initialement pour s'appliquer au sol matière. Les particularités du dessus subsistent sans conduire à une opposition frontale.

Pour terminer ce tour d'horizon des difficultés soulevées par un sol volumique, il convient de s'arrêter sur les effets attachés à la qualification de bien du dessus.

d. Les conséquences de la qualification de *proprietas* du dessus et l'*abusus*

(181.) À nouveau, le sujet est vaste, et sera seulement effleuré. En incluant le dessus dans le giron de la propriété, cette chose, indépendamment de sa nature, devient un bien. Le terme *proprietas*, emprunté au vocabulaire du *jus excluendi*, a pour objectif de souligner cette conséquence. Cette dernière consiste à soumettre la partie aérienne du sol à la volonté d'un individu, le propriétaire.

En régime de propriété individuelle, la volonté du propriétaire s'exprime en particulier au travers de l'*abusus*, ou la faculté de disposer librement de la chose. Cette perspective rencontre de nombreuses oppositions. Il faut dire que l'*abusus* peut donner lieu à des interprétations extensives, comme le laisserait entendre le fameux passage de Pothier, quand il explore les pouvoirs du propriétaire. Ce dernier indique : « Il (le propriétaire) a le droit de convertir sa chose, non seulement, en une meilleure forme, mais si bon lui semble, en une pire, en faisant, par exemple, d'une bonne terre labourable, une terre non labourable, une terre en friche, qui ne serve qu'au pâturage des bestiaux. », et même : « Ce droit de disposer comprend aussi le droit qu'a le propriétaire, de perdre entièrement sa chose, si bon lui semble. Par exemple, le propriétaire d'un beau tableau a le droit de faire passer dessus une couleur pour l'effacer ; le propriétaire d'un livre a le droit de le jeter au feu, si bon lui semble, ou le déchirer. », ou encore : « Le droit d'empêcher tous autres de s'en servir... »⁴⁸¹. Toutefois, la description de ces pouvoirs très étendus est précédée par l'affirmation de Pothier selon laquelle, les prérogatives du propriétaire ne peuvent ni contrevenir à la loi, ni porter atteinte à autrui⁴⁸². La loi supprime effectivement, sans aucun doute possible, le pouvoir du propriétaire, et les alinéas 2 et 3 de l'article 552 en témoignent, comme nous le verrons ci-après.

Il existe cependant une problématique particulière du dessus vis-à-vis de l'*abusus*. En effet, le dessus, élément du monde sensible, est composé de gaz. Ces gaz correspondent peu ou prou à ce que les juristes appellent l'air, comme le langage populaire. Cet air indispensable à la vie sur terre, est qualifié de *res communis* par le droit, sans objection possible. Ainsi, le dessus *proprietas* serait

⁴⁸¹ R. J. Pothier, « Les traités du droit français, Nouvelle édition mise en meilleur ordre et conforme à celle publiée par M. Dupin Ainé », Tome 5, Bruxelles 1831, §3, 4 et 5 p. 211.

⁴⁸² R. J. Pothier, Les traités du droit français, Nouvelle édition mise en meilleur ordre et conforme à celle publiée par M. Dupin Ainé, Tome 5, Bruxelles 1831, §4 p. 210.

constitué essentiellement d'une *res communis*, par définition insusceptible d'appropriation. Il s'agit là incontestablement d'une spécificité. Néanmoins, sur le principe rien ne s'oppose à une cohabitation entre un bien sol volume intégrant le dessus, et la qualité de *res communis* de l'air. Les analyses de plusieurs auteurs corroborent l'idée d'un dessus dual, entre *proprietas* et *res communis*. P. Brouillaud, sans y adhérer, cite le point de vue de Jhering. Celui-ci évoque une distinction entre « la qualité juridique de l'air » et l'espace dans lequel se trouve cet air⁴⁸³. Plus récemment. N. Le Rudulier indiquait : « La division en volumes n'a pas vocation à organiser "la vente d'air". »⁴⁸⁴. Le sol volumique n'entraîne pas la privatisation de l'air. D'ailleurs, le sujet ne vaut pas seulement pour l'espace aérien. L'eau a été à Rome une *res communis* comme l'indique P. Brouillaud : « Le mot *aqua* compris dans les *res communes* entraînait tout naturellement à sa suite le mot *aer*. »⁴⁸⁵. La droit moderne tend aussi à faire de l'eau un bien commun. Pour l'air de l'atmosphère, la qualité de *res communis* est sans alternative. Néanmoins, cela ne signifie pas l'impossibilité d'un sol volumique s'étendant à sa partie aérienne, si la qualification de *res communis* de l'air est maintenue.

Cette problématique semble, au moins en partie le fait d'une vision erronée de l'abusus. La soumission à la loi des prérogatives du propriétaire, sans être exempte de tension, corrige cette inclination. En complément, il serait possible de mettre en exergue les limites, presque naturelles, de l'abusus en matière de propriété foncière. Pothier parle effectivement d'une bonne terre devenant friche par la seule volonté du propriétaire. Des actions encore plus extrêmes pourraient être envisagées : excaver son terrain jusqu'au centre de la Terre ? Créer un vide d'air correspondant à la partie de l'atmosphère placé au-dessus de sa parcelle ? Techniquement improbables, et surtout insensées, de telles hypothèses peinent à être imaginées. Le plus évident est de reconnaître que l'abusus du propriétaire, bien qu'absolu aux yeux de la loi, est en pratique, contraint. Bien entendu, d'autres modes de dégradations, plus réalistes, sont possibles, telle la pollution du sol, de l'air. Toutefois, ces agissements ne sont pas l'apanage de la propriété privée, et le modèle que développe cette dernière, notamment la contrainte de la loi, expression de la volonté collective, semble de nature à traiter de telles dérives.

La qualification de *proprietas* de l'espace aérien que suppose le sol volumique, ne s'oppose donc pas à d'autres approches de cette espace, et notamment la qualité de *res communis* de l'air. Au contraire, en rappelant au droit de propriété la limite de la loi, la cohabitation *res communis*, *proprietas* évite des digressions déraisonnables quant au pouvoir du propriétaire. Elle renforce l'équilibre entre les pouvoirs du propriétaire et la loi.

⁴⁸³ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 111.

⁴⁸⁴ N. Le Rudulier, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 107-10, Cote : 09, 2013, §39.

2. *Article 552 alinéa 2 et 3 la description du droit de propriété suivant la dialectique de l'article 544*

(182.) La propriété d'un sol tridimensionnel ne peut être pensée en dehors de la propriété du code dont elle est partie prenante. Cette facette de la propriété est même une invitation à redécouvrir l'architecture de la propriété du code. L'architecture dont il est question est faite de limites, puisque la propriété civiliste se place sous l'autorité de Terminus (a). Cette architecture révèle aussi un équilibre interne, véritable axiome de la propriété du code, auquel le sol volumique n'échappe pas (b).

a. L'article 552 ou l'éloge de la propriété foncière du code au dieu Terme

(183.) L'article 552 reprend l'équilibre entre un pouvoir absolu accordé au propriétaire et la limite de la loi, entre intérêt individuel et intérêt collectif. L'alinéa 1 de l'article, fonde le pouvoir du propriétaire révélant l'étendue volumique de la chose, comme pour marquer la plénitude de ce pouvoir. Les alinéas 2 et 3 illustrent la seconde partie de l'article de l'article 544 « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. », la limite du pouvoir.

P. Brouillaud, pour revenir une dernière sur son propos, avait identifié le rapport intérêt individuel, intérêt général que sous-tend le développement vertical du sol. Le développement de l'aviation en venant bouleverser l'usage traditionnel du sol, par la nécessité de son survol, servit de catalyseur à la tension naturelle entre ces deux intérêts. Suivant les idées de son époque, l'auteur considéra que la question de l'avènement de l'aviation passée simplement par la mise à l'écart de la propriété du code : « L'égoïsme des doctrines individualistes et l'impératif métaphysique du droit naturel font place à des conceptions, à des sentiments d'une sociabilité différente et autrement élevée. »⁴⁸⁵. Pour P. Brouillaud, la société de ce début du 20^{ième} siècle s'entend d'un rapport aux choses dans lequel l'intérêt collectif prédominerait : « le développement des besoins d'intérêt public d'une part, l'intégration d'une sociabilité supérieure, d'autre part ; cette dernière, manifestée par le resserrement progressif de la solidarité sociale, devait nécessairement retentir sur la conception et sur le jeu du droit de propriété. Ainsi s'expliquent tout d'abord les limitations de plus en plus nombreuses apportées à son exercice. Quant à la conception dogmatique du droit de propriété, il est impossible de n'être point frappé de sa transformation progressive qui justifie pleinement le mot de Saint-Simon : 'La loi propriété est un fait social soumis comme

⁴⁸⁵ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 37.

⁴⁸⁶ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 60.

tous les autres faits sociaux à la loi du progrès' »⁴⁸⁷. Le raisonnement contient une part de vérité. Comme pour l'exemple de la mine qui le précéda (cf. infra §190 et s.), soumettre l'essor du transport aérien naissant au bon vouloir des propriétaires fonciers n'était pas imaginable. Cependant en procédant de la sorte, une moitié de la question est éludée, celle d'un fonds de terre s'analysant comme un volume englobant l'espace aérien. S'il est nécessaire de poser une limite, c'est parce qu'il y a un objet à limiter. Partant de ce constat, restreindre la propriété foncière s'entend, sous réserve que soit reconnu l'intérêt qu'elle représente. La tension entre la propriété et l'aviation était légitime. À ce propos, il est imaginable que l'arrivée des drones, qui marque assurément un tournant dans l'usage de l'espace aérien, initie un nouveau débat sur la base de l'article 552, qui sera à coup sûr également passionné et passionnant. Remarquons que par un retournement, dont l'histoire a le secret, le Code civil et l'article 552 pourraient être perçus cette fois comme dépositaire de l'intérêt à protéger, et non plus celui à combattre. Par ailleurs, la perspective de P. Brouillaud a pour défaut de se concentrer sur la limite. Or, la limite n'a de sens que par l'espace qu'elle garantit. Un monde sans limites serait le royaume du sophisme, mais un monde centré sur la limite confinerait à l'absurdité.

La bonne perspective est donc de reconnaître le besoin de limite, comme sa détermination, mais aussi l'objet qu'elle délimite, espace de liberté, espace de liberté, d'ailleurs conditionné par cette limite. Ainsi, plutôt que de favoriser des postures faites d'opposition, de soumission, voire d'élimination de l'un ou profit de l'autre, l'approche prévalant se voudrait empreinte de complémentarité. Le pouvoir absolu du propriétaire sans limites se dilue dans cet absolutisme sans bornes, pour méconnaître les vertus de Terminus (cf. supra §113 et s.). L'exclusivité de la limite est, quant à elle, synonyme d'un monde sans horizon, ignorant de l'espace de liberté qui pourtant est la raison d'être de la limite.

b. La propriété d'un sol tridimensionnel ou le développement de l'équilibre du code

(184.) L'article 552, en écho à l'article 544, permet de dépasser cette vision antagoniste, par l'équilibre, le complément, entre pouvoir et limite, ou entre liberté et responsabilité.

Dans cette optique, la consubstantialité domine, à un espace de liberté nouveau est enjoint de responsabilités nouvelles ; la détermination de limites nouvelles n'a de sens qu'au regard des conséquences sur les pouvoirs, capacités qu'elle suppose. Un épisode plus récent de la propriété verticale que les débuts de l'aviation, conforte ce point de vue. Le volume immobilier, théorisé par le doyen Savatier sur la seconde moitié du 20^{ième} siècle, établit les

⁴⁸⁷ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 61.

bases d'une propriété du dessus. En dépit de controverses doctrinales, cette proposition a été consolidée au fil du temps par différents facteurs, dont l'adhésion des professionnels de l'immobilier. Sans évoquer à ce stade, les questions juridiques accessoires à cette proposition qui seront largement discutées (cf. infra §624 et s.), il fait reconnaître que l'épisode marque nettement la reconnaissance d'un dessus objet de prérogatives. Ces prérogatives sont essentiellement constituées du droit de construire, selon des modalités inconnues jusqu'alors en raison de l'intensité, la puissance, le rythme de ces droits à construire, observables par la taille et la hauteur, par exemple, des constructions. Le volume immobilier témoigne ainsi de prérogatives nouvelles et considérables, sans commune mesure avec le droit de construire dont disposait le propriétaire de 1804. Dès lors, ces prérogatives nouvelles s'entendent de limites nouvelles. À bien y regarder, la pratique vérifie amplement cette proposition, puisque le volume immobilier est contemporain, notamment, du Plafond Légal de Densité, et plus généralement du droit de l'urbanisme et de la construction. Dans la perspective qui sera la nôtre, la reconnaissance d'une propriété volumique du sol, cette proposition s'analysera comme une extension, ou un renouvellement, de la propriété individuelle. En parallèle, cette propriété verticale supposera nécessairement un degré de sociabilité plus élevé de la propriété, en raison simplement de la superposition des volumes (cf. infra §624 et s.). L'équilibre dont il est question n'est exempt de tension, voire de conflit, mais présente l'intérêt de prôner une discussion ne pouvant s'abstraire de cet équilibre, signifiant *a minima* une obligation de dialogue. C'est par la dialectique, au sens de l'art de la discussion raisonnée, que survient l'équilibre dont l'acte fondateur est la reconnaissance de la nécessité de l'autre.

Cette voie est celle que désigne la plume des rédacteurs du code à l'article 544 et repris à l'article 552. En réagissant sur l'équilibre pouvoir, limite, comme cela a été signalé plus haut, l'alinéa 1 correspond au pouvoir, et les alinéas 2 et 3 aux limites, en reprenant d'ailleurs la distinction de Pothier la limite des droits d'autrui et la limite de la loi. Ce raisonnement peut être encore développé. L'alinéa 2 possède lui-même un équilibre interne, suivant celui décrit à l'instant. La première partie de la proposition incarne le pouvoir : « Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos... », la seconde correspond, elle, à la limite : « ...sauf les exceptions établies au titre "Des servitudes ou services fonciers". ». La proposition de l'alinéa 3 suit la même logique avec le pouvoir : « Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir... », puis la limite : « ..., sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police ».

L'équilibre, le juste-milieu, est la véritable structure du Code civil comme l'a fort bien signalé le doyen Carbonnier⁴⁸⁸ et faisant écho à l'équilibre liberté, responsabilité (cf. supra 12 et s.). Qu'il soit tentant de procéder à une lecture parcellaire des dispositions qu'il contient au gré d'intérêts particuliers cela s'entend parfaitement. Cela oblige aussi. La valeur d'une proposition ne vaut que par sa globalité. C'est là que réside l'enseignement principal du Code civil, comme de son modèle de propriété, et la propriété volumique du fonds de terre se réclame ouvertement de cet héritage.

Conclusion Section 2 : La conceptualisation de l'étendue du sol civiliste

(185) Le bouleversement qui se produit durant la période révolutionnaire concernant la représentation du sol tient au développement d'une approche mathématique de la chose « sol ».

La grande épopée du cadastre en est certainement l'illustration la plus parlante. Grâce au système de triangulation, le sol est totalement appréhendé par la géométrie, si bien que le sol devient une figure géométrique, et plus précisément une surface ou une parcelle cadastrale. Cette représentation est puissante pouvant même aller jusqu'à faire disparaître l'objet qui en est à sa base. Le sol devient alors seulement une abstraction mathématique. Cependant aussi puissant soit le concept d'un sol géométrique, il ne peut écarter d'autres formes de représentation, y compris plus anciennes. Le sol est diversement perçu même par les juristes. D'ailleurs, la figure du sol surface qui se consolida au moment de la Révolution est elle-même une espèce dont le genre serait le sol géométrique. De la sorte, aux côtés du sol surface une autre représentation du sol peut être envisagée celle d'un sol volume, ouvrant la voie à une variété d'approches, de conceptualisation de la chose « sol ».

Conclusion Chapitre II : Le sol pris comme une étendue

(186.) L'examen de l'étendue du concept de fonds de terre relève sa vraie nature, son individualité et son idéalité.

L'individualité est une condition *sine qua non* pour le sol civiliste. Pour être possédé en propre par un individu, c'est-à-dire à l'exclusion de tous les autres, le sol doit permettre à cet individu d'exclure les autres. Pour parvenir à ce résultat, le fonds de terre à défaut d'être individualisé doit être individualisable. Cette opération d'individualisation relève de l'esprit, et dans le cas du modèle civiliste s'appuie sur les mathématiques. En géométrisant le sol,

⁴⁸⁸ J. Carbonnier, « Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur », 10^e édition, Broché, 2001, p. 372.

l'homme délimite des parcelles appropriables exclusivement par un individu. Pour autant, cette représentation n'est pas exclusive d'autres modèles de conceptualisation et peut elle-même être déclinée sous d'autres formes que le sol surface.

En s'attachant au traitement de l'étendue du sol, l'idéalité du fonds de terre devient une évidence. La limite du sol surface est de nature idéale. La borne matérielle n'est que le résultat de cette opération de l'esprit, mais aussi un lien entre le concept de fonds de terre et la chose du monde tangible auquel il réfère.

Conclusion Titre 1 : Les caractères du sol selon le Code civil

(187.) Réduire le sol à la matière n'est pas soutenable. Nos sens sont trompeurs et l'approche de Gaius, qui repose sur toucher, est un critère obsolète pour définir ce qu'est un corps, donc le sol. En revanche, l'appartenance de cette chose au monde tangible n'est pas contestable au regard des besoins matériels de l'homme. De même, le principe de l'exclusion spatiale ne peut être nié. Pourtant, la matière du fonds de terre est sujette à interprétation. Ce rôle du sujet est encore plus marqué lorsque l'examen porte sur l'étendue du fonds de terre. La parcelle n'ayant pas une étendue propre, sa délimitation s'opère par une opération ayant recours à la géométrie. Les limites du fonds de terre sont donc de nature idéale, même si elles donnent lieu *a posteriori* à une opération matérielle, le bornage. Ces limites assurent une propriété individuelle et exclusive. Le fonds de terre est donc un concept dont la finalité est de permettre l'appropriation par un individu, et un seul, du sol. Initialement, la conceptualisation du fonds de terre a été réalisée via un sol en deux dimensions, un sol surface. Le procédé s'est traduit par une libéralisation du sol, au regard du système de propriété préexistant au Code civil, mais aussi des aspirations de la société postrévolutionnaire. Le fonds de terre en divisant le sol en parcelles géométriques créa un espace de liberté propice au développement du corps social. Dans le même temps, cette représentation du sol fut également synonyme de barrière. Même si le sol géométrique ne se limite pas au sol surface, cette figure s'est imposée de façon exclusive. Ainsi, les biens-fonds s'apparentant d'abord à un volume et pas à une surface, virent leur statut d'objet de propriété discuté. C'est le cas des biens souterrains qui suggèrent, bien avant le volume immobilier moderne, la limite que sous-tend le sol surface.

TITRE II : LES PREMICES D'UN CONCEPT CIVILISTE DU SOL TRIDIMENSIONNEL

(188.) Le Code civil de 1804 entérina un nouveau lien entre les hommes et les choses. Ce modèle de propriété est porteur d'une représentation du sol nouvelle tout aussi révolutionnaire que le concept de propriété qui en est à la base. Le sol du Code civil se veut avant tout matériel pour éviter que cette ressource ne se transforme en un moyen d'asservissement de certains individus au profit d'une minorité. Après examen, ce sol se révèle aussi mathématique. Il s'agit même de la condition de son individualité et d'une appropriation exclusive. Cette dimension mathématique coïncida et favorisa une perception horizontale du sol, que symbolise la parcelle. Ainsi idéalisé, le sol civiliste est un concept puissant rencontrant de nombreuses aspirations. Pourtant, le sol portion de l'écorce terrestre suppose la troisième dimension. La propriété du code a donc été amenée à appréhender des situations en décalage avec ce sol géométrique en deux dimensions.

La présentation à venir s'appuiera sur deux exemples particuliers. Le premier est représenté par le droit de superficie de la loi de 1810 (Chapitre I). Le second correspond aux propriétés souterraines des caves, grottes et autres excavations (Chapitre II).

(189.) Les deux situations sont proches puisqu'elles représentent toutes deux des formes d'appropriation du sous-sol. Elles n'en sont pas moins distinctes. Même si elle demeure éclairante⁴⁸⁹, la mine de 1810 appartient aujourd'hui à l'histoire. Les enjeux que sous-tend la mine sont également bien différents de ceux des autres biens souterrains. Par ailleurs, si la mine sous l'empire de la loi de 1810 fut majoritairement analysée en une propriété, ce fut au prix de débats interminables. À l'inverse, la situation des autres propriétés souterraines n'a jamais été réellement discutée.

La pertinence de ces biens, mais aussi leur limite, tient à leur situation. Éléments du sous-sol, la mine et les autres biens sous terrains sont proches du sol traditionnel sous l'angle de la

matérialité, contrairement au-dessus. De même, la situation de ces biens suppose qu'ils soient perçus verticalement, c'est-à-dire présentant une configuration proche de la division en volumes telle que l'envisagea le doyen Savatier. Une configuration dans laquelle l'objet de la propriété peut-être divisé. L'objectif est donc ici d'examiner comment la propriété du code, dotée d'un sol coïncidant d'abord avec une surface, approche ces situations d'un sol volumique.

⁴⁸⁹R. Savatier, « La propriété de l'espace » : D. 1965, chron. p. 215 considère que la loi de 1810 a été : « une leçon suggestive » pour l'histoire de la propriété foncière du 19^{ième} et 20^{ième} siècles.

Chapitre I : L'exemple de la mine de 1810

(190.) Disons-le immédiatement, la mine née de loi du 21 avril 1810 est l'archétype de l'exemple de la propriété superficielle. Nous ne ferons donc clairement pas œuvre d'originalité en la présentant. Notre seul mérite consistera à souligner en quoi cet exemple est fondateur et comment encore aujourd'hui, il peut utilement contribuer à la question de la nature du droit de superficie ou de l'évolution de la propriété foncière. Passage quasi obligé, le recours à l'exemple de mine de 1810 pourrait se dispenser de toute justification. Néanmoins, un rappel, au demeurant extrêmement succinct, paraît s'imposer pour apprécier, ce que le temps a quelque peu évacué de notre mémoire.

L'extraction du minerai a toujours répondu à de nombreuses utilités. Toutefois, au début du 18^{ième} siècle un phénomène particulier va émerger avec la force de la vapeur. Rupture fondamentale dans l'histoire de l'homme, la force de la vapeur va conjointement avec la mécanisation, être un des moteurs, au propre comme au figuré, de la révolution industrielle. Capable de décupler les capacités de production reposant jusqu'alors sur des forces moins puissantes et moins pratiques comme la traction animale, la force du vent ou de l'eau, cette énergie nouvelle était produite notamment par la combustion du charbon. Ce dernier étant à la racine du processus, la mine devint un des rouages essentiels de ce bouleversement sans précédent. En s'inspirant d'une présentation quelque peu théâtrale, on peut dire qu'économiquement et juridiquement, l'industrie minière met en scène l'organisation du partage d'une richesse majeure venant du sol en plein développement. L'intrigue consiste, elle, à définir un mode de répartition de ces richesses pouvant être favorable aux intérêts du propriétaire de la parcelle contenant en tréfonds le minerai tant convoité, ou alors à ceux de l'exploitant procédant à l'extraction de ce minerai. Le législateur, qui peut être comparé au metteur en scène, se place au centre de l'échiquier, et a en charge la conception du modèle conduisant à attribuer les fruits de cette richesse nouvelle au propriétaire ou à l'exploitant. Cette fonction imposera au législateur, de privilégier l'un ou l'autre de ces acteurs, guidé cela va de soi par l'intérêt général et peut-être aussi par des considérations plus partisans, les orientations en matière de propriété étant rarement totalement neutres.

Ce qui rend le tableau de la mine particulièrement évocateur, c'est, la proximité temporelle entre la publication du Code civil et l'élaboration de la législation minière de 1810. Mieux, les deux séquences législatives sont le produit du même législateur évoluant dans un

environnement idéologique et politique que l'on peut supposer proche. Seulement voilà, à ces deux mouvements correspond un ordonnancement économique et conséquemment juridique, bien différent. L'idéologie politique du code de 1804 solidement arrimée au pouvoir -ressentie comme l'un des piliers de la société capable de rompre avec la période bouleversée de la Révolution-, se trouve comme impuissante à relever le défi que pose l'industrie minière naissante. En l'état, la propriété du code, verrouillant les intérêts du propriétaire foncier auquel elle est tout entière dévouée, n'est pas satisfaisante. Cette propriété doit donc être adaptée, et une nouvelle fois, le droit de superficie en raison de sa malléabilité sera désigné pour être l'artisan de la métamorphose.

(191.) La loi de 1810 et les débats qu'elle a occasionnés restituent à merveille le processus d'adaptation du droit de propriété du code (Section 1), sur un mode d'ailleurs assez semblable au débat sur les rentes foncières (cf. supra §26 et s.). L'avènement de la propriété minière représente un moment exceptionnel à plus d'un titre. L'épisode de 1810, va en effet permettre au législateur de revenir sur le sujet de la propriété non pas dans une posture minimaliste, comme ce fut le cas lors de la rédaction code, mais cette fois en véritable promoteur. En 1810, le rôle du législateur n'est plus seulement de faire émerger les attributs et les caractères de la propriété comme en 1804, mais de façonner entièrement la propriété de la mine. Cette singularité restera la principale caractéristique de cette propriété jusqu'à ce qu'elle disparaisse. Plus concrètement, la propriété minière se traduira par un encadrement des prérogatives du propriétaire minier touchant à l'usus, le fructus et l'abusus tantôt justifié par l'intérêt de la collectivité, tantôt par ceux des propriétés situées en surface. Ces contingences inhabituelles pour l'époque, perçues comme une forme de dénaturation de la propriété à la base du questionnement sur la nature du droit du concessionnaire, ont aujourd'hui une autre résonance, tant les interventions du législateur sur cette dimension sont devenues courantes⁴⁹⁰. À l'inverse, l'analyse de l'objet de la propriété minière et notamment son absence de limites réelles (Section 2) représente une problématique très actuelle, qui en souligne le caractère substantiel en régime de propriété privée individuelle. Le choix d'une présentation binaire avec d'un côté, le droit de propriété minier et de l'autre, son objet : la mine, paraît aujourd'hui banal. Il ne l'était pas en 1810 du fait d'une propriété censée se confondre avec le bien sur lequel elle s'appliquait. C'est pourquoi pour conserver une cohérence d'ensemble certains passages de ce chapitre déjoueront cette répartition.

⁴⁹⁰ Voir par exemple I. Forestier, « La fragilisation de la propriété privée immobilière », Thèse Toulon, 2009.

Section 1 : Un droit de propriété resté sous l'emprise de la propriété du code

(192.) Le point de départ de la législation minière moderne coïncide incontestablement avec la propriété instituée en 1810 (Sous-section 2). Pour permettre au tableau qu'elle offre de prendre tout son relief, sa présentation doit être précédée par celle de son anti-modèle : la loi de 1791, anticipation parfaite de la propriété du code qui s'avéra inapte à régir la richesse minérale (Sous-section 1).

Sous-section 1 : La loi du 28 juillet 1791 : un choix *in fine* conforme à la propriété du Code civil

(193.) Historiquement en France, trois grands systèmes furent conceptualisés⁴⁹¹ pour l'exploitation des mines :

- le système dit de l'accession qui accorde par extension la propriété du tréfonds au propriétaire du sol à l'instar de l'article 552,
- le système de domanialité qui fait de la mine une propriété publique et,
- le système reposant sur le concept de *res nullius*, c'est-à-dire un objet non approprié appelé à le devenir par occupation d'un sujet en l'occurrence l'inventeur.

Au moment du décollage de l'industrie minière, en prenant comme repère chronologique la période révolutionnaire, la primauté fut donnée au système de la *res nullius* (§1) qui ne résista pas à l'élan en faveur de la propriété foncière de 1789 reprise ensuite par le code (§2).

⁴⁹¹ Pour une présentation de ces trois systèmes voir, L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris, 1903, §5 et suivants.

§1 La période post révolutionnaire et la proposition de Turgot

(194.) Les ressources minières ont de tout temps intéressé le législateur. Plusieurs auteurs en proposent une présentation historique riche, allant du droit romain aux lois votées au début du 19^{ième}⁴⁹².

Cette dernière période représente certainement le tournant annonciateur d'un changement d'envergure, mêlant des circonstances économiques exceptionnelles, à savoir les prémices de la révolution industrielle et un environnement politico juridique également hors du commun. La question de la propriété des mines existait néanmoins avant cette période. L'Ancien Régime connaissait, par exemple, des solutions différentes selon les coutumes, privilégiant tantôt le domaine utile tantôt le domaine éminent. Le roi lui-même disposait de certains droits, dont le contenu pouvait varier en fonction des régions, sur les richesses en tréfonds, comme c'est toujours le cas notamment au Royaume-Uni via le *radical title* du souverain (cf infra §584 et s.).

Turgot (1727-1781), ministre de Louis XVI peu de temps avant la Révolution, conscient des limites du droit coutumier avait proposé une solution plus ambitieuse. Dans un mémoire au Conseil d'État, Turgot préconisait d'attribuer la propriété des mines à leur inventeur en ces termes : « Celui qui, en usant de cette faculté, a creusé sous son terrain ou sous le terrain d'autrui (sous réserve de ne pas lui nuire), est devenu, à titre de premier occupant, propriétaire des ouvrages qu'il a faits sous terre et des matières qu'il a extraites ; mais il n'a rien acquis de plus »⁴⁹³. L'orientation fait clairement écho à la propriété fondée sur l'occupation et le travail, développée par les philosophes anglais tels John Locke (cf. supra §45 et s.). Cette proposition équivaut à privilégier un certain libéralisme au détriment des droits existants. L'inventeur -premier exploitant- est réputé être en situation d'assurer le développement économique de la ressource qu'il a contribué à faire émerger par son action. Cet individu a donc légitimité à être investi de la propriété minière, le propriétaire du sol étant vu, lui, comme un acteur extérieur sans droit sur cette richesse. En faisant la part belle à l'inventeur, le modèle se veut entrepreneurial, encourageant la recherche et la découverte de nouveaux gisements, donc l'essor du secteur au détriment des éventuels intérêts en place. L'État, ici la monarchie, se borne à opérer un choix clair en conservant un rôle minimaliste, sans intervenir directement dans le processus, à l'inverse de l'État concessionnaire qui

⁴⁹² Par exemple, L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris 1903 ou F. Naudier, « Des mines et des carrières en droit romain : législation des mines, ancien droit, droit intermédiaire, loi du 21 avril 1810, doctrine et jurisprudence », Larose (Paris), 1877.

⁴⁹³ F. Naudier, « Des mines et des carrières en droit romain : législation des mines, ancien droit, droit intermédiaire, loi du 21 avril 1810, doctrine et jurisprudence », Larose (Paris), 1877, p. 86.

désigne le propriétaire *a posteriori* (cf. infra). La fin de la proposition de Turgot : « ... mais il n'a rien acquis de plus. » est à ce propos révélatrice, car elle laisse entendre que l'émergence d'une nouvelle richesse pourrait aboutir à l'attribution de cette seconde propriété à une autre personne que l'inventeur / concessionnaire initial.⁴⁹⁴

Innovant et libéral, le point de vue de Turgot n'a cependant pas résisté à la période révolutionnaire en dépit d'une certaine proximité avec les théories fondatrices de la propriété du code, tel le droit naturel⁴⁹⁵.

(195.) La principale critique adressée à la position de Turgot privilégiant l'inventeur, fut formalisée par Mirabeau, très influent sur les questions touchant à la mine et la propriété⁴⁹⁶.

Attribuer la propriété au premier occupant était selon Mirabeau inefficace et synonyme de chaos. F. Naudier s'est rallié à cet argument et cite son mentor : « Quelle sera la propriété de celui qui aura le premier trouvé une mine ? Il n'aura certainement que ce qu'il aura touché... »⁴⁹⁷. La citation se poursuit, sur ce ton proche de la moquerie. En conclusion, Mirabeau prend appui sur l'exemple d'un filon unique découvert par deux inventeurs ayant débuté leur exploitation sur les versants opposés d'une montagne. L'épilogue de l'exemple tient à la rencontre des deux présumés propriétaires, exprimant ainsi l'impossible application du principe de la propriété de l'inventeur. Un autre auteur L.-H. Biot a repris l'argument en le complétant. Pour ce dernier, l'occupation du sous-sol ne peut conduire à la propriété contrairement au principe retenu pour la surface, car dit-il, l'occupation du sous-sol génère des nuisances pour le propriétaire de la surface lors de l'exploitation de la mine. L.-H. Biot considère également que la théorie de l'occupation serait en fait contraire au droit naturel, fondement de la théorie de Turgot, car elle est synonyme de division des richesses, funeste par principe pour l'expansion économique⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ F. Naudier avait relevé cet aspect puisqu'il cite en bas de page à l'issue de la proposition de Turgot une phrase de Thiers (De la propriété) : « Le fonds, pouvant devenir le théâtre d'une nouvelle propriété ; ... » phrase appartenant au Chapitre XII Du vrai fondement de la propriété (Qu'il résulte de tout de ce qui précède, que le travail est le vrai fondement du droit de propriété.) M.A. Thiers, « De la propriété », Paris, Paulin, Lheureux et Cie, 1848, p. 84.

⁴⁹⁵ L'inventeur en ce qu'il occupe et travaille au développement de la propriété minière fonde son appropriation en vertu de la théorie du droit naturel, alors que celle du sol appuyée sur 552, elle, relèverait du droit positif, le propriétaire foncier ne contribuant pas réellement par son travail à la richesse du tréfonds, voir sur ce point L. Aguillon, Législation des mines en France, Nouvelle Édition, Paris, 1903, §3 qui cite Domat : « Le droit des propriétaires du sol, dans son origine, a été borné à l'usage de leurs héritages, pour y semer, planter ou bâtir, ou pour d'autres semblables usages ; et leurs titres n'ont pas supposé un droit sur les mines qui étaient inconnues. » (Droit public, t. I, ch. II, liv. II, n19).

⁴⁹⁶ Mirabeau serait l'auteur de l'aphorisme : « L'essence de la propriété est de n'appartenir qu'à un seul », citation par M.-H. Renault, « Histoire du droit de la propriété », Ellipses, 2004, p. 87.

⁴⁹⁷ F. Naudier, « Des mines et des carrières en droit romain : législation des mines, ancien droit, droit intermédiaire, loi du 21 avril 1810 », doctrine et jurisprudence, Larose (Paris)-1877, p. 87.

⁴⁹⁸ L.-H. Biot, « De la Propriété des mines et de ses rapports avec la propriété superficielle. » P., Marescq aîné, Paris, 1875, p.11, 12, 13.

Il n'est pas certain que les critiques de Mirabeau et de ses partisans soient des plus solides⁴⁹⁹. Cependant, la proposition de Turgot semblait périmée dans les années qui suivirent 1789, même si elle était en substance, proche des idées de la Révolution, et assurément en rupture avec un modèle monarchique. Lors de la loi minière de 1791, d'autres principes prévalurent.

§2 La loi de 1791 ou l'échec du choix du modèle de la propriété foncière

(196.) La loi de 1791 correspond à la première grande loi sur les mines de l'époque moderne. Ce texte fut complété par trois décrets du 27 mars, 15 juin et 12 juillet de la même année.

L'article 1 de la loi donne une bonne illustration de son orientation : « les mines et les minières, tant métalliques que non-métalliques, ainsi que les bitumes, charbons de terre et pyrites, sont à la disposition de la Nation, en ce sens seulement que des substances ne pourront être exploitées que de son consentement et sous sa surveillance, à la charge d'indemniser, d'après les règles qui seront prescrites, les propriétaires de la surface, qui jouiront en outre de celles de ces mines qui pourront être exploitées, ou à tranchée ouverte, ou avec fosse et lumière, jusqu'à cent pieds de profondeur seulement. ».

De cet article d'une seule phrase, se dessinent nettement deux mouvements opposés, laissant entrevoir des positions tranchées. La première orientation s'attache à souligner la prééminence de la Nation en mettant les mines à sa disposition. La seconde, au contraire, vient réaffirmer la légitimité du propriétaire du sol à exploiter directement cette richesse ou à défaut, à être indemnisé. La loi de 1791 resta prisonnière de cet antagonisme entre les intérêts du propriétaire et de la Nation. Concrètement, face à un compromis difficile, ce sont les intérêts du propriétaire de la surface qui furent préservés au détriment du développement minier. La loi de 1791 contribua toutefois à poser les éléments du débat tenant à l'organisation de l'industrie minière, dont la question de la propriété, même si ce point ne fut pas traité de façon satisfaisante.

Reprenons ici les propos de F. Naudier qui synthétise le manque d'anticipation du législateur : « En présence de systèmes nettement formulés, s'appuyant tous sur de solides raisons, ici l'intérêt privé, l'équité, là l'intérêt général, systèmes défendus avec chaleur par leur partisan, on dut pour trouver une solution, faire une transaction, qui voulant consacrer

⁴⁹⁹ Comme nous le verrons, Mirabeau était favorable à une propriété de l'inventeur qui devait au préalable être adoubée par l'Etat via une concession. Le rôle de l'État est ici prépondérant, mais au final le propriétaire est le concessionnaire. Par ailleurs, la question du partage de la propriété des co-inventeurs peut-être tranché par la loi sans aller jusqu'à un système de concession.

plusieurs principes contraires, n'en consacrait formellement aucun. La loi de 1791, était, dès l'origine condamnée à une fin prochaine ; elle ne pouvait servir que de transition. »⁵⁰⁰

La posture adoptée en 1791 organisant une propriété minière proche de la propriété révolutionnaire favorable à la propriété foncière (A), conduisit à un échec tant économique⁵⁰¹ que juridique (B).

A. Le maintien des intérêts du propriétaire de la surface

(197.) Les débats préalables à la loi de 1791 firent apparaître les trois prétendants susceptibles de se voir attribuer la propriété des ressources minières : le propriétaire foncier, l'inventeur (ou l'exploitant) et l'État. Les intérêts de l'inventeur exploitant, pris isolément dans la lignée de la conception de Turgot, ne furent pas réellement défendus. Restèrent donc en lice le propriétaire du sol et l'État. Les défenseurs de la propriété du sol furent les plus véhéments et réussirent à faire pencher la balance à leur avantage. Ce parti était notamment celui d'une partie des physiocrates voyant dans la terre, la source de toutes les richesses et lui transférant en retour toutes les charges publiques. Juridiquement, cette thèse, qui est celle de la théorie de l'accession du Code civil, s'appuyait sur l'équité⁵⁰², et sur le précédent créé par le droit romain, qui semblait, au moins sur le principe, privilégier le propriétaire du fonds. Dans cette perspective, la propriété du dessous est vue comme l'accessoire de celle de la surface par le jeu de l'accession et se trouve mécaniquement réunie entre les mêmes mains. Ainsi en 1791, c'est le propriétaire du code qui se trouva au cœur du dispositif.

D'ailleurs dès l'article 1, déjà cité, ce propriétaire se voit octroyer le droit d'exploiter les mines dans la limite de cent pieds de profondeur. L'article 2 lui permet l'exploitation des sables, craies, argiles, marnes, pierres à bâtir, marbres, ardoises, pierres à chaux et à plâtre ... sans autorisation. Notons au passage la référence directe à la matière, qui n'est pas sans rappeler l'approche du code en ce domaine (cf. supra §45 et s.). L'article 3 rappelle le droit des propriétaires de la surface à l'exploitation des mines situées sur leur fonds sans que la permission de les exploiter puisse leur en être refusée. L'article 10 prévoit un délai de 6 mois accordé au propriétaire afin qu'il déclare souhaiter ou non exploiter, avant l'octroi d'une concession. Toutes ces dispositions favorisent les intérêts du propriétaire foncier et

⁵⁰⁰ F. Naudier, « Des mines et des carrières en droit romain : législation des mines, ancien droit, droit intermédiaire, loi du 21 avril 1810, doctrine et jurisprudence », Larose (Paris)-1877, p. 99.

⁵⁰¹ B. Belhoste, « Les archives des mines : un produit administratif, une source pour l'histoire », Documents pour l'histoire des techniques [En ligne], 16 | 2e semestre 2008, mis en ligne le 06 octobre 2010, consulté le 11 décembre 2011. URL : <http://dht.revues.org/746> §15.

anticipent parfaitement l'article 552 du Code civil encore en gestation. La mention de mise à disposition de la Nation des mines, introduite par la loi, est donc retenue à tort comme symbole du recul de la propriété foncière. En réalité, la disposition a peu de relais dans le reste du texte.

Cette mention censée préserver les intérêts de la Nation, face à ceux du propriétaire tout puissant, empêche tout au plus le principe d'une propriété du sol pure et simple. Cette précision serait le fait de Mirabeau qui peu avant de mourir, souhaitait livrer son ultime combat, en farouche opposant à une propriété des mines calquée sur celle de la surface, qu'il jugeait aussi peu réaliste que la propriété de l'inventeur. Mirabeau considérait en effet que : « l'intérieur de la terre n'est pas susceptible d'un partage ; les mines, par leur marche irrégulière, le sont encore moins. Quant à la surface, l'intérêt de la société est que les propriétés soient divisées ; dans l'intérieur de la terre, au contraire il faudrait les réunir. »⁵⁰³. Ses propos assez justes furent pris en compte, mais restèrent sans influence sur la trajectoire principale de la loi, qui se révéla presque totalement inopérante.

B. Une posture idéologique inappropriée au développement minier

(198.) Face aux richesses que laissait supposer la mine, la sauvegarde des intérêts de la propriété foncière se traduit par une âpre confrontation idéologique. L'approche crispa les positions et eut pour résultat funeste de freiner le développement de l'activité minière, condamnant la loi de 1791 à être réformée.

L'argumentation de Mirabeau, précédemment citée, convainc sans peine. L'incompatibilité entre le parcellaire de surface - répondant à une utilisation agricole des sols, et l'organisation du sous-sol nécessaire à l'extraction minière, tombe sous le sens. À la fin du 18^{ième}, où les travaux d'extraction étaient sans doute encore effectués à l'échelle d'une parcelle de façon plus ou moins artisanale, cette vision pouvait certes paraître avant-gardiste, mais n'en demeurait pas moins difficilement contestable. C'est pourquoi privilégier une exploitation par le propriétaire de la surface de chaque parcelle, en application de la théorie de l'accession, s'apparente à un choix purement dogmatique. Notons en aparté, que cet argumentaire de l'inadéquation du parcellaire de la surface pour la mine rejoint la science

⁵⁰² L.-H. Biot, « De la Propriété des mines et de ses rapports avec la propriété superficielle ». P., Marescq aîné, Paris, 1875, p.6 et p. sur la situation des mines en droit romain.

⁵⁰³ Rapport fait au Corps législatif, au nom de la Commission d'administration intérieure, par M. le Comte Stanislas de Girardin, Président de cette Commission, sur le Projet de Loi relatif aux Mines. Séance du 21 avril 1810. www.archivesdefrance.culture.gouv.fr/action-culturelle (accès le 31/08/2011) Journal des mines, 1810 (Premier semestre) Numéro 160. Avril 1810, p. 268.

économique, et en particulier le concept de *High Value Owner* (HVO), soit le moyen d'allouer la ressource de la manière la plus efficiente qui soit. En l'état, cette optimisation des moyens passait par le transfert du tréfonds de chaque parcelle à un concessionnaire. La solution de 1791, qui avait échoué, était un choix idéologique. En parallèle, il faut aussi le souligner, la proposition alternative attribuant la propriété des mines à la Nation ne l'était pas moins.

Ce rapport frontal, entre un monopole du propriétaire et un monopole de la Nation, a sans doute empêché l'émergence d'un consensus plus réaliste et plus efficace. C'est d'autant plus dommageable que des options étaient envisageables. Par exemple, tout en prônant le principe de la propriété de la surface, l'instauration d'un regroupement des propriétaires au travers d'un syndicat aurait pu être une transition pertinente. F. Naudier fait référence à cette option tout en la rejetant, considérant impossible pour l'autorité publique d'imposer à des propriétaires de se regrouper, même pour des raisons d'intérêt général⁵⁰⁴. L'observation est pertinente, et la mise en place d'un syndicat peut se révéler plus laborieuse qu'une organisation diligentée par les pouvoirs publics. Toutefois, il semble injuste de l'écarter au motif que la mise en commun d'une ressource serait contraire au droit de propriété, alors que l'exclusion des propriétaires du sol au profit du concessionnaire désigné par l'État n'appellerait aucune remarque. Il faut préciser, pour être complet, que l'auteur réfute également l'idée d'une propriété de l'État. Selon lui, ce dernier doit se limiter à organiser l'exploitation des mines au profit du concessionnaire, et à lui en octroyer la propriété, sans pouvoir lui-même la revendiquer. C'est le concept de la *res nullius* avec une propriété non plus attribuée à l'inventeur, mais puisant sa légitimité dans une concession consentie par l'État.

Ce système est indéniablement la base de la loi de 1810, et s'opposait au texte de 1791, accordant à l'État un rôle symbolique. La loi de 1791 ne tranchait d'ailleurs pas réellement la question de la nature des prérogatives dévolues aux pouvoirs publics, parlant tantôt de permission accordée au propriétaire de la surface, tantôt d'une concession.

Pour éviter un nouvel échec, le législateur de 1810 aura, au contraire, à cœur de placer l'État au centre de l'échiquier, arbitrant entre les intérêts du propriétaire de la surface et ceux de l'exploitant.

⁵⁰⁴ F. Naudier, « Des mines et des carrières en droit romain : législation des mines, ancien droit, droit intermédiaire, loi du 21 avril 1810, doctrine et jurisprudence », Larose (Paris)-1877, p. 90.

Sous-section 2 : La loi de 1810 ou l'avènement d'une propriété superficière

(199.) Le système de l'accession à la base de la loi de 1791 s'étant révélé insatisfaisant, le législateur en 1810 revint à celui de la *res nullius*, articulé avec une concession de la propriété de la mine par l'État (§1) accordée à un concessionnaire, qui bénéficie d'une propriété assimilable à la propriété du code (§2).

Tel fut en théorie l'axe conceptuel de la loi de 1810. Le résultat concret de cette grande loi se révéla cependant loin d'être aussi limpide. Le principe de l'accession ou celui de la domanialité publique restèrent plus ou moins à l'œuvre lors de la mise en application de ce texte, et revinrent en force au moment de la réforme de la loi de 1810, au début du 20^{ème}. En définitive, la loi de 1810 accompagna efficacement l'essor de la mine, sans parvenir à fonder son modèle de propriété sur des principes clairs.

Cette expérience montre qu'en matière de propriété, une dose de pragmatisme est sans doute nécessaire. La force du législateur de 1810 fut de cultiver ce pragmatisme, conscient de la charge hautement idéologique de la propriété minière. Le comte Boulay de la Meurthe (1761-1840) ne souhaitait pas, par exemple, définir la propriété de la mine⁵⁰⁵. Il suivait en cela la position de ses pairs qui déclarèrent lors d'une séance de travail : « Soyons prudents, abstenons-nous de toute définition, n'insérons dans la loi que des articles d'exécution »⁵⁰⁶. Cette approche empirique fut indéniablement la clef du succès de la loi de 1810, mais aussi une porte ouverte à bien des controverses juridiques, pour partie toujours d'actualité.

Ainsi, si suite à la loi de 1810, l'idée d'une propriété de la mine fut le principe retenu en doctrine et par la jurisprudence, une part d'ombre subsista sur la nature de cette propriété. Ce questionnement fut alimenté notamment par les contraintes imposées au concessionnaire, en rupture avec la propriété du code de l'époque (§3). La réforme de la loi de 1810 introduite en 1919 mit un terme aux controverses, en abandonnant le principe d'un droit de propriété minier sans toutefois les résoudre (§4).

⁵⁰⁵ P. Rey, « De la propriété des mines et de ses conséquences d'après les principes de la loi du 21 Avril 1810 », Paris, 1857, p. 134.

⁵⁰⁶ P. Rey, « De la propriété des mines et de ses conséquences d'après les principes de la loi du 21 Avril 1810 », Paris, 1857, Introduction p.V.

§1 Un concessionnaire investi de la propriété minière par l'État

(200.) Au croisement de la théorie juridique, de l'histoire et même de la philosophie, les vicissitudes législatives de la propriété des mines pourraient représenter un support remarquable à l'analyse des différentes options possibles en matière de propriété. Il n'est pas envisageable, ni même souhaitable de se lancer dans un tel travail ici.

Plus humblement, rappelons très succinctement que les choix opérés à chaque grande étape de la législation minière, sous l'angle de la propriété, furent très différents les uns des autres, voire opposés. Comme nous venons de le voir, en 1791 le propriétaire foncier triompha, et avec lui la théorie classique de l'accession. En 1810, ce sont les intérêts du concessionnaire qui furent privilégiés. En 1919, l'État devint garant de l'intérêt général, et prit l'ascendant sur les autres acteurs. Dans les années 50, suite au mouvement de nationalisation, la mine fut purement et simplement intégrée à la sphère publique⁵⁰⁷. Aujourd'hui, un compromis entre État et exploitant semble dominer, même si une meilleure prise en compte des enjeux environnementaux suscite un nouveau besoin de réforme, laissant entrevoir une reconfiguration de ce binôme.

Le panel des solutions est donc extrêmement vaste et en perpétuelle mutation. En se limitant à une période commençant avec la Révolution, les modèles de propriétés débutent par la petite propriété, pour passer à la grande propriété, puis à une forme d'économie « dirigée », allant jusqu'à une collectivisation du sous-sol, et enfin une forme de partenariat public / privé, étant précisé que le processus se poursuit. Cette évolution tumultueuse au long cours fourmille d'enseignements, dont le premier pourrait être l'idée selon laquelle, l'appropriation d'une même richesse peut prendre des formes juridiques différentes.

Dans le cas de la mine de 1810, le législateur a assurément fait sien ce précepte en se gardant de choix exclusifs trop tranchés, ce qui, en contrepartie, laisse subsister des zones d'ombre propices à l'affrontement des théoriciens du droit.

Autre enseignement, si l'évolution de la propriété minière apparaît avec le recul du temps incontestablement relative, cela ne fut pas exclusif de positions fermes et assumées lors de la genèse de la loi de 1810, qui débuta par le rejet de la loi de 1791 (A). Ces positions, souvent passionnées, et passionnantes, font de cette séquence l'une des plus intenses du chapitre de la propriété minière, et peut-être de la propriété (B).

⁵⁰⁷ J. Personnaz, F. Verrier, P. Jallade, J.-Cl. Adm., « Droit des mines. - Institution des titres miniers », Fasc. 371, Cote : 04,2004, §20.

A. La loi de 1810 : l'abandon nécessaire de la propriété du sol et l'avènement d'un État arbitre

(201.) La loi de 1791 ayant échoué, les porteurs de son projet de réforme délaissèrent l'idée d'une propriété de la mine attachée à celle de la surface, tout comme la stratégie d'affrontement qui avait abouti à un choc idéologique stérile.

Faire du propriétaire de la surface l'exploitant minier par principe était, du fait de l'inéquation du parcellaire de la surface à cette activité, voué à l'échec. De nombreuses dispositions du texte de 1791 constituaient de véritables obstacles au décollage d'une mine industrielle, tels : (i) la liberté laissée à chaque propriétaire de creuser jusqu'à 100 mètres de profondeur de l'article 1, (limite au demeurant difficilement vérifiable) ; (ii) la durée maximum des concessions fixée à 50 ans de l'article 4, (durée incompatible avec le niveau des investissements de cette industrie) , ou encore, (iii) la limite de six lieux carrés de l'étendue des mines de l'article 29, symbolisant l'orientation de 1791.

La situation appelait donc un changement de cap législatif. Ce fut l'objet de la loi du 21 avril 1810⁵⁰⁸ initiée dès 1806, soit deux ans après la publication du Code civil.

(XX) Le principal enjeu de la loi de 1810 fut de concilier les principes de la propriété tout juste « canonisés », et un environnement réglementaire répondant aux besoins de l'industrie minière alors en pleine croissance⁵⁰⁹.

Pour ce faire, la stratégie adoptée, qui devait aboutir à préserver les intérêts des exploitants, fut non pas de contester la place de choix réservée à la propriété du sol par le Code civil, mais de la « recycler » par le recours au droit de superficie. Les supports et l'aura dont jouissait la propriété du code en vigueur depuis peu, imposaient sans doute un tel stratagème pour la réussite de l'entreprise, et la stratégie fut d'ailleurs couronnée de succès.

En 1810, les forces en présence pour la revendication de la propriété des mines étaient semblables à celles de 1791 : le propriétaire du sol, l'État et l'exploitant / inventeur, ces deux derniers acteurs pouvant être distincts l'un de l'autre, sans incidence notable en matière de propriété. Ce qui avait changé en revanche, c'est l'équilibre des forces. Après l'échec de la loi 1791, les tenants de la propriété foncière avaient perdu du terrain sur la question des mines. Néanmoins, cette thèse pouvait se targuer de deux soutiens de poids : la propriété du sol telle que définie à l'article 552, et l'avis de Napoléon lui-même, dont l'ambition était de préserver le souffle du code, tout comme sa propriété parcellaire. L'intérêt de Napoléon pour la question était aussi sans doute lié au soutien indispensable de l'industrie minière à l'effort

508 Bull. des Lois No 285, p. 355, Loi n°5401 du 21 avril 1810 concernant les mines, les minières et les carrières.

509 Discours prononcé, au Corps législatif, par M. le Comte DE SAINT-JEAN-D'ANGELY, le 13 avril 1810, www.archivesdefrance.culture.gouv.fr/action-culturelle (accès le 31/08/2011), Journal des mines, 1810 (Premier semestre) Numéro 160. Avril 1810, p. 251.

de guerre. De l'autre côté, les exploitants semblaient eux pouvoir compter sur les décideurs politiques, exception faite du premier d'entre eux ce qui n'était pas sans inconvénients. Le corps législatif en particulier, moins inféodé à l'Empereur que le Conseil d'État, joua un rôle de premier plan⁵¹⁰ pour promouvoir une nouvelle forme de propriété des mines. Enfin, le troisième intervenant, l'État ne pouvait pas se prévaloir de soutiens avérés en faveur d'une propriété publique des mines, mais n'avait pas non plus de détracteurs quant à un renforcement de ses prérogatives.

Ces trois parties, représentant les propriétaires fonciers, les concessionnaires et l'État, se lancèrent dans la bataille pour faire valoir leurs intérêts sur la mine. Au terme d'une lutte intense et acharnée entre ces différentes positions,⁵¹¹ deux conclusions réussirent à s'imposer. Le modèle de propriété favorable au propriétaire foncier de 1791 devait être abandonné. De plus, l'État, sans prendre l'avantage sur ses concurrents, s'imposait comme l'instrument du changement.

B. Le rayonnement de la propriété comme prix du compromis

(202.) Les initiateurs de la réforme, convaincus par définition de la nécessité de changement, prirent soin, pour assurer la réussite de leur entreprise, de ne pas provoquer un débat à teneur idéologique. Ils privilégièrent une approche pragmatique, cherchant à arrimer solidement le principe de la propriété du concessionnaire et le système de la *res nullius*, sans exclure des points de consensus.

Cette sagesse, au demeurant payante, était empreinte de réalisme au regard de la sensibilité du projet et de la position de Napoléon⁵¹². Les réformateurs débutèrent ainsi par un éloge appuyé de la propriété, et des codes napoléoniens, qui furent qualifiés dans un rapport présenté au corps législatif tout simplement de : « trésors de la législation »⁵¹³. Ensuite sur le fond, le camp des réformateurs, favorable aux concessionnaires, reprit l'argument déjà développé par Mirabeau, faisant le constat du non-sens de l'application stricto sensu de la propriété individuelle et de son parcellaire dans le cas des mines. L'article 552 du code

⁵¹⁰ L.-H. Biot, « De la Propriété des mines et de ses rapports avec la propriété superficielle ». P., Marescq aîné, Paris, 1875, p.36, voir notamment le rapport de M. le Comte STANISLAS DE GIRARDIN précédemment cité.

⁵¹¹ Le texte donna lieu à la rédaction de 7 projets B. Belhoste, « Les archives des mines : un produit administratif, une source pour l'histoire », Documents pour l'histoire des techniques [En ligne], 16 | 2e semestre 2008, mis en ligne le 06 octobre 2010, consulté le 11 décembre 2011. URL : <http://dht.revues.org/746> §14.

⁵¹² Voir L.-H. Biot, « De la Propriété des mines et de ses rapports avec la propriété superficielle ». P., Marescq aîné, Paris, 1875, p. 36 citant Stanislas de Girardin « L'opinion de votre commission est que la propriété des mines doit être à l'État. Elle présume que le projet l'eût dit nettement, s'il eût précédé le Code civil. Le déclarer positivement eût été blessé une de ses dispositions fondamentales. ».

⁵¹³ Idem Journal des mines, 1810 (Premier semestre) Numéro 160. Avril 1810, p. 243.

conçu pour la mise en valeur de la surface du fonds semblait, à l'évidence, inopérant pour le tréfonds. Faire de chaque propriétaire un exploitant potentiel suivant les limites de sa parcelle en surface, était proche de l'ineptie. L'extraction des minerais obéit à une autre logique, commandant un parcellaire en sous-sol plus vaste et déconnecté de la surface, en raison de la différenciation des usages de ces entités. Ne pas respecter cette observation de base aurait, et avait, conduit au sous-développement du secteur minier.

Sceller la propriété de la surface au-dessous, par une interprétation idéaliste de 552, était donc condamnée mécaniquement par ses effets antiéconomiques, le sous-développement de l'industrie minière. La démonstration de cette incapacité de la loi de 1791 fut, au surplus, confirmée par la pratique, sans toutefois empêcher la thèse en faveur du propriétaire foncier de rester influente.

(203.) Face aux critiques solides du camp des concessionnaires, les tenants de la propriété du sol ne restèrent pas en retrait. L'Empereur fidèle au modèle du code énonçait : « Une mine est de même nature qu'une carrière de pierres et un cours d'eau, lesquels appartiennent à celui dans le sol duquel ils se trouvent »⁵¹⁴. La mise à l'écart du propriétaire foncier passait donc, on peut l'imaginer, par une proposition substitutive, au moins partiellement en phase avec la propriété du code.

L'État fut le trait d'union entre les intérêts des concessionnaires et les principes du code. Napoléon considérant que : « ...les mines ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'un acte de concession délibérée par l'État... »⁵¹⁵, un compromis était envisageable. Des divergences persistèrent puisque les uns voyaient dans l'acte de convention l'opportunité de formaliser l'indemnité due au propriétaire de la surface abandonnant une partie de son bien, et les autres, l'acte fondateur de la propriété du tréfonds.

Néanmoins, les points de vue se rapprochèrent et purent s'organiser autour de deux axes. Il s'agissait premièrement de la volonté d'accroître le rôle de l'État, en prenant soin d'écarter le spectre de mines propriétés de la Nation. L'État, dans un souci de bonne gestion, avait le pouvoir de concéder à des exploitants miniers les sites de production en encadrant simplement les conditions d'exploitation. L'acte de convention étant la condition sine qua none, l'État souverain disposait d'une prérogative essentielle, sans, pour autant, se substituer à l'exploitant. Deuxièmement, en corollaire, se dégageait le parti pris de la propriété privée comme moteur du développement des mines, voire en exaltant au passage l'institution. La

⁵¹⁴ F. Naudier, « Des mines et des carrières en droit romain : législation des mines, ancien droit, droit intermédiaire, loi du 21 avril 1810 », doctrine et jurisprudence, Larose (Paris)-1877, p. 109.

⁵¹⁵ L.-H. Biot, « De la Propriété des mines et de ses rapports avec la propriété superficielle. » P., Marescq aîné, Paris, 1875, p.37, notons que la citation se poursuit par : « cet acte (de concession) règlera les droits des propriétaires de la surface sur le produit des mines concédées. ».

propriété fut ainsi réputée vertueuse par principe comme le rappelle, non sans allant, le rapporteur du projet de loi : « ... ce caractère de propriété aura l'avantage inappréciable de donner aux exploitants cet esprit de prévoyance, de conservation et de perfectionnement qui semble appartenir exclusivement au propriétaire »⁵¹⁶. La déclaration tient d'abord de la flatterie, car, si l'orientation de la propriété demeure, le détenteur du droit de propriété lui, a changé. L'autre propriétaire, celui qui a vu disparaître ses «droits » sur le tréfonds, ne fut cependant pas totalement laissé-pour-compte ; il bénéficia d'une indemnité, ce qui fut aussi un moyen de sanctuariser la propriété du sol, et accessoirement de dégager un point de consensus sonnante et trébuchant.

Au final, la loi de 1810, sur le principe, poursuit l'œuvre de la propriété du code. Le schéma de la propriété minière est constitué d'un individu sujet de droit, titulaire d'un droit de propriété sur un bien, seul le profil du titulaire diffère. Le propriétaire s'est, de plus, institutionnalisé et professionnalisé via l'adoubement de l'État.

C'est donc assez justement que certains auteurs ont pu considérer que la loi de 1810 : « ... consacrait à la fois l'autorité de l'État et les principes de l'économie libérale... », ⁵¹⁷ avec au centre du modèle la propriété privée.

§ 2 Le droit de superficie minier : un droit de propriété à part entière

(204.) Juridiquement, la loi de 1810 définit un droit de superficie en tréfonds, qui a été majoritairement analysé par la doctrine en un droit de propriété conforme à la propriété de l'article 544.

Il s'agit d'ailleurs de l'un des exemples de choix des auteurs⁵¹⁸ voyant dans le droit de superficie un véritable droit de propriété. Naturellement, les opposants à une telle position cherchèrent en retour souvent à discuter ou tempérer la propriété minière. Sans se prononcer ici sur le fond, il faut remarquer que la loi de 1810 est un exemple de choix. Il existe peu de cas où le législateur s'est prononcé aussi clairement sur la similarité entre droit de superficie et droit de propriété, allant jusqu'à grimer sans vergogne les caractères de l'article 544.

⁵¹⁶ Idem Journal des mines, 1810 (Premier semestre) Numéro 160. Avril 1810, p. 275.

⁵¹⁷ J. Personnaz, F. Verrier, P. Jallade, J.-Cl. Adm., « Droit des mines. - Institution des titres miniers », Fasc. 371, Cote : 04, 2004, §2.

⁵¹⁸ Voir J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie » (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979, §6 p.8 qui parle de rituel.

L'effort du législateur de 1810, on le sait, a été cependant insuffisant pour donner à la propriété minière, une nature « incontestable ». Certains auteurs en ont conclu que les idées de la loi de 1810 étaient en théorie : « contradictoires entre elles »⁵¹⁹. Ce n'est pas faux. L'ombre du code et sa propriété, alors en plein développement, ont largement influencé la loi de 1810, qui reste cependant une position de compromis pragmatique motivé par des raisons économiques.

Deux aspects caractérisent principalement ce compromis : la mise à disposition de la propriété des richesses du tréfonds au concessionnaire (A), et la définition d'un concept de propriété minière calquée sur l'article 544 (B).

A. Une propriété distincte de la surface au fondement incertain

(205.) Avec la loi de 1810, la mine devient un objet de propriété à part entière par l'entremise de la concession. En conséquence, la position d'une mine accessoire de la propriété de la surface retenue en 1791 se trouve écartée (1). Pour autant, la séparation de la mine de la surface laisse en suspens plusieurs questions, dont la propriété du gisement avant concession (2), illustrant la délicate délimitation du sol en profondeur.

1. Le sous-sol échappe au propriétaire du sol

(206.) Le législateur de 1810, même si ce fut au prix d'un effort soutenu, s'attacha à hisser la propriété du concessionnaire au rang de celle du propriétaire de la surface, sans en définir précisément le fondement, laissant des questions pendantes.

Pour affirmer la nature de propriété de l'objet de la concession, il convenait tout d'abord de la soustraire de l'emprise du propriétaire de la surface, ne serait-ce que pour se distinguer de la loi de 1791. L'article 19 y pourvut en énonçant : « Du moment où une mine sera concédée, même au propriétaire de la surface, cette propriété sera distinguée de celle de la surface, et désormais considérée comme propriété nouvelle... ». L'orientation est ici claire ; le concessionnaire se voit premièrement attribuer une propriété, et deuxièmement cette propriété est distincte de celle de la surface. L'article 19 sera un des arguments de choix des défenseurs de la propriété minière. La loi va cependant au-delà, et à l'article 16⁵²⁰ le propriétaire de la surface est ramené à un rang semblable à celui de l'inventeur. Ce propriétaire perd ainsi le droit de préférence qui lui avait été accordé en

⁵¹⁹ V. Bréchnac et L. Michel, « Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en matière de mines », Paris, 1887, §8 p. 9.

⁵²⁰ Article 16 Loi 1810 : « Le Gouvernement juge des motifs ou considérations d'après lesquels la préférence doit être accordée aux divers demandeurs en concession, qu'ils soient propriétaires de la surface, inventeurs ou autres. En cas que

1791(cf. supra §196 et s.) pour l'exploitation de la mine. De plus, il n'est plus le seul à pouvoir revendiquer un droit à une indemnité si la concession lui échappe, puisque ce droit est étendu à l'inventeur. Plus marquant encore, l'article 17⁵²¹ écarte expressément tous les droits sur l'objet de la concession antérieurement consentis par l'inventeur, mais aussi par le propriétaire de la surface, ce qui vise bien évidemment d'éventuelles hypothèques. La concession s'érige entre le propriétaire de la surface et la mine pour l'avenir, voire laisse entrevoir la faculté de revenir sur le passé.

Sur ce dernier aspect, la mesure s'impose, car surgit ici la délicate question de la propriété du sous-sol avant l'acte de concession. La purge des droits antérieurs n'équivaut pas à modifier le statut de la propriété du tréfonds. Si la concession vaut sur le principe seulement pour l'avenir, et cela conformément à l'article 552 qui prévoit une propriété comprenant sol et sous-sol : « sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines », il est moins aisé d'étendre ses effets au passé. D'ailleurs, si le législateur s'est préoccupé des droits constitués avant concession, c'est, on peut l'imaginer, pour marquer le changement de statut du sous-sol. Dans l'hypothèse d'un tréfonds qui n'aurait pas été la propriété de la surface, à quoi bon purger les droits consentis sur ce bien.

Cette question de la propriété du sous-sol avant concession est en réalité l'une des zones d'ombres de la loi de 1810, zone d'ombre qui n'a jamais vraiment été dissipée, en dépit de l'enjeu qu'elle sous-tend.

2. La difficulté de la propriété du gisement avant concession

(207.) Refuser de reconnaître au propriétaire de la surface la propriété du tréfonds avant la concession impose de trouver un autre statut. Le concept de *res nullius* était un véhicule conceptuel permettant d'écarter le propriétaire de la surface, mais il ne réussit jamais à s'imposer réellement.

Au 19^{ème} siècle, le recours à la notion de propriété publique, paraît exclu. La notion de propriété publique aurait d'ailleurs émergé plus tardivement,⁵²² et s'opposerait trop frontalement à l'article 552 du Code civil. Dans ces conditions, le concept de *res nullius* semblait le plus adapté, et rallia une large partie de la doctrine du moment⁵²³, malgré d'indéniables points de fragilité. En faisant du tréfonds, une chose non appropriée, l'acte de

l'inventeur n'obtienne pas la concession d'une mine, il aura droit à une indemnité de la part du concessionnaire; elle sera réglée par l'acte de concession. ».

⁵²¹ Article 17 Loi 1810 : « L'acte de concession fait après l'accomplissement des formalités prescrites, purge, en faveur du concessionnaire, tous les droits des propriétaires de la surface et des inventeurs, ou de leurs ayants droit, chacun dans leur ordre, après qu'ils ont été entendus ou appelés légalement, ainsi qu'il sera ci-après réglé. ».

⁵²² F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, note n°1 bas de page 298.

⁵²³ Par exemple, L.-H. Biot, « De la Propriété des mines et de ses rapports avec la propriété superficielle. », P. Marescq aîné, Paris, 1875, p. 17.

concession trouve plus aisément une légitimité. Cette nature du sous-sol évite de plus, toute confrontation avec le propriétaire de la surface.

Simplement, cette qualification encourt une critique de taille. Si le tréfonds est une *res nullius*⁵²⁴, l'inventeur a toute légitimité pour faire sienne cette chose par son action (travail ou occupation). Le schéma rejoint celui de l'appropriation originelle du code, décrite notamment par Pothier, établissant la distinction entre communauté positive et communauté négative (cf. supra §118 et s.).

Conscient de l'écueil, F. Naudier tenta de consolider la thèse de la *res nullius* en disant que le tréfonds serait une *res nullius* : « ...mais seulement aux yeux du concédant et au jour de la concession, qui seule peut créer une nouvelle propriété et lui attribuer une nature particulière. »⁵²⁵. L'argument est d'évidence contestable, et rend le recours au concept de *res nullius* pour le moins relatif. D'autres auteurs, comme L. Aguillon, subdivisaient le concept de la *res nullius* en deux sous-systèmes, avec un système lié à l'inventeur et un autre avec la concession instituant la propriété⁵²⁶, sans être plus convaincants.

Au travers de cette discussion apparaît la difficulté d'articuler la notion de *res nullius* de la mine de 1810 avec la propriété du code. La jurisprudence de l'époque faisait état de cette difficulté, et s'opposait d'ailleurs aux effets de la théorie de la *res nullius*. En cas d'expropriation avant concession, l'indemnité perçue par le propriétaire comprenait la valeur de la surface mais aussi celle du tréfonds.⁵²⁷ L'indemnisation, représentant les richesses du sous-sol, est alors la contrepartie du droit de propriété, c'est-à-dire la théorie de l'accession en opposition avec celle de *res nullius*. Les juges en la matière se conformaient à l'article 552 du Code civil, validant du même coup la vision de Demolombe et d'autres auteurs⁵²⁸. Pour une majorité de la doctrine, avant la concession, le tréfonds était attaché à la propriété du sol, même si cela conduisait à admettre une exception à la règle de l'expropriation de l'article 545 du Code civil⁵²⁹.

⁵²⁴ F. Naudier, « Des mines et des carrières en droit romain : législation des mines, ancien droit, droit intermédiaire, loi du 21 avril 1810 », doctrine et jurisprudence, Larose (Paris)-1877, p. 91,

⁵²⁵ F. Naudier, « Des mines et des carrières en droit romain : législation des mines, ancien droit, droit intermédiaire, loi du 21 avril 1810 », doctrine et jurisprudence, Larose (Paris)-1877, p. 106,

⁵²⁶ L. Aguillon, « Législation des mines en France, Nouvelle Édition », Paris 1903, §8 et 9.

⁵²⁷ Voir L.-H. Biot, « De la Propriété des mines et de ses rapports avec la propriété superficielle », P. Marescq aîné, Paris, 1875, p.42 et 43 qui cite ces deux jurisprudences : Cass. 1er février 1841 Sirey, 1841 ; I. 121, Cass. 3 mai 1843, Sirey 1843. I. 708.

⁵²⁸ Par exemple : C. Aubry et Rau, « Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae », Tome 2, Paris, 1865, § 223 p.396. M. Marty soutient également l'idée de la propriété du sol avant concession quand il dit : « rien n'interdit de concevoir la vocation du propriétaire du sol et de la surface à englober cette partie (la mine), c'est-à-dire le jeu normal de l'accession » tout en soulignant dans le même temps la question de l'expropriation, J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie », (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979, §39 p. 60.

⁵²⁹ Accepter l'idée d'une propriété du tréfonds liée à celle de la surface avant expropriation revient à considérer que la concession opère une expropriation, ce que ne manquèrent pas de souligner les tenants de la thèse du concept de *res nullius*, mettant en avant la contradiction du recours au système de l'accession pour la loi de 1810 supposant une interprétation stricte de l'étendue de la propriété foncière via 552 et le non-respect de l'article 545. Cet avis fut clairement développé par certains auteurs, par exemple : G. Baudry-Lacantinerie, « Précis de droit civil », Tome Premier, Paris, 1882, §1081 p.694 : «

À l'issue de la réforme de 1919, l'application de 552 aux gisements avant concession s'est compliquée du fait de l'abandon de la perpétuité et du retour de la mine à l'État, ce qui conduit une partie des auteurs à opter pour le principe d'une propriété publique.⁵³⁰

Toutefois, la doctrine n'a jamais réellement trouvé de consensus sur ce sujet, et l'idée d'une propriété du sol englobant les gisements avant concession, bien que critiquée, a toujours continué à être défendue.

(208.) La législation de la mine dut composer avec l'article 552 du code, article qui continue à régir la propriété du tréfonds. Sous l'empire de la loi de 1810, les opposants à l'application de l'article 552 au gisement avant concession développaient deux objections, toutes deux également contestables.

La première tenait au faible niveau de la redevance, et la seconde à l'analyse de la législation des mines comme une exception, appelant l'application de la maxime *specialia generalibus derogant*. Or, ces arguments sont tous les deux contestables. La faiblesse de l'indemnité d'abord, n'est peut-être qu'apparente. Si le montant de l'indemnité est, il est vrai, faible ;⁵³¹ la durée d'indemnisation, elle, est longue, et même indéfinie, avant 1919⁵³². D'autre part, le montant de l'indemnité doit être évalué au regard du capital représenté par les ressources naturelles seules, avant tout investissement d'exploitation, et après prise en compte de l'inflation. Ensuite, concernant la primauté de la règle spéciale sur la règle générale, l'article 552 prévoit incontestablement une exception pour la législation des mines. Seulement, cette disposition est de portée générale, et la loi de 1810 ne se prononçait pas expressément sur la propriété du tréfonds avant concession.

Retenir une propriété publique du tréfonds, pour le gisement avant concession, correspondait donc à une interprétation extensive de l'exception, sans aucune indication légale allant dans ce sens. Pour apprécier pleinement cette question de la propriété du gisement avant concession, il est nécessaire de rattacher cette problématique à celle plus large de la limite du sol en profondeur, au centre de notre propos. Ainsi, la propriété du tréfonds avant concession constitue seulement une

Celui auquel appartient un fonds de terre est donc propriétaire des richesses qu'il recèle, et principalement des mines. Ce principe, que la loi romaine consacrait nettement, n'a pas toujours été fermement admis dans notre Droit: c'est ainsi que quelques-unes de nos vieilles coutumes déclaraient les seigneurs propriétaires de l'avoir en terre non-extrayé; et il a fallu l'intervention énergique de Napoléon pour le faire maintenir dans la loi du 24 avril 1810, qui contient la législation actuellement en vigueur sur les mines. Cette loi toutefois y porte une grave atteinte, qui trouve sa justification dans un intérêt social de premier ordre ». « Le Gouvernement concède la mine à qui il veut; le propriétaire n'a aucun droit de préférence. Il subira donc une véritable expropriation, si la mine est concédée à un autre qu'à lui. C'est une expropriation pour cause d'utilité publique; » « La mine, une fois concédée soit au propriétaire soit à tout autre, forme une propriété immobilière distincte du sol, et susceptible à ce titre d'être aliénée, hypothéquée ou saisie séparément de lui. ».

⁵³⁰ J. Personnaz, F. Verrier, P. Jallade, J.-Cl. Adm., « Droit des mines. - Institution des titres miniers », Fasc. 371, Cote : 04,2004, §25.

⁵³¹ Environ 15 euros au début des années 2000 et entre 0.05 et 0.1F au XVIIIème par an et par hectare Cf. J. Personnaz, F. Verrier, P. Jallade, J.-Cl. Adm., « Droit des mines. - Institution des titres miniers », Fasc. 371, Cote : 04,2004, §75, pour plus de détails voir L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris, 1903, §289.

⁵³² Notons que la perpétuité fut réinstaurée en 1955 (décret n° 55-593 du 20 mai 1955) puis de nouveau écartée en 1977 comme par la loi du 15 juillet 1994.

illustration de la définition des limites verticales du sol. Cette définition donne lieu, encore aujourd'hui, à des débats en doctrine. Toutefois, la jurisprudence actuelle, comme celle du 19^{ème} concernant la mine citée à l'instant, reconnaît largement les droits du propriétaire du sol sur le tréfonds, en application de l'article 552⁵³³.

La solution retenue pour la propriété publique du sous-sol avant concession rejoint donc la problématique de droit commun. La loi de 1810 est sur ce point d'un apport limité. Dans le même temps, il paraît difficile de faire grief à cette loi d'être restée indéfinie sur un sujet qui demeure aujourd'hui d'actualité. La loi de 1810, pragmatique par nécessité, a composé avec l'influence de la propriété du code, et son article 552 est resté favorable au propriétaire de la surface. C'était le prix à payer pour que la concession minière devienne également une propriété.

B. La reprise des caractères de la propriété du code par la mine de 1810

(209.) Dès la publication du code, son concept de propriété, qui en est l'un des piliers, jouissait d'un prestige lui permettant d'irradier toute nouvelle problématique s'y rapportant. On retrouve trace de cette tendance dans les références pleines d'éloges des travaux préparatoires de la loi 1810, comme dans la conceptualisation de la propriété minière même. L'influence de la propriété du code transparaît dans plusieurs articles structurants de la loi de 1810. L'emprunt de certaines notions laisse même entrevoir une forme de dépassement du modèle.

L'article 7,⁵³⁴ par exemple, débute par « Il (l'acte de concession) donne la propriété perpétuelle de la mine... ». Pour mémoire, la loi de 1791 prévoyait des concessions d'une durée maximum de 50 ans. De plus, le code ne fait pas de référence directe au caractère perpétuel de la propriété, qui est seulement déduit de l'imprescriptibilité de l'action en revendication. Sur cet aspect, la loi de 1810 ne se limite pas à adapter la propriété minière aux contraintes économiques de cette industrie, incompatibles avec une concession limitée à 50 ans ; elle dote cette propriété d'une qualité accentuée par rapport au texte de 1804.

Ce même article 7 renvoie au code, alors Napoléon, et de procédure civile sur les conditions de l'expropriation. Ce faisant, la propriété minière se voit offrir le sceau de l'inviolabilité dans la droite ligne du code (art. 545), et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (Cf. art.17 DDHC). Attribut fondamental de la propriété, la protection

⁵³³ Cass. civ.3^e, 20 novembre 1996, J.C.P. éd. N. 1997. 4010. p. 141, Chron. H. Perrinet-Marquet. Pour une jurisprudence voisine plus ancienne Cass. req. 18 octobre 1887, S. 1889. I. 279.

⁵³⁴ Loi 21/04/1810, art. 7 « Il donne la propriété perpétuelle de la mine, laquelle est dès lors disponible et transmissible comme tous autres biens, et dont on ne peut être exproprié que dans les cas et selon les formes prescrits pour les autres

contre toute tentative de dépossession discrétionnaire est un signe fort de la volonté du législateur de faire de la propriété minière une propriété à part entière, alors même que la genèse du processus peut être interprétée comme contrevenant à la règle de 545⁵³⁵ (cf. supra §207).

L'article 7, toujours lui, accorde au concessionnaire une liberté dans la transmission de son bien entre vifs ou à cause de mort, calquée sur les autres biens. Cette prérogative fut toutefois discutée en doctrine en raison des conditions requises lors de la délivrance de la concession, et finalement réformée à la fin du 19^{ième} siècle.

Ajoutons enfin que le concessionnaire avait la faculté d'hypothéquer son bien (art. 19⁵³⁶ et 20⁵³⁷), et par voie de conséquence d'être saisi (art.7), ou celle de grever la mine d'un usufruit,⁵³⁸ ou encore de payer la contribution foncière.

Au regard de ces dispositions, le choix d'un droit de superficie minier, droit de propriété, laisse peu de place au doute. La formulation sans équivoque du législateur de 1810 le confirme : Titre II « De la propriété des mines », après un titre I « Des mines, minières et carrières », ou encore le Titre IV section II « Des obligations des propriétaires des mines ».

(210.) Suivant le législateur, la doctrine du 19^{ième}, à de rares exceptions près, dont celle notable de Proudhon⁵³⁹, reconnaissait le droit de superficie comme un droit de propriété de

propriétés conformément au Code Napoléon et au Code de procédure civile. Toutefois une mine ne peut être vendue par lots ou partagée, sans une autorisation préalable du Gouvernement donnée dans les mêmes formes que la concession. ».

⁵³⁵ Il est tentant de faire le parallèle avec l'article 544 symbole d'une propriété sacrée et absolue dont la finalité et les biens nationaux. Ici, la propriété minière est déclarée inviolable alors même que le propriétaire du fonds qui a été écarté de la richesse minière n'a pas profité de 545 si l'on retient la thèse d'une propriété du gisement accordée au sol avant gisement. Les auteurs contemporains de la loi de 1810 réfutaient l'idée d'une expropriation du gisement par l'acte de concession tout en maintenant la propriété du sol sur celui-ci avant concession, voir A. Bury, « Traité de la législation des mines, des minières, des usines et des carrières en Belgique et en France, ou Commentaire théorique et pratique de la loi du 21 avril 1810 et des lois et règlements qui s'y rattachent », Tome 1 -F. Renard (Liège)-1859, §32, p. 32.

⁵³⁶ Loi 21/04/1810, art. 19 « Du moment où une mine sera concédée, même au propriétaire de la surface, cette propriété sera distinguée de celle de la surface, et désormais considérée comme propriété nouvelle, sur laquelle de nouvelles hypothèques pourront être assises, sans préjudice de celles qui auraient été ou seraient prises sur la surface et la redevance, comme il est dit à l'article précédent. Si la concession est faite au propriétaire de la surface, ladite redevance sera évaluée pour l'exécution dudit article. ».

⁵³⁷ Loi 21/04/1810, art. 20 : « Une mine concédée pourra être affectée, par privilège, en faveur de ceux qui, par acte public et sans fraude, justifieraient avoir fourni des fonds pour les recherches de la mine, ainsi que pour les travaux de construction ou confection de machines nécessaires à son exploitation, à la charge de se conformer aux articles 2103 et autres du Code Napoléon, relatifs aux privilèges. ».

⁵³⁸ A. Goussard, « Droit romain : de la Propriété au point de vue du droit civil et du droit prétorien. Droit français : de la Règle que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, et de ses modifications », Thèse, Paris, 1868, p.137. Ce droit imposa la réforme de l'ancien article 598 du Code civil.

⁵³⁹ Proudhon, bien que pionnier sur la question du droit de superficie, ne ralliait pas l'opinion voyant dans la mine une propriété, mais considérait que le droit entre superficie et tréfonds était de même nature qu'entre le propriétaire et l'usufruitier : « parce qu'il nous paraît qu'il y a identité de motifs » voir E. Barreau, « Étude sur le droit de superficie en droit romain et en droit français », Thèse pour le doctorat, Nantes, 1889, p.119. L'auteur revient sur l'analyse de Proudhon. Le célèbre juriste rejetait l'idée que la propriété minière soit une propriété parfaite. Selon lui une propriété parfaite se caractérise notamment par le droit de jouir et d'aliéner. Or, concernant le premier le concessionnaire n'était pas libre de jouir de sa chose et ne pouvait pas par exemple s'abstenir d'exploiter. Pour le second, le droit d'aliéner, Proudhon soulignait le rôle des pouvoirs publics et faisait le rapprochement avec le droit de retrait de la propriété féodale. Sur tous ces points voir J.-B.-V. Proudhon, « Traité du domaine de propriété, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé », Dijon, 1839 Tome 2, p. 442 §767 et s.

1810, et la position perdura jusqu'à la réforme de 1919⁵⁴⁰. En toute cohérence, la reconnaissance de ce droit de propriété faisait écho à la qualification de bien de la mine de 1810, qui sera largement discutée dans la section suivante.

Le large soutien de la doctrine du 19^{ième} était le fait d'auteurs contestant une vision dogmatique de la propriété comme A. Weiss,⁵⁴¹ mais aussi d'auteurs plus classiques allant de Demolombe⁵⁴² à Laurent⁵⁴³. De la même façon, de nombreux auteurs du 20^{ième} validèrent le concept de la propriété minière de la loi de 1810. M. Marty,⁵⁴⁴ auteur d'une thèse remarquée sur la nature du droit de superficie se rangea à cet avis.

Plus récemment, F. Dumont, en s'intéressant à la nature du droit de superficie, arrive à la même conclusion et déclare : « Nous ne pouvons guère contester que l'une des conséquences de la législation minière du 21 avril 1810 ait été de diviser la propriété entre le propriétaire du sol et le concessionnaire, propriétaire d'un immeuble distinct : la mine »⁵⁴⁵. Cette reconnaissance de la propriété minière a d'autant plus d'importance qu'elle contrevient à l'axe central du propos de l'auteur, à savoir établir que le droit de superficie est un droit réel défini comme un droit sur la chose d'autrui de la théorie de la propriété renouvelée. F. Dumont, sur la propriété minière, se démarque clairement de la position, il est vrai presque caricaturale, de F. Zenati et T. Revet pour qui : « la propriété du dessous dont parle l'article 552 est une vue de l'esprit. »⁵⁴⁶, au prétexte de la nécessité de la concession. La posture s'explique par la difficulté que représente la mine, pour le refus sans appel de la propriété superficière du *jus excluendi* (cf. infra §405 et s.). D'ailleurs, F. Dumont relativise la portée de la loi de 1810 en mettant en avant le revirement de 1919⁵⁴⁷. Cette observation n'est pas contestable, mais absolument sans incidence sur la période précédant la loi. Dans le même but, F. Dumont développe deux autres arguments⁵⁴⁸. Le premier serait l'inclinaison naturelle de la loi de 1810 en faveur de l'exploitant du fait de l'impossibilité d'exploiter du propriétaire du sol. Là encore, la remarque est fondée, simplement l'histoire a montré- la loi de 1791-, qu'il était possible de passer outre l'argument et privilégier le sol. D'autres solutions proches de l'option du sol comme celle du syndicat de propriétaires, paraissent

⁵⁴⁰ J. Personnaz, F. Verrier, P. Jallade, J.-Cl. Adm., « Droit des mines. - Institution des titres miniers », Fasc. 371, Cote : 04.2004, §26.

⁵⁴¹ A. Weiss, « Des droits de superficie en droit français et en droit romain », thèse, Strasbourg, 1853, §26 p. 68.

⁵⁴² Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §643 p. 561

⁵⁴³ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 6, Paris Bruxelles, 1871, §451 p. 568 : « La question est controversée.

Nous croyons, avec la majorité des auteurs, que la loi de 1810 a dérogé au Code civil. Elle introduit un nouveau système quant à la concession des mines. Aucune exploitation ne peut avoir lieu sans concession ; par contre la concession une fois accordée est une propriété que le concessionnaire peut transmettre sans l'intervention du gouvernement. ».

⁵⁴⁴ J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie » (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979, §34 p. 72.

⁵⁴⁵ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §260 p. 297.

⁵⁴⁶ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §100 p. 163.

⁵⁴⁷ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §136 p. 151.

⁵⁴⁸ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §261 p. 298.

également viables. Le second argument tiendrait au rôle de l'État dans le transfert de propriété du tréfonds. Selon F. Dumont ce rôle conduirait à une forme d'appropriation publique du gisement avant concession, induisant un transfert au profit du concessionnaire en dehors d'un contrat privé. La particularité tenant à la genèse de la propriété minière n'est pas contestable, et représente une caractéristique forte de la propriété minière (cf. supra §199 et s.). Pour autant, l'absence d'un contrat privé nous paraît sans influence sur la nature de la superficie minière. Plus généralement, la propriété n'est pas conditionnée par l'existence d'un contrat privé à son origine. Sa naissance peut même, et cela en constitue l'une de ses sources les plus fécondes, naître d'un fait, c'est tout l'objet de la théorie de la prescription acquisitive. En matière d'usucapion, la loi au travers du mécanisme de possession fait naître la propriété, sous réserve du respect de certaines conditions, sans qu'il y ait recours à un contrat privé.

En complément du soutien de la doctrine, la jurisprudence reconnut également l'existence d'une propriété minière sous l'empire de la loi de 1810. Par deux arrêts, datant de juillet et décembre 1837⁵⁴⁹, la Cour de cassation assimila la propriété minière à celle du code. L'intervention de la Cour de cassation conforta le camp de la propriété minière. Ces décisions mirent également en lumière les spécificités de la propriété d'une mine. L'affaire qui donna lieu au premier arrêt de juillet 1837, illustre, comme nous le verrons dans le détail ci-après, à la fois le choix de la propriété pour la mine et sa spécificité, puisque la nature de propriété est retenue malgré le droit de surveillance de l'Etat sur le concessionnaire (cf. infra §215 et s.).

Ainsi, suite à la loi de 1810 et à la volonté du législateur, un large consensus s'est dégagé en doctrine et en jurisprudence pour qualifier le droit du concessionnaire de droit de propriété. En parallèle, ce droit a fait apparaître des différences par rapport à la prérogative de l'article 544 du Code civil. C'est sur ces différences qu'il convient maintenant de s'attarder.

⁵⁴⁹ Cass. 18 juillet 1837 D. P. 1837. I. 441 ; S. V. 1837. I. 664 ; S. 1839. I. 91, Cass. 20 décembre 1837 Mines Saint-Etienne : S. 1839. I. 91.

§3 Le droit de superficie minier est un droit de propriété « pas ordinaire »

(211.) La propriété minière comporte assurément certaines particularités en raison de la localisation des minerais en tréfonds et par l'intérêt porté par la puissance publique à cette activité⁵⁵⁰.

Cette problématique n'est pas née avec la loi de 1810. Déjà en 1791, certaines prérogatives du propriétaire foncier faisaient l'objet de restrictions (ex : interdiction d'extraire au-delà d'une certaine profondeur). La loi de 1810 renforça simplement cette tendance interventionniste, et en fit même un élément substantiel de l'organisation de cette nouvelle industrie, s'inscrivant parfaitement dans le mouvement de montée en puissance de l'État. L'immixtion de la sphère publique dans le domaine de la propriété était anachronique au début du 19^{ième}. Ce trait donna une teinte particulière à la propriété minière, aiguissant au passage l'appétit des juristes pour le débat doctrinal.

Concrètement, les particularités de la propriété minière s'expriment d'abord par la condition de la délivrance d'une concession et son corollaire, le paiement d'une redevance au propriétaire de la surface basée sur le produit de la mine. Ces particularités sont donc intimement liées au processus de création de la propriété minière (A). Mais pouvait-il en aller autrement ? Comme le déclara Regnaut de Saint Jean d'Angely, la loi nouvelle étant le fruit d'un compromis fondé sur des positions très éloignées voire opposées, elle ne pouvait pas déboucher sur une «propriété ordinaire»⁵⁵¹. Les interventions de l'autorité publique tiennent à l'objet de l'industrie minière. L'exploitation en masse de ressources en tréfonds impliquait une organisation différente de celle de la surface sans incidence sur la nature du droit de propriété du concessionnaire, mais dont la mise en place nécessitait une intervention de l'État (B).

A. Une propriété concédée tirant un «coup de chapeau à l'article 552 du Code civil»

(212.) L'acte de concession formalise le rôle de l'État en matière de propriété minière. La concession fonde et organise cette propriété (1), notamment dans les rapports entre mine et surface (2). Sans remettre en cause la nature de propriété de la mine, le niveau d'intervention

⁵⁵⁰ V. Bréchnac et L. Michel, « Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en matière de mines », Paris, 1887 §266 p. 320.

des pouvoirs fait de cette propriété « pas ordinaire » un sujet d'étude en partie insaisissable pour la science juridique.

1. Un acte de concession instituant un droit de propriété et valant autorisation d'exploiter

(213.) L'acte de concession constitue la première grande caractéristique de la propriété minière.

Comme l'indiquent deux articles du titre deux de la loi de 1810, l'acte de concession fonde le droit de propriété (article 7). La concession vaut autorisation d'exploiter (Article 5). Imposer l'intervention de l'autorité publique en préalable à la propriété, est une dérogation substantielle au droit commun de la propriété. Traditionnellement, la propriété trouve son fondement dans la loi qui en est le maître d'œuvre. Seulement, la loi a, dans cette hypothèse, une portée générale : elle définit les caractères de la propriété, son régime, etc. Pour les mines, le processus est différent. L'édifice est surmonté, ou comprend, un niveau supplémentaire, à savoir l'obtention d'une concession, de surcroît délivrée discrétionnairement par l'administration⁵⁵². Sans cet acte constitutif, la propriété minière n'existe pas. De ce fait, certains auteurs comme Aguillon en ont conclu que la propriété de 1810 n'était pas une propriété de droit naturel⁵⁵³, la propriété du code serait alors une propriété naturelle ou « ordinaire ».

En droit administratif, la concession s'analyse comme un acte complexe. Cet acte comporte des éléments réglementaires et contractuels permettant de conférer certains droits à une personne.⁵⁵⁴ Dans le cas de la mine, la concession possède un double effet : créer un bien nouveau⁵⁵⁵ : la mine, et investir le concessionnaire du droit de propriété sur ce nouveau bien. C'est en ce sens que la loi de 1810 est singulière. La propriété de la mine est bien une propriété, sans pouvoir être assimilée totalement au schéma classique.

Pour mieux comprendre la concession minière, il peut être utile de faire un parallèle avec un autre modèle s'en rapprochant, la concession d'endiguage. Cette dernière se définit comme le droit de soustraire des eaux du domaine public, des terrains destinés à devenir la propriété

⁵⁵¹ F. Naudier, « Des mines et des carrières en droit romain : législation des mines, ancien droit, droit intermédiaire, loi du 21 avril 1810, doctrine et jurisprudence », Larose (Paris)-1877, p. 110.

⁵⁵² J. Personnaz, F. Verrier, P. Jallade, J.-Cl. Adm., « Droit des mines. - Institution des titres miniers », Fasc. 371, Cote : 04,2004, §5 et s.

⁵⁵³ L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris, 1903, §226a.

⁵⁵⁴ J. Personnaz, F. Verrier, P. Jallade, J.-Cl. Adm., « Droit des mines. - Institution des titres miniers », Fasc. 371, Cote : 04,2004, §33.

⁵⁵⁵ J. Personnaz, F. Verrier, P. Jallade, J.-Cl. Adm., « Droit des mines. - Institution des titres miniers », Fasc. 371, Cote : 04,2004, §18.

privée du concessionnaire⁵⁵⁶. La comparaison permet de mettre en lumière deux aspects. Premièrement, alors que la concession d'endiguage est un mode d'appropriation privative du domaine public, la loi de 1810 est soit un mode de désappropriation, appropriation d'un bien privé (système de l'accession), soit un mode d'appropriation (système de la *res nullius*). Toutefois, en dépit de la différence, il y a dans bien des cas un phénomène conduisant à la propriété. Deuxièmement, le terrain exondé une fois devenu propriété privée par le jeu de la concession d'endiguage, ne soulève pas de difficulté au regard de sa nature. C'est un fonds de terre comme les autres,⁵⁵⁷ un immeuble par nature, visé à l'article 517 du Code civil. La mine par le fait qu'elle ait été partie intégrante d'un immeuble, et qu'elle continue à y être attachée, n'offre pas une telle netteté (cf. infra §224 et s.). Sont mis ainsi en lumière, les deux fragilités du droit de propriété minier de la loi de 1810. La première fragilité se rapporte à la difficile définition des limites verticales de l'objet de la propriété minière. Ce point vient d'être évoqué à propos de la propriété du tréfonds avant concession, et se retrouvera tout au long de l'exposé sur la mine, puisqu'il s'agit du trait d'union avec l'avènement de la propriété volumique au centre de notre thèse (cf. supra, infra). La seconde fragilité de la propriété minière vient du niveau d'intervention des pouvoirs publics en la matière. Concernant cet aspect, il semble important de relever que ce positionnement de l'autorité publique, *a priori* favorable à la propriété, lui a été, en fait, fatal. Se souvenant de sa force créatrice, la sphère publique n'a eu de cesse de chercher à défaire ce qu'elle avait fait. En se fondant sur l'intérêt général, la loi a multiplié les limitations⁵⁵⁸ au droit de propriété minier jusqu'à la réforme de 1919, qui officiellement transforma ce droit de propriété en un droit réel immobilier, aboutissant du même coup à un schéma plus classique entre droit privé et droit public.

La concession de 1810 marque un positionnement particulier de la sphère publique vis-à-vis de la propriété, annonciatrice de l'évolution de la propriété. Le concessionnaire minier était sans doute dans une situation plus proche du propriétaire du 21^{ème} que de celui de 1804. Au demeurant, en 1810, la régulation de l'activité minière par l'autorité administrative fut aussi le fruit de la nécessité qu'un tiers intervienne pour organiser les relations concessionnaires, propriétaires de la surface.

⁵⁵⁶ J. Dufau, J.-Cl. Adm., « Domaine public. - Utilisation du domaine public maritime », Fasc.: 408-30 Cote : 11,1997 §64 s. Ce type de concession en tant que mode d'appropriation privative du domaine public n'est plus réellement usitée en raison notamment des restrictions de la loi littoral de 1986.

⁵⁵⁷ Notons pour être complet sur ce point que certains terrains gagnés sur la mer peuvent être repris en cas de montée des eaux, puis à nouveau exondés, ce qui pose la question des droits de propriété du concessionnaire sur ses terrains. Voir sur ce point Cass. req. 28 décembre 1864 : D.P. 1865. I. 138 concl. Fabre. CE 22 février 1807, Cuny : Rec. Lebon, p. 181.

⁵⁵⁸ Ces restrictions prirent des formes variées comme celles liées au droit de disposer, l'accroissement des pouvoirs de contrôle des pouvoirs publics et la mise en place du droit de déchéance, ou encore le droit de regard de l'administration en cas de changement d'exploitant institué par la loi du 13/07/1911 en raison du risque de transfert à des entreprises allemandes.

2. *L'acte de concession : point d'équilibre pragmatique entre mine et surface*

(214) Le rôle spécifique des pouvoirs publics en matière de propriété minière s'illustre également au travers du versement de la redevance due par le concessionnaire au propriétaire de la surface et parfois, à l'inventeur. Là encore, la solution s'explique facilement par le pragmatisme fondateur de la loi de 1810, mais comporte des zones d'ombre dans une perspective juridique.

Nous ne développerons pas la redevance due à l'État par le concessionnaire, composée d'une partie fixe, assise sur l'étendue de la mine, et d'une part variable fonction du niveau de production (cf. art.32 à 41). À l'inverse, celle attribuée au propriétaire de la surface de l'article 6 retiendra notre attention tout en signalant en liminaire, que cette redevance doit être distinguée des indemnités résultant d'un trouble de jouissance causé en surface suite à des travaux, des recherches ou inondations (cf. articles 43 et 44).

Selon l'article 6 de la loi de 1810, l'acte de concession établit : « Les droits des propriétaires de la surface sur le produit des mines concédées », ce qui n'a pas manqué de déclencher des interrogations sur la nature de ces droits, pour le moins originaux. Pour certains auteurs, cette redevance est une rente foncière qui doit être qualifiée d'immeuble par détermination de la loi. C'est la position défendue, par exemple, par Demolombe⁵⁵⁹ et Goussard. À l'appui de son opinion, le second cite Locré (1758-1840) : « La loi proposée réalisant la modification prévue par l'article 552 du code Napoléon, fait de la mine une propriété distincte de celle de la surface, est grevée en sa faveur d'une rente foncière affectée de toutes les hypothèques et charges qui grevaient le sol »⁵⁶⁰. L'argument est persuasif d'autant que l'article 6 fondant la redevance est situé au titre II de la loi sur la propriété, et fait suite à l'article 5 énonçant la fondation de la propriété minière via l'acte de concession. Dans le même temps, qualifier la redevance due au propriétaire de la surface est problématique, dans l'environnement du code. Comme l'admet Demolombe, cela revient à faire naître une exception au caractère mobilier des rentes foncières. Or, ce principe fut établi à l'issue d'un débat fondateur du code, au terme duquel le législateur opta nettement pour l'abandon des rentes foncières, comme conséquence du rejet du modèle de propriété de l'Ancien Régime (cf. supra §26). La qualification de rente foncière comporte un risque non négligeable de déstabilisation pour le Code civil, sans que la loi ne se soit prononcée en ce sens.

L.-H Biot, avec d'autres auteurs, proposait une alternative à cette position. Dans cette analyse, la redevance ne serait pas la contrepartie de l'abandon des droits du propriétaire de

⁵⁵⁹ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §436 et 649.

⁵⁶⁰ A. Goussard, « Droit romain : de la Propriété au point de vue du droit civil et du droit prétorien. Droit français : de la Règle que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, et de ses modifications », Thèse, Paris, 1868, p. 142, citation Locré, IX, Séance du 21 avril 1810.

la surface sur le tréfonds. Elle représenterait une indemnité compensant la perte de valeur de la surface due à la création d'une propriété souterraine. L.-H Biot cite Regnaud de St Jean d'Angely pour conforter son propos : « Du moment que les mines sont établies, les droits que l'acte y donne au propriétaire de la superficie (la mine) s'identifient à cette dernière propriété... ». C'est ainsi « la mise à l'écart » définitive du propriétaire de la surface, axe identitaire de la loi de 1810 en réaction à 1791. L'article 18⁵⁶¹ illustre cette idée, en indiquant que la valeur des droits de l'article 6 sera réunie à la valeur de la surface, l'ensemble servant de gage aux créanciers du propriétaire du sol. Pour ces auteurs, la loi de 1810 ayant pris soin de rattacher la propriété de la mine au concessionnaire, et non plus au propriétaire de la surface, il n'est pas concevable de retenir la qualification de rente foncière, puisqu'elle reviendrait à octroyer un droit de propriété sur le tréfonds à la surface. Moins perturbant, l'argument prête aussi facilement le flanc à la critique, sauf à voir dans cette redevance une indemnité d'expropriation, ce que s'était bien gardée de faire la loi.

Un troisième fondement à la redevance payée par le concessionnaire a été proposé par la doctrine. La redevance serait une compensation de l'occupation des parties non concessibles de la mine⁵⁶², ce qui paraît encore plus fragile. La proposition valide en effet, par principe, le système de l'accession. Si une redevance est versée au superficiaire en raison de ses droits sur les éléments non concédés, cela signifie qu'il disposait avant concession du tréfonds, sauf à soutenir que la concession aurait opéré un transfert de propriété des parties concessibles au concessionnaire et des parties non concessibles au superficiaire. Par ailleurs, le raisonnement suppose une compensation pour la perte de jouissance supportée par le superficiaire des éléments non concédés, ce qui laisse perplexe en raison de l'absence d'indemnité pour ceux concédés, dont il a été dépossédé.

En conclusion, reconnaître un droit immobilier au propriétaire de la surface comme le suggèrent les auteurs en faveur de la rente foncière, paraît trop éloigné de la philosophie du code pour être seulement déduit des textes. Dans le même temps, les propositions alternatives n'apparaissent pas totalement convaincantes. En fait, pour expliquer la nature de cette redevance, il est nécessaire de s'éloigner du droit. C'est le message que délivrait L.-H Biot en contrepoint de son propos. Citant un économiste de l'époque, L.-H Biot indique que la redevance du propriétaire de la surface serait un coup de chapeau tiré à l'article 552.⁵⁶³ Cette hypothèse est la plus vraisemblable. La redevance du concessionnaire est le tribut payé par le camp de la propriété minière pour emporter le soutien de Napoléon qui défendait le

⁵⁶¹ Art.18 loi 1810 : La valeur des droits résultant en faveur du propriétaire de la surface, en vertu de l'article 6 de la présente loi, demeurera réunie à la valeur de ladite surface et sera affectée avec elle aux hypothèques prises par les créanciers du propriétaire.

⁵⁶² J. Personnaz, « Droit des Mines » : Supplément à jour au 1er janvier 1964, Paris, 1964. §165 p.110.

⁵⁶³ L.-H. Biot, « De la Propriété des mines et de ses rapports avec la propriété superficiaire ». P., Marescq aîné, Paris, 1875, p. 39 et 172.

principe de l’accession. À partir de là, la nature de la redevance, comme la propriété du tréfonds avant concession, les deux étant liées, conservent une part d’énigme qu’il serait vain de chercher à analyser sous un angle exclusivement juridique, sans prendre en compte l’histoire du dispositif.

La loi de 1810 étant née d’un compromis politico-juridique, la redevance du propriétaire de la surface est sans doute l’une des clefs de ce moment législatif intense. Symbole d’une démarche empirique, la redevance est difficilement saisissable par la théorie juridique en quête d’une cohérence d’ensemble, induisant un certain embarras ponctué de divisions doctrinales⁵⁶⁴. Les restrictions à l’usage de la mine ont, de la même manière, conduit à alimenter de nombreuses discussions autour de la propriété minière, et de sa nature. Seulement, à nouveau, tout en soulignant le côté « pas ordinaire » de cette propriété, au terme de ces échanges, la mine de 1810 est demeurée une propriété.

B. Un encadrement des attributs de la propriété superficielle sans incidence sur la nature du droit

(215.) Au début du 19^{ème}, le développement rapide d’une richesse nouvelle à grande échelle, à l’origine de l’industrie minière, incita les pouvoirs publics à participer à l’ordonnement de cette activité y compris en intervenant sur la dimension propriété (1), anticipant les mutations à venir dans ce domaine (2).

1. Une propriété minière soumise aux contraintes de l’intérêt général

(216.) L’exploitation des richesses du sous-sol représente de nombreux enjeux pour la collectivité. Le niveau de production influence le dynamisme économique. Le percement du sous-sol est, lui, source de risques pour les usages de surface, tout aussi vitaux. Le législateur de 1810 chercha donc naturellement à encadrer les prérogatives du concessionnaire, alimentant le débat sur la nature de la propriété minière.

Le législateur interdit, par exemple, la division de la mine (art.7), avec pour objectif d’éviter de revenir sur le morcellement antérieur des mines. De la même façon, l’administration s’octroya un droit de regard spécifique sur les conditions d’exploitation touchant à la salubrité et à la sécurité publique⁵⁶⁵. Ces contingences amenèrent dans le débat la question de l’équilibre entre les prérogatives de l’État et celles du concessionnaire. L’ombre de la puissance publique ne parvint pas à remettre en cause la propriété minière,

⁵⁶⁴ V. Bréchignac et L. Michel, « Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en matière de mines », Paris, 1887, §20 p.25.

voire l'aida à s'imposer face au propriétaire du dessus (a). Toutefois, les contraintes pesant sur le concessionnaire alimentèrent le débat, comme en témoigne la proposition de Proudhon de qualifier les pouvoirs de l'État de domaine éminent sur la mine (b).

a. L'affirmation la propriété minière face aux prérogatives de la puissance publique

(217.) La problématique de l'équilibre entre les obligations imposées au concessionnaire par la puissance publique et ses droits, trouva à s'exprimer lors d'une affaire célèbre aux multiples rebondissements dénommée affaire « Couzon⁵⁶⁵ », de 1837 précédemment mentionnée (cf. supra §209 et s.).

Très succinctement, il s'agissait pour la Cour de cassation de se prononcer sur le droit à indemnité d'un concessionnaire minier, du fait de l'impossibilité d'exploiter une partie de sa mine. Ce préjudice était la conséquence de l'octroi par les pouvoirs publics d'une autorisation du passage d'une voie ferrée sur le périmètre de la mine. Par deux fois, la cour suprême conclut au droit à indemnité du concessionnaire minier ce qui conduisit la doctrine à élever la propriété minière au rang de : « ...propriété inviolable que les lois doivent faire respecter comme toutes les propriétés ordinaires... ».⁵⁶⁷

Cette affaire, dont la cour suprême a eu à connaître en 1837, resta l'exemple de la reconnaissance par la jurisprudence de la propriété minière. Au-delà de la formulation sans équivoque des juges de cassation parlant d'une « propriété inviolable » devant être respectée au même titre que la propriété de droit commun, la propriété réussit dans cette affaire à

⁵⁶⁵ Voir Titre IV Section 2.

⁵⁶⁶ V. Bréchignac et L. Michel, « Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en matière de mines », Paris, 1887 §434 p.556 : « L'affaire Couzon du nom du monticule exploité comme mine et devant être en partie traversé par une ligne chemin de fer donna lieu à un premier jugement un jugement du tribunal de Saint-Etienne du 31 août 1833 (S. V. 37. 1. 664 ; Ann. Des Mines, 3e s., t. XV, p. 686) qui accorda une indemnité au concessionnaire de la mine privé d'une partie de l'exploitation en raison d'un arrêté préfectoral suspendant l'exploitation pour cause de travaux de chemin de fer. La cour de Lyon le 11/08/1835 déclara que la suspension des travaux d'exploitation ne pouvait donner lieu à indemnité et la Cour de cassation le 18 juillet 1837 cassa l'arrêt (D. P., 37. I. 441 ; — S. V., 37. I. 6) en se fondant sur les articles 7 et 10 de la loi 1810 et l'article 545. « Attendu que la loi du 21 avril 1810 déclare que les concessions, des mines en confèrent la propriété perpétuelle, disponible et transmissible comme les autres biens, dont les concessionnaires ne peuvent être expropriés que dans les cas et selon les formes prescrites relativement aux autres propriétés;

Attendu que tout propriétaire a droit à une juste indemnité, non seulement lorsqu'il est obligé de subir l'éviction entière et absolue de sa propriété, mais aussi lorsqu'il est privé de sa jouissance et de ses produits pour cause d'utilité publique ;

Attendu que la concession d'une mine a pour objet l'exploitation de la matière minérale qu'elle renferme ; que le concessionnaire auquel cette exploitation est interdite sur une partie du périmètre de la mine, pour un temps indéterminé, est privé des produits de sa propriété et éprouve une véritable éviction dont il doit être indemnisé;

Attendu que le droit de surveillance réservé par l'article 50 de la loi de 1810 à l'autorité administrative sur l'exploitation des mines, n'altère en rien le droit de propriété du concessionnaire et ne lui impose pas l'obligation de subir la perte d'une partie de sa concession, pour la création d'un établissement nouveau, sans une juste indemnité ».

La cour de renvoi le 25 mai 1838 D.P. 1838. II. 132; S. V. 1838. 2 s'opposa à la solution de la cassation qui se prononça à nouveau le 3 mars 1841 : « Attendu que si, nonobstant la concession de la mine, les droits inhérents à la propriété de la surface restent entiers, conformément à l'article 544 Code civ., il ne s'en suit pas que le propriétaire de la surface ait le droit de pratiquer des travaux nuisibles à l'exploitation, dans l'étendue de son périmètre ». Par cet arrêt la cour suprême réitéra donc le droit à indemnité du concessionnaire. ».

⁵⁶⁷ V. Bréchignac et L. Michel, « Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en matière de mines », Paris, 1887 §436 p. 561.

s'affirmer en tant que telle. Il est intéressant de s'arrêter sur ce point, car il permet de comprendre précisément pourquoi l'affaire de Couzon connut ce retentissement.

(218.) Dans l'arrêt de 1837, la propriété minière est reconnue tant dans ses rapports avec les pouvoirs publics, qu'au regard de la relation nouée avec la surface. C'est en cela qu'elle accède réellement au rang de propriété.

Commençons par les rapports avec les pouvoirs publics. Dans l'affaire de Couzon, la propriété de la mine était aux prises avec un projet ferroviaire. Ce dernier, tout comme la mine en son temps, possédait une dimension touchant à l'utilité publique. Le choix entre la mine et la voie pouvait donc être analysé comme relevant de l'autorité de la sphère publique, ayant toute latitude pour procéder à ce choix. La problématique faisant ainsi référence à la nature de la relation entre autorité concédante et droits du concessionnaire, point qui avait déjà été discuté lors du débat parlementaire de la loi de 1810. Le législateur s'était alors interrogé sur l'étendue des droits du concessionnaire face à la collectivité à propos de la sanction susceptible d'être infligée au concessionnaire défaillant, notamment au regard du niveau de production. Certains étaient favorables à un retrait de la concession par l'autorité publique plus au moins discrétionnaire, assurant ainsi, un parallélisme avec le droit de concéder la propriété minière. D'autres s'y opposaient, et Napoléon était de ceux-là. En fidèle défenseur de la propriété, Napoléon considérait que celle-ci ne pouvait pas être donnée et retirée au bon vouloir de l'administration, et disait : « On n'oblige pas un propriétaire à abandonner sa ferme, lorsqu'il cesse de l'exploiter. Pourquoi en irait-il autrement des mines ? Du moins ne faudrait-il pas porter l'affaire devant le Conseil d'État ; c'est aux tribunaux à se prononcer sur ce qui touche à la propriété. Mais le principe de l'abandon ne peut pas être admis dans un pays où la propriété est libre, et puisque les mines sont de véritables propriétés, il est impossible de faire à leur égard des exceptions au droit commun. »⁵⁶⁸ fin de citation. Et là encore, l'avis de Napoléon, au demeurant cohérent, se montra influent ; l'article 49 de la loi de 1810 se limita à un signalement au ministre de l'Intérieur pour les cas d'exploitation susceptibles d'« ...inquiéter la sécurité publique ou le besoin des consommateurs. ». L'orientation retenue était donc claire. La propriété minière n'est pas une propriété contractuelle ou conditionnelle conservant à sa base un lien offrant à l'autorité concédante la faculté de la remettre en cause. La mine jouit en outre de la protection accordée à la propriété, notamment contre les atteintes venant des pouvoirs publics, sans que cela soit exclusif d'un encadrement. L'arrêt de 1837 s'inscrit parfaitement

⁵⁶⁸ L.-H. Biot, « De la Propriété des mines et de ses rapports avec la propriété superficielle ». P., Marescq aîné, Paris, 1875, p.118 reprenant séance du 3 février 1810. Locré, p. 207.

dans cette logique, en faisant de la propriété minière une propriété opposable aux pouvoirs publics.

Ce premier acte d'autorité de la propriété minière en entraîna, presque naturellement, un second vis-à-vis de l'autre interlocuteur de la mine, le propriétaire de la surface. En effet, affirmer la propriété de la mine, c'était aussi revenir sur celle du dessus. En hissant la mine au rang de propriété, la jurisprudence mettait en exergue les relations entre la mine et la surface, puisque le propre de la propriété est l'exclusivité, donc l'obligation de distinguer dessus et dessous. Certains auteurs furent tentés, suite à l'affaire de Couzon, de s'opposer au principe d'une propriété minière en mesure de rivaliser avec la surface. Bury, par exemple, revient longuement sur ce point.⁵⁶⁹ L'auteur conteste la doctrine, qui au nom de la propriété de la mine, remet en cause celle de la surface. Bury critique en particulier une décision de la Cour d'appel d'Angers⁵⁷⁰, qui en fondant la propriété du concessionnaire, portait atteinte à celle de la surface qui était une carrière⁵⁷¹. L'auteur cite à l'appui de son argumentaire les attendus de la cour de renvoi de la cassation de Couzon, dans lesquels les juges considèrent que c'est à la mine de subir les contraintes liées à la superposition des propriétés du fait de son infériorité (au sens propre) : « ... à défaut on défendrait de construire une église, parce que le clocher chargerait trop la mine, d'établir un cimetière, parce qu'il faudrait creuser le terrain ; ». ⁵⁷² L'argument soulève pertinemment le besoin d'équilibre entre la propriété du

⁵⁶⁹ A. Bury, « Traité de la législation des mines, des minières, des usines et des carrières en Belgique et en France, ou Commentaire théorique et pratique de la loi du 21 avril 1810 et des lois et règlements qui s'y rattachent », Tome 1 -F. Renard (Liège)-1859, §625, p. 410

⁵⁷⁰ CA Angers du 5 mars 1847 S. 1847. II. 27. Cet arrêt prend clairement parti pour la propriété minière « que la propriété de la mine n'était pas moins inviolable que celle de la surface; que le propriétaire du fonds supérieur ne pouvait y pratiquer des ouvrages de nature à causer quelque dommage aux travaux souterrains de la concession, et qu'il était ainsi grevé d'une sorte de servitude résultant de la superposition de deux propriétés indépendantes. ».

⁵⁷¹ A. Bury, Traité de la législation des mines, des minières, des usines et des carrières en Belgique et en France, ou Commentaire théorique et pratique de la loi du 21 avril 1810 et des lois et règlements qui s'y rattachent, Tome 1 -F. Renard (Liège)-1859, §627, p.412, citation « Comment ! Je suis propriétaire d'un terrain : il renferme une carrière de sable, qui peut faire ma richesse, et que j'ai certes le droit d'exploiter, soit en vertu de l'art. 552 du C. civ., soit en vertu de la loi du 21 avril 1810 elle-même. Arrive un décret de concession de mine qui englobe mon héritage; il en détache la mine, mais non pas ma carrière. Comment serait-il possible que le concessionnaire de cette houille, de ce zinc, de ce plomb, etc., m'enlevât, de fait, en m'empêchant de l'exploiter, ma carrière, qu'il ne n'a point payée, ou que, ce qui revient au même, sauf la différence du plus ou moins, il ne me permît de l'exploiter qu'en prenant, à mes frais, des mesures de précaution nécessitées par le fait de son exploitation? C'est à lui, au contraire, qu'incombe le devoir de faire en sorte que mon droit d'exploiter ma carrière ne soit pas amoindri par ses travaux; à lui donc de supporter la défense des mesures à prendre pour que son exploitation se concilie avec la mienne; à lui de m'indemniser du préjudice que l'exécution de ces mesures peut m'infliger ! ».

⁵⁷² A. Bury, « Traité de la législation des mines, des minières, des usines et des carrières en Belgique et en France, ou Commentaire théorique et pratique de la loi du 21 avril 1810 et des lois et règlements qui s'y rattachent », Tome 1 -F. Renard (Liège)-1859, §628, p.414, citation Cour de renvoi Dijon 25 mai 1838 D. P. 1838. II. 132; — S. V. 1838, 2 : « La concession, est la propriété du concessionnaire, mais à deux conditions : la première, qu'il exploitera sans détérioration du droit qui continue d'appartenir au propriétaire de la surface, au même titre qu'avant la concession, pour tout autre objet que la mine elle-même; la seconde, que ce sera aussi sans diminution des droits qui appartiennent à l'État, à titre de souveraineté, pour tout ce qui regarde la police, la sûreté, l'administration de la surface et l'intérêt général du pays. S'il pouvait en être autrement, tout le périmètre, souvent très-étendu, d'une concession de mines, serait frappé de l'interdiction de bâtir. Les habitations ne pourraient plus se multiplier et s'agglomérer ; on défendrait de construire une église, parce que le clocher chargerait trop la mine, d'établir un cimetière, parce qu'il faudrait creuser le terrain ; l'État serait destitué du droit de sillonner ce territoire par des routes nouvelles ; ce serait, en un mot, le décret imposé dans tout le périmètre de la concession, à moins que pour chaque œuvre nouvelle, les particuliers, les communes, l'État ne vinssent demander, à prix d'argent, le consentement des concessionnaires de la mine, qui exerceraient ainsi sur le sol une espèce de suzeraineté ou plutôt de souveraineté. Loin que la surface lui soit assujettie en aucune manière, c'est au contraire la mine qui, par le seul fait de la

dessous et celle du dessus, sans toutefois justifier de la nécessité d'une mine soumise à la surface.

La mine s'impose dans son principe au même titre que les usages du sol en surface. C'est pourquoi la propriété minière dispose d'une légitimité équivalente à celle du dessus ; l'important réside dans l'équilibre de ces deux propriétés, que la loi garantit notamment par l'élaboration de contraintes imposées à la mine. Cependant, et l'affaire de Couzon le démontre, ces contraintes émanant des pouvoirs publics ne leur permettent pas de remettre en cause la propriété de la mine. Il n'en demeure pas moins que la propriété présentait, en particulier à cette époque, un profil spécifique, qui donna lieu à de nombreuses interprétations en doctrine.

b. Proudhon ou l'application de la théorie du double domaine à la mine

(219.) Sur la question du rapport de la propriété minière avec les pouvoirs publics, il convient de mentionner la grande voix discordante de Proudhon. Référence majeure sur la question du droit de superficie, le jurisconsulte ne ralliait pas l'opinion reconnaissant la mine comme une propriété. La doctrine dominante ne rallia jamais la position de Proudhon, qui fut critiquée.⁵⁷³ Le point de vue de l'auteur doit cependant être évoqué en raison de sa spécificité concernant la nature de la mine, et aussi parce qu'elle éclaire l'opinion de Proudhon en matière de propriété superficielle, qui sera développée en détail (cf. infra §472 et s.).

Pour Proudhon, la propriété minière est une propriété imparfaite, justement parce que le droit du concessionnaire fait l'objet de restrictions par les pouvoirs publics. L'auteur se montre même plus spécifique, et vise les contraintes sur deux aspects essentiels des prérogatives du concessionnaire, le droit de jouir et le droit d'aliéner.⁵⁷⁴ Concernant le premier, le concessionnaire n'était pas libre de jouir de sa chose ; il ne pouvait pas, par exemple, s'abstenir d'exploiter, alors que le propriétaire foncier peut s'abstenir d'user de son fonds. De la même façon, Proudhon revient longuement sur les contraintes imposées au concessionnaire en matière d'aliénation. Selon l'auteur, les restrictions imposées par les pouvoirs publics au concessionnaire s'apparentaient à une forme de servitude : « ...il serait impossible de concevoir comment la mine, grevée d'une semblable servitude, pourrait

situation des lieux, est assujettie de plein droit à toutes les conséquences qui résultent de l'infériorité de cette situation. La principale obligation des concessionnaires vis-à-vis du sol est donc de supporter ce qu'on peut à bon droit appeler le toit de la mine, véritable servitude *oneris ferendi* vis-à-vis du sol, dont la solidité, en effet, dépend de l'accomplissement rigoureux de cette condition, et comme cette condition est naturelle, puisqu'elle résulte de la juxtaposition des lieux, il s'ensuit qu'elle est absolue, perpétuelle, non-limitée ».

⁵⁷³ Voir par exemple, E. Barreau, « Étude sur le droit de superficie en droit romain et en droit français », Thèse pour le doctorat, Nantes, 1889, p.119 qui revient sur l'analyse de Proudhon en la dénonçant.

⁵⁷⁴ J.-B.-V. Proudhon, « Traité du domaine de propriété, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé », Dijon, 1839 Tome 2, §767 p. 442.

néanmoins être classée au rang des propriétés parfaites, comme libres dans les mains de leurs maîtres. »⁵⁷⁵. Ces imperfections n'en font pas perdre pour autant, la qualité de propriété à la mine. Proudhon réfute l'idée qu'il s'agisse d'une propriété précaire, et nous verrons que dans la perspective de Proudhon, le caractère imparfait d'une propriété n'a pas vraiment d'incidence sur sa nature de propriété (cf. infra). La situation de la mine s'apparenterait selon Proudhon en réalité à la propriété féodale. Dans cette propriété, le vassal est bien propriétaire, mais doit composer avec le seigneur suzerain en cas de vente par exemple, via l'institution du droit de retrait.⁵⁷⁶ Pour Proudhon, la mine serait une forme de propriété simultanée, avec un domaine éminent revenant à l'État et le domaine utile au concessionnaire. Parallèlement, l'auteur considère la redevance de la surface comme une rente foncière,⁵⁷⁷ s'expliquant par l'expropriation du tréfonds, propriété du sol en vertu de l'article 552⁵⁷⁸. La position de Proudhon, réintroduisant le double domaine, resta isolée. La principale critique tient à ce Proudhon attribue une part, et non des moindres, de la propriété de la mine aux pouvoirs publics. Or, à aucun moment la loi de 1810 ne fait référence même indirectement à une propriété domaniale, à l'inverse elle s'attache clairement à fonder une propriété minière sur la tête du concessionnaire (cf. supra). Proudhon contesta cet argument et considèrera, sans convaincre, que la loi de 1791 attribuant dans son article 1 la mine à la nation ne fut pas abrogée en 1810⁵⁷⁹. Le contre-argument de Proudhon confine à l'argutie, reste que l'auteur, comme bien d'autres, met justement l'accent sur les contraintes supportées par le concessionnaire. Aguillon,⁵⁸⁰ par exemple, toujours en se fondant sur la limitation des droits du concessionnaire, défendait l'idée d'une propriété minière différente de celle du code, une propriété *sui generis* en mettant en avant, de manière complémentaire, le caractère immatériel de la mine (cf. infra).

L'hypothèse d'une propriété minière *sui generis*, tout en étant critiquable, est moins problématique que celle de Proudhon. La thèse selon laquelle la loi de 1810 réintroduisait une propriété simultanée paraît difficilement soutenable, tant le choix de la propriété du code fut net. Néanmoins, les contraintes imposées à la mine furent indéniablement sujettes à débat, d'autant plus que ces contraintes allèrent grandissantes avec le temps.

⁵⁷⁵ J.-B.-V. Proudhon, « Traité du domaine de propriété, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé », Dijon, 1839 Tome 2, §767 p. 444.

⁵⁷⁶ J.-B.-V. Proudhon, « Traité du domaine de propriété, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé », Dijon, 1839 Tome 2, §770 p. 456 : « ...sous le régime de la féodalité, on n'a jamais dit que les propriétés du vassal ne fussent que précaires entre ses mains; et cependant, quand il les aliénait au profit d'un autre, il fallait que l'acquéreur présentât son contrat au seigneur suzerain, pour obtenir son consentement. Pourquoi donc la même théorie ne serait-elle pas admise aujourd'hui à l'égard du gouvernement, en fait de mine aliénée de l'un à l'autre ? ».

⁵⁷⁷ J.-B.-V. Proudhon, « Traité du domaine de propriété, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé », Dijon, 1839 Tome 2, §776 p. 470.

⁵⁷⁸ J.-B.-V. Proudhon, « Traité du domaine de propriété, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé », Dijon, 1839 Tome 2, §776 p. 469.

⁵⁷⁹ ⁵⁷⁹ J.-B.-V. Proudhon, « Traité du domaine de propriété, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé », Dijon, 1839 Tome 2, §767 p. 444.

2. *Un interventionnisme des pouvoirs publics anachronique pour l'époque et allant grandissant*

(220.) Le poids de la sphère publique sur la mine ne se vérifie pas seulement lors de la genèse de la loi de 1810, bien au contraire. La tendance fut à l'œuvre tout au long du 19^{ième} siècle, et se poursuivit, et même s'amplifia ensuite. Avec le recul du temps, ce rééquilibrage entre les intérêts des propriétaires miniers et ceux de la collectivité est assez cohérent. L'échelle du développement de l'industrie minière, comme ses caractéristiques, militait pour une plus grande intervention des pouvoirs publics.

Avant sa réforme en 1919, la loi de 1810 fut modifiée à plusieurs reprises, se traduisant par des contraintes imposées au concessionnaire, allant grandissantes. En 1838 par exemple, une procédure de retrait fut adoptée, limitant cette fois clairement le droit d'aliéner du concessionnaire. Un texte de 1852 vint interdire la réunion de plusieurs mines ; après avoir empêché le retour à des micro-mines dans l'esprit de la loi de 1791, le législateur cherchait à éviter la concentration. Une autre modification de la loi de 1810 imposa la mise en place d'un syndicat pour les travaux visant à contenir les inondations. Il n'est pas utile d'aller au-delà de ces quelques exemples, ni même de les développer. Le propriétaire concessionnaire a dû faire face à des contraintes de plus en plus fortes.

Cependant, contrairement à ce que pensait une majorité de la doctrine de l'époque, la propriété minière ne semble pas avoir connu une évolution différente de la propriété tout court, peut être tout au plus anticipée. En 1810, il était concevable de voir la propriété minière comme une dérogation au droit commun, une propriété imparfaite dénaturée par l'emprise des pouvoirs publics, pour reprendre la perspective de Proudhon (cf. supra §219 et s.). À l'heure où la propriété était symbolisée par un individu propriétaire d'une parcelle de terre soumise presque entièrement à sa seule volonté, la simple idée de voir intervenir les pouvoirs publics était perçue comme une immixtion intolérable. Au 20^{ième} et 21^{ième} siècle, le cas de la mine de 1810 est simplement devenu la règle. La propriété foncière moderne doit, dans une majorité de cas, répondre à un usage précis et respecter pour cet usage des conditions de mise en œuvre extrêmement détaillées⁵⁸⁰. Sans avoir besoin d'évoquer les nombreux droits de préemption, ou d'autres dispositions, il semble assez évident que le propriétaire minier du 19^{ième} est tout aussi propriétaire que le détenteur d'un terrain du 21^{ième}. Ce parallèle entre l'exploitant de la mine de 1810 et le propriétaire foncier moderne, permet également de saisir l'autre dimension de la concession, masquée par la question de la propriété. En effet, comme nous l'avons vu, la concession emporte autorisation d'exploiter le

⁵⁸⁰ L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris, 1903, §219 p. 166.

⁵⁸¹ Nous faisons par exemple ici référence aux prescriptions en matière de construction.

minéral (cf. supra). Avant concession, toute exploitation est interdite au propriétaire de la surface, mais aussi à l'exploitant⁵⁸², bien que potentiel propriétaire du tréfonds, sous peine de sanctions pénales⁵⁸³. La loi de 1810 est sur ce point aussi annonciatrice du principe comme du mode la participation des pouvoirs publics dans l'usage de la chose. Le schéma de la concession est assez semblable à celui d'un propriétaire avant l'obtention d'un permis de construire. Sans que le droit de propriété de ce dernier soit remis en cause, l'utilité de construire, qui appartient au propriétaire, est conditionnée par une autorisation administrative. Relevons au passage, que la dimension autorisation de la concession consolide la théorie des droits du propriétaire du sol avant concession, l'interdiction d'extraction des minerais pouvant alors s'expliquer par l'absence du droit d'exploiter, distinct de la propriété.

Ainsi, si le propriétaire minier de 1810 vit sa liberté d'action se restreindre progressivement et notablement, cela semble sans incidence sur la nature de son droit. Par ailleurs, ce mouvement doit aussi être analysé au regard de la puissance économique des concessionnaires, contrepartie de leur droit de propriété, puissance, qui on peut l'imaginer, alla de pair avec l'évolution de l'État. De ce point de vue, la situation concessionnaire de 1810 fut une simple anticipation du sens de l'évolution de la propriété.

L'interventionnisme des pouvoirs publics constaté sous l'empire de la loi de 1810 se retrouve d'ailleurs aussi dans les grandes réformes minières qui suivirent, à commencer par la loi de 1919.

§4 La mise en retrait de la propriété minière : La loi du 9 septembre 1919

(221.) Le choix de la propriété par le législateur de 1810 a été profitable à bien des égards, même si une option différente a été choisie en 1919.

La propriété minière de 1810 contribua au renforcement de l'institution propriété en la sortant de la vision étroite de certains commentateurs du code, vision qui avait conduit à l'échec de 1791. Les débats intenses et passionnés autour de la mine, contribuèrent aussi à mieux connaître la propriété, dont la mine annonçait finalement les grandes évolutions à venir, comme le rôle des pouvoirs publics. De plus, hormis ces considérations juridiques, la

⁵⁸² V. Bréchnignac et L. Michel, « Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en matière de mines », Paris, 1887 §470 p. 624

⁵⁸³ V. Bréchnignac et L. Michel, « Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en matière de mines », Paris, 1887 §9 p. 12 ; Cass. 7 août 1839, Parmentier D.P. 1839. I. 311; J. P. 39 : « Toute exploitation de la mine, avant d'en avoir obtenu la concession, est spécialement prohibée, sur son terrain, au propriétaire de la surface et n'est de sa part qu'un acte punissable de peines correctionnelles. ».

propriété minière fut un succès en ce qu'elle permit le développement de l'industrie minière durant plus d'un siècle. Cette réussite a tenu, il est vrai, au moins autant aux qualités du texte, qu'au formidable essor économique du moment.

Quoi qu'il en soit, il est essentiel de noter que la loi de 1919 ne fit pas le choix de la propriété en qualifiant le droit du concessionnaire de simple droit immobilier (A). Cette qualification lourde de sens ne coïncida pas, étrangement, à la disparition du bien mine, qui se maintenu, sans pouvoir être l'objet d'un droit de propriété (B).

A. En 1919 le concessionnaire devient détenteur d'un simple droit immobilier

(222.) Le principe de la propriété minière de la loi de 1810 et la longévité de la loi de 1810 doivent cependant être relativisés, car de nombreuses réformes sont venues au fur et à mesure limiter les droits du concessionnaire⁵⁸⁴. De plus, la loi de 1919 confirma cette tendance, et mit à l'écart la propriété minière en qualifiant le droit du concessionnaire de simple droit immobilier⁵⁸⁵.

Bouleversant en profondeur les équilibres existants, la loi de 1919 revint, entre autres, sur la perpétuité et la gratuité de la concession, tout en prévoyant le retour de la mine à l'État en fin de concession. L'ensemble eut pour effet de ramener la mine vers le système de domanialité publique, donnant une teinte surannée à la joute droit de la surface, contre droit du concessionnaire. En dépit de cette orientation, en nette rupture avec 1810, la loi ne se prononça pas sur la nature du droit qu'elle développa et se garda bien de trancher les points faisant débat, comme la situation du gisement avant concession (cf. supra §207 et s.). Sur ce second aspect, la question est toujours pendante⁵⁸⁶, par contre, pour ce qui est de la nature du droit la doctrine actuelle opte pour un droit d'exploitation analysé en un droit réel de nature administrative.⁵⁸⁷

La propriété minière de 1810 est donc aujourd'hui révolue. Elle ne correspond qu'à une étape de l'organisation de l'activité minière s'intercalant entre la loi de 1791 et 1919. Cette dernière est elle-même une étape, puisqu'au sortir de la Seconde Guerre mondiale l'activité

⁵⁸⁴ J. Personnaz, F. Verrier, P. Jallade, J.-Cl. Adm., « Droit des mines. - Institution des titres miniers », Fasc. 371, Cote : 04, 2004, §30.

⁵⁸⁵ « L'institution d'une concession, même au profit du propriétaire de la surface, crée un droit immobilier distinct de la propriété de la surface » Art 39 code minier ancien. La disposition est reprise en substance et même affirmée dans le nouveau code art. L.132-8 « L'institution d'une concession, même au profit du propriétaire de la surface, crée un droit immobilier distinct de la propriété de la surface. Ce droit n'est pas susceptible d'hypothèque. ».

⁵⁸⁶ J. Personnaz, F. Verrier, P. Jallade, J.-Cl. Adm., « Droit des mines. - Institution des titres miniers », Fasc. 371, Cote : 04, 2004, §72.

⁵⁸⁷ J. Personnaz, F. Verrier, P. Jallade, J.-Cl. Adm., « Droit des mines. - Institution des titres miniers », Fasc. 371, Cote : 04, 2004, §33.

minière fut en majeure partie nationalisée, avec la création des Charbonnages de France. Cette structure est aujourd'hui dissoute, et l'industrie minière n'a plus qu'un poids résiduel. Pour autant, l'histoire est loin d'être terminée, même si aujourd'hui un certain consensus semble prévaloir entre les acteurs. On peut imaginer que l'évolution législative de cette activité redeviendrait d'actualité, et avec elle la question de la propriété, si l'extraction des ressources situées en sous-sol constituait un nouvel enjeu économique. Certains auteurs estiment aujourd'hui que la propriété des mines « est automatiquement » celle de l'État autorité concédant⁵⁸⁸. La solution peut s'entendre, pour autant, c'est aussi assimiler propriété et concession, ce qui représente seulement une hypothèse. Quoi qu'il en soit, la loi de 1810 fut un moment particulier où coexistèrent un droit de propriété distinct de celui de la surface et deux choses, la mine et la surface. En d'autres termes, deux droits de propriété et deux choses : la mine et la surface. Là où précédemment il n'y avait qu'un seul droit de propriété et un seul immeuble. La loi de 1919 en faisant disparaître un des droits de propriété a certes modifié l'équation, par la substitution de la propriété privée pour la propriété publique, mais n'a pas fait disparaître la mine. De nouveau, l'analogie avec la concession d'endiguage est utile. Comme cette dernière, par laquelle sont exondés un ou plusieurs terrains nouveaux pris sur le domaine public, la concession minière fait émerger un bien qui auparavant n'existait pas en tant que tel et demeure. Avant concession : « ...il n'existait qu'un élément matériel de condition juridique incertaine, le gisement. L'acte instituant la concession a donc pour effet de créer un bien nouveau. »⁵⁸⁹.

Toutefois, comme le mentionne des auteurs : « le droit de propriété quasi quiritaire dont elle (la mine) faisait précédemment l'objet est transformé en un droit de caractère administratif (à partir de 1919). »⁵⁹⁰. Cette nouvelle nature conduit naturellement à l'abandon du concept de l'accession associé au droit de propriété pour expliquer la dissociation entre la mine et la surface au profit du fondement de l'utilité publique⁵⁹¹.

Ce changement incontestable concernant la nature de la mine fut et continue d'être, l'argument privilégié des auteurs cherchant à relativiser l'apport de la loi de 1810 sur la question de la propriété superficielle⁵⁹². Il faut préciser en retour que l'exemple de la loi de

⁵⁸⁸ W. Dross, « Droit des biens », Domat, 2012, §364 p.300 : « C'est aujourd'hui l'État qui est automatiquement propriétaires des mines dont il concède alors généralement l'exploitation à des personnes privées ». L'auteur se fonde sur l'art 36 du code minier disant que la concession crée un droit immobilier distinct de la surface.

⁵⁸⁹ « Il (l'acte de concession) crée une entité juridique nouvelle, la mine, alors que jusqu'à ce moment il n'existait qu'un élément matériel de condition juridique incertaine, le gisement. L'acte institutif de concession a donc pour effet de créer un bien nouveau. » J. Personnaz, F. Verrier, P. Jallade, J.-Cl. Adm., « Droit des mines. - Institution des titres miniers », Fasc. 371, Cote : 04, 2004, §18.

⁵⁹⁰ J. Personnaz, F. Verrier, P. Jallade, J.-Cl. Adm., « Droit des mines. - Institution des titres miniers », Fasc. 371, Cote : 04, 2004, §18.

⁵⁹¹ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001 §266 p. 304.

⁵⁹² Par exemple : F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001.

1810 fut utilisé sans retenue si bien que, certains auteurs ont pu parler de « rituel »⁵⁹³. Le quiproquo n'a guère de sens, l'analyse de la mine sous l'empire de la loi de 1810 étant distincte de celle réalisée sur la base de la loi de 1919 et vice versa. Pour tenter de sortir de ce quiproquo, il est possible de s'intéresser à la loi de 1810 sous un autre angle : celle du bien « mine ».

B. Le maintien sur le principe d'un bien « mine » au-delà de 1919

(223.) En établissant un droit de propriété au profit du concessionnaire, la loi de 1810 a également fait émerger un bien nouveau, la mine, qui demeure un élément du droit positif. Il s'agit du principal intérêt actuel de la loi sur la propriété minière, même si nous verrons que le bien « mine » est resté inachevé d'un point de vue conceptuel, en comparaison du volume immobilier moderne (cf. infra §705 et s.). En 1791, la mine étant un accessoire de la surface, l'existence de cette chose n'était pas un sujet. Au contraire en 1810, la mine devint l'objet d'un droit de propriété, la mine en tant que bien s'imposait donc mécaniquement. Inversement, la loi de 1919, en glissant d'un droit de propriété vers un droit réel administratif, le bien « mine » n'a plus la même portée. Toutefois, à ce propos quelques précisions doivent être formulées. D'abord, la loi de 1919 a repris la notion du bien « mine » de la loi de 1810 (article 8). Ainsi, le bien « mine » se trouve relativisé, mais seulement en sa qualité de bien appropriable. Ensuite, le choix de la domanialité du législateur pour la mine ne doit pas être surinterprété. Voir dans la mine une propriété, ne signifie pas que cette entité se place en dehors du champ d'application de la propriété privée dans l'absolu. Le retour d'une législation de type de celle de 1810 permettrait au bien « mine » de retrouver une existence pleine et entière.

En complément de ces arguments, un autre aspect plus actuel peut-être mentionné. Les propriétaires des logements situés sur d'anciennes mines ou carrières, qui aujourd'hui menacent de s'écrouler, pourraient bien avoir intérêt au maintien d'un bien « mine ». Sans entrer dans le détail, mentionnons sur ce vaste et très actuel sujet, la circulaire du 14 octobre 2009.⁵⁹⁴ Celle-ci évoque la situation des mines orphelines, c'est-à-dire abandonnées par l'exploitant et le concessionnaire. Or, cette circulaire réserve un traitement particulier aux mines exploitées après 1810. En introduction, ce texte mentionne : « La responsabilité de l'État à la fin de l'exploitation des mines persiste après le retrait définitif de l'exploitant,

⁵⁹³ Voir J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie », (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979, §28 p. 47.

notamment pour les mines exploitées postérieurement à l'année 1810, et il appartient donc à l'État de mettre en place les moyens propres à prévenir les risques de toute nature qui subsistent. » Par cette précision, l'État se substitue expressément à la responsabilité du concessionnaire. Vraisemblablement, ce traitement particulier tient au fait que de 1810 à 1919 une mine concédée était propriété du concessionnaire à perpétuité. En conséquence, les dommages causés par cette mine devraient donc être de la responsabilité du concessionnaire par application de l'article 1384, et cela, sans limites de temps. Après 1919 par contre, la responsabilité de l'État devient automatique puisque le concessionnaire est seulement titulaire d'un droit immobilier pour une durée déterminée à l'issue de laquelle, un droit de retour au profit de l'État est organisé.⁵⁹⁵ La substitution de responsabilités est guidée à l'évidence, par la quasi-impossibilité des propriétaires subissant des désordres causés par une mine orpheline, de se retourner contre le concessionnaire ou ses ayants droit, tout en se gardant bien d'aborder la question de la propriété des mines. Une fois encore, la législation minière a choisi le pragmatisme plutôt que l'idéalisme, et personne ne s'en plaindra. Le bien « mine » de la loi de 1810 conserve donc une certaine existence encore aujourd'hui. Il n'est pas utile de s'attarder sur le cas des mines orphelines, y compris concédées entre 1810 et 1919, l'objectif étant simplement d'éclairer la notion de bien. Pour ce qui nous intéresse, la mine sera surtout un moyen d'examiner l'avènement d'une propriété volumique. C'est dans ce but que nous procéderons à l'examen du bien « mine » né en 1810.

Section II : La chose objet de la propriété minière : le bien « mine »

(224.) Établir que la loi de 1810 organise un droit de superficie minier se définissant comme un droit de propriété, est une étape intéressante, mais elle ne permet pas à elle seule d'apprécier la question de la propriété minière dans son ensemble. Elle fait même naître presque instantanément une question qui est : de quoi est réellement propriétaire le concessionnaire, ou dans une version plus juridique : quel est l'objet de la propriété minière ?

Dans l'idéal du code, la propriété correspond à un sujet de droit propriété d'une parcelle de terre sur laquelle il possède les prérogatives les plus étendues en hauteur et en profondeur.

⁵⁹⁴ BO du MEEDDM n° 2009/23 du 25 décembre 2009, NOR : DEVP0924681C.

⁵⁹⁵ J. Personnaz, F. Verrier, P. Jallade, J.-Cl. Adm., « Droit des mines. - Institution des titres miniers », Fasc. 371, Cote : 04, 2004, §25.

Suivant la loi de 1810, à partir de ce schéma, une convention est octroyée à un second sujet instituant sur le tréfonds, des prérogatives semblables à celles du propriétaire foncier.

À ce moment, on voit poindre la question évoquée à l'instant et que l'on pourrait reformuler ainsi : si le propriétaire minier est un propriétaire au même titre que celui de la surface, comment peut-on opérer une dissociation suffisamment claire pour revenir au schéma de base, à savoir un sujet, une chose dont toutes les utilités lui seraient réservées. En d'autres termes, peut-on scinder le sol dans le sens de l'épaisseur et si oui, comment la loi de 1810 réalise-t-elle la scission ?

En partant des développements précédents, établissant la propriété minière, notre hypothèse est que ce découpage est possible et nous allons maintenant la vérifier en développant le processus de dissociation entre tréfonds et surface. La loi de 1810 a institué la propriété du concessionnaire et pour ce faire, propose une avancée considérable en qualifiant la mine d'immeuble (article 8). Il s'agit pour autant d'une petite avancée, dont a surgi une foultitude de questions. L'objet principal de la propriété minière étant d'organiser la répartition des richesses du sous-sol, pièce maîtresse du développement économique du moment, cependant une définition précise du bien mine aurait été souhaitable. Force est de reconnaître que ce ne fut pas le cas.

Plusieurs dispositions offrent de solides repères, mais la notion de bien « mine » de la loi de 1810 demeure lacunaire. Les difficultés pour aboutir à un compromis entre des sensibilités éloignées et un contexte juridico-politique exceptionnel, ont peut-être plaidé en faveur d'un développement *a minima*, sur ce point encore, susceptible d'éviter une relance des débats sur le fond.

(225.) En dépit, d'une loi de 1810 se limitant d'une définition *a minima* de l'immeuble mine, il est nécessaire de procéder à l'analyse intrinsèque de ce bien pour mesurer sa contribution à la propriété volumique.

Revenir sur la notion du bien mine conduit nécessairement aux caractères du fond de terre, parce qu'il est l'immeuble par nature, « par excellence », mais aussi parce que la mine est, à l'origine, intégrée à lui. La doctrine classique opère une distinction entre le sol lui-même, sorte de mètre étalon, et les autres immeubles par nature, qui le sont par leur réunion au sol comme les bâtiments, plantations, minerais, etc. Toutefois, les minerais, contrairement aux bâtiments, n'ont pas vocation à être incorporés puisqu'ils le sont naturellement. La main de l'homme, créatrice de richesse, n'a pas ici pour effet de bonifier le fonds de terre par l'apport d'un ensemble de biens, mais d'en soustraire une partie. C'est la distinction entre l'accession par incorporation et par production à la base de la vision unitaire du sol.

La mine est une exception à ce principe d'unicité de la parcelle de terre, en ce qu'elle opère une séparation en deux éléments de ce bien le sol, formant au préalable un seul et même

bien. Elle n'est pas, comme nous le verrons, le détachement du droit à l'accession par production de la propriété du sol initial, mais un bien en tant que tel. Sur ce bien va s'appliquer un droit de propriété à part entière, constitué pour partie, et pourrait-on rajouter quasi essentiellement, du droit à l'accession par production des minerais.

Afin, d'analyser dans le détail le phénomène de dédoublement du sol aboutissant à la création de deux immeubles, la surface et la mine, nous procéderons en deux étapes. La première sera consacrée à la présentation dans le détail de l'immeuble mine : quels sont ses caractéristiques ? Et de quoi est-il constitué (Sous-section1)? La seconde permettra d'explorer la nature du bien en revenant sur le concept de la dissociation entre la propriété de la surface et de la mine (Sous-section2).

Sous-section 1 : Un objet de la propriété minière qui ne peut se limiter aux minerais

(226.) À l'image du sol (cf. supra §45 et s.), la mine se caractérise par sa matérialité (§1) et son étendue (§2). Sur ce second aspect, la particularité de la mine tient au fait qu'elle présente, au moins sommairement, des similitudes avec le concept moderne de volume immobilier. La mine est un bien se développant verticalement avant l'heure. L'analogie entre mine et volume se cristallise autour des investissements (§3), forme d'infrastructure à l'état brut, et de la dimension volumique de la mine (§4). Ce dernier caractère permettra de révéler une faiblesse cachée du bien mine, à savoir une absence de limite réelle, élément substantiel d'un bien foncier civiliste.

§1 Le bien « mine » de 1810 est fait de matière « économique »

(227.) Le premier caractère du fonds de terre est d'être corps perceptible par l'homme via ses sens comme la vue ou le toucher, selon la vision classique de Gaius (cf. supra §48 et s.). Cette dimension corporelle se retrouve pour la mine, et les quatre articles du titre premier de la loi de 1810 en attestent clairement.

L'article 1 parle de : « ...masses de substances minérales ou fossiles renfermées dans le sein de la terre ou existantes à la surface... ». L'article 2 évoque directement les minerais relevant

de la mine en visant la matière qu'ils recèlent : « ...de l'or, de l'argent, du platine, du mercure, du plomb, du fer en filons ou couches, du cuivre ... ». Les articles 3 et 4 procèdent à l'identique pour les minières en évoquant par exemple les terres pyriteuses ou encore les marnes, craies ou sables pour les carrières.

La méthode est semblable à celle utilisée par les rédacteurs du code lorsqu'ils ont souhaité décrire les immeubles et en premier lieu, les immeubles par nature aux articles 518 et suivants ; quand il est fait référence aux moulins fixes sur piliers (Art. 519), aux fruits des arbres ou aux grains non coupés (Art. 520) ou encore aux bois de taillis et futaies (Art. 521). L'alinéa 2 de l'article 8 de la loi, s'inscrit aussi dans cette logique en déclarant : « Sont aussi immeubles, les bâtiments, machines, puits galeries et autres travaux établis à demeure... ».

Pour le législateur de 1810, la mine est sans aucun doute matière, tout comme l'est le sol civiliste. Cependant, cette similarité ne doit pas dissimuler l'orientation particulière de la loi de 1810, à savoir le souhait d'organiser dans une vision presque opérationnelle une nouvelle filière économique.

(228.) La référence matérielle des minerais, extrêmement précise, est une référence à la matière, mais elle s'explique également par la nécessité d'opérer une distinction entre la mine concédée et les autres matériaux situés en tréfonds.

D'ailleurs, le titre I de la loi de 1810 s'intitule : « Des mines, minières et carrières » et les masses de substances minérales ou fossiles à la corporéité, au demeurant flagrante de l'article 1, sont en fait une catégorie générique destinée à être ventilée au sein de ces trois catégories. Les débats préparatoires sont à ce propos éclairants. Ainsi, le comte Girardin dans son rapport au corps législatif revient sur le caractère extrêmement précis de la loi, et l'explique par la nature du projet qui est fondée sur une classification des substances du sous-sol : « Ce sont des nomenclatures fort étendues. Nous ne nous sommes pas dissimulé, qu'en général, il y a de l'inconvénient à faire entrer des détails minutieux dans une loi; mais nous avons considéré que le système entier du projet sur lequel vous allez délibérer, repose sur la classification des substances qui en font l'objet. Il fallait donc nommer toutes ces substances pour les ranger ensuite dans leurs divisions respectives. »⁵⁹⁶. Derrière cette taxinomie pour le moins détaillée, se pose la question du mode d'exploitation ; il y a aussi, et surtout, celle du droit de propriété. En effet, seuls les minerais relevant de la mine seront concédés et échapperont au propriétaire de la surface, tandis que pour les minières et carrières, leur exploitation est conforme à l'article 552.

⁵⁹⁶ A. Bury, « Traité de la législation des mines, des minières, des usines et des carrières en Belgique et en France, ou Commentaire théorique et pratique de la loi du 21 avril 1810 et des lois et règlements qui s'y rattachent », Tome 1 -F. Renard (Liège)-1859, §1, p. 3.

Le législateur de 1810 voit donc la mine au travers de matériaux qu'elle contient et les ordonne sur la base de critères économiques, lesquels influenceront la clef de répartition des richesses produites : le droit de propriété. L'article 2 illustre cette forme de conceptualisation basée sur la matière quand il édicte : « Seront considérées comme mines celles connues pour contenir en filons, [...], de l'or, de l'argent, etc. ». D'ailleurs, une version précédente se référerait à la formule de mines proprement dites, par opposition à la notion de mine du langage commun, recouvrant une définition plus large⁵⁹⁷.

Conformément à la vision du Code civil, la référence à la matérialité de la mine de 1810 n'est pas étrangère à la propriété, mais va au-delà. Le législateur en décrivant avec précision les substances minérales organise l'exploitation de ces matières, ayant recours au passage à la notion de valeur de ces biens. Sans qu'il s'agisse de la seule clef de répartition, la valeur économique des matériaux est prise en compte pour de ce qui relève de la mine, c'est-à-dire de la propriété concessionnaire, et les matériaux restant attachés à la surface. En complément de la référence à la corporalité, la mine est également perçue classiquement comme un bien immobile.

(229.) Le second caractère de la mine calqué sur le sol correspond à son caractère d'immeuble ; ces masses de substances sont immobiles.

Ces corps représentent un point fixe sur le globe. La question de l'attachement au sol diffère de celles posées par les autres immeubles par nature, comme les bâtiments, plantations pour lesquels est exigé un lien matériel avec le sol, puisque les minerais sont la matière du sol lui-même. Le caractère immobile de la mine ne s'exprime donc pas lors de la réunion de la matière au sol, mais inversement lors de son détachement. C'est pourquoi l'article 9 indique la règle communément admise : « Sont meubles, les matières extraites, ... », précisant que l'opération d'extraction transforme en meuble un bien auparavant immeuble. Il s'agit de la règle d'incorporation qui a pour effet de changer des meubles en immeubles, interprétée a contrario.

Concernant l'immobilité, le bien « mine » reprend classiquement la perspective du code. Sur la corporalité, la loi de 1810 s'écarte légèrement de cette perspective. Néanmoins, pour l'essentiel, la mine s'avère être un bien répondant aux critères des choses civilistes, une chose corporelle et immobile. Pour découvrir la véritable spécificité de la mine, il est nécessaire de s'intéresser au traitement de son étendue.

⁵⁹⁷ A la séance du 20 juin 1809, une question fut posée sur le sens des termes les mines proprement dites de l'article 2 et il avait été répondu « parce que dans le langage ordinaire on donne souvent le nom de mines à des choses qui ne le sont pas réellement ». A. Bury, « Traité de la législation des mines, des minières, des usines et des carrières en Belgique et en France, ou Commentaire théorique et pratique de la loi du 21 avril 1810 et des lois et règlements qui s'y rattachent », Tome 1 -F. Renard (Liège)-1859, §8, p. 12.

§2 la mine est une surface bornée (seulement) sur le dessus

(230.) La loi de 1810 traite de la question de l'étendue de la mine principalement à l'article 29 et dans une moindre mesure à l'article 30.

Le premier article indique : « L'étendue de la concession sera déterminée par l'acte de concession: elle sera limitée par des points fixes, pris à la surface du sol, et passant par des plans verticaux menés de cette surface dans l'intérieur de la Terre à une profondeur indéfinie; à moins que les circonstances et les localités ne nécessitent un autre mode de limitation. ». La disposition exprime clairement la volonté de localiser à l'aide d'un plan la surface occupée par la mine, comme cela aurait pu l'être pour un terrain borné et cadastré. La méthode des points fixes comme repères, rappelle les procédés usités par les géomètres experts pour l'établissement du cadastre, en outre contemporain de la loi de 1810 (Cf. Supra §104 et s.). Pareillement, la notion de plan vertical passant dans l'intérieur du sol sans limites de profondeur paraît très inspirée du principe de l'article 552 : une parcelle allant du centre de la Terre jusqu'aux cieux (cf. supra §173 et s.). Cette technique permettant d'appréhender la profondeur, était, en particulier, employée pour les mines de houille constituées de plusieurs couches de minerais, établies les unes sur les autres. Tout comme le fonds de terre, l'immeuble minier est transposé en deux dimensions (longueur, largeur) pour s'intégrer dans la fameuse matrice géométrique, typique du sol civiliste (cf. supra §109 et s.). Ce formatage mathématique s'opère selon la technique classique qui consiste d'abord à établir un bornage de la surface du bien concerné, puis par l'élaboration d'un plan tiré du monde réel à l'aide de repères tangibles. On retrouve en substance la procédure de l'article 646 de Code civil, adaptée à la mine. Les circonstances locales auxquelles il est fait allusion en fin d'article 29, par exemple, correspondent à la pratique de la province du Hainaut, où les concessions étaient accordées par couches de minerais⁵⁹⁸.

Plus généralement, l'appréhension de la mine en tant que surface répond à une logique semblable à la délimitation d'un terrain ce qui fait dire à un auteur : « Le bornage d'une concession a pour objet d'en fixer matériellement le périmètre sur le sol, par des bornes bien apparentées »⁵⁹⁹.

En traitant la mine comme une surface selon les canons du code, la loi de 1810 négligea la troisième dimension de la mine.

⁵⁹⁸ V. Bréchignac et L. Michel, « Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en matière de mines », Paris, 1887 §294 p. 349.

⁵⁹⁹ L. Aguiillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris 1903, §212 p. 162.

Un bornage de la mine effectuée seulement sur le dessus ne rend pas compte de l'étendue de ce bien. La mine est, comme toutes les choses du monde tangible d'ailleurs, un bien volumique. Sa localisation en tréfonds rend inévitable la prise en compte de ce bien dans le sens de la hauteur, comme le rappelle la technique des investissements.

§3 Les investissements ou la superstructure minière déjouant la règle de la pesanteur

(231.) La gravité physique se définit comme un phénomène d'attraction d'un corps vers le centre de la Terre⁶⁰⁰. Ce phénomène explique entre autres qu'un bâtiment repose obligatoirement sur le sol. La loi de la pesanteur ne crée cependant pas l'immeuble bâtiment puisque comme nous avons vu, le bâtiment doit, pour recevoir la qualité d'immeuble, être incorporé au fond de terre, attaché par un lien matériel objectif (cf. supra §86 et s.).

Cette règle physique explique toutefois la nécessaire relation entre le sol qui serait l'aimant et le bâtiment qui serait la partie aimantée. La relation induite par la pesanteur est au cœur de l'argumentation selon laquelle les immeubles par nature autres que le sol, à l'image d'une construction, n'ont pas une réelle autonomie vis-à-vis du sol, les empêchant par voie de conséquence d'exister juridiquement par eux-mêmes. C'est le principe de l'unité du sol, dont nous avons vu qu'il s'agit d'une prescription de la science juridique, simplement inspirée de la loi physique (cf. supra §95).

La dépendance matérielle en question jouerait, d'après les tenants de la thèse d'un sol unitaire, un rôle différent selon que l'on se trouve à la surface du sol naturel ou en sous-sol. La différence justifierait que l'exemple de la mine ne puisse pas être transposé au-dessus, ou le volume avant construction. F. Dumont se prononce en ce sens, et dit : « L'exemple de la mine [...] procède également d'un découpage particulier de l'immeuble qui ne suscite aucune dépendance matérielle, et qui permet de la sorte de donner à chaque immeuble son autonomie physique et juridique », ou encore « On ne peut transposer le mécanisme d'appropriation en surface au processus d'appropriation souterraine. Le sous-sol n'obéit pas aux mêmes lois, et n'est en outre pas dépendant de la même manière de la loi de la pesanteur... »⁶⁰¹.

Comme le principe de l'unité du sol, l'affirmation de F. Dumont contient une part de vérité objective, mais se révèle être d'abord une interprétation au terme de laquelle, seul le dessous répondrait aux critères de la propriété. Or, cette interprétation, qui plus, orientée, n'est pas en

⁶⁰⁰ TLFi, entrée « gravité ».

⁶⁰¹ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §272, p. 309.

mesure de rendre compte de la situation du bien « mine », qui est pour partie spécifique, mais aussi, semblable aux biens immobiliers, en particulier concernant la pesanteur. C'est pourquoi il est préférable de privilégier une approche plus pratique pour percevoir le jeu de cette force naturelle qui s'applique au-dessus et en dessous du sol.

Contrairement, à la théorie du sol unitaire, une telle approche conduit à souligner essentiellement des similarités et non une dissemblance de principe entre dessus et dessous (A), notamment par l'examen de la technique minière des investissements (B).

A. La mine est soumise au champ de gravité terrestre (comme un bâtiment) !

(232.) La mine est une masse, et comme tous les corps elle est soumise à la force de la pesanteur. Ainsi, au fur et à mesure de son exploitation, la mine devra prendre en compte les conséquences de la pesanteur dans ses rapports avec les fonds avoisinants.

Avant toute exploitation, la mine est un corps plein de matière avec, placés en son sein des minerais. L'attraction terrestre est donc sans incidence sur ce schéma. La mise en exploitation de la mine ne modifie pas la loi physique, mais suppose sa prise en compte. Les travaux d'excavation au fur et à mesure de leur mise en œuvre, substituent à la masse de matière minérale un vide rempli d'air aux qualités mécaniques bien différentes. La matière du sol qui demeure en place, une fois les opérations d'extraction réalisées, contribuera certes à contrebalancer l'attraction, en maintenant le sol de la surface ou le plafond de la mine, mais plus d'une façon aussi absolue qu'avec un sol plein. De même, l'opération en fonction de son échelle et de la situation réciproque de la mine et de la surface, va induire une prise en compte de l'attraction terrestre. Notons au passage que les conséquences de la gravité pourront dépendre d'autres phénomènes naturels comme l'activité sismique, la nature du sous-sol (roches dures versus roches tendres).

La force de la pesanteur s'exerce en sous-sol, et l'extraction de minerais n'est qu'une occasion de s'en rendre compte. Ainsi, contrairement aux propos de certains auteurs, dessous et dessus sont concernés de la même manière par la gravité, même si des divergences existent au-dessus du sol naturel.

(233.) La mine étant comme tous les autres corps soumis à la pesanteur, concernant sa divisibilité sa situation ne diffère pas de celle du dessus.

Pour le comprendre, revenons à F. Dumont. Cette auteure considère le sol, contrairement au-dessus, comme une épaisseur pouvant être subdivisée : «... sans remettre en cause la nature même de chacune des portions du sol dès lors qu'aucune n'est matériellement dépendante de

l'autre. »⁶⁰². L'observation, acceptable de prime abord, s'avère hautement critiquable, simplement parce que la mine ne dispose pas de qualités particulières remettant en cause la pesanteur. À partir de là, la distinction acceptant une division du dessous, mais pas du dessus ne peut pas être justifiée sur ce fondement. L'erreur de raisonnement tient à ce que F. Dumont applique à la mine l'erreur qui consiste à considérer que le sol est divisible horizontalement et pas verticalement. Or, nous avons vu que la division sur sol surface tenait à une opération mathématique, la géométrisation du sol et n'avait rien de naturel, ni de matériel (cf. supra §102 et §104 et s.). F. Dumont d'une certaine façon, accepte de prolonger cette croyance, selon laquelle le sol surface est divisible, au-dessous au prétexte que ce dessous serait fait de matière. Pour autant, la division relevant de la géométrie, soit du monde idéal, la référence à la matière pour justifier la faculté de diviser le sol est sans effet. Le biais de l'analyse de F. Dumont peut être mis à jour en réagissant sur la base de deux exemples successifs, le premier confortant la vision de l'auteur et le second l'invalidant. D'abord, plaçons-nous dans l'hypothèse d'une situation schématique, mettant en présence un terrain planté ou construit et une mine située en tréfonds. Le sol, fait d'une matière solide, assure la coexistence des deux unités (mine et surface). La portion surface et la portion mine semblent exister sans relations entre elles. Du fait des caractéristiques du sol, la mine peut être perçue comme une entité indépendante, tout comme la surface. Dit plus simplement, la mine n'a pas besoin de la surface et vice versa. L'hypothèse vérifierait la proposition de F. Dumont. En conséquence, ce schéma ne peut être transposé au-dessus avec une configuration sol, bâtiment, puisque le bâtiment devra lui reposer sur le sol, sauf à être « accroché au ciel par des fils invisibles »⁶⁰³ pour gagner son indépendance. En présence d'un immeuble à étages, le raisonnement est semblable ; le premier niveau repose sur le rez-de-chaussée lui-même s'appuyant sur le sol et ainsi de suite.

Supposons maintenant, second exemple, une configuration plus complexe, mais aussi plus concrète. Une mine de grande étendue arrive presque en raz de surface. Cette mine jouxte également par un côté une autre mine et, pour partie, elle est établie au-dessus d'une troisième mine. On voit immédiatement apparaître le point de fragilité, du schéma précédent. La capacité du sol laissé en place, créant une voûte séparant idéalement surface et sol, devient relative. Le sol ne peut pas, sans certains aménagements, soit la main de l'homme, maintenir l'équilibre structurel de l'ensemble, synonyme d'indépendance entre les entités. La gravité terrestre est de nature à compromettre la solidité des mines entre elles, ou des mines avec la surface. Tout comme, un bâtiment, en raison de la pesanteur, présenterait des risques

⁶⁰² Voir sur ce point par exemple F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §272, p. 309.

⁶⁰³ D. Lataulade (de) et A. Boquet, « L'avenir du bail à construction », *Gaz. Pal.*, 1974, I, p. 349.

d'écroulement en raison d'une faiblesse de son ossature, ou de ses fondations. Ici, le sol n'a plus les vertus que lui reconnaît F. Dumont d'assurer la nature des choses (surface et mines) à être indépendantes l'une de l'autre.

Dès lors, si le sol matière n'est plus la condition de la division de la mine, il ne peut plus être le critère d'exclusion d'une division verticale au-dessus. Nous verrons en troisième partie qu'une telle division est possible, simplement en appliquant dans le sens de la hauteur, le moyen utilisé par le droit pour diviser le sol horizontalement, c'est-à-dire la géométrie (Cf. *Infra* §640 et s.). Pour le moment, restons sur l'exemple de la mine, et voyons quel est l'enseignement du parallèle entre les deux exemples exposés à l'instant.

(234.) Dans la logique de F. Dumont, le premier exemple attribue des qualités au sol (permettre l'indépendance matérielle mine, surface) en généralisant une situation schématique. Ce modèle est ensuite sanctuarisé en ayant recours à la nature des choses, conduisant à une proposition erronée dès lors que la nature des choses est de l'ordre de la prescription.

C'est en raison de la nature du sol qu'intervient la scission entre la mine et la surface, et, c'est toujours la nature des choses, qui interdirait le principe d'une division avec le dessus. Le travers ressemble à celui évoqué pour la division du sol horizontal. En prenant appui sur l'existence de bornes anthropiques, l'homme a pu considérer la division du sol surface comme naturelle, oubliant qu'il ne faisait là que copier ce qu'il interprétait comme étant des bornes naturelles (cf. *supra* §133). Si maintenant, pour revenir à nos exemples, l'effort d'observation porte sur l'exemple complexe, il apparaît clairement que les vertus « naturelles » du sol ne servent pas à l'indépendance matérielle des mines et de la surface. Cette indépendance est le fruit d'une intervention de l'homme, copiant la nature, qu'il interprète au passage.

Ainsi, en pratique, l'exploitation d'une mine est mieux représentée par le second exemple, dans lequel le sol n'est que le moyen de mettre en échec la loi de la pesanteur. Ce moyen est utilisé par l'homme pour assurer la coexistence des mines entre elles, comme des mines avec le dessus. Au 19^{ième}, l'industrie minière donnait un nom particulier au procédé permettant à une mine de coexister avec la surface ou avec d'autres mines. On parlait d'« investissons ».

B. La mine est un immeuble doté d'une forme de superstructure via la pratique des « investisons »

(235.) La pratique des « investisons » appartient à l'histoire minière. Le mot même « investisson », qui semble-t-il connaissait des variantes régionales, semble être tombé dans l'oubli le plus total. Toutefois, cette pratique (1) déjoue avec force la théorie juridique de l'unité du sol créant une distinction absolue entre dessous et dessus. Avec les investissons, la mine ressemble à s'y méprendre à un bâtiment constitué d'un plancher d'un toit et de murs (2).

1. La technique des « investisons »

(236.) « L'investison » est défini comme une masse minérale située en limite de concession, destinée à rester stable. Cette masse sert à délimiter les concessions les unes des autres et à prévenir les dommages causés en surface du fait des excavations minières⁶⁰⁴.

La mise en place de massifs de protection résultait d'une obligation, née de la pratique, faite au concessionnaire par l'autorité administrative. Cette obligation s'analysait comme une servitude légale d'utilité publique⁶⁰⁵. La pratique fut rapidement intégrée au modèle type de cahier des charges, annexe de l'acte de concession, qui précisait : « Dans les cas où des travaux d'exploitation auraient lieu sur les mêmes couches, dans deux concessions contiguës, le Préfet du département pourra ordonner, sur le rapport des Ingénieurs des mines, qu'un massif de houille (investison) soit réservé intact sur chaque couche, près de la limite commune aux deux concessions, pour éviter que les exploitations soient mises en communication d'une manière préjudiciable à l'une ou à l'autre. ».

Le Préfet pouvait, en vertu de ses pouvoirs de police, englobant la conservation des édifices et la sûreté du sol, imposait la création « d'investisons » de façon assez large. L'« investison » avait pour objectif, soit de prévenir des conflits entre mines voisines, soit seulement de protéger la surface. Dans ce dernier cas, la technique des « investisons » se résumait en une installation de poteaux de soutènement, réalisée en laissant intactes des colonnes de minerais. Ces poteaux renforçaient de cette façon la voûte de la mine, pour éviter des phénomènes d'affaissement ou de fissuration avec la surface, ou avec la mine du dessus, en cas de mines superposées. Les « investisons » avaient aussi pour fonction de matérialiser la limite de la mine en tréfonds, à l'image de la borne en surface. Les mines

⁶⁰⁴ V. Bréchnignac et L. Michel, « Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en matière de mines », Paris, 1887 §351 p. 296.

⁶⁰⁵ L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris 1903, §406 p. 358.

situées à proximité d'un pays frontalier, devaient, par exemple, en disposer pour délimiter en sous-sol la frontière⁶⁰⁶. On parlait alors « d'investison destiné à pays »⁶⁰⁷.

Le Préfet définissait la largeur des massifs, qui étaient pris en parts égales sur les deux propriétés en présence de mines contiguës. L'autorité administrative pouvait, le cas échéant, revenir sur la servitude et autoriser sa mise en exploitation, si « l'investison » n'avait plus d'utilité. Le massif étant une servitude, la décision du Préfet de l'imposer n'avait pas pour effet de déposséder le concessionnaire de cette partie de la concession, mais seulement d'en suspendre l'usage⁶⁰⁸. Pour reprendre les mots de L. Aguillon : « le concessionnaire conserve toujours la propriété du massif réservé; sa jouissance est seulement restreinte ou suspendue... »⁶⁰⁹. Cette pratique administrative fut ensuite précisée par le législateur et donna lieu à un abondant contentieux sur la question de l'indemnité due au concessionnaire du fait du manque à gagner par la non-exploitation des minerais utilisés pour la création des « investisons ».

Cette question n'a pas lieu d'être abordée ici⁶¹⁰, et la présentation de cette technique minière oubliée s'arrêtera ici.

2. *La mine un immeuble doté d'un plancher d'un toit et de flancs*

(237.) Pour revenir à l'essentiel de notre propos, soulignons que cette technique des « investisons » confirme la règle que nous évoquions plus haut, concernant la pesanteur et le principe de l'unité du sol. La mine est soumise au principe de la mine est soumise au champ de gravité terrestre (comme un bâtiment) !

Ces massifs de matière, partie intégrante de la propriété du concessionnaire, correspondent à une forme de superstructure de la mine, maîtrisant la gravité terrestre. À l'inverse de ce qui se pratique en surface, pour la construction d'un bâtiment, par exemple, les massifs ne sont pas créés de toutes pièces par l'homme avec l'apport de matériaux ; ils sont simplement conçus par l'homme qui aménage la matière de la mine en conséquence. Bien qu'il s'agisse d'une servitude administrative, les massifs de protection n'en demeuraient pas moins nécessaires à la viabilité de la mine, leur absence ou insuffisance pouvant créer des

⁶⁰⁶ L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris 1903, §406 p.358 note bas de page n°2, Les investisons ne sont pas forcément synonymes de concessions contiguës et possèdent à plus de leur vertu d'infrastructure une dimension séparative et se rapproche selon l'auteur d'autres techniques servant à délimiter des propriétés en surface : « L'investison destiné à séparer des mines limitrophes est tout à fait comparable aux tranchées débarrassées de bois et débroussaillées dont plusieurs lois ont introduit l'obligation dans certains districts forestiers, comme la loi du 19 août 1893 dans la région boisée des Maures et de l'Esterel et celle du 9 décembre 1885 en Algérie. ».

⁶⁰⁷ L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris 1903, §602b p. 510.

⁶⁰⁸ V. Bréchnac et L. Michel, Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en matière de mines, Paris, 1887 §502 p. 403.

⁶⁰⁹ L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris 1903, §406 p. 358.

⁶¹⁰ C. Fonbaustier, « La responsabilité des mines à l'occasion des dégâts de surface » : Thèse Paris, 1965, §47 p. 75 et 76. L'auteur fait notamment référence à une décision du Conseil d'État reconnaissant un droit à indemnité du concessionnaire se traduisant par une amputation de la redevance tréfoncière versée au propriétaire de la surface.

dommages matériels en surface ou pour la mine. Le risque contentieux et de coûts financiers pouvaient aussi représenter un risque financier et social conséquent.

En développant l'analyse, il serait possible d'inclure dans cette superstructure la voûte de la mine et son sol, car ils concourent, eux aussi, en complément des « investissements », à la stabilité des immeubles superposés les uns sur les autres. Dans ce schéma, la différence entre un bâtiment de surface et la mine tient à ce que l'intervention de l'homme consiste dans le premier cas à l'ajout de matériaux et dans le second à un retrait.

Conséquemment, avec un sol, un toit, des structures de soutènement latérales, la physionomie de la mine fait apparaître une analogie certaine avec le volume immobilier moderne. Dessous et dessus présentent donc de fortes similarités contrairement à la thèse du sol unitaire opposant frontalement ces deux composantes du sol. Toutefois, si la technique des « investissements » permet un rapprochement entre la mine de 1810 et le volume, le bien volumique « mine » a pour particularité d'être un concept en partie inachevé en raison de contours incertains dans le sens de la hauteur.

§4 la mine : un corps en trois dimensions aux contours incertains

(238.) Il ne s'agit pas ici d'affirmer que la mine fut un volume immobilier avant l'heure, comparable aux Ensembles Immobiliers Complexes (EIC) modernes. Cet immeuble présente des particularités incontestables comme celle d'être située sous terre, et il serait vain de gloser sur une législation aujourd'hui en dehors du droit positif, dans le seul but de la réinterpréter à dessein. Cependant, comme sur la dimension du droit de propriété, les caractéristiques de l'immeuble minier ont soulevé sous l'empire de la loi de 1810, des problématiques dont la portée dépasse le bien « mine », et dont l'analyse contribue à la compréhension du fonds de terre divisé verticalement. C'est même là tout l'intérêt de porter attention à la mine de 1810 aujourd'hui. Dans cette perspective, revenir sur la gravité terrestre appliquée à la mine dont les investissements témoignent, est une première étape essentielle, mais insuffisante.

Le développement en hauteur de la mine qui induit la mise en place d'une superstructure, permet aussi de souligner sa dimension volumétrique qu'il est utile d'investir (A). Puis, cette étape nous conduira à mettre en lumière une caractéristique cachée de la mine : ses frontières incertaines (B).

A. La dimension volumétrique de la mine

(239.) Être propriétaire d'une parcelle de terre engendre nécessairement des relations avec les voisins placés en limite de cette surface. Le propriétaire minier sera confronté au même phénomène, cependant la situation la mine impose, en plus des relations «horizontales», des relations «verticales» établissant de facto une conception en trois dimensions (2), avec des risques de conflit s'étendant au-dessus et au-dessous (1).

1. La mine est une structure volumique avec « un toit et des flancs »

(240.) La situation qui nous préoccupe se rapporte d'abord à la question du droit de propriété minier dans ses relations avec la surface, mais présente aussi un intérêt sur la question de la forme du bien mine. Elle sera illustrée par deux jugements du Tribunal de Saint-Etienne jugement du 12 janvier 1842 - Dévidal et Nicolas c/ Compagnie du Treuil, et le jugement 4 février 1846 confirmé par arrêt du 2 mars 1847. Tous deux sont cités dans le recueil de doctrine et jurisprudence de Bréchignac et Michel⁶¹¹.

Les deux décisions portent sur des faits analogues et assez classiques, concernant le rapport entre une propriété de surface et une mine en tréfonds. La seule particularité vient du fait que la surface en question n'était pas plantée ou construite, mais elle-même exploitée en tant que carrière. Le propre de l'activité du concessionnaire comme du propriétaire de la carrière étant d'extraire des matériaux, un risque naturel de promiscuité existe entre la propriété exploitée comme carrière et la propriété minière. C'est ce qu'il advint dans ces deux affaires du fait du carriériste. S'en suivit l'ouverture d'une voie de communication directe avec l'extérieur, entraînant des infiltrations d'eau préjudiciables à la mine de houille par l'altération du minerai. Le concessionnaire demanda réparation au propriétaire de la surface, responsable du préjudice et le tribunal acquiesça en précisant : la mine forme : « un immeuble distinct, à jamais séparé du sol, jouissant au même degré de toutes les prérogatives de la propriété et que la faculté pour le propriétaire supérieur de disposer du dessous, considère comme accessoire du dessus, ne peut aller jusqu'à compromettre la mine en la dépouillant de son toit et de ses flancs. En conséquence, il condamne le propriétaire superficiaire à boucher hermétiquement toute communication entre sa carrière et les travaux de la mine, lui enjoignant de laisser entre les deux, un massif propre à prévenir tout contact ».⁶¹²

⁶¹¹ V. Bréchignac et L. Michel, « Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en matière de mines », Paris, 1887 §64 p. 92.

⁶¹² V. Bréchignac et L. Michel, « Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en matière de mines », Paris, 1887 §64 p. 93.

Tout comme l'existence des « investissements » imposés par l'autorité publique, ces affaires attestent de la nécessité d'un système structurel aux limites de la concession servant à délimiter ces immeubles en sous-sol, mais aussi à l'évidence, à permettre leur superposition. Car, dans ces deux exemples, le toit de la mine lui est nécessaire pour protéger son minerai, tout comme il l'est à la carrière du dessus, dont il représente le sol.

Le toit et les flancs de la mine, comme les investissements, démontrent que la mine est un bien en trois dimensions.

2. *L'affirmation du principe d'une dimension volumique de la mine*

(241.) Partant du principe que la mine possède un toit, des flancs et somme toute un sol, rien ne s'oppose à considérer qu'il s'agit d'un immeuble à dimension volumétrique en sous-sol.

F. Dumont ne partage pas ce point de vue et voit dans la propriété minière une propriété affectée à l'exploitation de certains minerais. Selon cette auteure, le concessionnaire ne serait pas propriétaire : « ...d'un volume de tréfonds, mais des minerais qui s'y trouvent, auxquels l'Etat affecte l'exploitation. ». F. Dumont étaye son propos par une jurisprudence du tribunal d'Autun du 21 août 1856,⁶¹³ qui rappelle l'impossibilité pour le concessionnaire d'exploiter des minerais non concédés et une seconde, sanctionnant le droit du propriétaire du sol sur les matières non concédées. Notons que les deux affaires ne se rapportent qu'indirectement au sujet de la mine.

En complément de cette remarque, la perspective de F. Dumont est critiquable sur le fond. L'analyse contient à sa base un amalgame entre les prérogatives du propriétaire minier et l'objet sur lequel elles s'appliquent. Par ailleurs, l'auteur voit seulement la mine au travers de sa finalité, le minerai presque après extraction. Or, nous avons vu, en effet que la mine est un immeuble se définissant comme une masse minérale selon le critère général de la loi de 1810 qui en outre, doit correspondre à un minerai spécifique. Cette mine est de surcroît bornée en surface, et ces limites sont ensuite projetées dans les entrailles du sol sans limites de profondeur. L'étendue de la mine s'apparente à celle d'un fonds de terre (cf. supra). Enfin, la concession qui donne naissance à l'entité mine, comprend en parallèle un droit à exploiter le minerai, objet de la convention.

Sur la base de ces éléments, nous pouvons convenir que le droit de propriété vise un minerai précis donnant lieu à concession, ce qui ne revient nullement à dire que la mine n'est pas un volume, bien au contraire. Si le minerai s'étend sur l'ensemble de la surface de la mine, et sur une certaine hauteur alors, à l'évidence, la mine est un volume, même si les contours de

⁶¹³ Cass. 21 août 1856, S. 1856. II. 518.

la masse sont plus ou moins rectilignes. A. Bury⁶¹⁴ ne dit pas autre chose lorsqu'il décrit comment est concédée une mine. Selon deux procédés sont utilisés. Dans un cas, la mine correspond à : « ... un certain périmètre depuis la surface jusqu'au centre de la terre ... ». La concession attribue alors tous les minerais concédés et placés dans ce périmètre au concessionnaire, ou devrait-on dire plus exactement dans ce volume. Il ne paraît pas exagéré ici de parler de volume, puisque selon la définition le volume géométrique est une figure à trois dimensions, délimitées par plusieurs faces jointives⁶¹⁵. En admettant que le quadrilatère défini en surface, au moment du bornage de la mine, forme une base dont les pans se rejoindraient au centre de la terre, la figure représente une pyramide inversée, donc un volume. Pour le second procédé, les concessions suivaient les couches de minerais quand : « ... dans le même terrain et pour une mine de même nature, il peut y avoir plusieurs concessions. ». Dans cette hypothèse, la mine est aussi une chose tridimensionnelle, sans répondre strictement à la définition d'un volume précis.

Ainsi, la mine apparaît bien comme une chose volumique, objet d'un droit de propriété, qui consistera principalement dans l'extraction de minerais. La mine ne se réduit donc pas au minerai, même s'il en représente l'élément essentiel. Le point d'achoppement tient ici à la difficulté de distinguer ces deux éléments mine et minerais, difficulté due à l'absence de limites basses et hautes de la mine.

B. Le talon d'Achille du volume minier : des limites incertaines

(242.) Nous venons de le voir, la mine est une chose tridimensionnelle présentant des similitudes avec le volume immobilier moderne. Ce volume a aussi pour particularité d'être situé en sous-sol. La mine possède une autre spécificité qu'il est indispensable de développer : elle ne possède pas, en effet, contrairement à ce qui est requis pour une propriété de surface, de limites séparatives précises avec le dessus ou le dessous et dans une moindre mesure, les autres éventuelles propriétés à ses côtés.

Dans le jugement du tribunal de Saint-Etienne de 1842, présenté ci-dessus, cette absence est frappante. En guise de limite séparant la mine et la carrière, les juges ordonnent simplement le maintien d'un massif évitant les contacts entre les deux propriétés. Or, en transposant ce litige à deux propriétés se touchant latéralement en surface, la décision aurait avant tout

⁶¹⁴ A. Bury, « Traité de la législation des mines, des minières, des usines et des carrières en Belgique et en France, ou Commentaire théorique et pratique de la loi du 21 avril 1810 et des lois et règlements qui s'y rattachent », Tome 1 -F. Renard (Liège)-1859, §233.

rappelé la limite divisoire des deux propriétés, et son respect absolu. La question du massif devenait alors accessoire ; Ce dernier pouvait être placé en totalité sur une propriété. En l'occurrence, l'équité pencherait pour une répartition en parts égales entre la surface et la mine puisque le toit de l'un est le sol de l'autre, mais ce point est secondaire.

Sur les côtés, la délimitation entre deux mines est plus aisée, car elle peut reprendre les limites de la surface. Pour autant, cela ne suffisait pas à exclure tous les points de contentieux. Les servitudes de soutien ou les mises en communication de mines limitrophes généraient des tensions⁶¹⁶. Dans le premier cas, les servitudes de soutien, une règle favorable à la première concession était appliquée. En conséquence, le second concessionnaire était privé d'une partie de sa mine afin de protéger la mine voisine, ce qui était préjudiciable à ce fonds. La définition d'une limite précise de chacun des deux volumes miniers, aurait permis, à l'inverse, de répartir équitablement cette charge, en la faisant peser sur l'une ou l'autre voire sur les deux propriétés.

La difficulté est encore plus nette lorsqu'il s'agit de déterminer la limite en profondeur du sol de la mine. Va-t-il jusqu'au centre de la Terre ? Ou s'arrête-t-il à une certaine profondeur permettant l'exploitation de la mine ; et ensuite, pour le reste, s'agit-il d'une propriété publique d'une *res nullius* ou du complément de la propriété de la surface ? Cette dernière hypothèse est celle des tenants de la théorie de l'accession. Certains auteurs évoquent cette approche, avec en relais l'idée d'une propriété minière en bande incrustée dans celle du propriétaire de sol, qui conserverait la propriété au-dessus et en dessous de cette bande⁶¹⁷. Sans aborder le fond de la question sur laquelle nous reviendrons, il est possible d'affirmer que ce concept de bande propriété, ou plus simplement l'idée d'une limite en profondeur de la mine, est sans effet sur le principe d'une mine volume. À défaut, nous ne serions plus face à une bande de propriété, mais une ligne. En acceptant, la délimitation d'un quadrilatère en surface qui plonge dans le sol doté d'un point bas et d'un point haut même d'une faible amplitude, l'ensemble aboutit inexorablement à une forme volumique.

La mine tridimensionnelle rapproche ce bien de la propriété, notamment en raison de l'analogie avec le volume immobilier moderne. Toutefois, l'absence de limites dans le sens de la hauteur de la mine concourt également à mettre en évidence la fragilité de ce bien. En régime de propriété individuelle, la chose foncière se doit d'être délimitée pour garantir l'exclusivité du propriétaire.

⁶¹⁵ TLFI, entrée « volume » : Figure à trois dimensions, délimitée par plusieurs faces jointives. Le cône, le prisme, la pyramide sont des volumes.

⁶¹⁶ L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris 1903, §414 et 415.

(243.) L'absence de limites verticales précises de la mine réarme les débats autour des systèmes à l'origine de la propriété minière : la théorie de l'accession, le concept de la *res nullius* ou de la domanialité (cf. supra). Les contours de la chose étant incertains, s'ensuit une discussion sur le contenu des prérogatives des différents acteurs. Plus largement, la question des limites de la mine met, aussi et surtout, en avant le frein représenté par la vision en deux dimensions de la propriété foncière classique.

Le volume et la propriété immobilière en trois dimensions dévoilés par le doyen Savatier, étaient encore loin. Les esprits de l'époque étaient plutôt préoccupés par l'élaboration d'un cadastre dans tout le pays. La parcelle naissante, sa représentation restait attachée à un sol surface horizontal avec en relais la classique opération de la longueur multipliée par la largeur. En délimitant la mine via une procédure très inspirée du bornage réalisé en surface en vue de la concession, le législateur transposait à la mine la vision du sol en deux dimensions du Code civil. Simplement, la mine par sa localisation ne répondait que partiellement à cette logique d'un sol surface. La notion de limite du minerai qui serait une sorte de sous ensemble à l'intérieur de l'espace borné, n'a pas permis de combler ce manque. Pire, cela a contribué à créer une zone de flou propice aux tensions sur les parties ne correspondant pas aux minerais, mais incluses dans le périmètre de la mine (cf. par exemple infra §271). L'absence d'une réelle vision en trois dimensions de la propriété foncière, en dépit de prédispositions certaines de l'immeuble minier, a nui à la clarté des relations entre le concessionnaire et son bien.

Laisser les limites de la mine dans le flou, n'a fait que renforcer la difficulté à identifier précisément les droits du concessionnaire sur son bien, difficulté qui existait déjà du fait des incertitudes venant du procédé de création de la propriété minière par concession (cf. supra §192 et s.).

Demolombe fut l'auteur qui cerna avec le plus de précision les conséquences de l'absence de limites de la mine. En effet, l'auteur dit du bien « mine », qu'il ne présente pas l'«énergique empreinte d'appropriation à laquelle on reconnaît la propriété bien nette et bien caractérisée »⁶¹⁸.

⁶¹⁷ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §262, p.300. Cette bande de propriété ne vaudrait selon nous que pour le mode d'établissement de la mine en couche de l'article 29, car pour le second procédé visé à cet article la mine est censée s'étendre sans limites de profondeur.

⁶¹⁸ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §645 p. 565.

Sous-section 2 : Un immeuble par nature imparfaitement dissocié du sol

(244.) Après avoir décrit les caractéristiques de l'objet de la propriété minière, il convient de s'attacher à la description de sa nature, étant précisé que l'effort d'analyse portera moins sur la finalité de la qualification retenue que sur les éléments mis en débat pour parvenir à ce résultat.

Très tôt, en soutien à la loi de 1810 qui s'était contentée de qualifier la mine d'immeuble, la doctrine a vu ce bien comme un immeuble par nature, cette posture étant le corollaire indispensable à la reconnaissance d'une propriété minière dans la logique civiliste. Sur la notion de bien, les débats de la doctrine, plus modestes, ont toujours été perçus comme une question accessoire, subséquente à celle sur le droit de propriété, rendant inutile une approche autonome de l'objet de la propriété. Au 19^{ième} siècle, la propriété s'entendait d'un droit investissant une chose corporelle, le choix de l'immeuble par nature s'imposait donc presque de lui-même, puisqu'en raison du principe de la confusion, le droit investissait la chose, reconnaître un droit de propriété supposait une chose, une chose corporelle. D'ailleurs, la seconde catégorie d'immeubles corporels, les immeubles par destination, ne pouvait pas être retenue pour la mine, car les immeubles par destination se caractérisent par le lien qui les unit à un immeuble par nature.⁶¹⁹ La mine, immeuble par destination conduisait donc à une tautologie, sauf à considérer la mine comme un bien meuble rattaché au fonds de terre, c'est-à-dire à la surface, ce qui s'opposait au principe même d'une propriété minière. D'autre part, l'article 8 al. 2 cite pour la mine les biens immeubles par destination qui sont les puits, galeries, etc., laissant que la mine n'est pas elle-même un immeuble par destination.⁶²⁰ L'autre alternative à la mine immeuble par nature était l'immeuble par l'objet auquel il s'applique, mais il avait pour inconvénient majeur, et même rédhibitoire, de faire de la mine un bien incorporel, réinterrogeant ainsi les fondements mêmes de l'institution propriété.

(245.) La position de la mine immeuble par nature, bien que contraignante, fut assez consensuelle, y compris dans le temps, ralliant par exemple des auteurs peu enclins à embrasser la propriété minière, en raison de son rôle d'exemple pour la propriété superficielle comme Laurent ou F. Dumont (cf. supra). Ce consensus sur la nature de la mine surprend d'une certaine manière. Reconnaître la mine comme un immeuble par nature,

⁶¹⁹ F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens » (8e édition), 2010, Dalloz, §34 p. 39.

renforce la nature de droit de propriété de la mine tout en éloignant mécaniquement les autres théories : droit réel ou propriété simultanée, par exemple. Toutefois, si la qualification d'une mine immeuble par nature favorise le scénario d'une propriété minière, elle possède aussi l'inconvénient de voir la notion de propriété monopolisée, celle de bien. C'est le reproche qui peut être adressé à la théorie revendiquant la propriété minière. Pour ce courant, la mine immeuble par nature est d'abord une déduction fondée sur la reconnaissance du droit de propriété du concessionnaire via le concept de la confusion entre le droit de propriété et son objet. Or, une telle perspective éclaire en définitive peu sur la dimension de la dissociation foncière, ou plus simplement les contours de la mine. Sous cet angle, la mine immeuble par nature n'offre pas de réelle prise à la problématique de l'unité foncière, voire la complexifie. Assimiler la mine au sol, peut tendre à gommer les spécificités physiques de la mine, comme les exigences qui y sont attachées. L'une de ces exigences pour la mine est de disposer de limites permettant la mise en place d'une propriété individuelle, comme en matière de sol surface. Toutefois, comme cela vient d'être exposé, la mine s'avère être un immeuble aux contours imprécis, fondés sur des terrains concédés en vue de l'extraction de certains minerais situés en sous-sol, l'ensemble ayant une dimension volumétrique.

Avec le recul du temps, cette absence de limites apparaît être la faille principale de la mine immeuble par nature, un frein à son individualisation, et par là, à son appropriation. Qualifier la mine d'immeuble par nature représenta, à n'en pas douter, une étape substantielle dans la construction du concept de propriété minière (§1). Cependant, le flou subsistant au regard des contours de son objet (§2), contribua, au moins autant que les imperfections du droit de propriété du concessionnaire, à l'instabilité de la propriété minière issue de la loi de 1810.

§1 La mine de 1810 un immeuble par nature ?

(246.) Pour éviter aujourd'hui tout attermoisement sur le sens de la réponse de la question de la nature de la mine, le plus simple est de s'en référer à J. Personnaz, F. Verrier et P. Jallade qui déclarent : « Sont immeubles par nature le gisement, et les bâtiments, puits et galeries, ce qui ne paraît pas prêter à discussion »⁶²¹. Le point de vue est d'ailleurs partagé par la doctrine

⁶²⁰ Art. 8 al.2 loi 1810 « Sont aussi immeubles, les bâtimens, machines, puits, galeries et autres travaux établis à demeure, conformément à l'article 524 du Code Napoléon. ».

⁶²¹ J. Personnaz, F. Verrier, P. Jallade, J.-Cl. Adm., « Droit des mines. - Institution des titres miniers », Fasc. 371, Cote : 04,2004, §44.

civiliste⁶²² qui voit dans cet immeuble une illustration de l'évolution de la propriété immobilière, via le phénomène de dématérialisation (cf. supra §135 et s.).

Dans les deux cas, la position se fonde sur l'article L131-4 du Nouveau Code minier⁶²³ reprenant en substance les articles 8 et 9 de la loi de 1810. C'est sur la base de ce dernier article que nous remontrons le temps pour exposer les analyses proposées autour de qualification de la mine. La mine ne sera alors plus vue au travers des prérogatives du concessionnaire ou, dit plus simplement, le droit de propriété, mais en se concentrant sur son objet. La rétrospective ne conduira pas à modifier la nature de la mine retenue ci-dessus. Cet aspect représente un havre de stabilité dans l'océan d'incertitudes et de débats passionnés de la législation minière, qu'il convient de respecter.

La qualification retenue assimilant la mine à un immeuble par nature situé en tréfonds, fut d'ailleurs consensuelle sur le principe (A). Le consensus ne fut pas exempt d'une critique touchant au fondement de cette qualification, qui prit de l'ampleur au fil de l'évolution de la notion de propriété, et des débats sur la nature du droit de superficie (B).

En complément de ce tableau, il n'est pas inutile faire état de certaines voix discordantes. Certes minoritaires, ces propositions n'en demeurent pas moins dignes d'intérêt, car leurs promoteurs ont su pour les établir, révéler des questions essentielles à l'esquisse du bien « mine » (C).

A. La doctrine dominante ou l'assimilation de la mine au fonds de terre

(247.) Le droit du concessionnaire étant reconnu comme un droit de propriété par la loi, la nature de l'immeuble qui en était l'objet souleva nettement moins d'interrogations.

Le droit de propriété, dans la vision classique, s'entendait exclusivement d'un droit sur une chose corporelle, qui avait pour particularité de l'investir dans une sorte de relation fusionnelle. En conséquence, le raisonnement tendant à reconnaître la mine comme une propriété, imposait en toute bonne logique, d'assimiler le bien, qui en était l'assiette, à un bien corporel. À défaut, cela revenait soit à porter un coup fatal à la démonstration, et à abandonner la théorie de la propriété de la mine, puisque cette dernière ne respectait pas les

⁶²² M.C. de Lambertye-Autrand, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Biens. Classification tripartite des immeubles. Immeubles par nature », Fasc. 20, Cote : 03,2007, §36.

⁶²³ L131-4 du Nouveau Code minier : « Les mines sont immeubles. Sont aussi immeubles, outre les bâtiments des exploitations des mines, les machines, puits, galeries et autres travaux établis à demeure. Sont immeubles par destination les machines et l'outillage servant à l'exploitation. Les actions ou intérêts dans une société ou entreprise pour l'exploitation de mines sont meubles.

canons de la propriété du code, soit à remettre en cause la théorie de la propriété elle-même, partant du principe que la mine était bien une propriété, mais différente de celle du code.

On retrouve une problématique semblable avec le droit de superficie (cf. *infra*). Comme dans cette hypothèse, la doctrine majoritaire opta pour l'assimilation de la propriété minière à la propriété du code et plus précisément la propriété foncière classique, plutôt que pour une propriété *sui generis*.

D'abord évidente (1), la nature de la mine a ensuite soulevé des interrogations *a posteriori* sur son fondement, (2) motivées par la volonté de contenir l'exception de la propriété minière de 1810.

1. La mine immeuble par nature par application du droit de propriété de 1810

(248.) En doctrine (a) comme en jurisprudence (b), la mine était analysée comme un immeuble par nature. Cette qualification tenait pour l'essentiel à la nature appropriable du bien « mine », ce qui a tendance à faire de la conséquence la cause, empêchant, de facto, une réelle analyse de la mine en tant que telle.

- a. En doctrine la mine est un bien immeuble par nature en raison de sa qualité d'objet d'un droit de propriété avec lequel elle se confond.

(249.) Initialement, concernant la nature du bien « mine », les auteurs se sont contentés de reprendre l'article 8 de la loi de 1810, comme si d'évidence, et malgré le silence de la loi, la mine était un immeuble par nature.

Toullier par exemple, dans une approche presque mécanique, se limite à rappeler que la mine est un immeuble⁶²⁴. Duranton va à peine plus loin et se contente d'indiquer le caractère immobilier de la mine sans aller au-delà. L'auteur donne toutefois une indication indirecte, puisque le cas des mines est abordé dans la section des immeubles par nature.⁶²⁵ Ce positionnement donne une orientation claire, même si Duranton ne formule aucune explication sur les raisons de cette classification. Demolombe sera plus explicite prêtant du même coup le flanc à une certaine ambiguïté. L'auteur rappelle, d'abord classiquement, le principe par lequel dessus et dessous ne peuvent être dissociés car ils constituent par eux-mêmes le sol. Envisager leur séparation reviendrait à désincarner le sol : « Car il (le sol) ne serait alors qu'une espèce de surface géométrique sans aucune épaisseur ; il ne serait qu'une

Sont également meubles les matières extraites, les approvisionnements et autres objets mobiliers. ».

⁶²⁴ C.-B.-M. Toullier, « Le droit civil français suivant l'ordre du Code », Nouvelle édition, augmentée en Belgique, t. II, Bruxelles, 1845 p. 8 §14.

abstraction ! »⁶²⁶. Cependant, au paragraphe suivant l'auteur admet que les trois éléments du fonds de terre : le sol qu'il nomme du mot latin « area »,⁶²⁷ le dessus et le dessous, puissent former : « ...une chose distincte et, sous beaucoup de rapports, indépendante du sol lui-même... »⁶²⁸. Pour Demolombe, la mine illustre cette exception, puisque par l'effet de la concession elle devient une propriété nouvelle : « distincte et indépendante de la propriété de la surface ».⁶²⁹

Cette mine concédée devient un immeuble par nature, semblable au fonds de terre, puisqu'il s'agit des entrailles de celui-ci⁶³⁰. La posture demande toutefois à être précisée.

(250.) Apparaît ici clairement l'articulation entre le droit de propriété et son assiette, qui vont jusqu'à ce confondre. Cette confusion ne remet pas en cause la nature de la mine mais tronque l'analyse de la configuration minière.

Cette symbiose entre le droit et son objet s'appuie sur la double signification du terme propriété qui peut désigner la chose objet d'appropriation et le droit, à l'origine de cette appropriation. À l'opposé, la doctrine actuelle opère une distinction entre le droit de propriété et son objet,⁶³¹ même s'il est important de préciser que la distinction chose, droit prôner avec aisance rencontre aujourd'hui encore bien des zones d'ombres (cf. supra §719 et s.). Demolombe s'exprime d'ailleurs précisément en introduction de son titre consacré à la propriété. Pour lui aussi, le terme possède deux significations, mais l'approche diffère de celle retenue aujourd'hui. Selon l'auteur, la première relève du sens commun et propriété : « ...exprime le pouvoir souverain et absolu qui appartient à une personne sur un bien quelconque, corporel ou incorporel, et qui le lui rend propre. ». Pour la seconde, plus juridique ou « spéciale et technique » pour reprendre les mots de l'auteur, « ...propriété ne s'applique qu'au droit de la personne sur les objets corporels [...]. Le droit de propriété, en ce sens, c'est le bien lui-même, le bien corporel, meuble ou immeuble par sa nature ; et alors la propriété est synonyme de domaine, *dominium*, *dominus*, maître. ». Et, le célèbre jurisconsulte conclut, avant l'annonce de son plan en deux chapitres que ce second sens est celui retenu dans le titre du second titre du livre II, de ce qui était encore le code Napoléon. Tout naturellement, cette approche impose à Demolombe de retenir également cette acception du terme propriété pour ses développements à venir.⁶³² C'est pourquoi en toute

⁶²⁵ A. Duranton, « Cours de droit français : suivant le Code civil », Tome quatrième, 1844, p.21 §25.

⁶²⁶ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §643 p. 561.

⁶²⁷ Il est intéressant de noter que ce terme reste usité en langue anglaise et que l'une des définitions est : la taille ou la surface d'une parcelle de terre cf. <http://oxforddictionaries.com/definition/area?q=area>, dernier accès 12 mars 2012.

⁶²⁸ C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §644 p. 562

⁶²⁹ C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §649 p. 569

⁶³⁰ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §98 p. 42.

⁶³¹ Voir par exemple sur ce point F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §167.

⁶³² C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §540 p. 460.

logique l'auteur, après avoir compté la mine au nombre des immeubles par nature, revient sur cette question par le prisme du droit de propriété, et plus spécifiquement, dans son chapitre sur les effets de la propriété, chapitre qui correspond au droit d'accession.

Le raisonnement permet de valider l'idée selon laquelle le concessionnaire a un droit de propriété sur la mine, puisqu'il est le détenteur de cette prérogative particulière de disposer des produits de la chose, c'est-à-dire le droit d'accession. Ensuite, la confusion entre cette prérogative, marque de la propriété et son objet, offre l'opportunité d'éluder l'analyse de la chose, à l'exception d'une précision sur son individualisation, tenant à l'acte de concession. Mais là encore, pour Demolombe, le phénomène est indirect, car la concession a d'abord pour effet d'attribuer un droit de propriété, sur tout ou partie du dessous contenant certains minerais. L'avènement du bien « mine » en tant que tel, est seulement le résultat de ce phénomène. De plus, comme ce droit de propriété porte sur le sous-sol, soit en réalité un ensemble comptant trois éléments suivant l'article 552, le droit ne se confond non pas avec la parcelle dans son ensemble, mais seulement une partie de celle-ci. Sur le modèle du propriétaire du fonds de terre, le concessionnaire devient propriétaire. Poursuivant l'analogie, la mine ne peut être qu'un immeuble corporel, un immeuble par nature.

Seulement le raisonnement, au demeurant cohérent et efficace, n'est pas totalement satisfaisant en ce qu'il néglige l'objet de la propriété, en raison de la confusion entre le droit et son objet. Comme nous le verrons, assimiler purement et simplement la mine au fonds de terre parce que ce bien est objet d'appropriation, comporte le risque de faire abstraction des différences entre la mine et le fonds de terre. Or, on le sait, le fonds de terre possède une place particulière dans la catégorie des immeubles par nature, qui influe sur le droit de propriété, par exemple au regard de la perpétuité (cf. supra §92).

Aubry et Rau de leur côté, prônaient une solution identique à celle de Demolombe en affirmant que la concession faisait naître une propriété nouvelle. Ils l'indiquent sans détour en affirmant : « la concession d'une mine... a pour effet d'en séparer la propriété de celle de la surface, et d'en former un nouvel immeuble corporel, distinct du surplus du fonds ».⁶³³ Les auteurs citaient à l'appui de leur propos, les articles 5 à 8 et 19 de la loi de 1810. Ce dernier article avait pour principal intérêt, de confirmer la portée de la concession même, en cas d'attribution de la mine au propriétaire de la surface. En d'autres termes, la concession mettait en place une situation nouvelle accordant un droit de propriété nouveau, distinct, et ce droit nouveau induisait un bien, lui aussi nouveau. Le mouvement est semblable à celui exposé par Demolombe avec l'octroi d'une prérogative dont le développement se concrétise via un bien, par définition, susceptible d'appropriation. Ce schéma s'applique, en effet, y

⁶³³ C. Aubry et Rau, « Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae », Tome 2, Paris, 1865, p. 395.

compris, lorsque le concessionnaire était auparavant le propriétaire de la parcelle contenant en tréfonds les minerais objet de ladite concession. Preuve est ainsi faite que propriété nouvelle et ancienne sont similaires, toutes deux bâties selon la même structure.

À l'image de Demolombe, Aubry et Rau conservent le principe de l'unité du sol. La mine est seulement une exception, exception légale prévue à l'article 552. Aubry et Rau perçoivent et analysent d'abord la mine par le droit de propriété du concessionnaire. Ceci explique pourquoi ces auteurs abordent le sujet de la mine au sein d'un appendice placé à la fin du chapitre sur la propriété. Le titre de cet appendice est d'ailleurs évocateur et s'intitule : « Des formes particulières que peut affecter le droit de propriété ».⁶³⁴ Le « grand B » de ce titre évoquant les constructions établies sur sol d'autrui, du droit de superficie et de la mine, a, lui pour énoncé : « De la propriété restreinte à certaines parties matériellement déterminées d'un immeuble ». Auparavant, les auteurs indiquent que les trois situations visées au « grand B » sont des exceptions à la règle de 552, soit un sol comprenant en principe dessous, dessus et surface. Aubry et Rau se rallient au concept de la mine immeuble corporel, ayant de facto la qualité d'immeuble par nature, car, objet d'appropriation. Toutefois, ces auteurs ne développent pas non plus les contours de ce bien. Le droit de propriété faisant corps avec le bien, le droit suppose le bien, rendant facultative une réflexion sur les caractéristiques de ce bien. Aubry et Rau donnent toutefois une indication, puisqu'ils parlent de : « certaines parties matériellement déterminées d'un immeuble », sans approfondir le processus de cette détermination matérielle.

L'analyse de la doctrine majoritaire vis-à-vis de la nature du bien mine laissait pas de place au doute. Toutefois, l'axe de cette analyse était principalement celui de la propriété avec en toile de fond un biais provenant de la confusion, ou manque de distinction, entre l'objet et le droit de propriété. La jurisprudence développait une opinion proche de celle de la doctrine.

- b. Pour la jurisprudence le bien « mine » est également un immeuble par nature distinct du sol

(251.) La jurisprudence adopta une position semblable à celle de la doctrine, faisant de la mine un immeuble par nature.

Il est utile de mentionner sur cette question un arrêt de 1841⁶³⁵. Se fondant sur l'article 552, la cour déclare concernant la mine : « Qu'alors (une fois la concession consentie) le dessus et le dessous du sol constituent deux propriétés différentes : la mine qui appartient

⁶³⁴ C. Aubry et Rau, « Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae », Tome 2, Paris, 1865, p. 360.

⁶³⁵ Cass. 1er février 1841, Sirey, 1841. I. 121.

exclusivement au concessionnaire, et le sol supérieur qui, ne tenant plus à la mine, peut appartenir à tout autre ; »⁶³⁶. L'expression « ne tenant plus » qui vient comme formaliser la séparation entre le sol et la mine laissait à penser à une séparation matérielle entre la mine et la surface. Dans cette hypothèse, on serait tenté de voir dans l'utilisation du verbe tenir qui signifie : être en possession d'une chose matérielle, physique, le signe de cette dissociation matérielle. Cependant, tenir dans un usage plus ancien signifie aussi au sens juridique détenir un bien immobilier, c'est-à-dire bénéficier d'une concession conférant un droit de jouissance. Tenir ici, renvoie alors plus aux relations d'homme à d'homme caractéristiques de la féodalité. On retrouve cette dimension dans le mot tenure encore utilisé en droit rural et dans les pays de *common law*. Quel que soit le sens réel du propos de la Cour de cassation, la décision apparaît d'une netteté incontestable quant à la volonté juges. Mine et surface sont distinctes, même si en l'espèce l'objectif des juges n'est pas de protéger la propriété du concessionnaire, puisque l'arrêt sanctionne une exploitation de minerais n'ayant pas encore donné lieu à concession.

Au 19^{ième} siècle, auteurs et jurisprudence voyaient dans la mine un immeuble par nature né, comme le droit du concessionnaire, par l'entremise de la concession. Cette reconnaissance était avant tout déduite du phénomène d'appropriation, véritable fondement de la propriété minière, conformément à la vision classique du droit de propriété. Cela explique - sinon une certaine mise à l'écart de l'analyse du bien lui-même, à tout le moins, une moindre considération par rapport à la réflexion sur le droit de propriété, ce qui a certainement nui à la compréhension de l'ensemble.

Les auteurs du 19^{ième}, favorables à une propriété minière répondant aux canons de l'article 544, avaient en conséquence, opté pour l'immeuble par nature. Leurs successeurs ont emprunté la même voie tout en ayant pour certains des vues différentes, dès lors qu'il s'agissait de propriété superficielle en dehors de la mine.

2. *La mine immeuble par nature : une affirmation réduite au rang d'exception*

(252.) La mine de 1810 est restée, et reste, un immeuble par nature. Toutefois, prise en dehors de son contexte temporel, c'est-à-dire le 19^{ième} siècle, la perception de ce bien s'est modifiée. Avec le temps, l'analyse a moins porté sur la mine, elle-même, que sur la mine exemple de droit de superficie, voire d'une mine validant le principe de la propriété superficielle. Or, si pour les auteurs favorables à cette propriété, la mine est une illustration parfaite, pour ceux étant opposés à une propriété superficielle, la mine représente clairement

un contre-exemple. Invalider, totalement le principe d'une mine immeuble par nature n'ayant que peu de sens, l'objectif de ces auteurs refusant une superficie propriété, a plutôt été de relativiser ce cas d'un immeuble distinct du fonds de terre. Parmi, les auteurs relativisant l'exemple de la mine, J.P. Marty est celui qui développa l'argumentation la plus précise (a). Plus récemment, F. Dumont propose plus succinctement un point de vue pas très éloigné de celui de J. P. Marty, pour des raisons néanmoins différentes (b).

a. La mine immeuble par nature de Marty : « un exemple isolé » fruit d'une fiction

(253.) Planiol et Ripert suivant la route tracée par la doctrine classique pour la propriété minière voient dans la loi de 1810, un processus visant, via la concession, à la création d'une propriété. Cette propriété qui jusqu'à la concession n'existait pas, est distincte de la surface de la parcelle.⁶³⁷ En conséquence, pour ces auteurs : « la mine forme un second immeuble, qui est comme la surface, un immeuble par nature de même que le terrain qui la recouvre »⁶³⁸.

Un peu plus tard, J.-P. Marty, dont la démarche est de reconnaître la propriété superficière par une dissociation du droit, reprend l'analyse pour in fine, s'en détacher. L'auteur commence par citer Ripert et Planiol, Aubry et Rau en introduction de son paragraphe sur la mine, précisant que : « la loi de 1810 avait créé un système relevant incontestablement de la pluralité d'immeubles superposés »⁶³⁹.

Dans la droite ligne de ses pairs, J.-P. Marty considère que la concession débouche sur la création d' « une propriété et individualise l'immeuble »,⁶⁴⁰ créant deux immeubles par nature. Dans le même temps, l'auteur insiste sur l'unité du sol en s'appuyant sur le fait, qu'avant concession le gisement ne peut se distinguer des autres parties de l'immeuble par nature. J.-P. Marty met également en avant le rôle premier du droit propriété dans la création du second immeuble. Selon l'auteur, la loi de 1810 commence d'abord par reconnaître un droit de propriété, pour seulement ensuite, confirmer la nature d'immeuble distinct de la surface. Il s'agit donc d'une dissociation entre sol et tréfonds, qui serait simplement la conséquence du droit de propriété ayant pour caractéristique de se confondre avec la chose. Le bien n'aurait donc pas de réalité propre.

⁶³⁷ M. Planiol et G. Ripert, « Traité pratique de droit civil français », Tome 3, Les biens par M. Picard, 2ème éd., LGDJ 1952, §522.

⁶³⁸ M. Planiol et G. Ripert, « Traité pratique de droit civil français », Tome 3, Les biens par M. Picard, 2ème éd., LGDJ 1952, §534 p. 358.

⁶³⁹ J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie », (Bibliothèque de droit privé) » [Broché], 1979, §34 p. 55.

⁶⁴⁰ J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie », (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979, §39 p. 61.

Contrairement à la doctrine classique, et c'est là son intérêt, J.P. Marty ne se limite pas à constater la déduction qui voit l'immeuble procéder du droit. Il la relève pour mettre en exergue son insuffisance à expliquer le passage de un à deux immeubles et précise : « Cette pluralité (de biens) résulte de la création d'une nouvelle propriété génératrice d'un immeuble distinct. Le nouvel immeuble par nature n'est que l'application de la fiction selon laquelle le droit de propriété coïncide avec la chose »⁶⁴¹. Pour J.P. Marty, la loi de 1810 n'apporte rien à la problématique de la dissociation de l'immeuble, puisque selon lui la dissociation : « trouve sa source dans le droit de propriété et non dans l'immeuble »⁶⁴². Le bien mine tenant son existence du droit de propriété, faire cesser le droit de propriété, ou plus exactement la fiction de la confusion entre le droit et la chose, reviendrait à faire disparaître le bien. C'est pourquoi toujours selon l'auteur, quand la loi de 1919 substitue au droit de propriété un simple droit réel, l'individualisation cesse et la mine n'est plus un bien indépendant.

Pour autant, après avoir réaffirmé l'unité de la propriété J.P. Marty ne propose pas de revenir à la situation originelle qui serait l'axiome : un bien, un propriétaire, et n'abandonne pas l'idée de la propriété minière. Il va simplement redonner vie à cette idée, d'une autre façon. Pour ce faire, l'auteur va combler l'insuffisance de la théorie classique, qu'il a lui-même dévoilée, avec habileté. Ainsi à la question, comment à partir d'un bien unique, le fonds de terre, peut-il en naître deux : la mine et la surface ? J.P. Marty répond que la réalité et l'unité de l'immeuble par nature, que garantit l'incorporation pendant de l'accession du droit de propriété⁶⁴³, rendent impossible une dissociation matérielle. Cette voie serait donc à l'évidence, sans issue et le sol est indissociable. Pour J.P. Marty, si dissociation il y a, c'est par le biais d'une fiction, une fiction déduisant à partir de l'existence d'un droit de propriété, celle d'un bien auquel il s'applique. Cette vérité une fois posée et vérifiée par la mine de 1919. À partir de cette date, la mine est détenue par l'intermédiaire d'un droit réel, est une partie non individualisée, seulement « octroyée » et plus appropriée. Second aspect de la démonstration, la mine concédée condamne immédiatement la confusion entre le droit et la chose. En perdant une partie de sa chose et des prérogatives qui y sont attachées au profit d'un tiers, la confusion entre la chose concédée et le droit ne fonctionne plus. Le propriétaire ne peut prétendre que son droit investit la chose en totalité, puisque la mine lui échappe et revient à un tiers. Autrement dit, l'unité du sol entraîne pour J. P. Marty deux conséquences : premièrement, elle ne peut faire naître un bien distinct susceptible d'appropriation, sauf à recourir à une fiction contrevenant in fine à la matière réalité; deuxièmement, concéder

⁶⁴¹ J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie », (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979, §35 p. 75.

⁶⁴³ J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie », (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979, §41 p. 63.

partiellement ce bien, revient à mettre en échec la fiction de l'appropriation par confusion, y compris sur la propriété initiale du sol.

Pour résoudre la difficulté, c'est-à-dire arriver à une propriété minière en dépit de l'unité du sol, J. P. Marty va proposer de réorganiser la problématique, et même d'aller bien au-delà, puisque sa proposition équivaut à introduire une propriété de droits. Plutôt que de chercher à dissocier la matière par ce que J. P. Marty qualifie de fiction, ce qui est antinomique et in fine impossible, la dissociation s'opèrera sur le droit qui est, lui, immatériel, et n'impose donc pas les mêmes limites. Comme les auteurs du siècle précédent, J.P. Marty reconnaît le principe de l'unité du sol mais contrairement à eux, n'accepte pas l'idée d'une exception. À l'inverse, l'auteur refonde ce principe comme une réalité indépassable, le conduisant à rechercher un fondement à la dissociation dans le droit.

Le passage de la mine propriété de 1810 à la mine droit réel de 1919 offre à J.P. Marty, une opportunité de conforter son analyse. Avec la mine - droit réel de 1919-, la mine, immeuble par nature distinct de la surface, n'a plus lieu d'être. Deux conséquences découlent de ce constat : premièrement, la chose est redevenue unique du fait de la disparition de la fiction ; deuxièmement, ni le concessionnaire ni le propriétaire du sol ne peuvent se prévaloir d'un droit de propriété se confondant avec la chose. Aussi, conservant le principe de deux droits de propriété distincts, l'auteur conclut que sur ce bien unique « concourent »⁶⁴⁴ en fait deux droits de propriété placés à égalité, ce qui revient à établir un système de propriété simultanée (cf. infra §531 et s.).

Finalement, sans surprise, aux yeux de J.P. Marty si la mine de 1810 a été un immeuble par nature, cette qualification appartient au passé. Il s'agit tout au plus d'« un exemple isolé », dont « le caractère exceptionnel de l'hypothèse confirmerait, si besoin était, l'unité de l'immeuble par nature »⁶⁴⁵. D'autres auteurs, animés de motivations différentes, chercheront également à relativiser le bien « mine », immeuble par nature.

b. La mine immeuble par nature de F. Dumont : une fiction « légale »

(254.) Plus récemment, F. Dumont a adopté une position semblable à celle de J.P. Marty, dont l'auteur va reprendre le raisonnement. F. Dumont poursuit toutefois un autre dessein, la conduisant à formuler une conclusion bien différente de celle de son prédécesseur.

Comme J.P. Marty, F. Dumont souhaite, au fond, minimiser l'apport de l'exemple de la mine dans le débat sur la nature du droit de superficie. Le bien « mine » de 1810 représente un

⁶⁴⁴ J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie », (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979, §40 p. 61.

point d'achoppement à un droit de superficie, qui ne serait pas un droit de propriété concurrent ou simultané comme le proposait J. P. Marty, mais un droit de superficie droit réel sur la chose d'autrui, selon la théorie du *jus excluendi* (cf. infra §368 et s.). Suivant en cela, le raisonnement de J. P. Marty, F. Dumont raisonne en trois étapes. D'abord, l'auteure s'attache à souligner le principe indépassable de l'unité du sol. Ensuite, elle reconnaît la qualité d'immeuble par nature de la mine de 1810. Toutefois, troisième mouvement, F. Dumont explique qu'il s'agit d'une exception, qui en l'occurrence relèverait de la théorie de la fiction.

Pour F. Dumont, l'unité de la propriété du sol, relève de « l'ordre naturel des choses » pour reprendre l'expression de Proudhon qui est cité par l'auteure. Cet ordre naturel est, en outre, canonisé par le Code civil,⁶⁴⁶ offrant au fonds de terre, un avantage absolu par rapport aux autres immeubles de la catégorie « immeuble par nature ». Toujours selon cette auteure, par l'entremise du droit d'accession, le mécanisme de l'incorporation assure l'unité du bien-fonds, et « imprime » aux bâtiments et plantations leur caractère immobilier. En conséquence de quoi, F. Dumont conclut à : « l'absence d'autonomie du bâtiment comme immeuble par nature », ⁶⁴⁷ et plus généralement à l'impossibilité de dissocier le sol dans sa matière. Dans ce contexte, la mine de 1810 fait forcément figure d'exception, exception toutefois incontournable qui nécessite *a minima* d'être mentionnée. C'est pourquoi l'auteure relève de façon très explicite que : « Par l'effet de la loi de 1810, la mine acquiert son individualité en tant qu'immeuble par nature, et superpose donc deux immeubles par nature ». Puis, F. Dumont considère cette situation révolue depuis 1919, et relevant d'une fiction, c'est-à-dire s'opposant à l'ordre naturel des choses. À l'instar de la proposition J. P. Marty, le bien « mine » serait une fiction, qualifiée de surcroît de « fiction légale », ⁶⁴⁸ sans que le sens de cet adjectif soit expliqué (cf. supra).

Dans la perspective de F. Dumont, la loi de 1919 arrive aussi à point nommé en transformant la mine en propriété publique. Avec ce nouveau système, il y a bien superposition de biens, mais chacun est rattaché à un régime de propriété différent. Le débat sur la dissociation du sol se limitant à la sphère civiliste, devient vide de sens. F. Dumont indique alors : « ce greffage (entre les deux propriétés) produit un être hybride à qui l'on ne peut plus appliquer la loi de l'un seulement des éléments » ⁶⁴⁹. Sous l'empire de la loi de 1919, le concessionnaire

⁶⁴⁵ J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie », (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979, p. 62.

⁶⁴⁶ F. Dumont, La nature juridique du droit de superficie : Thèse, Lyon 3, 2001, §130 p. 146.

⁶⁴⁷ Le terme bâtiments a ici un sens générique. F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §132 p. 148.

⁶⁴⁸ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §130 p. 146.

⁶⁴⁹ Le terme bâtiments a ici un sens générique. F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §137 p. 153.

⁶⁴⁹ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §266 p. 304.

est effectivement titulaire d'un droit réel sur une propriété publique, et le superficiaire d'une propriété classique sur toute la partie relevant du droit privé. Cette solution incontestable à partir de 1919, ne remet pas en cause l'hypothèse du bien « mine » immeuble par nature, validée par la loi de 1810.

La similarité de raisonnement avec J. P. Marty s'arrête ici et F. Dumont rejette énergiquement toute idée de propriété simultanée. L'auteure perçoit, dans une quête pour un retour à la pureté originelle du code, l'idée d'une propriété de droits, comme le spectre « de l'hydre féodale » à combattre⁶⁵⁰. La superficie, droit réel sur la chose d'autrui, va justement dans ce sens, en maintenant cette superficie à l'écart de la propriété.

Cependant, comme la doctrine classique, et J. P. Marty avant elle, F. Dumont ne conteste pas le bien « mine » de 1810 comme étant un immeuble par nature. Ses critiques, partant du constat du principe de l'unité du sol, s'expliquent avant tout par la volonté de voir dans le droit de superficie un droit réel sur la chose d'autrui. Ce prisme conduit l'auteure à minorer l'apport, pourtant essentiel, de la loi de 1810, ce qui tend à affaiblir son argumentaire. Le bien « mine » de 1810 représente une étape importante de la propriété du code, qu'il est vain de nier ou de minorer. Il est préférable de reconnaître la contribution de cette loi, tout en soulignant ses limites, dont la plus importante fut la difficulté de la doctrine classique à définir ce bien, comme une chose tridimensionnelle.

B. La thèse de la mine immeuble par nature, un concept ou une fiction ou la confusion du concept et de son objet

(255.) Le manque de précision de la doctrine classique au regard la création du bien mine apparaît avec le recul, incontestable. L'insuffisante attention portée aux limites de la mine, certes en phase avec l'époque, contribua à jeter le trouble sur la propriété minière de 1810. Pour autant, la remise en cause de l'existence de ce bien, plus ou moins directement, tel que le proposent J.P. Marty et F. Dumont, ne paraît pas justifiée. Le raisonnement de ces auteurs invalidant une mine fiction, en comparaison d'un sol réalité de la matière, est même tout à fait contestable.

L'opposition fiction associée au droit, versus la matière réalité est contestable. Cette approche n'est qu'un autre moyen de revenir, à la confusion entre le concept et son objet, confusion déjà évoquée (cf. supra §45), et qui sera abordée à nouveau lors de la reconnaissance de la propriété volumique (cf. infra §718 et s.). La fiction n'est rien d'autre

qu'un concept, concept qui peut être plus ou moins efficient. Or, la perspective de J. P. Marty sur le sujet est tout autre. En préambule de son propos, l'auteur donne deux définitions du terme fiction.⁶⁵¹ Pour la première, la fiction serait une création imaginaire, fautive par rapport à la logique juridique, et pour la seconde, une mutation brusque d'un concept modifiant la représentation naturelle des choses. De son côté, F. Dumont, en relais de cette « fiction simple » de J. P. Marty, parle de fiction légale. Que faut-il entendre ici par ce terme ? Il est difficile de le dire. La loi recourt par définition à des concepts en référence au monde tangible, ou pas, comme pour le concept de la personne morale (cf. infra §564 et s.). Plus généralement, le concept lui-même, juridique ou appartenant à une autre science, relève du monde idéal. Qualifier la fiction de légale, traduirait simplement que le concept en question est issu de la loi, ce qui n'est pas d'un grand intérêt, voire serait faux. Pour mémoire, la loi de 1810 ne qualifie pas expressément la mine d'immeuble par nature. Remarquons que la perspective de J. P. Marty n'est pas plus pertinente, car elle ne démontre pas en quoi la mine serait une fiction.

Le seul moyen d'arriver à faire de la mine une fiction dans la perspective de J. P. Marty, serait de revenir à la vision déjà critiquée, opposant le concept, appartenant au monde idéal qui serait une fiction, et la matière, du monde tangible, perçue comme la réalité. Comme le disait Nietzsche : « Un concept est une invention à laquelle rien ne correspond exactement, mais à laquelle nombre de choses ressemblent. »⁶⁵². Plus précisément, C. Panaccio⁶⁵³, déjà cité, indique que les concepts correspondent à des opérations de l'esprit. Ainsi, la science juridique n'oppose pas fiction et réalité, mais des concepts qui ont pour objet de représenter la réalité dans un ordre juridique donné. Rejeter l'analyse de la théorie classique du bien « mine », au motif qu'elle s'appuierait sur une fiction, pourrait sous cet angle s'analyser comme une tautologie. Reprocher à un concept de ne pas être la réalité, au sens de matérialité, revient à lui nier sa capacité à être ce qu'il est : une simple représentation, et cela s'applique à tous les concepts. Le fonds de terre, qui est lui-même un concept, ne déroge pas à cette règle.

La question n'est donc pas de savoir si le concept de la confusion entre le droit de propriété et la chose appropriée est une invention de l'esprit qui s'oppose à la réalité, comme le proposent J. P. Marty et F. Dumont. La question est de savoir si le concept de mine, issu de la loi de 1810, peut représenter avec une vraisemblance suffisante, la réalité, ou la chose du monde tangible à laquelle réfère ce concept.

⁶⁵⁰ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §266 p. 304.

⁶⁵¹ J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie », (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979, §33 p.53, note bas de page n°2.

⁶⁵² Œuvres posthumes, Friedrich NIETZSCHE (1844 - 1900).

⁶⁵³ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », chemins philosophiques, Vrin, 2011.

(256.) À la question : le concept de bien « mine » de la loi de 1810 est-il efficient ? Deux réponses contradictoires peuvent être formulées.

La première est affirmative. Prétendre avec les auteurs classiques que la mine est un immeuble par nature parce qu'elle est objet d'appropriation, est en cohérence avec la théorie juridique du moment. À cette époque, un bien est une chose corporelle appropriable. En voyant dans le concessionnaire, le titulaire d'un droit de propriété d'une chose perçue essentiellement sous l'angle de sa corporéité totalement distincte de la surface, est satisfaisant. On peut aisément imaginer qu'au 19^{ième} siècle, la perception d'une mine dans laquelle des hommes travaillaient, où des équipements variés étaient installés, qui était dotée de voies de communication y compris ferroviaires, s'assimilait à un champ de blé ou à une vigne. Cette vision était, bien sûr, en rupture avec le passé, puisqu'après avoir vu le sol produire des richesses par une exploitation essentiellement horizontale, ce sol était dorénavant, aussi, exploité verticalement. Cependant, ce n'est alors pas la représentation de la réalité qui avait changé, mais la réalité elle-même, nécessitant une interprétation nouvelle. Le bien « mine » de 1810 n'a fait que traduire sous un concept juridique, une chose nouvelle pour la société de l'époque. Cette chose étant sujette à une appropriation individuelle, elle entrait bien dans la catégorie des biens.

Pris sous cet angle, le concept de la mine, validant la naissance d'un bien nouveau suite à la reconnaissance d'un droit de propriété, est donc satisfaisant. Pourtant, en développant la réflexion une difficulté survient. Le concept de bien mine suppose que ce bien réponde aux critères de la propriété. Le bien « mine » devait notamment être en capacité d'assurer un droit exclusif à son propriétaire, sous peine de perturber le concept de propriété. Or, sur ce point la mine de 1810 ne présentait pas toutes les garanties.

(257) C'est pourquoi la seconde réponse est négative et doit prévaloir. La doctrine classique en expliquant la dissociation seulement par l'effet de l'appropriation d'une partie du bien sol, dont l'unité restait le principe, ne démontrait pas comment la mine, immeuble par nature, avait émergé. En se fondant sur les effets prétendus du droit de propriété, l'argumentaire se révélait insuffisant. Comment expliquer que le droit de propriété pouvait tout à la fois avoir comme vertu de se confondre avec la matière jusqu'à devenir un, scellant l'absolutisme du propriétaire sur sa chose et, accepter que cette confusion cède le pas sur une partie de la chose au motif, qu'une seconde appropriation provoquerait les mêmes effets ? La confusion initiale entre le sol et le droit du propriétaire s'oppose, et c'est même son objet, à toute appropriation concurrente. Accepter la confusion pour la mine, c'est donc, soit renier le concept de la confusion, soit, renier celui de l'unité du fonds de terre, voire les deux. Les auteurs classiques se placèrent sous l'égide de la confusion entre droit et chose, garantissant l'existence de la chose dès lors qu'il y a avait droit de propriété. Ce faisant, la doctrine

classique n'expliquait pas le renoncement du principe de l'unité du sol, même à titre d'exception. Sous cet angle, il y a bien une incohérence, qui rejaillit sur le concept de bien « mine ». J. P. Marty la dénonce avec raison, et nous le rejoignons sur ce point. En revanche, cette faiblesse de la doctrine classique à propos de la mine ne signifie pas que le principe de l'unité du sol serait la réalité, une sorte de vérité indépassable, conduisant sans alternative à la simultanéité du droit de propriété.

Analyser le bien « mine » comme immeuble par nature était pour les auteurs classiques, le corollaire du droit de propriété accordé au concessionnaire. Par la formation de ce binôme, cohérent dans une analyse qui se limiterait à lui, la doctrine classique mit à mal le fondement même du concept de la propriété. Cette difficulté illustre, au passage, le caractère perturbateur de la mine, et plus généralement le droit de superficie, par sa capacité à défier le cadre préétabli en matière de propriété foncière. J. P. Marty tenta de répondre à cette incohérence, et réussit mais au prix de l'introduction d'un système de propriété simultanée, incohérence plus grande encore (cf. infra §531 et s.).

Au 19^{ième} siècle déjà, certains auteurs, avaient proposé de s'écarter de la doctrine classique, voire de rompre avec sa position, en raison du caractère perturbateur de la mine sur le concept de propriété.

C. Les autres propositions de qualification du bien « mine »

(258.) Le tableau est déjà dense. L'enrichir fait courir le risque de la surcharge. L'objectif sera donc à présenter sommairement deux thèses en rupture avec la mine immeuble par nature classique. L'objectif est de disposer d'un spectre d'analyse suffisamment large, afin de mieux comprendre les questions induites par la mine, communes au droit de superficie et à la propriété volumique.

La première thèse fut défendue par P. Rey.⁶⁵⁴ Elle ne rompt pas radicalement avec la doctrine de l'immeuble par nature. Elle représente plutôt une forme de dissidence « extrémiste ». Pour Rey, la mine est bien un immeuble par nature. Seulement, si la mine est un immeuble par nature ce n'est pas par assimilation avec le sol, mais parce qu'il s'agit du sol en tant que tel, la surface étant devenue une forme d'accessoire (1). La seconde thèse fut soutenue notamment par L. Aguillon.⁶⁵⁵ Moins caricaturale, et plus audacieuse juridiquement que la théorie de Rey, elle annonce les changements de la loi 1919, en analysant la mine comme un bien incorporel (2).

⁶⁵⁴ P. Rey, « De la propriété des mines et de ses conséquences d'après les principes de la loi du 21 Avril 1810 », Paris, 1857.

1. *La mine n'est pas l'égale du sol, elle est le sol (P. Rey)*

(259.) De prime abord, la proposition de P. Rey répond en tous points aux canons de la doctrine classique, la mine immeuble par nature, pour in fine s'en détourner totalement.

La proposition de P. Rey part de l'unité du sol, la mine y est analysée comme un immeuble par nature et le droit du concessionnaire est, à n'en pas douter, un droit de propriété. Son originalité ne repose donc pas réellement sur l'analyse de la mine, mais sur celle de l'autre entité, la surface. Pour résumer à l'extrême le propos, P. Rey reprend l'idée selon laquelle la loi de 1810 organise, sans le dire, une forme d'expropriation partielle d'une parcelle de terre. Seulement, plutôt que de tenter de passer sous silence cet aspect, l'auteur l'affirme haut et fort, et considère tout bonnement l'expropriation comme totale, incluant les trois éléments de 552.

P. Rey exprime clairement cette idée en disant : « Il faut bien se pénétrer de cette vérité, que l'acte de concession d'une mine consacre une expropriation, transmet la propriété dont l'étendue et les limites sont déterminées par cet acte, et que l'article 11⁶⁵⁶ n'a été édicté que pour indiquer ce qui est distrait ou excepté de la concession » « la concession est la règle et l'article 11, l'exception »⁶⁵⁷. Si l'on fait abstraction des intérêts du propriétaire de la surface, juridiquement la solution apporte une certaine clarté. La posture tranche avec les débats doctrinaux et jurisprudentiels de la loi de 1810, que l'auteur dénonce avec véhémence⁶⁵⁸. Présentée ainsi, la position semble extrême. Elle l'est, mais elle n'en est pas moins cohérente, et présente une approche instructive sur la situation du propriétaire de la surface.

P. Rey estime, contrairement à la doctrine dominante, que la loi de 1810 a bien pour ambition de protéger les intérêts du propriétaire de la surface, comme en atteste l'article 11. Cette protection restreint, en parallèle, les prérogatives du concessionnaire, sans conduire à un droit de propriété semblable à celui qui était le sien avant concession⁶⁵⁹. Pour convaincre, P. Rey revient sur la situation *in concreto* du superficiaire. L'auteur rappelle à propos du

⁶⁵⁵ L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris, 1903.

⁶⁵⁶ Art. 11 Loi 1810 « Nulle permission de recherches ni concession de mines ne pourra, sans le consentement formel du propriétaire de la surface, donner le droit de faire des sondes et d'ouvrir des puits ou galeries, ni celui d'établir des machines ou magasins dans les enclos murés, cours ou jardins, ni dans les terrains attenant aux habitations ou clôtures murées, dans la distance de cent mètres desdites clôtures ou des habitations. ».

⁶⁵⁷ P. Rey, « De la propriété des mines et de ses conséquences d'après les principes de la loi du 21 Avril 1810 », Paris, 1857, p. 3.

⁶⁵⁸ P. Rey, « De la propriété des mines et de ses conséquences d'après les principes de la loi du 21 avril 1810 », Paris, 1857, Introduction, p. VI : « les tribunaux marchent en ce moment sans guide et presque au hasard, ne trouvant nulle part la lumière et la véritable voie; leur conscience et l'inspiration du moment dictent seules les arrêts qu'on leur demande. Il résulte de la des décisions contradictoires dont nulle ne résout les difficultés et ne peut être prise pour règle à l'avenir ; ainsi, sur un seul article de la loi, sur l'article 11, nous avons rencontré jusqu'à huit modes de jurisprudence. ».

⁶⁵⁹ P. Rey, « De la propriété des mines et de ses conséquences d'après les principes de la loi du 21 avril 1810 », Paris, 1857, p. 5.

fondement de l'article 11,⁶⁶⁰ que seules les habitations et une portion de terrain attenante, ne peuvent être concédées aux fins d'exploitation de la mine. Au-delà, il est vrai, le propriétaire de la surface voit son droit de propriété conditionné, par l'extension éventuelle de la première concession, ou l'octroi d'une nouvelle concession à laquelle il ne pourrait s'opposer. P. Rey parle alors de « propriété réservée » en attente du développement de la mine. L'auteur mentionne également le droit de construire cantonné aux zones de l'article 11 du superficiaire, zones parfois contiguës de mines par exemple, exploitées par des tranchées à ciel ouvert imposant le respect de certaines distances (cf. Art. 674 Code civil).⁶⁶¹ P. Rey évoque également la faculté pour le superficiaire de ne pas transmettre avec son bien la redevance en cas de vente de la superficie, ce qui avait pour effet de restreindre encore la propriété située en surface.

Face à ce propriétaire, qui n'en est plus un selon notre auteur, le droit de propriété portant sur la surface ne serait qu'une fiction. En dehors des dispositions de l'article 11, le superficiaire : « n'a plus qu'une jouissance subordonnée au gisement de la mine ». Cette propriété fictive s'oppose à la propriété de la mine qui elle « existe en réalité »⁶⁶².

(260.) Le propos de P. Rey provoque un certain embarras. Toutefois, en revenant sur l'équilibre des rapports entre la surface et la mine, l'auteur offre une prise à l'analyse inédite, permettant de confronter, presque sur un pied d'égalité, la richesse foncière, matrice du code et celle de la mine. Par cet éclairage inhabituel, P. Rey remet en cause la logique du code, et donc la suprématie de la propriété foncière, pour privilégier celle de la mine.

Et, en effet, comment concevoir que le propriétaire d'un immeuble d'habitation agrémenté de quelques dépendances ou d'un terrain agricole susceptible d'être cédé au concessionnaire en cas de besoin, aurait l'ascendant sur celui d'une mine vaste parfois d'une centaine d'hectares et même milliers, représentant des sources de revenus considérables ? L'observation est encore plus pertinente pour les mines exploitées à ciel ouvert. Dans cette hypothèse, la surface disparaît purement et simplement, contre il est vrai, une majoration de la redevance. Comment, alors soutenir que le propriétaire d'un vide d'air, disposerait d'un droit de propriété conforme à 544 ? Et, comment le concessionnaire disposerait lui, d'une propriété imparfaite comme le suggéraient bien des auteurs (cf. *supra*), sans interroger l'ordre des choses posé par le code ?

⁶⁶⁰ P. Rey, « De la propriété des mines et de ses conséquences d'après les principes de la loi du 21 Avril 1810 », Paris, 1857, p. 212.

⁶⁶¹ P. Rey, « De la propriété des mines et de ses conséquences d'après les principes de la loi du 21 avril 1810 », Paris, 1857, p. 213.

⁶⁶² P. Rey, « De la propriété des mines et de ses conséquences d'après les principes de la loi du 21 avril 1810 », Paris, 1857, p.219.

L'opinion de P. Rey, on le voit, en proposant un nouvel angle d'observation, pointe la difficile question de la flexibilité du modèle de propriété du code. Comment à partir d'un cadre fait pour une petite propriété foncière, intégrer celle de la mine. Une propriété dont la plus-value sociale et économique suppose une échelle, sans rapport avec la propriété du code de type *yeoman*.

En pointant ce décalage, la perspective de P. Rey invite à sortir de la logique du code. Ainsi, en imaginant, un instant, retenir le concept de droit sur la chose d'autrui pour la mine, apparaît immédiatement le caractère inepte de la proposition. Comment le droit sur un bien dont la valeur est sans commune mesure avec la mine et dont l'usage répond à une logique différente de celle d'une mine comme Mirabeau l'a démontré, pourrait-il représenter la propriété dont se détacherait le droit du concessionnaire ? Retenir cette option serait prendre le risque de privilégier l'ordre établi au détriment de mutations sociales durables que le droit se doit de prendre en compte, sauf à bloquer toute l'évolution sociale. Le point de vue de P. Rey apparaît ici presque plus réaliste. Sur la base du constat d'une propriété superficielle qu'il juge accessoire, dépendante de celle la mine, l'auteur place le droit de propriété exclusivement sur la tête du concessionnaire. P. Rey étaye son propos par un syllogisme en disant : Le sol ne peut être dissocié et deux propriétés ne peuvent être contenues sur un même terrain ; la surface est une propriété fictive alors que la loi a entendu faire de la mine une véritable propriété⁶⁶³ qui au demeurant suit celle de la terre⁶⁶⁴ ; La propriété du sol appartient donc au propriétaire du gisement : le concessionnaire. ». Pour P. Rey, cette lecture permet de jeter à bas les critiques adressées à la loi de 1810 et de l'apprécier à sa juste valeur, celle d'un « chef d'œuvre »⁶⁶⁵.

Il n'est pas nécessaire de discuter la position de P. Rey sur le fond, l'objectif étant simplement de jeter un regard différent sur le sort du superficiaire, et du bien dont il est propriétaire. Disons simplement que l'opinion de P. Rey peut paraître quelque peu iconoclaste dans l'univers du code. Or, cet univers, en dépit de limites, correspond à celui du corps social, dans lequel, l'activité en surface l'emporte sur celle du dessous. Dès lors, on voit mal comment des parties importantes de territoires, dans lesquelles se trouvaient des hameaux, villages, activités agricoles et autres, auraient pu être des propriétés seulement minières.

⁶⁶³ Voir la reprise des propos de Napoléon P. Rey, « De la propriété des mines et de ses conséquences d'après les principes de la loi du 21 Avril 1810 », Paris, 1857, p. 462.

⁶⁶⁴ L'auteur cite ici Coquille s'exprimant à propos de la coutume du Nivernais « Les mines font naturellement partie de la terre ; Elles sont formées dès sa substance, ainsi leur propriété suit celle de la terre », soulignons que cette situation conforte la théorie de l'accession, P. Rey, « De la propriété des mines et de ses conséquences d'après les principes de la loi du 21 avril 1810 », Paris, 1857, p.514.

⁶⁶⁵ P. Rey, « De la propriété des mines et de ses conséquences d'après les principes de la loi du 21 avril 1810 », Paris, 1857, p. 516.

Par ailleurs, l'histoire n'est pas allée, tant s'en faut, dans le sens de P. Rey, puisque la loi qui suivit celle de 1810, définît la mine comme un simple droit réel. La proposition de L. Aguillon est à l'inverse bien mieux inspirée en percevant la mine comme un bien incorporel.

2. *La mine de 1810 est un bien incorporel (L. Aguillon)*

(261.) Le concept de propriété minière institué en 1810 a perdu de son intensité au fil du temps, pour finalement disparaître avec la loi de 1919, qui substitua au droit de propriété originel un droit réel (cf. supra). Ce premier bouleversement s'accompagna d'un second, par lequel l'objet mine passa d'un bien matériel à un bien immatériel, un droit. Certains auteurs comme L. Aguillon avaient anticipé cette transformation, en voyant dans la mine de 1810 plutôt un bien incorporel.

L. Aguillon développe pour cela une réflexion particulière sur l'objet de la propriété minière. L'auteur s'interroge à cet effet sur la difficulté à cerner cet objet : « C'est l'ensemble de ces droits, insuffisamment définis à coup sûr, qui constitue la propriété d'une mine ou le droit de propriété d'une mine, ce que l'on désigne parfois simplement sous le nom de mine du point de vue juridique ». L'analyse de L. Aguillon s'inscrit dans un débat entre civiliste et publiciste sur la mine⁶⁶⁶, et sa contestation de la nature du bien « mine » est liée à ce contexte. Analysant le gisement avant concession comme une *res nullius*,⁶⁶⁷ la concession selon L. Aguillon n'a pas pour effet de créer un bien corporel nouveau. Elle conférerait au concessionnaire essentiellement « un droit exclusif d'exploiter » et dans ce prolongement, l'auteur conclut « ce droit paraît bien être au premier abord plutôt un droit ad rem qu'un droit *in re*, un bien incorporel plus que corporel ».

L'affirmation est, on le voit, empreinte de prudence d'autant que l'auteur s'interroge dans le même paragraphe sur le fait de savoir si le concessionnaire est propriétaire du gîte, y compris après travaux, sans apporter de réponse⁶⁶⁸. Partant du concept de *res nullius*, L. Aguillon voit dans les prérogatives accordées au concessionnaire un droit de propriété seulement assimilable à la propriété du code par l'effet de la loi. Cette propriété ne serait pas selon l'auteur semblable à un héritage en raison de son origine, la mine : « ... n'est pas de droit naturel... », « Elle n'existe qu'après avoir été créée par un acte administratif. »⁶⁶⁹. Cette nature, à laquelle se réfère L. Aguillon, ne va pas sans poser des difficultés. Ainsi, la

⁶⁶⁶ L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris, 1903, §226b p. 177, l'auteur cite E. Laferrière, Traité de juridiction administrative, qui analyse la mine comme : « un contrat administratif de l'État assimilable aux concessions de chemin de fer ! ».

⁶⁶⁷ L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris, 1903, §10 p. 9.

⁶⁶⁸ L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris, 1903, §226 p. 175.

⁶⁶⁹ L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris, 1903, §226a p. 176. L'auteur applique à la question de la mine la problématique de l'origine de la propriété, propriété droit naturel versus propriété droit civil.

situation en sous-sol de la mine qui impose un système de servitudes réciproques avec la surface doit être un héritage, un bien corporel, pour supporter ou bénéficier d'une servitude en vertu de l'article 637 du Code civil⁶⁷⁰. Pour contourner l'obstacle, L. Aguillon interprète les servitudes pesant sur la mine comme des servitudes légales, fondées sur un texte spécial - la loi de 1810, dérogeant au code⁶⁷¹. Pour L. Aguillon, les contraintes pesant sur le concessionnaire touchant à la jouissance de son bien, ne sont pas synonymes d'une propriété classique. Tout en conservant le principe d'un droit de propriété, ce constat conduit l'auteur à analyser ce droit de propriété comme un droit *sui generis*⁶⁷², qui se trouve en fait, être une forme de propriété simultanée. Ainsi, « Sur une même portion de l'écorce terrestre s'exerceront éventuellement deux droits de propriété *jure dominii* : celui du propriétaire superficiaire auquel compètent tous les droits inhérents à la propriété du sol, droits parmi lesquels ne se trouve pas et ne s'est jamais trouvé, même lorsqu'il n'y avait pas de mine appropriée, le droit d'exploiter la mine ; d'autre part, le droit du propriétaire de la mine auquel appartient, outre le droit principal d'exploitation, les droits accessoires qui en dérivent, tel que le droit d'occupation de la surface. »⁶⁷³.

Le raisonnement de l'auteur reprend d'ailleurs celui de Proudhon. (cf. supra §220). L. Aguillon n'évoque pas la propriété simultanée, mais l'allusion est nette. Dans les deux cas, c'est l'imperfection du droit du concessionnaire qui induit un régime de propriété dérogatoire à la propriété du code.

(262.) Pour L. Aguillon, la nature du bien « mine » est la résultante de l'analyse des prérogatives du concessionnaire. Celles-ci présentant des différences notables avec les canons de la propriété, l'objet de la propriété minière, doit se distinguer du fonds de terre traditionnel.

Par contre, pour l'analyse du bien « carrière », L. Aguillon ne reprend pas le raisonnement utilisé pour la mine. Au contraire, l'auteur voit la carrière comme un immeuble par nature. La carrière est, selon L. Aguillon, partie intégrante du sous-sol, par application du principe de l'unité du sol. Toutefois, par exception, la vente séparée de la carrière est possible attestant de son autonomie. La carrière : « ... peut ainsi faire l'objet d'une propriété séparée de celle du sol et du restant du tréfonds, lesquels sont gardés par le propriétaire originaire. Que représente ce bien, formé par une portion déterminée de l'écorce terrestre, considéré en

⁶⁷⁰ Art. 637 du Code civil : « Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire. ».

⁶⁷¹ L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris, 1903, §244b p. 201 citation d'une jurisprudence reconnaissant la qualité d'héritage de la mine et voyant dans les servitudes minières des servitudes de droit commun, arrêt du 9 janvier 1901 (Civ. Mines de Graissessac c. Simon et autres).

⁶⁷² L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris, 1903, §220 p. 167.

⁶⁷³ L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris, 1903, §219 p. 167.

lui-même au point de vue juridique ? Un immeuble évidemment par sa nature... ». Cette différence de nature entre mine et carrière s'explique également par une autre différence, celle des prérogatives dévolues au concessionnaire et au propriétaire du sol dans le cas de la carrière, ce qui est très critiquable. Cette opposition mine, carrière, bien que présente dans la loi de 1810, est pour partie illusoire. Il paraît donc délicat de l'utiliser comme critère de définition de l'immeuble pas nature en tréfonds. Sous l'empire de la loi de 1810, si comme le prétend L. Aguillon, la mine est un bien incorporel, alors la carrière est seulement un accessoire du sol.

Finalement, la proposition de L. Aguillon, bien que critiquable, est pertinente en révélant la dimension incorporelle de la mine, sur le modèle de raisonnement de la doctrine classique. Dans les deux cas, la nature de la mine est seulement une conséquence des caractères associés au droit de propriété du concessionnaire. Or, une telle approche a pour inconvénient de négliger la chose à laquelle réfère le bien « mine ». En développant l'analyse de l'objet de la propriété minière, cela aurait permis d'éclairer les imperfections de la mine de 1810, et notamment l'incidence de l'absence de limites.

§2 L'absence de limites : l'obstacle à la qualification d'immeuble par nature de la mine de 1810

(263.) La mine de 1810 demeure l'exemple de choix de la propriété superficière tout en conservant une part d'ombre.

La doctrine dominante s'en est accommodée, assimilant la propriété de la mine à celle du code, tandis que d'autres courants soulignèrent cette spécificité tout en retenant une position différente. Au cœur du débat se trouve directement ou indirectement la question de la dissociation de la propriété minière. La doctrine du 19^{ième} a engagé un effort d'analyse sur la dimension du contenu du droit de propriété du concessionnaire ; les prérogatives dont celui-ci peut se prévaloir.

Cela s'explique essentiellement par l'histoire de la législation minière, dont la loi de 1810 symbolise la primauté des intérêts du concessionnaire au détriment du propriétaire foncier, via un compromis au fondement juridique, improbable au regard du code (cf. supra). Par ailleurs, le mythe de la propriété absolue, du règne sans partage du propriétaire souverain de sa chose de ce même code, avec à la clef le concept de la confusion, a également orienté les esprits.

Avec le recul du temps, la propriété du code n'a plus pour centre de gravité son absolutisme, mais bien plus l'équilibre entre intérêt individuel et collectif, entre liberté et responsabilité (cf. supra). La propriété, en particulier immobilière⁶⁷⁴, sur l'ensemble de ses attributs usus, fructus, abusus a été appelée à prendre en compte des contingences et restrictions diverses et variées. La propriété minière de 1810, vue du 21^{ème} siècle, est donc annonciatrice du sens de l'histoire, favorisant l'encadrement des prérogatives du propriétaire. Retenir le principe d'une propriété dénaturée pour la mine sur la base de l'impureté des prérogatives du concessionnaire présente peu d'intérêt. À l'inverse, la vraie spécificité paraît résider dans le fait que la production de richesse en sous-sol a contraint le législateur, comme la doctrine, à appréhender le sol, non plus seulement au regard de sa surface mais également dans son épaisseur. Cet angle déjoue certes les repères fondateurs du code, et en premier lieu le sol surface, clef de l'individualisation civiliste de la ressource foncière (cf. supra §104 et s.). L'axe est aussi plus fécond comme en atteste la réflexion sur le volume immobilier développée à partir du milieu du 20^{ème}.

En 1810, le Code civil en raison des bouleversements dans l'approche de la perception du sol dont la mine était porteuse dut composer avec ce contexte inclinant dans le sens de la verticalité (A). Le bien « mine » de 1810 ne donna pas lieu au redéveloppement du concept de ce bien dans une perspective volumique. La doctrine s'est cantonnée à un compromis satisfaisant avec une mine immeuble assimilée au fonds de terre, avec des limites oscillant entre celles du terrain concédé et celles du minerai (B).

A. La mine : une propriété verticale dans un univers horizontal

(264.) L'exploitation du sous-sol à grande échelle, dont la loi de 1810 n'est que le reflet, imposa sans doute pour la première fois une vision du sol concurrente de celle existant jusqu'alors, un nouvel « horizon empreint de verticalité » (1). Cette perspective conduisant à avoir deux biens contigus dans le sens de la hauteur, suggérait un retour sur l'une des caractéristiques du fonds de terre, à savoir sa capacité à être délimitée (2).

1. La mine ou la propriété du sol « sens dessus dessous »

(265.) La propriété foncière a un rôle de choix dans le code et concomitamment le fonds de terre appartient non seulement à la catégorie reine des biens : les immeubles, mais représente

⁶⁷⁴ I. Forestier, « La fragilisation de la propriété privée immobilière », Thèse, 2009.

au surplus, la matrice à maintes reprises soulignée en tant que première catégorie immobilière : les immeubles par nature.

Cette primauté s'explique par le poids politique et économique joué par la terre au moment de la Révolution. Or, à cette époque, le sol était un bien se développant horizontalement. L'intérêt de la propriété foncière tenait au quantum de l'étendue du sol détenu par le propriétaire. La verticalité de l'article 552 a pour principale vocation d'illustrer la puissance du propriétaire. Ainsi, la capacité de production d'une terre arable a pour corollaire la surface de la parcelle. D'autres éléments, comme la localisation ou la qualité du sol, sont également des critères essentiels, mais la superficie, soit la taille de la portion superficielle de l'écorce terrestre détenue, était, et sûrement demeure, le critère majeur. Avec la mine, l'approche est différente ; la superficie est évidemment l'une des clefs de la mesure, mais l'épaisseur compte au moins autant. Ainsi, la capacité du sol à produire de la richesse ne tient plus seulement à sa surface, mais aussi à son volume.

Second aspect, ce volume est situé en sous-sol ce qui implique une forme de compétition avec le sol. Or, la valorisation de ce sous-sol est susceptible de dépasser celle du sol surface, justifiant que certains auteurs voient dans la mine la véritable propriété foncière et celle de la surface, une simple dépendance (cf. supra §259).

Pour le sol du concept, censé représenter la ressource principale du corps social, la mine possède une dimension subversive évidente. La mine, qui est aussi le sol mais le sol pris comme un volume et non plus comme une surface, défie l'ordre du code. La perturbation est d'autant plus grande que cette propriété superficière peut se prévaloir d'une puissance économique rivalisant avec la propriété foncière traditionnelle, et porteuse d'avenir.

(266.) Pour attester du bouleversement apporté par la mine, observons le sens des mots.

Le droit superficie par exemple, peut-être sommairement défini comme un droit de propriété sur des ouvrages établis sur le terrain appartenant à un autre sujet⁶⁷⁵, ce qui fait naître une première ambiguïté. La mine susceptible d'être la superficie n'est pas située à la surface du sol. Elle représente plutôt le sol lui-même en tréfonds, ce qui revient à qualifier la mine - objet du droit de superficie - de surface, alors qu'elle se trouve en sous-sol.

Dans le même temps, nous avons qualifié de propriétaire superficière le détenteur de la propriété située au-dessus de la mine, alors qu'il s'agit, si l'on s'en tient à la définition mentionnée ci-dessus, du propriétaire du terrain. Ainsi, une perspective classique devrait conduire à parler de propriétaire superficière pour la mine et de propriétaire foncier pour les immeubles de surface, ce qui, il faut bien l'avouer, est un peu perturbant. C'est pourquoi le

⁶⁷⁵ P. Wallet, V° « Superficie », Rép. Immo., fév. 2000, §1.

doyen Savatier avait proposé d'exclure l'emploi du terme superficie porteur de confusion. Selon lui, en droit, l'usage du terme droit de superficie se référerait au sens romain du terme signifiant volume, alors que dans son sens moderne, superficie veut dire surface. Notons qu'à Rome le terme usité pour désigner le sol était *area* (cf. supra §248). Superficie s'appliquerait seulement à la propriété aérienne du sol, car comme l'indique le doyen Savatier, étymologiquement le préfixe *super* réfère au-dessus, pour le dessous il semblerait préférable d'employer le préfixe « *sub.* ». C'est pourquoi l'auteur préconisait le recours à la notion de « propriété immobilière d'un volume »⁶⁷⁶. Nous reviendrons sur cette problématique de la dénomination de l'objet de la propriété que fait naître une approche volumique du sol, car elle contribue elle-même à gêner la perception du sol en trois dimensions (cf. infra §349). Pour l'heure, l'objectif était simplement de montrer comment la mine, porteuse d'un agencement différent du sol, est venue déjouer les concepts en place, jusqu'à remettre en cause la cohérence des termes utilisés.

Ce changement s'est traduit par des débats doctrinaux incessants sur la dimension du droit de propriété et finalement, assez peu sur celle de son objet, la question étant comme mise à l'écart par le principe de l'unité du sol. Or, le passage d'un sol appréhendé verticalement et non plus horizontalement, questionne principalement la notion de bien foncier, et donc revient à s'interroger sur le concept de l'unité du sol qui en est le pilier.

2. *La limite du sol surface appliquée à la mine*

(267.) La mine, bien que nécessitant d'être appréhendée comme un volume, a été principalement perçue comme une surface, conformément au concept de sol du début du 20^{ième}. Cette question sera développée plus largement à l'occasion de l'examen du volume immobilier, concept plus générique, le présent paragraphe se limitant à faire le parallèle entre l'absence de limite et les critiques adressées à la doctrine dominante qualifiant la mine d'immeuble par nature (cf. supra §624 et s.).

L'exposé de la problématique doit débiter par celle du concept de l'unité du sol. C'est, en effet sur ce principe que les auteurs se fondent pour souligner l'impossibilité matérielle de découper une parcelle de terre dans le sens de l'épaisseur. Toute tentative contrevenant à ce principe relèverait de la fiction (cf. supra).

La doctrine classique réussit à contourner cette difficulté, sans la résoudre. Elle déclara l'existence du bien « mine » en se fondant sur la loi de 1810, qui institua un droit de

⁶⁷⁶ Pour le Doyen Savatier le terme superficie en droit romain signifiait volume alors que dans le langage actuel il signifie surface, R. Savatier, « La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers » : D. 1976, chron. §6 p. 105.

propriété au profit du concessionnaire. Ce bien ne pouvait être alors qu'un bien corporel. Cette nature était corroborée par la non contestable corporalité de la mine, mais aussi par le souci de se conformer aux canons de la propriété du code. La loi de 1810, en se gardant bien d'affirmer clairement une telle position (cf. supra §200 et s.), confirmait l'hypothèse d'une propriété minière. Cette option correspondait également au meilleur compromis économique, social, juridique, etc. Une mine relevant de la surface avait échoué, et une mine propriété de la Nation était trop déstabilisante. Pour autant, la question du principe de l'unité du sol restait en suspens. L'aura de la loi de 1810 permit tout au plus de l'écarter. S'en suivirent de nombreux débats soit pour réarmer l'idée d'une mine appartenant à la surface, respectueuse de l'article 552, soit pour revendiquer une propriété minière dont la surface ne serait que l'accessoire comme le fit P. Rey (cf. supra §259), soit enfin promouvoir une mine dépendante de la sphère publique. Cette dernière position finit par l'emporter en 1919, mais fait plus important, cette solution faisant de la mine un droit réel, était compatible avec le principe de l'unité du sol. On retrouve trace de cette approche chez L. Aguilhon qui se fonde sur des prérogatives diminuées du concessionnaire pour conclure à l'incorporalité de la mine (cf. supra §261). Proudhon et sa mine constituée d'un domaine éminent détenu par l'État ne disait pas autre chose (cf. supra §219 et s.). On pourrait rajouter à cette liste J. P. Marty ou F. Dumont. Le premier auteur proposait une propriété de droits en prenant le soin de réduire la mine à un exemple isolé, tout mettant en avant le caractère fictif d'une division verticale du sol. Concernant F. Dumont sa superficie - droit réel sur la chose d'autrui - s'explique également par un sol unitaire indépassable, que l'exemple de la mine n'est pas de nature à remettre en cause.

Or, nous avons vu que le principe de l'unité du sol, c'est-à-dire, l'impossibilité de diviser verticalement le sol n'avait rien d'indépassable. Si, et c'est là toute la puissance du sol civiliste, le sol peut être divisé horizontalement en parcelle, rien ne s'oppose à ce qu'il le soit verticalement en volume (cf. supra §104 et s.). La mine, tout en rendant incontournable la dimension volumique du sol, ne se traduisit par une conceptualisation verticale de la ressource foncière. Il est vrai que l'homme venait tout juste de découvrir comment diviser le sol grâce aux mathématiques, comme le rapporte Babeuf dans son cadastre perpétuel, vantant, en la matière, les « avantages à tirer du nouvel instrument trigonométrique de M. Audissred »⁶⁷⁷.

La mine de 1810 ne trancha donc pas la question des limites verticales du sol. Elle se limita à un bornage en deux dimensions, complété par la notion de contour des minerais.

⁶⁷⁷ F.N. Babeuf et J. P. Audiffred, « Cadastre perpétuel ou la Démonstration des procédés convenables à la formation de cet important ouvrage ... », Paris, 1789, introduction.

B. La mine un volume à géométrie variable

(268.) La mine volume obéissant à une logique verticale était trop éloignée de la vision 19^{ième}. Dans le même temps, le bornage de surface conçu par la loi de 1810 s'est révélé incapable d'accéder à la troisième dimension, en ne distinguant pas mine et surface.

L'absence de limites réelles de la mine représente sans doute la déficience majeure du concept de propriété minière, et fut également un levier à la contestation de son principe. Une partie de la doctrine se fonda sur cette carence pour limiter la mine au filon ou au minerai. Cohérent par certains aspects, ce concept critiqué par les défenseurs de la propriété minière (1) soulève plus de difficultés qu'il n'apporte de réponses, par exemple en matière de recherches nouvelles sur terrain déjà concédé (2). Finalement, le bien « mine » de 1810 ne parvint jamais à arrêter précisément des limites entre le minerai et le terrain concédé (3).

1. L'insuffisance de la proposition d'une propriété minière limitée à celle du filon

(269.) Pour pallier l'absence de limites de la mine, une partie de la doctrine et de la jurisprudence ont proposé, sans réellement convaincre, une mine assimilée au filon. Une telle démarche avait pour effet de contenir substantiellement la propriété de la mine.

La mine étant conditionnée par l'obtention d'une concession valant autorisation d'exploiter, la propriété du concessionnaire correspond au gisement *stricto sensu*. Ainsi, Bréchignac et Michel, soutiens de cette thèse, disaient dans leur résumé de doctrine et de jurisprudence : « L'acte de concession d'une mine ne transmet que la propriété des substances minérales concédées, avec le droit de faire dans le sein de la terre les travaux nécessaires pour les atteindre et les extraire. Il détache la mine seule du domaine de la superficie, et laisse intacts tous les autres droits du propriétaire du sol. »⁶⁷⁸. Soutenue par la jurisprudence⁶⁷⁹, la mine filon contient la perte des prérogatives du propriétaire du sol sur la mine. La théorie évite les conflits concernant l'extraction des minerais non visés par la concession, et protège les intérêts de la collectivité pour l'avenir. Contenir la mine au minerai, c'est aussi limiter sa matérialité, et mettre en avant son incorporelité, puisque la matière existe principalement au travers du droit d'exploiter. En toute logique, L. Aguillon qui privilégiait l'idée d'une mine incorporelle (cf. supra) s'oppose à la mine volume, relayant les limites du bornage en surface à un élément de procédure administrative car : « l'assimilation de la mine à un champ n'amène à aucun résultat »⁶⁸⁰.

⁶⁷⁸ V. Bréchignac et L. Michel, « Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en matière de mines », Paris, 1887 §64 p. 100.

⁶⁷⁹ Tribunal de Saint-Etienne, 17 février 1886, Garnier c/ Mines de Firminy, Rev. Del., 1886, 245.

⁶⁸⁰ L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris, 1903, §213, p. 162.

Cette propriété minière *a minima*, en se centrant exclusivement sur la finalité de la mine, le minerai, est incapable de traduire ce que suppose l'activité minière en termes d'espace. La mine minerai néglige la portée réelle des prérogatives du concessionnaire, qui dépassent la limite physique du minerai, même s'il en demeure le point central.

(270.) La mine vue exclusivement au travers du minerai ne rend pas compte spatialement de ce que nécessite l'industrie minière. Par les moyens importants développés, y compris au sens physique, de l'étendue spatiale, la mine ne peut pas être limitée au minerai.

Une mine nécessite des opérations lourdes en sous-sol comme la réalisation de puits, de galeries étayées parfois à l'aide de structures maçonnées, la réalisation de voies de chemin de fer, etc., mais aussi en surface avec le carreau de la mine, véritable centre névralgique de l'ensemble. Physiquement, de telles opérations vont conduire le concessionnaire bien au-delà de la zone contenant le minerai, ce qui pose la question des droits sur cette partie. Si l'on se place dans la perspective d'un tréfonds *res nullius*, l'hypothèse d'une mine minerai est envisageable. Le concessionnaire pour accéder au minerai évoluerait dans un espace appartenant à personne. Par contre, avec la théorie de l'accession, la mine minerai n'est pas satisfaisante. Le concessionnaire userait d'un espace appartenant au propriétaire du sol pour procéder aux opérations d'extraction. Notons, que pour la partie située entre le sol de la surface et le plafond de la mine ou les fonds de deux mines contiguës, la thèse de la *res nullius* est difficilement envisageable. Le tribunal de Saint-Étienne⁶⁸¹, s'était prononcé en ce sens. Dans cette affaire, les juges avaient refusé au concessionnaire le droit d'établir un tuyau à moins de deux mètres de la surface. Le tribunal considérait que l'ouvrage pouvait empêcher l'établissement de fondations ou la construction d'une cave, ce qui signifie qu'au moins une partie du sous-sol n'était pas une *res nullius*, mais l'accessoire de la propriété de la surface, ce qui semble difficilement contestable. Dès lors, se pose la question de savoir pourquoi refuser à la mine, ce que l'on accorde à la surface : la propriété d'un espace allant au-delà du bien immobilier pris isolément, le bâtiment ou le minerai.

Pour ces raisons, la mine limitée au minerai fut contestée par les auteurs favorables à la propriété minière. Goussard par exemple, considérait que la mine se composait de tous les terrains situés dans l'étendue du périmètre concédé⁶⁸². Rey bien sûr, dont le dessein était de marginaliser la propriété de la surface, dénonça la mine minerai comme une négation de la loi de 1810. Selon lui, un filon ne pouvait pas être une propriété immobilière perpétuelle. La

⁶⁸¹ Tribunal de Saint-Etienne, 2 mars 1876, cité par V. Bréchignac et L. Michel, « Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en matière de mines », Paris, 1887 §64 p. 100.

⁶⁸² A. Goussard, « Droit romain : de la Propriété au point de vue du droit civil et du droit prétorien. Droit français : de la Règle que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, et de ses modifications », Thèse, Paris, 1868, p. 136.

mine minéral réduisait à la condition de « fermier » le concessionnaire, pour qui le minéral était semblable à la production d'un champ insusceptible d'hypothèque.⁶⁸³ Rey cite un auteur dont le propos est tout à fait explicite sur ce sujet : « ... cette restriction (la mine minéral) qui sert constamment de point de départ au système que nous combattons, est en opposition directe avec l'esprit comme les textes de la loi du 21 avril 1810. La propriété inférieure n'est pas moins complètement constituée que la propriété supérieure. Comme elle, elle forme un corps et une masse. Elle contient et elle embrasse les terres, les roches, les matières au milieu desquelles sont les substances qui ont déterminé la concession, tous les attributs légaux de la propriété. ». Cette question de la mine minéral rejoint le débat sur « les choses individualisées » que l'on retrouve chez les tenants de la thèse dualiste, sur lequel nous reviendrons (cf. infra §472 et s.).

Toutefois, si la mine de 1810 fait état du dilemme entre une propriété de choses individualisées et la propriété d'un espace, elle n'apporte pas de réelle réponse en la matière. Entre le concept d'un bien mine se limitant au minéral, précis mais trop restrictif, et une mine volume aux contours trop vagues, la législation de 1810 ne choisit pas clairement. Il s'en est suivi une déstabilisation du modèle de la propriété minière, comme l'illustre la question des recherches nouvelles sur un terrain déjà concédé.

2. *L'exemple de l'imbroglia des recherches nouvelles sur terrain déjà concédé*

(271.) Précisons immédiatement que le sujet est complexe voire obscur⁶⁸⁴, et a donné lieu à une foule de controverses. Nous ne tenterons pas de dissiper, cette obscurité mais simplement, après un aperçu des positions réciproques, de mettre en parallèle cette question avec celle de l'absence de limites bien définies de l'immeuble mine.

Les recherches nouvelles en terrain concédé sont visées à l'article 12⁶⁸⁵ de la loi de 1810. Trois lectures en ont été faites.

Au terme de la première, la doctrine considérait que le droit du concessionnaire s'étendait de points définis en surface allant jusqu'au centre de la Terre. En conséquence, le droit du concessionnaire comprenait la faculté d'engager de nouvelles recherches sur toute cette étendue, nécessitant le cas échéant une autre concession pour exploiter ces nouveaux

⁶⁸³ P. Rey, « De la propriété des mines et de ses conséquences d'après les principes de la loi du 21 Avril 1810 », Paris, 1857, p. 140.

⁶⁸⁴ L'auteur conclut son paragraphe sur la recherche en terrains concédés par « Au fond la question reste fort obscur », L. Aguilon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris 1903, §113 p. 86.

⁶⁸⁵ Art.12 loi 1810 : « Le propriétaire pourra faire des recherches, sans formalité préalable, dans les lieux réservés par le précédent article, comme dans les autres parties de sa propriété; mais il sera obligé d'obtenir une concession avant d'y établir une exploitation. Dans aucun cas, les recherches ne peuvent être autorisées dans un terrain déjà concédé. ».

minerais⁶⁸⁶. La proposition est conforme à un droit de propriété minière offrant au concessionnaire toutes les utilités de sa chose et d'en exclure les autres. L'interprétation s'appuie sur un argument de texte ; l'article 12 dernier alinéa, dit en effet qu'aucune nouvelle recherche ne pourra être engagée sur « un terrain déjà concédé ».⁶⁸⁷ La formulation laisse entendre que ces recherches relèvent du pouvoir du concessionnaire, et non d'un tiers inventeur. À défaut, l'interdiction n'aurait pas visé le terrain, mais la substance concédée conformément au concept de la propriété se limitant au minerai. Cette solution était d'ailleurs en cohérence avec les travaux préparatoires, puisque le conte de Girardin y indiquait : « La dernière disposition de l'art. 12, défend toutes recherches dans un terrain concédé. Des recherches qui auraient pour objet la mine concédée, seraient une entreprise sur la propriété d'autrui (du concessionnaire); s'il existait dans un terrain déjà concédé une mine inconnue (c'est-à-dire une mine autre que la mine- concédée), tous les motifs se réunissent pour en attribuer exclusivement la recherche au propriétaire de la première. ».⁶⁸⁸ Notons pour finir, que sont visées ici les mines concédées par mesurage en surface et non par couches (cf. art.29).

La seconde interprétation de l'article 12 refusait au concessionnaire un droit exclusif à nouvelles recherches. Pour les auteurs défendant cette position, tels A. Bury ou L. Aguillon, le concessionnaire avait un droit d'exploiter, visant un minerai précis et se limitant à cette exploitation. Ces auteurs considéraient l'article 12 comme une « superfluité »,⁶⁸⁹ indiquant le principe d'un droit à nouvelles recherches sur les substances déjà concédées, et des recherches ouvertes à tous pour les substances ne l'étant pas ! La volonté d'ouvrir largement la recherche de nouveaux minerais était justifiée par un souci d'efficacité économique. En ne réservant pas cette prérogative au concessionnaire, on favorisait de nouvelles découvertes et l'expansion du secteur⁶⁹⁰.

Enfin, dans le troisième système, minoritaire, seul le propriétaire de la surface était autorisé à procéder aux recherches de minerais autres que ceux concédés, comme il pouvait le faire

⁶⁸⁶ La jurisprudence imposait une nouvelle concession pour l'exploitation des minerais nouvellement découverts, Dijon, 21 août 1856; Lyon, 23 mai 1856; Cass. req. rej. 17 juin 1837, citées par A. Goussard, « Droit romain : de la Propriété au point de vue du droit civil et du droit prétorien. Droit français : de la Règle que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, et de ses modifications », Thèse, Paris, 1868, p. 146.

⁶⁸⁷ Voir F. Naudier, « Des mines et des carrières en droit romain : législation des mines, ancien droit, droit intermédiaire, loi du 21 avril 1810, doctrine et jurisprudence », Larose (Paris)-1877, p.120. L'auteur développe l'argument de la propriété minière du concessionnaire et celui de la formulation de l'article 12.

⁶⁸⁸ Citée par A. Bury, « Traité de la législation des mines, des minières, des usines et des carrières en Belgique et en France, ou Commentaire théorique et pratique de la loi du 21 avril 1810 et des lois et règlements qui s'y rattachent », Tome 1 -F. Renard (Liège)-1859, §100, p. 71.

⁶⁸⁹ L. Aguillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Édition, Paris 1903, §113, p. 86.

⁶⁹⁰ A. Bury, « Traité de la législation des mines, des minières, des usines et des carrières en Belgique et en France, ou Commentaire théorique et pratique de la loi du 21 avril 1810 et des lois et règlements qui s'y rattachent », Tome 1 -F. Renard (Liège)-1859, §100, p. 72.

sur la totalité de son terrain avant toute concession. Ce monopole pour les nouvelles recherches accordé au propriétaire de la surface était critiquable et fut critiqué⁶⁹¹.

Il n'y a pas d'intérêt à se positionner aujourd'hui sur l'interprétation de l'article 12 de la loi de 1810. Disons seulement, exception faite du droit à recherche de la surface, que la première interprétation s'entend d'une mine volume et la seconde du mine minéral. Ces deux options présentant chacune des avantages et des inconvénients pouvaient également répondre ou encore deux catégories de mines existantes, les mines concédées sur la base d'un mesurage de surface, et celles concédées en référence à une couche de minerais. Pour ce type de mine, l'interprétation de l'article 12 refusant au concessionnaire le droit à nouvelles recherches en dehors de la substance concédée, semblait cohérente. Or, il est intéressant de noter que pour ces concessions par couches, il paraissait également difficile de se limiter au minéral sans inclure une notion d'espace.

(272.) Les concessions par couches étaient le fait d'une seule région, mais doivent être développées, car la pratique intéresse notre sujet. En effet, la configuration de ces mines aurait pu conforter l'idée d'une mine limitée aux minerais, excluant le droit du concessionnaire à réaliser de nouvelles recherches en dehors de la substance concédée. Toutefois, il semble que pour ces concessions, les limites de la mine et du minéral ne coïncidaient pas non plus. Ainsi, même limitée au minéral la mine ne réglait pas la question des recherches nouvelles.

Par exemple, si l'on se réfère à la séance du Conseil d'État du 18 janvier 1810 rapportée par Bury⁶⁹², à propos des mines par couches ce dernier disait : « ... les couches se confondaient dans leur direction et dans leur pente, et surtout dans les plis et les ressorts fréquents qu'elles éprouvent, où le toit, le mur et la houille sont souvent mélangés... ». Cette situation était propice au conflit, puisqu'il était aisé au concessionnaire indelicat, de troubler les autres, toujours selon Bury : « ... en versant des eaux dans les travaux inférieurs par un simple trou de sonde et de culbuter des exploitations supérieures par défaut de piliers suffisants. ».

Une fois mis de côté ces détails, on voit bien comment dans l'hypothèse d'une concession par couches, l'absence de limites de propriété clairement définies en trois dimensions, nuisait au respect de chacune des entités. La situation illustre le lien propriété foncière et bornage. Le bornage permet en effet à l'exclusivité offerte par le droit de propriété de se déployer en

⁶⁹¹ A. Bury, « Traité de la législation des mines, des minières, des usines et des carrières en Belgique et en France, ou Commentaire théorique et pratique de la loi du 21 avril 1810 et des lois et règlements qui s'y rattachent », Tome 1 -F. Renard (Liège)-1859, §101, p. 73.

⁶⁹² A. Bury, « Traité de la législation des mines, des minières, des usines et des carrières en Belgique et en France, ou Commentaire théorique et pratique de la loi du 21 avril 1810 et des lois et règlements qui s'y rattachent », Tome 1 -F. Renard (Liège)-1859, §233, p. 146. Ces caractéristiques étaient en fait mises en avant pour présenter les inconvénients de la

ayant œuvré préventivement à la résolution d'un éventuel conflit entre les propriétaires de fonds voisins (cf. supra §124 et s.). Le bien « mine », assimilable au bien-fonds, ne pouvait pas se prévaloir de limites verticales, encourageant les tensions. Le problème se posait plus encore pour les concessions classiques à plans verticaux, puisqu'une zone plus ou moins vaste subsistait entre le gisement et le terrain objet de la concession. Lors de nouvelles recherches se posait la question de savoir si le concessionnaire était en droit ou non de les exercer comme nous l'avons vu.

La définition de limites basses et hautes pour la mine, comme cela se pratique en matière de volume immobilier sur la base du système de cotation NGF (cf. infra §624 et s.) aurait facilité la gestion de la mine. La question des recherches nouvelles comprenait d'autres aspects puisque malgré la délimitation précise du périmètre de la mine, ces recherches pouvaient être soumises à autorisation. Toutefois, en reconnaissant la dimension volumique de la mine, les débats auraient au moins gagné en clarté.

3. La mine de 1810 un espace contenant du minerai

(273.) La mine de 1810 imposait une appréhension en trois dimensions trop éloignée des schémas de la propriété du 19^{ième} siècle. La conceptualisation du bien objet, en ne parvenant pas définir des limites verticales, déboucha sur une propriété minière instable.

Consolider la propriété minière aurait supposé de voir la mine comme un espace, comme le fit le doyen Savatier, qui déclarait à propos de la mine de 1810 : « Il est vrai que l'amputation de la propriété tréfoncière porte moins sur l'espace que sur une matière remplissant cet espace. Mais c'est pourtant de cet espace que fait usage le concessionnaire, en y établissant ses galeries »⁶⁹³. Dans cette perspective, la matière minerai devenait la finalité de la mine dont l'exploitation, la valorisation, induit un espace plus vaste, ayant pour limite le terrain concédé. En suivant, la question de la limite entre mine et surface devenait ouvertement le nœud gordien de la problématique, ce qu'elle a été sans le dire, puisque les limites verticales de la mine n'ont jamais été un sujet. Établir des limites de la mine allant au-delà du minerai et prenant en compte le champ d'action physique réel du concessionnaire aurait permis de parfaire la qualification de la mine immeuble par nature. Ainsi, la voie vers une qualification de propriété de mine serait-elle devenue moins sinueuse. Une fois le sujet de la nature de la mine apaisé, un axe complémentaire aurait pu être défini, celui d'une mine droit réel. Ce sera la proposition à laquelle nous aboutirons pour le volume immobilier avec

concession par couches jugées complexe et plus onéreuse. Le législateur finit néanmoins par prévoir cette exception dans le but de ne pas froisser les autorités de cette région.

⁶⁹³ R. Savatier, « La propriété de l'espace » : D. 1965, chron. p. 215.

une propriété volumique relevant de l'article 552 et un volume droit de superficie fondé sur l'article 553 (cf. infra §624 et s.). P. Brouillaud au début du 20^{ème} siècle, a formulé une proposition très voisine faisant que la mine, en fonction de la volonté des parties, pouvait donner lieu à une aliénation du tréfonds ou être concédée par l'octroi d'un droit réel⁶⁹⁴. La posture conduisait sans doute trop directement à s'interroger sur l'interdépendance inévitable entre la surface et la mine, contraire au dogme de la propriété parfaite, symbolisé par la confusion du droit et de la chose, et le principe de l'unité du sol.

Dépasser ces principes n'était sans doute pas d'actualité à une époque contemporaine de la publication du code. Par ailleurs, le droit du 21^{ème} siècle est confronté à des difficultés proches de celle de la mine de 1810 concernant le droit de superficie. Les avancées proposées par le doyen Savatier sont aussi sujettes à débats, alors même que la science juridique actuelle peut compter sur des moyens techniques de mesures du sol d'une puissance sans commune mesure avec ceux des siècles précédents. La cotation NGF n'existait tout simplement pas au 19^{ème} siècle, et avec elle la possibilité de définir des limites basses et hautes précises pour la mine. Dans ces conditions, préconiser une analyse de la mine sur le modèle du dessus, comme le fit une partie de la doctrine⁶⁹⁵, était sujet à caution et sans doute pas souhaitable. Imaginons par exemple les difficultés concernant l'application des règles d'empiètement⁶⁹⁶. Sur cet aspect, il n'est pas inutile de revenir une fois encore à l'analyse de Demolombe.

Repoussant cette vision d'une propriété minière dans l'incapacité de gérer la relation pourtant indispensable avec la surface du fait de la configuration physique de la mine, Demolombe indique : « Il est incontestable que ces deux propriétés, celle de la mine, et celle de la surface, sont, par le résultat même de cette situation naturelle des lieux (arg. des articles 639, 640) et de cette superposition, dans un état de dépendance réciproque, qui altère, de chaque côté, la plénitude du droit, et qui les soumet ainsi forcément à des conditions spéciales d'existence et d'exercice. »⁶⁹⁷. Pour l'auteur, le régime de la propriété de la mine en raison de ses caractéristiques physiques (la situation naturelle des lieux) doit être adapté. Cette adaptation est réalisée par : « une espèce de servitude naturelle, qui grève les deux propriétés » et l'auteur ajoute : « aucune indemnité n'est due de part ni d'autre, parce

⁶⁹⁴ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 155.

⁶⁹⁵ E. Chevallier, « De La Propriété des mines et de ses rapports avec la propriété superficière », Paris, 1876, voire aussi A. Bury, « Traité de la législation des mines, des minières, des usines et des carrières en Belgique et en France, ou Commentaire théorique et pratique de la loi du 21 avril 1810 et des lois et règlements qui s'y rattachent », Tome 1 -F. Renard (Liège)-1859, §629, p.415 qui s'oppose à cette position citant Devilleneuve et Carrette recueil, « que la propriété des mines concédées est indépendante de la propriété du sol supérieur, et que toutes deux se doivent réciproquement indemnité pour toute expropriation ou dépréciation subie par l'une au profit ou à l'occasion de l'autre. ».

⁶⁹⁶ V. Bréchnignac et L. Michel, « Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en matière de mines », Paris, 1887 §64 p.90.

⁶⁹⁷ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §650 p. 571.

que telle est la condition même d'existence des deux droits »⁶⁹⁸(de propriété)⁶⁹⁹. Il n'est pas utile de développer l'argument puisque revient ici la question des spécificités des prérogatives du concessionnaire, et derrière celle de l'objet de la propriété minière. Puis à partir de là, revient l'idée d'une propriété à la fois différente et conforme à la propriété du code, qui a été le fil conducteur de ce chapitre, comme de nombreux exposés sur ce sujet⁷⁰⁰. En guise de conclusion, disons simplement que le bien « mine » à géométrie variable, se situant entre la mine minéral et la mine volume des terrains concédés, fut un élément d'ajustement salvateur à un moment où l'analyse du bien restait sous l'emprise du concept de la confusion et le sol en deux dimensions. En dépit de nombreuses controverses, la mine de 1810 représente un exemple de choix de la prise en compte de la troisième dimension en matière de propriété foncière, comme le remarqua justement P. Besombes-Singla.⁷⁰¹ La mine posa à la propriété du code les questions auxquelles le volume immobilier contribuera à parfaire les réponses (cf. infra §624 et s.).

Conclusion Chapitre I : L'exemple de la mine de 1810

(274) La loi du 21 avril 1810 est une séquence législative à la fois passionnante et en partie insaisissable. Œuvre législative à la gestation tumultueuse, elle comporte des zones d'ombre évidentes, difficilement pénétrables pour la science juridique. Ce travers complique singulièrement la tâche de celui qui souhaite en extraire la substance, d'autant que la loi de 1919 tourna le dos à la propriété minière. Néanmoins, les joutes doctrinales intenses occasionnées par la loi de 1810, très sommairement restituées dans ce chapitre, constituent un apport essentiel sur les questions de propriété, apport qui reste largement à approfondir. Pour ce qui concerne notre propos, plusieurs enseignements peuvent être mis en exergue. Pour le premier, laissons parler L. Aguillon : « Loin qu'on doive s'étonner de la variété des

⁶⁹⁸ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §650 p. 571. La proposition de Demolombe reprend la position de la jurisprudence évoquant elle aussi des servitudes réciproques cf. note bas de page n°83 arrêt CA Angers 5 mars 1847.

⁶⁹⁹ Voir également A. Bury, « Traité de la législation des mines, des minières, des usines et des carrières en Belgique et en France, ou Commentaire théorique et pratique de la loi du 21 avril 1810 et des lois et règlements qui s'y rattachent », Tome 1 -F. Renard (Liège)-1859, §627 qui dénonce l'interprétation voyant dans l'affaire dite de « Couzon » l'assimilation pure et simple de la propriété minière à la propriété du code.

⁷⁰⁰ Voir pour une variante par exemple Colin et Capitant disant : « L'idée qui domine la législation spéciale promulguée en 1810, c'est que la propriété d'une mine constitue bien une propriété, mais indépendante de celle de la surface et n'appartenant pas nécessairement au propriétaire de cette surface ». A. Colin et H. Capitant, « Cours élémentaire de droit civil français », t. I, conforme au programme de première année, 1914, Paris, p. 715.

⁷⁰¹ P. Besombes-Singla, « Droit de superficie et constructions en volumes, in pratiques et évaluations de la copropriété, congrès des notaires 1976 », p.599 : « La loi du 21 avril 1810, sur l'exploitation des mines, devait constituer une première illustration de la dissociation de la propriété. »... « La loi sur l'exploitation des mines constitue la première illustration légale de l'existence d'un volume immobilier situé dans le tréfonds ».

solutions admises à diverses époques dans des pays différents, une étude plus attentive montre généralement qu'elle s'imposait. Concevoir de la législation minière un type métaphysique dont on ne pourrait s'écarter sans être taxé d'erreur, serait commettre une faute au point de vue juridique comme au point de vue économique. ». En d'autres termes, le mode d'appropriation du sous-sol est contingent du moment, et du lieu dans lequel il s'applique. Les options successives opérées depuis 1791 rendent simplement compte de ce besoin d'adaptation.

Second enseignement, dès son origine la propriété du code, face aux bouleversements économiques et sociaux portés par la mine, a été en capacité d'assimiler une forme de propriété présentant certaines spécificités, par l'entremise du droit de superficie. Par sa nature ubiquiste, ce dernier offrit le support permettant à la propriété minière de se développer, tout en brisant simultanément de l'intérieur le concept de la confusion entre le droit et son objet, à la base du concept de la propriété du code.

Troisième enseignement, les spécificités de la mine, caractérisées par le maintien d'un lien avec la surface et l'immixtion des pouvoirs publics dans des prérogatives du concessionnaire, ne s'interprètent plus comme une forme de dénaturation du droit de propriété minier. « Ces imperfections » annoncent la mutation du droit de propriété en particulier immobilier. En accédant à une liberté nouvelle, celle de pouvoir s'approprier la richesse du sous-sol, le concessionnaire s'est vu imposer des responsabilités nouvelles. Comme nous le verrons l'imperfection est devenue la propriété de principe, rejetant au rang de concept théorique la propriété parfaite (cf. infra §624 et s.).

Enfin, quatrième et dernier enseignement, le recul du temps offre l'opportunité d'une perspective nouvelle sur l'analyse de l'objet de la propriété minière. Tout d'abord la dimension volumique de la mine, la technique des « investissements », et les servitudes nées de « la situation naturelle » de la mine et de la surface, représentent des points de contact conceptuels évidents avec le volume immobilier moderne. Ensuite, la problématique des limites de la mine apparaît comme étant le vecteur qui aurait permis de finaliser, d'achever, dans le respect des principes de la propriété du code, la réception de la propriété minière, et même d'enrichir le concept de propriété par les particularités de la mine. La portée de l'observation doit, pour être appréciée à sa juste valeur, prendre en compte le chemin parcouru par le concept de la propriété depuis les discussions sur la propriété minière du 19^{ième} siècle.

Chapitre II : L'exemple des caves, grottes et autres excavations

(275.) Les caves, grottes, souterrains et autres excavations, représentent la seconde référence de portée générale du code au droit de superficie. Comme la mine, les autres biens souterrains concernent la propriété du dessous. Faisant exception au principe de l'unité du sol de l'article 552, cette situation est visée à l'article 553 dans sa seconde partie⁷⁰². La démarche du législateur diffère radicalement de celle utilisée pour la mine. Pour les biens souterrains, le texte n'est pas organisé autour de l'intervention des pouvoirs publics au nom de l'intérêt général. L'article 553 souligne plus modestement la possibilité de mettre en échec le droit d'accession du propriétaire, du fait de la présence en sous-sol d'un souterrain appartenant à autrui.

Cette référence explicite aux biens souterrains de l'article 553, conforte l'idée de certains auteurs opposant la dimension matérielle de l'article 553 au caractère incorporel de 552⁷⁰³. Ce second article a sans aucun doute une orientation conceptuelle forte, qui va jusqu'à une forme de mysticisme en sanctifiant le sol (cf. supra). De même, le Doyen Savatier, fonda sa théorie des volumes immobiliers sur l'article 552, support idéal de la désincarnation du sol, reléguant l'article 553 à un rôle moins noble, celui de représenter le contenu matériel du volume. Cette répartition est loin d'être anodine. Dans l'esprit de R. Savatier, la matière représentait le passé que la modernité sous-jacente poussait à la remise. Avec le volume disait-il : « Nous restons ainsi dans l'abstrait, sans nous préoccuper de la matière concrète remplissant, en fait, ces volumes... ». Cependant, si la base du volume est bien l'article 552 présentant les trois dimensions du sol, le Doyen Savatier opère classiquement la dissociation du volume par l'article 553⁷⁰⁴. D'autre part, la propriété minière dont l'objet, en 1810, était un bien matériel, a été construite sur la base de l'article 552. De la même façon, les vestiges archéologiques visés dans la loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive sont également des biens corporels, dont l'appropriation est une exception à

⁷⁰² Art. 553 Code civil : « Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé ; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment. ».

⁷⁰³ W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010, Fasc. unique, §53.

⁷⁰⁴ R. Savatier, « La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers » : D. 1976, chron. §5 p.105 : « mais c'était pour marquer la nécessité de compléter cette 'parcelle' par les 'volumes' qu'en fait normalement dépendre, au-dessus et au-dessous d'elle, l'art.552 c. civ., mais que permet d'en séparer l'art. 553. ».

l'article 552⁷⁰⁵, comme le serait la propriété spéléologique de certaines grottes.⁷⁰⁶ L'opposition d'un article 553 symbole de matière et 552 d'abstraction est donc contestable. Le débat illustre la difficile question de la distinction entre le droit de propriété et l'objet de ce droit, dont la résolution pourrait, encore aujourd'hui, ne pas être acquise. Il est toutefois possible de considérer, comme nous le ferons, que l'article 552 se rapporte plutôt à l'objet de la propriété (sa division) et l'article 553 au droit de propriété (son démembrement), avec à chaque fois, une démarche de conceptualisation se rapportant à une chose relevant du monde tangible, le sol (cf. infra §718 et s.). Dans ces conditions, la mention des souterrains à l'article 553 ne donnerait pas d'indication sur la portée de cet article dans un schéma matière versus idéalité. Le terme souterrain renverrait à la mise en œuvre de la division volumique du sol sur le modèle esquissé à l'article 552, comme le suggère le doyen Savatier pour le volume immobilier, dont le souterrain n'est finalement qu'une illustration.

Plus généralement, en dehors de cette mention «un souterrain sous le terrain d'autrui », d'ailleurs peu commentée, la nature de ces biens, comme celle du droit de propriété dont ils sont l'objet, n'ont pas donné lieu aux débats qui animèrent la mine, tant s'en faut. On peut même dire qu'en dépit d'une grande similarité entre ces biens d'un point de vue juridique, les souterrains n'ont jamais réellement soulevé l'intérêt de la doctrine, hormis sur des aspects bien particuliers. La raison tient certainement à la modestie des enjeux patrimoniaux associés à ces biens, notamment en comparaison de la mine. Pour la doctrine dominante, la propriété des caves, grottes, souterrains et autres excavations répondrait aux canons de la propriété du code sans constituer une véritable problématique.

Ainsi, très tôt doctrine et jurisprudence ont vu dans les biens souterrains, des biens dont l'appropriation attribuée à un individu toute sa potentialité contribuant à la modernité du code (section1). Seulement à bien y regarder, cette évidence n'a peut-être pas la portée imaginée de prime abord. Il est même possible de considérer que l'absence de débat s'expliquerait par une forme de déplacement de l'objet de la discussion. Ainsi, l'analyse de la question de la preuve de la propriété dissociée, pour laquelle il n'y a pas lieu de distinguer entre dessus et dessous, semble attester de la difficulté à recevoir dans notre droit la propriété superficielle des biens souterrains autres que la mine. Alimentée par des positions croisées entre jurisprudence et doctrine, la question du mode de preuve de la propriété superficielle, met en avant une volonté, consciente ou non, de maintenir au rang d'exception le développement vertical du sol. Via l'exigence d'une preuve renforcée pour la propriété

⁷⁰⁵ C. Saujot, « La loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive », JCP 2001.I.351 et Cass. civ.3^e, 12 juill. 2000, RTD Civ. 2002 p. 539, note T. Revet qui revient sur la portée de cette loi au regard du principe édicté à l'article 552.

⁷⁰⁶ M. Troupel, « La propriété du sous-sol. Les eaux souterraines et les grottes », thèse, Montpellier, 1933 ; G. Cord, « De la propriété spéléologique », Thèse, Paris, 1899.

superficiaire alors que la propriété se prouve, elle, par tous moyens, réapparaît l'interrogation sur la nature de la propriété du dessous et du dessus (Section 2). Ce glissement de l'objet du débat du principe de la propriété vers sa revendication, n'a, au demeurant, rien de surprenant lorsque l'on connaît le lien étroit entre l'évolution de la propriété et la preuve de la propriété⁷⁰⁷. Les perturbations opérées par la verticalité des biens souterrains se retrouvent donc pour ces biens dans une configuration très proche de celle de la propriété minière. Et, de façon semblable, la mauvaise délimitation verticale des souterrains et autres excavations, éclaire la propriété de ces biens (section3).

Section I : En doctrine les autres biens souterrains répondent aux canons de la propriété du code énoncés aux articles 544 et 518

(276.) La doctrine a toujours analysé, et continue d'analyser, la propriété des biens souterrains comme une propriété répondant aux principes posés par le Code civil.

Les biens objet de ces propriétés souterraines sont qualifiés sans discussion, d'évidence, d'immeubles par nature tels qu'ils sont définis aux articles 518 et suivants. Étonnamment, lorsque l'on établit le parallèle avec la mine de 1810, la particularité tenant à la configuration de ces biens, synonyme d'imbrication et de juxtaposition avec les propriétés voisines du fait de leur développement vertical, n'est pas regardée comme susceptible de remettre en cause le schéma de la propriété. La mise en tension de l'axiome : un sujet de droit investissant une chose à l'exclusion de tous les autres ne semble provoquer aucune réaction. Tout aussi étrangement, l'unité du sol ne vient pas faire obstacle à la propriété souterraine.

Dès l'origine du code, ou presque, doctrine et jurisprudence ont accueilli cette propriété verticale. L'arrêt du 22 octobre 1811 illustre cette orientation en établissant qu'un bien souterrain, en l'occurrence une fosse d'aisances, était susceptible d'une appropriation individuelle, distincte de celle du fonds (§1).

Dans cette décision, mais aussi par-delà, le raisonnement s'appuie sur la nature du bien qui conduit naturellement, serait-on tenté de dire, à la propriété. Cette qualité naturelle faisant des biens souterrains des immeubles par nature tient à la façon dont ils sont perçus. Derrière

⁷⁰⁷ F. Terré, « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil » Droits. Revue Française de Théorie Juridique, No 1, Paris: P.U.F., 1985, p. 36.

cette perception se trouve la corporalité associée aux biens souterrains, corporalité qui représente la clef vers la propriété du code (§2).

§1 La propriété souterraine une véritable propriété

(277.) Assez peu d'auteurs se sont penchés sur la question de l'application de la propriété du code aux biens souterrains. La présentation qui suit prend appui sur des décisions de jurisprudence et des commentaires épars et succincts ; en extraire des principes généraux comporte le risque d'une certaine imprécision.

Cette mise en garde énoncée, quelques observations peuvent être formulées. Ainsi, la problématique de fond du droit de superficie, le débat sur sa nature, n'a semble-t-il pas eu lieu sans que l'on puisse en déduire une unanimité sans faille de la doctrine en faveur de la propriété pour les superficies souterraines, faute d'éléments tangibles. Cette absence de discussion n'est peut-être pas totalement fortuite. Elle s'explique en effet, outre la faible contribution économique de ces propriétés, par la façon dont la doctrine perçoit les biens souterrains autres que la mine, dont la corporalité s'articule parfaitement avec la propriété du code.

L'arrêt du 22 octobre 1811 illustre cette idée, selon laquelle de l'objet de la propriété est déduit le droit de propriété, par la mise en œuvre du principe de la confusion entre objet et droit (A). D'ailleurs, à la suite de cette décision, oubliée depuis, la doctrine a continué à considérer, presque naturellement, les superficies souterraines comme des biens appropriables individuellement (B).

A. La propriété souterraine le précédent évocateur de l'arrêt d'octobre 1811

(278.) En introduction de son titre sur les servitudes, Toullier évoque la propriété souterraine comme une véritable propriété à ne pas confondre précise-t-il, avec les servitudes, ou encore les situations d'indivisions forcées dans lesquelles il range la mitoyenneté. Selon l'auteur : « On n'a jamais regardé la possession d'une cave, d'un aqueduc, d'une fosse d'aisances, etc., creusés sous le terrain d'autrui comme un droit de servitude, mais comme une véritable

propriété ». ⁷⁰⁸ Pour Toullier, la différence entre les propriétés souterraines et les servitudes tient à ce que ces dernières sont des choses incorporelles, contrairement aux biens souterrains, telle une cave ⁷⁰⁹.

Pour comprendre le raisonnement, il est nécessaire de revenir sur l'une des toutes premières décisions sur droit de superficie, et peut-être la décision fondatrice (1), puis d'extraire le sens de l'analyse de Toullier au travers du commentaire qu'il propose de cet arrêt (2).

1. Une reconnaissance sans équivoque de la propriété souterraine

(279.) L'affaire du 22 octobre 1811 ⁷¹⁰ fut la première décision notable à reconnaître la propriété d'un bien souterrain, sur la base d'une assimilation de ce bien à un immeuble par nature, permettant ainsi l'application du principe de la confusion entre le droit et l'objet de la propriété.

Les faits étaient les suivants : un propriétaire Chenal avait, à l'occasion de travaux de rénovation sur une fosse d'aisances située dans le tréfonds de sa propriété, détruit les canalisations amenant les eaux usées de la propriété voisine détenue par le sieur Bosquillon. À la suite de quoi, ce dernier introduisit une action afin que ses droits soient restaurés. Pour Chenal, le droit d'usage de la fosse de Bosquillon devait s'analyser en une servitude, en référence à l'article 186 de la coutume de Paris. Or, les servitudes ne pouvant s'acquérir que par un titre, dont son voisin était dépourvu, ledit voisin devait être privé de tout droit sur la fosse.

De son côté Bosquillon soutenait que sa possession, très ancienne et non remise en cause, lui avait permis d'acquérir un droit de propriété, en l'occurrence indivis, sur la fosse conformément à l'article 712 du Code civil. Sa prétention était fondée sur l'article 553 selon lequel, on peut acquérir, par prescription, la propriété soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie de l'édifice, comme l'avait admis la décision de la Cour d'appel de Paris. Autrement dit, la propriété d'une partie du sous-sol pouvait être attribuée à un autre que le propriétaire du fonds, notamment par le jeu de la prescription. Notons incidemment qu'il s'agissait de deux propriétés urbaines, le raccordement de Bosquillon à cette fosse était donc sûrement la seule option de raccordement, et l'usage commun n'était vraisemblablement pas clandestin.

⁷⁰⁸ C.-B.-M. Toullier, « Le droit civil français suivant l'ordre du Code », Nouvelle édition, augmentée en Belgique, t. II, Bruxelles, 1845, §169bis p. 103.

⁷⁰⁹ C.-B.-M. Toullier, « Le droit civil français suivant l'ordre du Code », Nouvelle édition, augmentée en Belgique, t. II, Bruxelles, 1845, §169bis p. 104.

⁷¹⁰ A.-A. Ledru-Rollin, « Journal du palais: recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française », Troisième édition, Paris, 1811, p. 662.

La Cour de cassation valida la position de la Cour de Paris en faveur de Bosquillon sans reprendre l'argumentaire fondé sur l'article 553, ni viser cet article. La cour déclara : « Attendu qu'en jugeant qu'il y a « inédfication », et que, la possession de Bosquillon remonte à plus de trente ans, le droit de propriété lui est acquis, la Cour d'appel n'est point contrevenue à l'art. cout. Paris, qui n'a trait qu'au droit de servitude, qui ne s'acquiert pas par une longue jouissance, et a fait une juste application de l'art. 712 C. civ. ». Ainsi, le raisonnement de la cour commence par constater « l'inédfication⁷¹¹ » de la fosse qui traduit l'autonomie de ce bien par rapport au reste de la propriété de Chenal. L'indépendance physique de la fosse lui permet d'accéder à la qualité de bien et en fait une propriété, ou plus exactement un *dominium*, censé faire naître, toujours selon la cour, automatiquement le droit de propriété, acquis en l'espèce, par le jeu de la prescription acquisitive.

Le raisonnement des juges se fonde sur le principe de la confusion entre le droit et l'objet de la propriété, puisque de la reconnaissance de l'existence d'un bien distinct du fonds de Chenal, la cour en déduit le droit de propriété de Bosquillon. La fosse étant un bien indépendant ou « inédfié », le droit du propriétaire peut l'investir d'une manière exclusive, sans risquer de rentrer en conflit avec un autre droit de propriété. Ce même concept se retrouve dans l'analyse de Toullier commentant la décision de la cour suprême.

2. *La nature du bien souterrain justifie le principe du droit de propriété*

(280.) Revenant sur la décision de 1811, Toullier expose les raisons conduisant à retenir le droit de propriété pour les biens souterrains telle une fosse d'aisances : « ... ces principes, écrit-il, sur la différence réelle qui existe entre une servitude et une propriété souterraine sont avoués par la raison et fondés sur la nature des choses. Une cave, une fosse d'aisances, un aqueduc, sont véritablement une partie du fonds... En effet, je possède une partie du fonds, une chose corporelle, en possédant un souterrain creusé sous le fonds voisin. Au contraire, une servitude est par nature une chose incorporelle. C'est un démembrement du droit de propriété, non pas une partie du fonds. »⁷¹².

Selon Toullier, la nature des choses, soit la perception de la réalité par le juriste, fait des biens souterrains des biens par nature et plus précisément des immeubles par nature. Ces biens dont la corporalité n'est pas douteuse, au moins à première analyse, sont naturellement susceptibles d'être investis exclusivement par le droit de propriété et ainsi, en mesure d'assurer la souveraineté du propriétaire sur sa chose. Ce qui est frappant dans l'analyse, c'est l'emprise de la réalité qui impose de faire de la fosse un immeuble à part entière.

⁷¹¹ Il semble que nous ayons perdu l'usage du terme « inédfication ». Nous lui donnons ici le sens de non-incorporation.

Évidence indépassable, la réalité emprisonne la pensée de Toullier qui en retour, promeut la corporalité comme la clef de la propriété. L'influence de la corporalité est si forte qu'elle conduit non seulement l'auteur à qualifier le droit d'usage de droit de propriété, mais à le faire sans mettre aucune distance entre ce qu'il perçoit comme la réalité, et sa traduction par la science juridique, sans véritablement conceptualiser le passage de l'un à l'autre. Certains auteurs ont critiqué cette automaticité, ce qui sans remettre en cause le principe de la propriété les conduisit à s'interroger sur les modalités d'usage de la fosse par le voisin⁷¹³. Une fosse est, il est vrai, un bien à destination unique, et son usage pour l'évacuation des eaux usées représente, peu ou prou, sa seule finalité.

De plus, ce bien indépendant destiné à un usage unique se situe sur un fonds voisin. La présomption de propriété du sol de l'article 552 était de nature à s'opposer à la propriété de la fosse, mais l'hypothèse semble ici tout simplement ignorée. La posture a de quoi surprendre, d'autant que le propriétaire du sol utilisait lui-même ladite fosse. La reconnaissance d'un droit de superficie droit de propriété au profit du voisin ne se traduisait pas par une propriété exclusive, mais une indivision entre les deux propriétés⁷¹⁴.

Dans la décision de la Cour de cassation comme dans le commentaire de Toullier, ces aspects ne semblent pas pris en compte. En raison de l'application du principe de la confusion entre droit et objet de la propriété, le schéma d'appropriation se limite à la relation entre le fonds voisin et la fosse, à l'exclusion de toutes les autres, y compris contre toute attente, celle du propriétaire du sol. L'intérêt de la décision ne réside pas dans le recours à ce principe aujourd'hui dépassé, mais dans son application à une propriété souterraine, soit un droit de superficie, c'est-à-dire une application contraire aux intérêts du propriétaire sol. D'une certaine façon, la vision moderne du code avec en relais le principe de l'unité du sol et le principe de l'accession, aurait eu plutôt pour effet d'écarter la propriété de la fosse pour privilégier les intérêts du propriétaire du sol. La proximité avec la propriété cisaillée de l'Ancien Régime, a aussi certainement guidé le raisonnement des juges, mettant sur un pied d'égalité le fonds du voisin et le propriétaire du sol, quant à la propriété de la fosse. L'idéalisation du sol via l'article 552 comme le mythe du propriétaire était, en 1811, un horizon encore lointain.

Indépendamment de ce dernier aspect et du bien-fondé même de la décision, l'arrêt de 1811 a introduit la reconnaissance de la propriété souterraine, et cela, dans la logique de la propriété

⁷¹² C.-B.-M. Toullier, « Le droit civil français suivant l'ordre du Code », Nouvelle édition, augmentée en Belgique, t. III, Cinquième Édition, Paris, 1869, p. 329 §469.

⁷¹³ Voir par exemple F.-A. Vazeille, « Traité des Prescriptions, suivant les nouveaux Codes français », Bruxelles, 1834, § 411 p. 175, qui s'interroge sur le fait de savoir si Bosquillon avait un accès exclusif depuis sa propriété au système de vidange de la fosse.

du code, à savoir une chose réservant son exclusivité à un sujet de droit. Cette cohérence explique certainement le rayonnement et la longévité de l'analyse. Cette position est d'ailleurs toujours de mise et n'est pas contestée, sans qu'il soit même nécessaire de se référer à la décision de 1811, oubliée depuis longtemps.

B. La propriété souterraine : une propriété largement et durablement reconnue

(281.) En matière de propriété des biens souterrains, le Code civil a été utilisé par la doctrine et la jurisprudence pour légitimer le recours à une propriété classique (1), sans occasionner de débat sur la nature de cette propriété (2).

1. L'évidence de la propriété des biens souterrains relayée par les articles 552 et 553 du Code civil

(282.) La reconnaissance de la propriété des biens souterrains s'articule parfaitement avec le modèle de propriété du Code civil, dans le cadre d'une interprétation conjointe des articles 552 et 553 du Code civil. Doctrine et jurisprudence se positionnent en ce sens depuis toujours.

Demolombe, par exemple, adopte un raisonnement semblable à celui de Toullier qui vient d'être présenté dans le cadre du commentaire de l'arrêt de 1811. Reconnaisant la propriété souterraine comme la propriété superficière⁷¹⁵, Demolombe voit dans la réunion des trois attributs de l'article 552 un principe qui peut être combattu par la preuve contraire en application de l'article 553, à la différence du droit romain, permettant la propriété d'un bien souterrain. La doctrine actuelle⁷¹⁶ prône la même solution, en référence à une jurisprudence solide, établie de longue date. La configuration de base du code offre de la sorte, la faculté de disposer indépendamment de toutes les utilités du sous-sol, incluant par exemple la propriété d'une grotte⁷¹⁷, d'une cave⁷¹⁸, de canalisations⁷¹⁹, ou encore d'une carrière.

⁷¹⁴ Ce point ne sera pas développé ici, mais la création d'une propriété indivise sur la fosse engendre la question de savoir si cette indivision était ou non soumise au partage de l'article 815 du Code civil. Une réponse positive conduirait potentiellement à permettre la mise à l'écart du propriétaire du sol sur la fosse (cf. supra).

⁷¹⁵ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §484 p. 373.

⁷¹⁶ W. Dross, Acquisition de la propriété par union ou incorporation – Propriété du dessus et du dessous du sol, Juris-classeur Civil Code, Art. 551 à 553, Fasc. unique, §54 et s.

⁷¹⁷ Cass. req. 27 décembre 1904, D.P. 1905. I. p. 75.

⁷¹⁸ Cass. req. 7 novembre 1906, S. 1909. I. 125 ; CA Riom, civ. 1^{re}, 30 juin 2005, n° 04/01720 ; JurisData : 2005-287047.

⁷¹⁹ Cass. civ. 3^e, 14 novembre 2001, n° 00-14.795 ; JurisData : 2001-011846.

Inversement, cette faculté comprend également le droit accordé au propriétaire de s'opposer au percement d'une cave dans son tréfonds⁷²⁰.

La propriété d'un bien souterrain ne constitue donc pas une véritable problématique pour la propriété civiliste. La présomption de l'article 553 étant susceptible d'être combattue par la preuve contraire⁷²¹ (cf. infra §292 et s.), un tiers peut-être reconnu propriétaire d'un bien souterrain localisé sous le terrain d'autrui, à la condition de pouvoir apporter la preuve de sa prétention. Sur ce point à nouveau, le mouvement jurisprudentiel est à la fois ancien et solide. De nombreuses affaires ont porté sur des caves ou des biens souterrains⁷²² au 19^{ème} ou 20^{ème} siècle.

Citons par exemple, un arrêt de 1838 qui est à ce propos, riche d'enseignements⁷²³. Dans cette affaire, un litige naît entre le propriétaire d'une carrière - disposant d'un titre non contesté sur cette propriété souterraine -, et la commune à propos de la propriété du dessus, la commune ayant été initialement propriétaire de l'ensemble. À l'appui de sa revendication, le carriériste développe un argument plutôt habile : « ... les carrières ne formant pas comme les mines une propriété à part du sol ancien, les actes de jouissance concernant la carrière, sont des actes de possession du sol même ». En d'autres termes, à l'exception de la législation sur les mines, le code prévoit un sol unitaire non dissociable. Ce à quoi la cour répond laconiquement : « Attendu que si l'article 552 c. civ. indique que le propriétaire de la surface d'un fonds de terre est également présumé propriétaire du dessous, l'art. 553 admet la possibilité que le propriétaire du dessous ne le soit pas du dessus ». De façon non équivoque, la cour indique ici le caractère dissociable du dessus et du dessous en présence d'une carrière, par une interprétation conjointe des articles 552 et 553 du Code civil.

Plus récemment, la Cour d'appel de Paris dans un arrêt de septembre 1997 formula avec plus de clarté encore la mécanique de la propriété souterraine. À l'occasion d'une affaire d'expropriation en sous-sol, les juges déclarèrent : « Considérant que les dispositions de l'article 552 du Code civil ne font pas obstacle à ce qu'un dessous de sol puisse être détaché du sol ou du reste du sous-sol par fractions qui forment à leur tour et par elles-mêmes une

⁷²⁰ Cass. civ. 3^e, 26 mai 1992, Juris-Data : 1992-001211 ; Bull. civ. 1992. III. n° 172 ; Grands arrêts du droit immobilier, arrêt n° 10, note Ch. Giovannangeli.

⁷²¹ Voir notamment dans ce sens, J.-L. Bergel, « Divisibilité du tréfonds et du droit de superficie, RDI 1998 p. 65.

⁷²² Par exemple Cass. req. 24 novembre 1869, D.P. 1870. I. 274 ; Toulouse, 18 février 1888, D.P. 1889. II. 55 ; Cass. req. 27 décembre 1904 : D.P. 1905. I. 76 ; Cass. req. 7 novembre 1906, S. 1909. I. 215 ; Cass. req. 8 novembre 1911, D.P. 1912. I. 484 ; Cass. civ. 1^e, 18 décembre 1967, D. 1968. J. p. 244 ; RTDC obs. Bredin ; Cass. civ. 3^e, 13 février 1973, n° 72-10680 ; Cass. civ. 3^e, 26 mai 1992, Juris-Data : 1992-001211 ; Bull. civ. 1992. III. n° 172 ; Grands arrêts du droit immobilier, arrêt n° 10, note Ch. Giovannangeli ; Cass. civ. 3^e, 12 juillet 2000, Juris-Data : 2000-002873 ; Bull. civ. 2000. III. n° 144 ; JCP G. 2001. I. 305. n° 1, obs. H. Périnet-Marquet ; RTDC 2002, p. 539, obs. Th. Revet ; Defrénois 2001, p. 451, obs. Ch. Atias ; RDI 2000, p. 525, obs. M. Bruschi ; CA Dijon, ch., civ. A, 22 mars 2005, n° 03-01698 ; JurisData n° 2005-268589 ; CA Lyon Chambre civile, 18 Juin 2006, n° 2006-66.

⁷²³ Cass. req. 7 mai 1838, D. 1838. I. 223. Cet arrêt est le plus souvent référencé au regard de la non réciprocité de l'article 552 (cf. infra).

chose essentiellement distincte et susceptible d'appropriation particulière »⁷²⁴. Une formule proche avait déjà été utilisée en août 1866 par la Cour de cassation, qui déclarait également pour un litige lié à une expropriation du tréfonds : « D'après l'art. 552 c. nap., la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, cette disposition ne fait pas obstacle à ce que, suivant l'art. 553 du même code, un tiers puisse acquérir, même par prescription, la propriété d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui ; d'où il résulte, en principe, que le dessous puisse être détaché du sol ou du reste du sous-sol par fractions qui forment à leur tour, et par elles-mêmes, une chose essentiellement distincte et susceptible d'appropriation particulière. ». La dernière partie des deux formules mérite évidemment l'attention : « ... une chose essentiellement distincte et susceptible d'appropriation particulière ... », et plus précisément l'usage de l'adverbe « essentiellement ». Ce terme caractérise en effet la verticalité des biens souterrains, tout en présentant cette qualité physique comme ne contrevenant pas à la propriété du code. « Essentially » signifie que les propriétés verticales possèdent un lien de dépendance entre elles en raison de leur configuration, contrairement à la propriété horizontale originelle. Simplement, cette spécificité synonyme de rapport avec les autres n'est pas instrumentalisée pour rejeter la propriété verticale souterraine comme contraire à la propriété individuelle. C'est pourquoi ces biens sont jugés « susceptible(s) d'appropriation particulière ». L'exclusivité, pierre angulaire de la propriété du code, n'est pas sanctuarisée, érigée sur un piédestal du haut duquel elle rejette avec mépris tout ce qui pourrait dévier du mythe fondateur : un homme, une chose. Au contraire, la propriété accepte de s'adapter.

En faisant le choix du pragmatisme concernant les biens souterrains, la propriété individuelle se trouve enrichie par l'intégration de ces biens dans son champ d'application. De plus, cet « au-dessous » permet à la propriété de conserver son essence, le placement sur la tête d'un seul, toutes les utilités d'une chose. Le schéma théorique de la propriété individuelle des biens souterrains s'apparente au schéma classique.

2. *La propriété des biens souterrains : une propriété évidente peu sujette au débat*

(283.) Comparée à la tumultueuse propriété de la mine, l'harmonie sereine de la doctrine suscite l'interrogation.

La genèse de la mine heurtait, il est vrai, la conception classique de la propriété et les pouvoirs publics ont un rôle bien plus traditionnel pour les autres biens souterrains. Il n'y a pas intervention publique à l'origine de ces biens, la propriété d'une cave ou d'un souterrain

⁷²⁴ CA Paris, ch. expr., 25 septembre 1997, JurisData : 1997-023502 ; JCP éd. N. 1998, 847, note Sizaire.

ne donnant pas lieu à concession. D'autre part, les restrictions des attributs de la propriété souterraine ont suivi l'évolution de la propriété sans l'anticiper ; l'exploitation de ces biens ne se distingue pas réellement des autres biens immobiliers. Enfin, contrairement à la mine, qui en plus d'être une propriété en sous-sol, était une propriété visant certains minerais et seulement ces minerais, un bien comme une cave ou une grotte possède donc une vocation plus générale, ce qui en fait une masse plus homogène.

Cependant, les biens souterrains constituent à n'en pas douter un droit de superficie, des propriétés verticales « rustiques », mais dont la nature est incontestable sur le principe. Par leur localisation en sous-sol, ces mêmes biens génèrent des contraintes tout à fait semblables à celles de la mine. L'observation de Demolombe voyant dans la mine et la surface, des propriétés superposées : « ... dans un état de dépendance réciproque, qui altère, de chaque côté, la plénitude du droit. »⁷²⁵, vaut pour une simple cave.

Physiquement, les situations d'une mine ou d'une cave relèvent d'échelle sans commune mesure, mais l'altération du droit évoqué par Demolombe est en théorie similaire. Le droit de propriété exercé sur la propriété de la cave comme de la mine, va contraindre ou contenir physiquement le droit de propriété de la surface, et réciproquement. Pour autant, ce constat identique ne conduit pas à la même analyse. Pour la mine, la doctrine majoritaire s'est interrogée sur la nécessaire adaptation du régime de la propriété du code à sa configuration verticale, ce qui n'est pas le cas pour les autres propriétés souterraines.

L'explication pourrait tenir à la portée systémique de la perturbation de ces propriétés. Le développement industriel de la mine du 19^{ième} a été un bouleversement de très grande envergure, aux implications sociales, économiques et juridiques considérables (Cf. supra). La vision d'une propriété foncière verticale rivalisant avec la vision historique verticale que suppose ce bouleversement, a contraint le législateur à revenir sur les fondements mêmes de la propriété du code, via la loi de 1810. Les grottes, caves et autres ne se sont jamais inscrites dans une telle dimension. Ces biens ont, à l'inverse, été des propriétés modelées dans la perspective de celle du code, acceptée car presque sans incidence.

La propriété des caves ne représentait tellement pas une menace pour le système du code, qu'il le confortait même, conformément à la formulation de l'article 553. La mention d'une propriété souterraine acquise sous le terrain d'autrui figurant à cet article, n'avait pas à l'origine vocation à fonder le principe de la propriété superficière, et n'a jamais d'ailleurs été réellement perçue comme telle (cf. infra §276 et s.). La vocation première, de la référence aux souterrains de l'article 553 est sous doute plus modeste. La mention constitue une simple

⁷²⁵ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §650 p. 571 op. cit.

exception, à visée pratique, au droit d'accession du propriétaire foncier qui constitue pour lui, avec en corollaire l'unité du sol, l'axe central du code.

La reconnaissance de la propriété souterraine a toujours été appréhendée comme partie prenante de la propriété du code. Cette propriété se trouve confortée, et même arc-boutée, sur l'analyse de la nature des biens, objet de ces propriétés souterraines, des biens immeubles par nature faits de matière.

§2 Les biens souterrains : des immeubles par nature faits de matière conforme à la réalité

(284.) Pas plus que sur la dimension du droit, l'objet de la propriété souterraine n'a pas donné lieu à de véritables débats quant à sa nature. Les analyses faisant expressément référence à ces biens retiennent systématiquement la qualification d'immeubles par nature.

Ainsi, la doctrine actuelle voit dans les propriétés souterraines, des immeubles par nature. Cette perception a suivi l'évolution de la propriété immobilière passant du monde corporel vers l'incorporel⁷²⁶, sans que la question des biens souterrains, prise isolément, soit sujette à débat, ni même ne soulève un intérêt particulier. Au 19^{ième}, propriété souterraine et propriété de droit commun voyaient déjà leur sort lié, même si à cette époque la corporalité jouait un rôle central.

D'ailleurs, les auteurs classiques, mais aussi modernes, aboutissent à la qualification de propriété souterraine en se fondant plus ou moins implicitement sur la matérialité des biens situés dans le tréfonds (A). En cohérence avec la propriété du code devant être corporelle, cette qualité est, au surplus renforcée par la perception de ces biens qui en fait des entités à part entière, des biens sujets à une appropriation individuelle. La combinaison de ces deux phénomènes, corporalité et indépendance des biens souterrains, garantit inéluctablement le rattachement de ces biens à la catégorie des immeubles par nature, en dépit de leur configuration verticale (B).

A. Une qualification des biens souterrains associée à la matérialité

(285.) La doctrine fait état de discussions pour savoir si les biens souterrains sont des parties du sol ou alors des choses incorporées au sol. Or, il semble que les deux cas de figure puissent être envisagés (1). Par ailleurs, le critère de qualification principale de ces biens demeure quoi qu'il en soit, leur corporalité (2).

1. Des biens souterrains partie prenante du sol ou incorporés au sol

(286) L'apparence matérielle des biens souterrains leur assure une appartenance quasi automatique à la catégorie des biens par nature, tantôt par analogie aux immeubles bâtis, tantôt au sol lui-même.

Demolombe pour revenir à cet auteur, au travers d'un bref passage, inclut les propriétés souterraines dans les immeubles visés à l'article 518⁷²⁷, et plus précisément la notion de « bâtiments ». Pour l'auteur, c'est à cette catégorie qu'appartiennent les biens souterrains : « Il faut comprendre, sous cette dénomination de bâtiments employée par l'article 518, toutes constructions, tous travaux ou ouvrages quelconques, superficiels ou souterrains, quelles qu'en soient la matière, la forme et la destination, dès que ces ouvrages sont incorporés dans le sol et en constituent une partie intégrante : maisons d'habitation, granges, magasins, murs de clôture, caves, etc., peu importe »⁷²⁸. Sur le principe, on le voit, tout comme le raisonnement de Toullier, le propos laisse peu de place au doute, c'est l'évidence qui domine. « La nature des choses » entraîne la qualité d'immeuble par nature, sans discussion. Ce premier constat peut être complété par deux autres remarques. D'abord, Demolombe évoque clairement le poids de la matière puisqu'il s'agit du premier critère de distinction à être cité. Ensuite, l'auteur voit ces propriétés seulement comme des biens incorporés, c'est-à-dire des biens meubles devenus immeubles par le jeu de l'incorporation, fruit de l'intervention de l'homme.

Laurent opte également pour la qualification d'immeuble par nature pour la cave, mais à la différence de Demolombe, cet auteur ne considère pas ce bien comme un bâtiment. Par ailleurs, le point de vue de Laurent est intéressant, car l'auteur n'analyse pas le droit de superficie comme un droit de propriété.⁷²⁹ On comprend mieux, par exemple, pourquoi Laurent n'aborde pas l'exemple de la cave dans la catégorie des bâtiments, mais du sol lui-même. L'auteur voit dans ce bien, une exception à une propriété unitaire du sol, considérant que la cave peut être légalement séparée du sol, à défaut de l'être physiquement. Pour

⁷²⁶ W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010, §53.

⁷²⁷ Art. 518 Code civil : « Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature. ».

⁷²⁸ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §103 p. 44.

l'auteur, cette séparation légale n'a pas pour effet de faire perdre à la cave sa qualité d'immeuble par nature : « Si le sol ne peut pas être mobilisé, il peut néanmoins être démembré. Aux termes de l'article 552, la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Jadis on désignait le dessous sous le nom de tréfonds; il peut être séparé du sol, légalement parlant, par un démembrement de la propriété. Ainsi le propriétaire d'un terrain peut vendre une cave située sous ce terrain, tout en conservant la propriété du sol. La cave est, dans ce cas, séparée du sol au point de vue de la propriété ; elle ne cesse pas pour cela d'être immeuble ; étant immeuble par sa nature, elle ne peut pas cesser de l'être »⁷³⁰. Laurent ne développe pas plus avant son opinion, mais la qualité d'immeuble par nature de la cave n'est pas rattachée, comme pour Demolombe, à la notion d'ouvrages incorporés. Pour Laurent, cette nature vient de ce qu'elle est une partie du sol. La séparation « légale » de la cave n'a pas pour effet de la faire devenir meuble, ni même de modifier sa nature.

Aujourd'hui, la question de savoir si les propriétés souterraines tiennent cette nature de leur intégration au sol ou de leur incorporation, n'est plus vraiment abordée comme telle. Certains auteurs comme W. Dross semblent pencher pour des propriétés bâtiments, en assimilant une cave à une grange⁷³¹, ou en citant la cave comme un exemple d'ouvrage dissocié⁷³². Une réponse ministérielle va également dans ce sens, même si l'argumentaire se rapporte à des considérations du droit de l'urbanisme⁷³³. D'autres auteurs sont moins explicites et mentionnent la grotte comme étant un élément du tréfonds, à la fois partie prenante et incorporée de la propriété du dessous⁷³⁴. D'une façon générale, le choix entre une propriété souterraine immeuble par nature en raison de son intégration au sol ou de son incorporation, tient aux caractéristiques de ces biens; une grotte naturelle par exemple, est assurément une partie du sol, alors qu'un souterrain maçonné sera un ouvrage (cf. infra §332 et s.). Les biens souterrains peuvent donc être, semble-t-il, perçus comme des parties du sol ou des choses incorporées.

⁷²⁹ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 8, Paris Bruxelles, 1871, §409 p. 490.

⁷³⁰ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 5, Paris Bruxelles, 1871, §406 p. 504.

⁷³¹ W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010, §55 : « Le propriétaire d'une cave ou d'une grange peut parfaitement, l'article 553 l'y autorise, décider de la céder seule à un tiers. ».

⁷³² W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010, §66.

⁷³³ Rép. min. n° 941 : JO Sénat Q, 20 sept. 2012, p. 2050. Les caves seraient des bâtiments car leur construction requiert une autorisation de construire.

⁷³⁴ M.C. de Lambertye-Autrard, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Biens. Classification tripartite des immeubles. Immeubles par nature », Fasc. 20, Cote : 03,2007, §32.

2. *Des biens dont la nature tient d'abord à leur matérialité*

(287) Les divergences des auteurs pour savoir si les biens souterrains sont ou pas incorporés ne doit pas gommer le critère qu'ils retiennent pour la qualité d'immeubles par nature, à savoir la corporalité des biens souterrains.

Le point de vue défendu par Laurent doit être relativisé par la place que revêt le sol dans sa théorie. Ce raisonnement le conduit non seulement à souligner la spécificité du sol au regard des autres immeubles par nature, mais aussi, à voir dans ces biens des immeubles par l'effet de la loi. Selon l'auteur, les immeubles par nature, à l'exception du sol, sont avant tout : « ... une réunion de matériau qui par leur nature sont meubles. ». Si les biens, autres que le sol, sont des immeubles, ce n'est pas par leur nature mais par leur incorporation. Car contrairement au sol, seul immeuble par sa nature : « ... puisqu'on ne détache pas le sol du sol ... », les autres biens nécessitent d'être attachés ou incorporés au sol⁷³⁵. Ainsi apparaît clairement, la raison pour laquelle Laurent fait le choix d'assimiler la cave au sol lui-même (cf. supra). En effet, s'il semble déjà délicat de parler d'incorporation pour une cavité souterraine, en retour, sa désincorporation peut être difficilement envisagée. Tout au plus, pourrait-on considérer qu'elle puisse être bouchée ou plus précisément comblée, mais cela resterait sans incidence sur sa qualité d'immeuble.

D'autre part, en mettant en avant l'immobilité de la cave, Laurent évoque incidemment le critère de la matérialité. Même si elle n'est pas affirmée comme telle, la corporéité de la cave ou de la grotte, et plus largement du tréfonds, relève de l'évidence. Contrairement au-dessus, dont la matérialisation suppose une plantation ou une construction, le sous-sol est un espace plein, plein de matière. Cette différence n'a pas pour effet d'écarter la force de la pesanteur du tréfonds (cf. supra §232), mais facilite certainement le rapprochement entre les biens souterrains et le droit de propriété du code. Par ailleurs, le mécanisme de l'incorporation auquel Laurent a recours pour qualifier les biens autres que le sol d'immeuble par nature, n'est rien d'autre que le signe de leur matérialité. Pour incorporer des biens qui sont des meubles corporels, il faut nécessairement un bien, également fait de matière.

Demolombe, lui, souligne plus explicitement la corporalité des superficies sans viser exclusivement les biens souterrains. L'auteur écrit ainsi : « Le droit de propriété est, sans doute, susceptible lui-même de beaucoup de fractionnements et de démembrements. Mais toujours faut-il que, dans chacun de ces fractionnements, nous retrouvions le caractère essentiel du droit de propriété, c'est-à-dire, je le répète, un bien véritablement corporel. »⁷³⁶.

⁷³⁵ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 5, Paris Bruxelles, 1871, §408 p.505 §II. Des immeubles par incorporations.

⁷³⁶ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §523 p. 439.

Toullier tenait un raisonnement semblable à propos de l'arrêt de 1811 quand il déclarait au sujet de la fosse d'aisances : « ... je possède une partie du fonds, une chose corporelle, en possédant un souterrain creusé sous le fonds voisin. Au contraire une servitude est par nature une chose incorporelle. » (cf. supra §278).

En analysant les biens souterrains comme des biens corporels, la doctrine en fait des objets de propriété remplissant la condition de corporalité à la base de la propriété du code. La corporalité est au demeurant un trait d'union avec la perception de ce qu'est un bien souterrain, perception qui milite également pour la qualification d'immeubles par nature.

B. Une qualification conforme à la réalité qui s'impose à la science juridique

(288.) Tout en étant spécifiques, les biens situés en tréfonds s'articulent parfaitement avec la propriété. Il n'en demeure pas moins un besoin d'adaptation de la science juridique (1), besoin auquel le droit répond d'autant mieux qu'il n'existe pas vraiment d'alternative à l'adaptation(2).

1. Les biens souterrains : des biens spécifiques et appropriables

(289.) La qualité d'immeuble par nature unanimement reconnue des biens souterrains trouve aussi, et peut-être surtout, sa justification dans le fait qu'ils sont perçus comme des biens à part entière. La perception dont il s'agit, est celle définie par Gaius et reprise par le code, une perception mettant en œuvre le toucher, la vue (cf. infra §45 et s.). Pourtant, tout en étant matériellement compatible avec la propriété civiliste, la verticalité de ces biens demeure.

Toullier, Demolombe et Laurent, chacun à leur manière, mais sans que sur le principe il y ait une réelle différence, reprennent la réalité de ce qu'est un bien souterrain, comme tout un chacun peut l'observer. Pour ces auteurs, le raisonnement ne soulève pas de question, c'est l'évidence qui domine. « La nature des choses » entraîne automatiquement la qualité d'immeuble par nature sans qu'il y ait besoin d'une analyse préalable. La conception de ce qu'est un champ, un arbre, un bâtiment, faisant de ces biens des immeubles par nature vaut pour une cave, une grotte, une fosse d'aisances ou encore d'une maison troglodyte, appelant la même conséquence.

Cette harmonie se trouve cependant perturbée par le fait que le droit voit la propriété foncière en deux dimensions, alors que la réalité, elle, est en trois dimensions, comme l'a révélé le doyen Savatier (cf. infra). Or, une cave, une grotte sont synonymes d'une propriété se développant dans le sens de la hauteur, donc dans la troisième dimension, induisant une tension entre le cadre juridique et la prise en compte des biens souterrains.

Le cadastre, qui fut l'un des outils de promotion de la deuxième dimension (cf. supra §104 et s.), témoigne de la perturbation. Ainsi, pour les caves et habitations troglodytes situées sous le terrain d'autrui, la procédure de cadastrage originelle indiquait : « Le géomètre note ces caves ou habitations souterraines, ainsi que les noms de leurs propriétaires, immédiatement au-dessous du numéro qui contient l'indication du terrain supérieur ; mais sans donner aucun numéro à cette annotation ou indication surabondante, qui est uniquement destinée à servir de renseignement à l'expert. ».⁷³⁷ En revanche, si la propriété souterraine est placée sous une surface non bâtie, l'ensemble appartenant alors au même propriétaire, elle formera alors « une parcelle distincte »⁷³⁸.

Cet exemple démontre le décalage entre l'assimilation des propriétés souterraines à la catégorie des immeubles par nature sans réserve et le cadre conceptuel de la science juridique en deux dimensions. Toutefois, si la perturbation d'une réalité en trois dimensions est certaine, la conséquence de l'absence d'une prise en compte de la troisième dimension est, elle, à relativiser. Rappelons-le, en 1804 et certainement encore aujourd'hui, le schéma de propriétés souterraines, exceptions verticales, ne remet pas en cause la primauté de la propriété horizontale. Une cave, une grotte, un souterrain sont sans aucun doute un élément de valorisation d'un fonds, rarement, sauf peut-être à titre exceptionnel, la valeur principale de ce fonds.

La prise en compte de la catégorie de biens souterrains, tout en s'intégrant parfaitement au code, n'en nécessite pas moins un besoin d'adaptation du droit comme le démontre l'exemple du cadastrage de ces biens. Un bref retour sur l'analyse de la cave par Laurent met en exergue cette nécessité.

2. *La propriété des biens souterrains ou la théorie juridique influencée par la pratique*

(290.) L'analyse de Laurent présente un intérêt particulier sur le besoin d'adaptation du droit aux biens souterrains. Cet intérêt tient au fait que les biens souterrains -et en particulier les cavités naturelles- vont venir défier sa vision du droit de superficie. Pour mémoire, Laurent refuse la propriété superficielle au motif, que les biens superficiels ne permettent une propriété du type de celle du code.

Le parti pris conceptuel de l'auteur du refus de la propriété superficielle aussi solidement arimé soit-il, ne suffira pas à écarter la qualité d'immeubles par nature des biens souterrains, contraignant finalement Laurent à passer sous silence cet encombrant exemple. Ainsi, dans

⁷³⁷ A.-J.-U. Hennet, « Recueil méthodique des lois, décrets, règlements, instructions et décisions sur le cadastre de la France », Paris : Impr. impériale, 1811, §192 p. 67.

⁷³⁸ A.-J.-U. Hennet, « Recueil méthodique des lois, décrets, règlements, instructions et décisions sur le cadastre de la France », Paris : Impr. impériale, 1811, §148 p. 53.

son chapitre sur le droit de superficie, l'auteur ne revient pas sur le cas de la cave. Son exposé repose sur des superficies aériennes qui sont classiquement des bâtiments, des ouvrages ou des plantations⁷³⁹. L'orientation est particulièrement perceptible lorsqu'il formule sa thèse sous forme interrogative : « Est-ce que l'on conçoit un bâtiment sans sol? Et conçoit-on davantage que celui qui serait propriétaire d'une maison, ne le soit aussi du sol avec lequel elle ne fait qu'un? »⁷⁴⁰. Or, on voit bien comment l'exemple de la cave qu'il décrit précédemment, comme étant à la fois le sol et un bien distinct, un contenu et un contenant tendant à se confondre, puisqu'il s'agit d'un vide au sein de la matière, aurait pu venir perturber la démonstration. Une cave est selon Laurent, un immeuble par nature comme le sol, puisqu'elle en est partie prenante susceptible d'être vendue comme un héritage, une propriété distincte (cf. supra §286). En conséquence, il n'est pas concevable de soutenir que le droit de superficie portant sur une cave n'est pas un droit de propriété. Dans ce raisonnement, la mise à l'écart de ce contre-exemple devient alors la seule porte de sortie. L'objectif n'est pas ici d'insister outre mesure sur cette « faiblesse » dans le raisonnement de Laurent, mais plutôt de comprendre comment elle a émergé. Comment d'un côté, la cave permet une propriété superficière, alors que cet épisode est normalement exclu par l'auteur. Il semblerait que la quête de réalisme de Laurent le conduisit presque scientifiquement, tel un chimiste, à cloisonner un sol idéalisé, le séparant totalement des autres immeubles par nature. Or, cette démarche a fini par se retourner contre lui. La taxinomie de Laurent faisant du sol une référence inégalable, a pour effet de rigidifier sa proposition. Cette quête d'une catégorisation pure vient se heurter aux aspérités de la réalité, dont elle s'est trop éloignée, dans un souci de perfection. La cave à la fois perçue comme une partie du sol et un bien s'en détachant, correspond à l'une de ces aspérités remettant en cause une analyse trop exclusive. Finalement, la représentation par les juristes de ce qu'est une cave ou une grotte, et plus largement par le corps social, déjoue toute tentative tendant à qualifier le droit détenu sur ces biens de droit réel sur la chose d'autrui. C'était déjà cette même perception de la réalité qui avait conduit presque, automatiquement, à conclure au droit de propriété lors du litige sur la fosse d'aisances située sur un fonds voisin dans l'arrêt de 1811 (cf. supra §228 et s.).

⁷³⁹ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 8, Paris Bruxelles, 1871, §412 p. 496.

⁷⁴⁰ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 8, Paris Bruxelles, 1871, §409 p. 491.

Conclusion Section I : En doctrine les autres biens souterrains répondent aux canons de la propriété du code énoncés aux articles 544 et 518

(291.) En assimilant les biens souterrains autres que la mine à des immeubles par nature faits de matière, la doctrine les a mis au format de la propriété du code. Ils sont devenus des biens appropriables individuellement, participant ainsi à l'œuvre individualiste des rédacteurs du code, soit un droit de propriété, offrant au propriétaire l'exclusivité des utilités de sa chose. L'arrêt de 1811 est pleinement en phase avec cette « modernité » en rupture avec la propriété simultanée de l'Ancien Régime. Le propriétaire déversant ses eaux usées dans la fosse d'aisances située dans le fonds voisin, n'est pas propriétaire du droit d'utiliser ladite fosse, comme cela aurait été le cas avant le code et son droit ne se limite pas non plus à un simple droit de servitudes ; il est propriétaire à part entière de la fosse elle-même. La fosse est sa chose, tout comme l'est sa maison.

La verticalité que suppose les biens souterrains, - sinon en opposition mais à tout le moins inappropriée à la propriété foncière conceptualisée en deux dimensions par la science juridique-, n'a jamais été une source de remise en cause du principe. Les faibles enjeux économiques des biens souterrains expliquent au moins partiellement cette coexistence, en théorie inadaptée.

La nature des choses, si tant est qu'elle existe, a par ailleurs empêché toute tentative de rejet de principe par la théorie juridique. Les biens souterrains, fussent-ils verticaux, étant perçus comme des biens appropriables au même titre que les autres immeubles par nature, la science juridique n'aurait pas pu sauf à se renier, au nom d'une cohérence de système, leur refuser cette qualité. Il n'est pas concevable pour le juriste de dire, par exemple, à l'acquéreur d'une maison troglodyte, qu'il n'est pas titulaire d'un droit de propriété sur cette maison, mais d'un simple droit réel détaché du droit de propriété du champ placé au-dessus, et encore moins d'une servitude ou d'un usufruit.

Cette pression mise sur la théorie juridique, contrainte d'intégrer une propriété verticale sans disposer de la structure conceptuelle susceptible de permettre cette intégration, n'a pas jamais porté atteinte au principe de la propriété souterraine. Doit-on pour autant considérer qu'elle est restée sans effet ? Rien n'est moins sûr, et l'examen du débat autour du mode de preuve de la propriété superficière, incluant, cela va de soi, les propriétés souterraines, offre l'opportunité de vérifier cette hypothèse.

Section 2 : Le mode de preuve de la propriété superficière ou le vrai lieu du débat sur la propriété verticale du tréfonds

(292.) Sur la question de la preuve de la propriété superficière, il n'y a pas lieu de distinguer entre dessus et dessous. Le sujet sera traité dans son ensemble, et les insertions sur la propriété en sous-sol se limiteront à guider notre propos ou à offrir un éclairage pertinent.

Comme cela vient d'être exposé dans la première section, jurisprudence et doctrine acceptent qu'une cave ou un souterrain soit dissocié du sol pour former un bien immobilier par nature, objet d'appropriation individuelle. Le phénomène résulte de la mise en œuvre de l'article 553 qui permet de déroger à l'unité du sol par l'expression : « si le contraire n'est prouvé » et de l'alinéa 1 de l'article 552 détaillant les trois éléments du sol (dessous, superficie, dessus). Dit plus directement : la présomption énoncée dans la première partie de 553 et celle de l'article 552, ne sont pas des présomptions irréfragables. Le sol unitaire regroupant les trois composantes (le principe) peut être dissocié par l'effet de la volonté des parties (l'exception), sous réserve de pouvoir en apporter la preuve.

Cette règle, essentielle à l'existence même de la propriété superficière, ne donne cependant pas d'indications positives sur la nature précise de cette présomption. Or, deux options sont concevables ; il peut s'agir, soit de présomptions simples pouvant être combattues par tous moyens, soit de présomptions mixtes ou relatives, cédant seulement face à une preuve renforcée⁷⁴¹. Ce point, apparemment de second ordre, prend toute sa dimension après avoir précisé que la preuve de la propriété est, elle, administrée librement. Ainsi, en optant pour la qualification de la présomption relative, la propriété superficière s'écarte de la propriété de droit commun et, à l'inverse, s'assimile à elle en retenant la preuve par tous moyens. En ce sens, pourrait donc apparaître un glissement de l'objet du débat, à savoir le principe de la propriété superficière (ou sa nature) vers son régime, et plus précisément son mode de preuve. La situation de la propriété souterraine valide la pertinence de cette hypothèse, puisque doctrine et jurisprudence perçoivent les biens souterrains comme des immeubles par nature appropriables classiquement, des objets d'une propriété à part entière (cf. supra §284). Pour autant, cette reconnaissance sans équivoque ne se traduit pas par un alignement pur et simple de l'administration de la preuve de ces propriétés superficières sur celle de la propriété.

⁷⁴¹ J. Dupichot, D. Guevel, J.-Cl. civil, « Art. 1349 à 1353 », Fascicule 10, Cote : 05,2009 Présomptions - Notions générales, §172, Cass. civ.3^e, 9 février 1982 : JurisData n° 1982-700410 ; D. 1983, inf. rap. p. 15, obs. A. Robert.

(293.) En réalité, pour le dessus comme pour le dessous, le droit positif refuse d'appliquer au droit de superficie la liberté de la preuve de la propriété, qui est, cela doit être souligné, le fruit d'une œuvre doctrinale et prétorienne touchant au fondement même de la propriété (§2). La question de la preuve du droit de superficie a donc bien une portée cachée ; et, ce n'est pas par hasard si elle a aiguisé l'appétit de la doctrine, dans un domaine, au demeurant, propice à « l'échange de points vue ». Un examen attentif du débat montre des positions évolutives et croisées entre la jurisprudence et la doctrine, positions qui seraient arrivées aujourd'hui à un *statu quo*. Les avis semblent en effet, de part et d'autre, stabilisés en faveur d'une présomption mixte, supposant la preuve de la propriété superficière : « ... par un procédé acquisitif, titre ou usucapion. », ⁷⁴² pour reprendre les mots toujours précis de C. Atias. Ce consensus rallie une part importante de la doctrine, et est arrimé à un courant jurisprudentiel puissant. Toutefois, il peut aussi être regardé comme imparfait et conséquemment susceptible d'évoluer. La position de la présomption mixte pêche, en particulier, par la fragilité de son fondement (§3), qui suppose pour être justifié de revenir sur la difficile question de la nature des présomptions des articles 553 et 552 (§4). En amont de ces questions, un point connexe doit être évoqué. Il s'agit de la non-réciprocité de la règle de l'article 552 profitant au sol, pièce essentielle de la problématique de la preuve de la propriété superficière (§1).

§1 La présomption de l'article 552 un privilège réservé au sol

(294) L'article 552 ⁷⁴³ matérialise verticalement l'objet de la propriété foncière. Il précise les contours du sol qui se déploieraient sous la forme d'« un cône dont le sommet se placerait au centre de la Terre, et dont la section, au niveau de l'écorce terrestre, serait la parcelle cadastrale » ⁷⁴⁴. Cette disposition assoit les prérogatives du propriétaire sur son domaine dans une projection quasi mystique (cf. supra §152).

Plus prosaïquement, l'article attribue au propriétaire un espace composé de trois éléments : le sol, le dessous et le dessus, et les potentialités qu'il recèle, présentes ou à venir. Cette

⁷⁴² Cass. civ.3^e 12 juillet 2000 ; Defrénois 2000, p. 779, obs. Ch. Atias.

⁷⁴³ Art. 552 Code civil : « La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. ».

Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre "Des servitudes ou services fonciers".

Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police. ».

⁷⁴⁴ Recueil Dalloz 1998 p. 343, obs. A. Robert.

exclusivité possède un versant positif⁷⁴⁵, l'attribution de tout ce que produit ou s'incorpore à cet espace, et un versant négatif, la faculté de s'opposer à toute immixtion d'un tiers dans le but de protéger son monopole. Comme le souligne F. Dumont citant Portalis, le propriétaire est « le maître de tout l'espace que son domaine renferme »⁷⁴⁶.

Cette exclusivité, relais de la souveraineté du propriétaire sur son fonds, repose sur une force centralisatrice. Alors que l'on aurait pu imaginer une répartition égalitaire sur les trois éléments, voire même indépendante, le premier alinéa de 552 établit un ordre destiné à régir l'espace octroyé au propriétaire au profit d'un élément, le sol : « La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous ». Le sol se voit doté d'un pouvoir spécifique, celui de donner accès au-dessus et au-dessous. Par la propriété du sol, le propriétaire se voit reconnaître le droit d'adjoindre à cet élément les deux autres, et de développer son domaine dans toute sa verticalité. C'est le concept de l'unité du fonds de terre, régime normal de la propriété immobilière du code. La disposition influence le régime de la preuve, puisque la preuve de la propriété du sol suffit à la revendication de l'ensemble.

La propriété du dessus et dessous indépendamment du sol ayant été reconnue, s'est posée la question de savoir si l'attribut accordé au sol était réciproque, c'est-à-dire si la propriété du dessus ou du dessous, emportait la propriété du sol ? Une réponse affirmative aurait permis à la propriété du dessus d'unifier sol et dessous, ce dernier pouvant le cas échéant arguer du même avantage. À cette question, jurisprudence et doctrine répondent unanimement non, sans hésiter et avec constance⁷⁴⁷. P. Brouillaud synthétisa parfaitement cette opinion : « Il faut d'ailleurs, disait-il, remarquer que la présomption légale ne peut, en aucun cas, se trouver inversée. Le sol demeure l'élément principal, l'assise du droit de propriété, et la situation juridique du dessus et du dessous ne saurait retentir sur lui. »⁷⁴⁸.

Effectivement, aujourd'hui⁷⁴⁹ la présomption établie à l'article 552, présomption légale de propriété, ne peut être renversée que ce soit par une combinaison avec le dessus (A) ou le dessous (B). Ainsi, la preuve de la propriété du dessus ou du dessous reste sans incidence sur la revendication du sol. Le pouvoir centralisateur, le principe de l'unité du fonds de terre, est l'attribut d'un seul, le sol.

⁷⁴⁵ Voir par exemple sur le sens positif et négatif de 552, F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens », (8e édition), 2010, Dalloz, §215 et s. p. 197.

⁷⁴⁶ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §223 p. 250 ; Portalis, présentation du Code civil au Corps législatif, in Fenet, préc. T.XI, p. 124.

⁷⁴⁷ W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010, §57 et C. Aubry et Rau, « Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae », Tome 2, Paris, 1865, p. 164.

⁷⁴⁸ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 8.

A. La propriété du dessus n'emporte pas la propriété du sol

(295.) Concernant les propriétés aériennes, la jurisprudence s'est prononcée à plusieurs reprises pour écarter la faculté pour le dessus de revendiquer le sol, refusant de rendre réciproque l'avantage accordé au sol.

Pour partie ces affaires portaient sur la propriété d'une bande de terrain surplombée par un bâtiment adjacent. Dans un arrêt de 1941⁷⁵⁰, la Cour de cassation déclara par exemple que : « la présomption résultant de l'article 552 du Code civil ne saurait s'appliquer, en renversant cette règle, au propriétaire du dessus qui n'est point, par principe, présumé propriétaire du sol ». Dans une autre affaire en 1998⁷⁵¹, la cour réitéra sa position considérant la règle de l'article 552 non réciproque. La position fut soutenue par la doctrine, au motif qu'elle garantit le respect du droit de propriété, et favorise des relations harmonieuses entre héritages⁷⁵².

Ce mouvement reprend des décisions beaucoup plus anciennes⁷⁵³, et doit être apprécié à la lumière de l'article 681⁷⁵⁴. Cet article impose au propriétaire de conserver sur son fonds les eaux provenant de son toit. De ce fait, celui-ci est présumé propriétaire de la bande de terrain située à l'aplomb. Deux raisons justifient cette règle : D'abord, le propriétaire aura tendance à respecter la loi, et ensuite parce qu'à défaut, le voisin aura lui tendance à contester cet empiètement. Seulement, cette présomption, contrairement à 552, n'est pas une présomption légale de propriété, mais une simple présomption de l'homme, visée à l'article 1353⁷⁵⁵ du Code civil. Cette présomption relève ainsi de l'appréciation des juges, et peut être combattue par des preuves et présomptions contraires⁷⁵⁶. De la sorte, accepter la réciprocité de 552 dans l'hypothèse du surplomb d'un larmier, conduirait à contourner la présomption simple de 681, et pire encore, à vider de son sens l'article dont l'objectif premier est d'éviter les nuisances entre fonds.

Les décisions, refusant la non-réciprocité en présence d'une superficie de surplomb, sont donc avant tout, motivées par le souci d'un agencement cohérent du sol, et le refus

⁷⁴⁹ Nous verrons néanmoins qu'une évolution est envisageable, cf. infra §327.

⁷⁵⁰ Cass. req. 24 juin 1941 : Gaz. Pal. 1941. II. 98 ; DA 1941, p. 293.

⁷⁵¹ Cass. civ.3^e, 24 juin 1998, n° 96-16.707 : JurisData n° 1998-003090 ; JCP G. 1999. I. 120, n 1, obs. H. Périnet-Marquet.

⁷⁵² JCP G 1999, I, 120, n° 1, obs. H. Périnet-Marquet : « Tout autre analyse conduirait à une anarchie juridique où triompherait le droit, sinon du plus fort, du moins du plus rapide à construire sur ou sous le fond d'autrui pour se l'annexer ensuite. ».

⁷⁵³ Cass. req. 28 juillet 1851, S. 1851. I. 600.

⁷⁵⁴ Art. 681 Code civil : « Tout propriétaire doit établir des toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique ; il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin. ».

⁷⁵⁵ Art. 1353 Code civil : « Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol. ».

⁷⁵⁶ G. Paisant, J. Cl. Civ., « Art. 681 », Fasc. unique : Servitudes. – Servitudes légales. – Égout des toits, Cote : 05,2007, §22, citant (Cass. req. 28 juillet 1851, D.P. 1851. I. 184 ; Paris, 24 août 1864, S. 1864. II. 301 ; CA Besançon, 12 décembre 1930, D.P. 1931. II. 95 ; CA Grenoble, 1^{re} ch., 16 mars 1988 : Juris-Data n° 1988-041289.

d'empiètement quelle que soit sa position par rapport au niveau naturel du sol. D'autres arrêts moins spécifiques confirment toutefois la non-réciprocité.

(296.) En dehors des situations, à mi-chemin entre la propriété et les relations de voisinage, la jurisprudence a affirmé son refus d'étendre la présomption de propriété de l'article 552 à la propriété superficielle plus ouvertement encore.

Dans un arrêt de mai 1987⁷⁵⁷, la Cour d'appel de Rouen trancha un litige entre une propriété, disons A, donnant sur rue et une propriété – B, placée à l'arrière de A, sans accès direct sur la voie publique. Pour accéder à son immeuble le propriétaire B, utilisait un corridor situé en rez-de-chaussée de l'immeuble A, mais sans communication aucune entre les niveaux supérieurs de A. Suite à un usage de B jugé abusif par A, un conflit sur la propriété du corridor incluant le sol apparut. Les juges rouennais décidèrent d'attribuer la propriété du sol et donc du corridor au propriétaire de A sur la base de présomptions de fait (cf. Art. Code civil 1353). Ils fondèrent, en l'occurrence, leur décision sur l'examen des titres. L'intérêt de la décision tient à la clarté de sa motivation, puisque dans son premier attendu la cour écarte l'application de l'article 552 en indiquant : « la présomption de l'article 552 du Code civil ne peut cependant jouer, à contre sens, la propriété du dessus n'emportant pas nécessairement la propriété du sol alors surtout que le couloir est à usage exclusif ».

Contrairement aux arrêts sur les débordements aériens, le rejet de la présomption de propriété ne peut ici prendre appui sur le respect de l'ordre juridique et la cohérence du parcellaire. Les juges attribuent finalement au-dessus (A) la propriété du sol pour former une parcelle classique, comprenant, seulement au profit de B, un droit de passage s'analysant en une servitude par destination du père de famille (les propriétés A et B formant à l'origine une seule et même entité). Le sens de la décision, et son intérêt, est clairement de réserver la prérogative énoncée à l'article 552 à la seule propriété du sol, et cela y compris, lorsque la propriété superficielle est placée dans une situation « dominante », c'est-à-dire représentant en terme de valorisation de la parcelle, la partie essentielle⁷⁵⁸.

Dans une affaire proche, la Cour de cassation avait déjà indiqué réserver la présomption de propriété au propriétaire du sol, ce qui en la circonstance empêchait à un titulaire, il est vrai, seulement d'une servitude de passage dans un couloir, de s'en prévaloir⁷⁵⁹.

⁷⁵⁷ CA Rouen, 1^{re} civ. 19 mai 1987 ; JurisData : 1987-042292.

⁷⁵⁸ L'arrêt ne donne pas de précision sur la nature des immeubles. Toutefois, la valeur des propriétés A et B semble d'abord provenir de la construction en aérien, ce qui signifie qu'en accordant à (A) la présomption de 552, cela ne perturbait pas l'économie de l'ensemble. Le dessus déjà propriété de A représentait la valeur principale de cette unité, lui accordant seulement le sol grevé d'une servitude et le dessous. Les juges arrivent d'ailleurs à cette solution par une autre voie, celle de l'article 1353.

⁷⁵⁹ Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1965, n° 63-11, Bull. civ. I. n° 303.

Dans une autre affaire, la Cour d'appel de Metz a refusé le bénéfice de la présomption de l'article 552 au propriétaire d'une maison, dont l'acte de vente ne mentionnait pas la cave dans le cadre d'un litige avec son auteur⁷⁶⁰. Implicitement, par ce refus la cour considéra que ce dernier en retenant la propriété de la cave lors de la vente, était également propriétaire du tréfonds. L'acquéreur de la maison, était lui, en réalité, seulement propriétaire superficière, et par là, dans l'impossibilité d'accéder à l'unité du fonds, par application de l'article 552. Enfin, un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse de février 1888⁷⁶¹ rejeta l'action en revendication d'un propriétaire de bâtiments en rez-de-chaussée sur lesquels étaient situées des galeries, utilisées comme passages à usage de rue, suite à un usage datant du 13^{ème} siècle. Le propriétaire du dessus prétendait que la propriété des édifices surplombant les passages lui donnait accès à celle du sol. La Cour d'appel refusa pour deux raisons. D'abord, l'arrêt fonda son refus sur l'appartenance au domaine public communal des rues : « Le sol de ces rues est imprescriptible jusqu'à preuve du contraire, et réputé appartenir aux communes sans que celles-ci soient tenues d'aucune justification. ». Ensuite, la cour indiqua que : « La présomption de cet article (552) est sans valeur au regard d'une prescription contraire et antérieure... » de la commune.

Par ces quatre décisions, présentant parfaitement la problématique évoquée ci-dessus, la jurisprudence écarte, avec le soutien de la doctrine, nettement l'application de la présomption de propriété de l'article 552 à la propriété du dessus. La même volonté se retrouve pour la propriété souterraine.

B. Une non-réciprocité valant également pour le dessous

(297.) Comme pour le dessus, la propriété de tout ou partie du dessous ne permet pas à son titulaire d'accéder à la propriété du sol, conduisant à disposer du fonds dans sa totalité. Revendiqué par la doctrine⁷⁶², le refus d'étendre la présomption de l'article 552 est de longue date reconnu par la jurisprudence⁷⁶³.

Dans l'affaire de 1838, présentée ci-dessus (cf. supra §277 et s.), le propriétaire d'une carrière d'ardoise n'avait pu prétendre à la propriété du sol, bien que son droit sur le tréfonds fût incontestable. La propriété était reconnue par la partie adverse et comprenait en outre une partie du sol pour quelques ares. La supériorité accordée au sol apparaît nettement dans cet arrêt. En imaginant un instant, l'ardoisier cultivateur, exploitant un champ pour la culture de

⁷⁶⁰ CA Metz Chambre civile, 17 novembre 1994, JurisData : 1994-048937.

⁷⁶¹ Toulouse, 18 février 1888, D.P. 1889. II. p. 55.

⁷⁶² W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010, §57.

⁷⁶³ op. cit. Cass. req. 7 mai 1838 : S. 1838. I. 719.

céréales par exemple, son droit de propriété sur une éventuelle carrière située dans le sous-sol de son champ n'aurait pas fait l'ombre d'un doute. L'article 552 accordant au sol le dessus et le dessous, la propriété du champ aurait emporté celle de l'ardoisière, et même au-delà. La situation illustre l'ascendance sans équivoque donnée au sol, par la non-réciprocité de l'article 552.

Un aspect permet toutefois, toujours en référence à l'arrêt de 1838, de relativiser l'avantage. La décision énonce, cela vient d'être établi, la non-réciprocité de la présomption de l'article 552, mais elle entérine aussi une propriété dissociée entre l'ardoisière en sous-sol et le dessus. Deux lectures de la décision peuvent être admises, une axée sur l'absence de réciprocité tendant à maintenir au rang d'exception la propriété superficière, l'autre, à l'inverse, mettant d'abord, et surtout, en exergue la reconnaissance du droit de superficie. Rappelons qu'il s'agit de l'une des premières décisions relatives à la propriété superficière, savamment écartée par le code de 1804. En conséquence de quoi, l'arrêt représente *a minima* une contribution essentielle à la fondation de principe du droit de superficie par une remise en cause du monopole du propriétaire du sol.

Ainsi, la décision de 1838 confirme la non-réciprocité pour de l'article 552, confortant le monopole du sol, tout en validant le principe d'une propriété superficière. Ce double mouvement, conduisant d'un côté, à affirmer le principe de la propriété superficière tout en la contenant, est également présent en arrière-plan de la question de l'administration de la preuve de la propriété du dessus ou du dessous. Il n'offre pas à lui seul un axe structurant d'analyse, mais ne doit pas être oublié, et, cela d'autant plus, que la preuve de la propriété superficière ramène au fondement même de la propriété.

§2 La preuve de la propriété superficière : une exception au principe identitaire de la liberté de la preuve de la propriété sujette à débat

(298.) Aussi surprenant que cela puisse paraître, la preuve de la propriété n'est traitée par aucune disposition du Code civil, à l'exception de l'allusion à la prescription de l'article 1350-2⁷⁶⁴. Il est cependant admis de recourir aux articles 1315 et suivants pour combler ce manque, bien que ces derniers relèvent expressément du droit des obligations et non du droit des biens⁷⁶⁵.

⁷⁶⁴ F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens », (8e édition), 2010, Dalloz, §532 p.418, art. 1350-2° Code civil : « Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées ; ».

⁷⁶⁵ Voir par exemple, C. Larroumet, « Droit civil, Les biens. Droits réels principaux », T. 2. 5e éd. Economica, 2006, §434 p. 245.

Les principes généraux du droit de la preuve ne sont pas adaptés à la preuve du droit de propriété en raison du jeu de la possession et en particulier, de la règle de l'article 2276 alinéa 1⁷⁶⁶ pour les meubles. Pour les immeubles, l'inadaptation tient à la multiplicité des modes de preuves incertains, et pouvant parfois entrer en conflit les uns avec autres⁷⁶⁷.

Sur le principe, doctrine et jurisprudence ont fait le choix d'une preuve de la propriété immobilière libre (A), principe que ne s'applique toutefois pas au droit de superficie. Pour comprendre cette différence de traitement essentielle, il est nécessaire de revenir sur le lien entre la preuve de la propriété immobilière et la question de l'origine de la propriété. Ainsi, la liberté de la preuve renvoie un concept de propriété constitutive de liberté dans l'ordre des biens (B).

A. Le principe de la liberté de la preuve de la propriété immobilière

(299.) La propriété du code, qui a pour fondement la liberté du propriétaire et un État minimaliste, opta pour une preuve de la propriété immobilière libre. Ce choix permet de contourner l'impossibilité d'une preuve parfaite en matière immobilière.

La preuve de la propriété par un acte n'est pas totalement satisfaisante. Si un acte établit que le propriétaire actuel tient son droit de tel auteur, il ne prouve pas que l'auteur lui-même ait régulièrement acquis la propriété d'un auteur antérieur, sauf à produire ce second acte. Pour autant, ce deuxième acte sera confronté aux mêmes difficultés que le premier ; il ne donnera aucune indication sur la propriété précédente, imposant le recours au troisième acte, et ainsi de suite. Pour décrire cette remontée infinie dans le temps rendant la preuve de la propriété impossible, les auteurs anciens parlaient de *probatio diabolica*. De ce point de vue, la preuve par acte a donc une portée relative.

Pour contourner la difficulté, certains pays ont mis en place un système du type *act Torrens*, suivant lequel le propriétaire d'un bien immobilier serait susceptible de préconstituer une preuve parfaite opposable *erga omnes* de son droit de propriété, via un système administratif centralisé. La France n'a pas fait ce choix en dépit de nombreux et anciens débats sur le sujet.⁷⁶⁸ Le refus d'une preuve parfaite ne tient pas au hasard. Il signe la volonté de maintenir la propriété notamment immobilière en dehors de la sphère administrative. La raison en est fort simple, et la mine 1810 l'illustre à la perfection. Souvenons-nous, le concessionnaire pouvait se targuer, lui, d'une preuve

⁷⁶⁶ Article 2276 alinéa 1 Code civil : « En fait de meubles, la possession vaut titre. ».

⁷⁶⁷ C. Larroumet, « Droit civil, Les biens. Droits réels principaux », T. 2. 5e éd. Economica, 2006, §437 p. 246

⁷⁶⁸ Voir par exemple, E. Levy, « Preuve par titre du droit de propriété immobilière », Thèse, Lyon, 1896, indiquant en conclusion (p.166) : « Il faut exclure l'influence sur son sort (propriété immobilière) de la responsabilité individuelle, lui donner dès sa naissance la sanction absolue de la loi. C'est l'idée qui a fait naître le système des livres fonciers et de l'act Torrens. ».

préconstituée parfaite et incontestable, la concession. Simplement, cette démarche fondatrice à la base de la propriété minière, si elle représente un avantage en termes de preuve, a aussi favorisé l'intervention de l'autorité administrative, qui est allée jusqu'à la remise en cause du principe même de la propriété minière (cf. supra §213).

À cette preuve de nature administrative, le droit français préféra un système basé sur la possession, et plus précisément la possession remplissant notamment une condition de durée, c'est-à-dire la prescription acquisitive. La preuve par titre étant limitée par la réalité du droit du propriétaire précédent, la prescription qui est un mode d'acquisition de la propriété en vertu de l'article 712⁷⁶⁹ du Code civil, permet de combler parfaitement cette lacune en offrant au propriétaire un titre de propriété légal. Ainsi, celui qui peut se prévaloir de la détention d'un bien, sous certaines conditions, dont un certain temps, est investi par la loi d'un titre de propriété, d'une preuve parfaite se suffisant à elle-même. Soulignons ici le rôle de la loi, celle-ci, contrairement aux systèmes « administratifs » n'a nullement vocation à constituer le droit de propriété, mais seulement à conforter *a posteriori* une situation de fait.

Ce modèle élaboré par la jurisprudence dès la première partie du 19^{ième}⁷⁷⁰, a été confronté à une difficulté, sur laquelle il est utile de s'arrêter. Cette difficulté peut être formulée par la question suivante : comment trancher le litige entre deux personnes revendiquant la propriété d'un bien et ne pouvant se prévaloir de l'usucapion – preuve parfaite, et ne disposant pas d'un titre – preuve imparfaite ? Face à un litige de ce type, le juge contraint de se prononcer sauf à être poursuivi pour déni de justice (cf. Art. 4 Code civil⁷⁷¹) aura schématiquement deux options. Le juge pourra constater le défaut de preuve du revendiquant demandeur et attribuer au possesseur actuel, la propriété du bien. Seconde alternative, le juge pourra déclarer le bien sans maître, ou en rendre directement la collectivité propriétaire, puisqu'aucun individu n'est en mesure de produire un titre ou faire état d'une possession. Après de longs débats,⁷⁷² la jurisprudence et la doctrine choisirent de privilégier un mode de preuve imparfait pour permettre dans de pareils cas, l'attribution de la propriété. Ce mode de preuve imparfait correspond aux présomptions du fait de l'homme, régies à l'article 1353 du Code civil⁷⁷³. Ainsi, à défaut de l'usucapion ou d'un titre, le juge saisi d'une action en revendication de la propriété d'un immeuble, compare les prétentions des parties, et

⁷⁶⁹ Art. 712 Code civil : « La propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation, et par prescription. ».

⁷⁷⁰ P. Mendelssohn, « De la preuve de la propriété immobilière », Paris, 1922, p.53 Cf. Cass. 26 août 1823 référencée par l'auteur : S. Chron. D. Alph. 9. 621.

⁷⁷¹ Art. 4 Code civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. », voir Cass. civ. 3^e, 16 avril 1970, Bull. civ.3 n°249 ; D.1970. I. 474, note Contamine-Raynaud ; JCP 1970. II. 16459 ; JCP 1970. II. 16459, le juge ne peut rejeter les prétentions des deux parties sur un immeuble au motif qu'aucune n'a prouvé la supériorité de son droit. Cass. civ.3^e, 3 décembre 1980, Gaz. Pal. 1981. II. 481, note Piedelièvre, le juge peut débouter l'une et l'autre considérant que l'une n'apporte pas la preuve de sa propriété et que la possession de l'autre n'a pas permis l'usucapion.

⁷⁷² P. Mendelssohn, « De la preuve de la propriété immobilière », Paris, 1922, p. 62 et s.

⁷⁷³ Art. 1353 Code civil : « Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol. ».

accueille celles faisant état des éléments les plus probants. Ces preuves peuvent reposer sur toutes formes de faits : usages, configuration des lieux, témoignages, énonciations du cadastre, rôles fiscaux, etc.

De la sorte, la preuve de la propriété immobilière est libre, c'est-à-dire susceptible d'être apportée par tous moyens. Ce mode de preuve privilégie le fait, en dehors d'un cadre normatif prédéfini, à l'exception évidemment du choix de l'établissement de la liberté de la preuve. En conséquence, un rôle minimaliste est attribué au juge, et en suivant, à la loi comme à l'État. Ce rôle se conforme à la propriété originelle du code organisant un tête-à-tête entre le propriétaire et sa chose.

B. Le lien entre le mode de preuve et l'origine de la propriété fondée sur l'individu

(300.) La problématique du mode de preuve de la propriété immobilière ramène, assez directement, à l'origine même de la propriété.

Si l'on s'en tient aux deux grandes thèses, la propriété procède soit d'une forme d'organisation, à l'image de la théorie du contrat social de Rousseau. C'est le planteur de pieux dont l'action est acceptée par les autres membres de la communauté, invitation à la contractualisation. Soit, la propriété puise sa source dans le droit naturel. À la base de ce système d'appropriation, le besoin naturel de l'homme le pousse à établir un lien exclusif avec les choses. Ce lien, fondé sur l'industrie de l'individu, lui permet d'assurer son développement, indépendamment de toute organisation sociale.

Le dilemme contrat social versus nature humaine se trouve transposé dans l'opposition entre une preuve prédéfinie, dont la forme la plus avancée est celle illustrée par *l'act Torrens*⁷⁷⁴, contre une preuve par tous moyens, du type de celle des présomptions du fait de l'homme. Ce second mode de preuve ne se place pas bien entendu en dehors du droit, mais son développement est articulé, nous venons de l'observer, avec une intervention *a minima* de l'autorité administrative, en l'occurrence judiciaire. La propriété dans ce dernier cas, se soustrait à toutes formes de contrôle *a priori*, en l'occurrence une preuve préconstituée idéale de nature administrative, mais aussi, dans une moindre mesure, refuse une preuve parfaite, telle que l'usucapion, ou encore la preuve par acte.

La preuve de la propriété par tous moyens ne consiste pas dans la vérification de la présence ou de l'absence du titre de propriétaire, mais dans la recherche des données de fait qui conduiront à la reconnaissance de la propriété. En cela, il y a un déplacement de l'objet de la preuve⁷⁷⁵, vers la situation concrète. L'objectif de la démarche est de rapporter les éléments de preuve les plus

⁷⁷⁴ Voir pour par exemple sur les origines de l'Act Torrens, R. Viollette, « L'Act Torrens. Son application en Australie et en Tunisie », Thèse, Paris, 1900, p. 12.

⁷⁷⁵ F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens », (8e édition), 2010, Dalloz, §533 p. 419.

probants au regard du cas d'espèce, et non la conformité d'une norme prédéfinie. C'est pourquoi les parties au procès peuvent le faire par tous moyens, soit le mode de preuve le moins contraignant. L'objectif premier n'est pas le respect de la norme, mais d'établir la propriété.

Avec une preuve libre, l'objectif n'est pas de formater la propriété. L'action du juge se limite *in concreto*, à reconnaître laquelle des deux situations s'apparente le plus à la propriété, puis d'offrir à la situation choisie la protection de la loi. Dit autrement, le corps social cherche à distinguer entre les deux prétendants, celui qui par son action est susceptible de valoriser au mieux l'immeuble revendiqué, puis à octroyer la garantie de la loi au droit qu'il détient sur ce bien, c'est-à-dire à lui reconnaître un droit de propriété. Détenant le précieux sésame, l'individu devenu propriétaire peut sans prendre le risque d'être évincé, ou de voir attribuer à un tiers le fruit de son labeur, poursuivre la valorisation de son bien dans son intérêt, et au-delà, celui de l'ensemble de la collectivité.

Ce qu'il convient de souligner dans ce système, c'est le caractère relatif de la qualité de la preuve. La valeur des prétentions de l'une des parties est appréciée comparativement, relativement à celle de l'autre partie. Le pouvoir du juge repose sur l'examen des conditions d'appréciation des prétentions respectives prises intrinsèquement, dans une visée nominaliste serait-on tenté de dire. La propriété sera accordée par le juge à l'individu réussissant à emporter le mieux sa conviction. Au terme d'un litige, par exemple, la propriété d'un fonds pourra être accordée sur la base de simples témoignages, alors que dans une autre affaire, un commencement de preuve par écrit, ou encore une possession de plusieurs années, voire sur la base de l'usucapion, sera nécessaire. Pourtant, à l'issue des procès, le droit ne distinguera pas entre la propriété reconnue à celui se fondant sur un témoignage, ou celui se prévalant d'une prescription acquisitive, même si en théorie, le premier pourrait voir son droit contesté par une personne prétendant avoir prescrit. En n'exigeant pas le respect d'une condition objective minimum caractérisant la propriété, le mode de preuve civiliste se place aux antipodes de celui du titre officiel incarné par l'*act Torrens*. Sous cet angle, la preuve par tous moyens tend à se rapprocher d'une propriété de droit naturel centrée sur l'individu guidé par son besoin de développement.

Le choix de la liberté de la preuve, appliqué aujourd'hui extensivement par la jurisprudence, puisqu'il concerne la propriété mobilière⁷⁷⁶ comme immobilière⁷⁷⁷, est donc loin d'être neutre et rappelle, une nouvelle fois, la dimension philosophique et politique de la propriété civiliste. En la matière, jurisprudence et doctrine ont, à l'évidence, suivi le sillon creusé par le législateur de 1804, réservant à l'État, au moins à l'origine, un rôle minimaliste. La propriété du code tient, in fine, sa légitimité de la loi, tout en étant bâtie sur le dynamisme des individus, et des individus pris isolément.

⁷⁷⁶ Cass. civ. 1^e, 11 janvier 2000, Bull. civ. I, n° 5; RDI 2000.145, obs. M. Bruschi ; JCP 2000. I. 265, n° 2, obs. H. Périnet-Marquet.

⁷⁷⁷ Cass. civ. 3^e, 12 juillet 1977, Bull. civ. III, n° 311 ; Cass. civ. 3^e 20 juillet 1988, Bull. civ. III, n° 136.

Dans ce contexte, réserver un traitement différencié entre la propriété immobilière unitaire et la propriété dissociée, est loin d'être anodin et appelle à l'examen des motivations à l'origine de la distinction.

§3 le fondement incertain de la preuve renforcée imposée à la propriété superficière

(301.) Au binôme, principe de l'unité de l'immeuble, exception dissociation de l'immeuble, répond le binôme du principe de la preuve par tous moyens, exception preuve renforcée par titre ou par usucapion. En d'autres termes, la propriété unitaire se prouve par tous moyens, et la propriété superficière par une preuve renforcée. Les deux propositions construites sur un modèle antagoniste, œuvrent en cohérence à la supériorité du sol surface, synonyme d'une organisation horizontale de cette ressource. Ce choix qui est celui des rédacteurs du code, comporte une dimension idéologique indéniable.

L'exigence d'une preuve de la propriété superficière par acte ou par prescription, représente par exemple une contrainte forte, revendiquée aujourd'hui unanimement par la jurisprudence et la doctrine ; elle peine toutefois à être justifiée objectivement.

Avec le recul du temps, cette convergence entre jurisprudence et doctrine, comme la netteté des positions de chacune d'elles, semble nouvelle. Au 19^{ième} et en partie au 20^{ième}, la jurisprudence était moins homogène, et si la preuve renforcée était requise, pour nombres de décisions, coexistait un mouvement prônant la preuve par tous moyens pour la propriété superficière (cf. infra §313). La doctrine majoritaire⁷⁷⁸ était plutôt favorable à une preuve renforcée. Laurent⁷⁷⁹ et Baudry-Lacantinerie⁷⁸⁰ furent dans les auteurs les plus explicites sur le sujet. D'autres, tels Demolombe⁷⁸¹ ou Aubry et Rau,⁷⁸² soulignaient d'abord que la propriété superficière trouvait son origine dans un acte ou l'usucapion, sans, par ce propos, se prononcer positivement sur le mode de preuve. D'ailleurs, ces auteurs acceptaient le

⁷⁷⁸ Voir cependant, P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p.7 : « la preuve contraire résultant soit d'un titre, soit de la prescription, soit des circonstances de fait ».

⁷⁷⁹ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 6, Paris Bruxelles, 1871, §254 p.333.

⁷⁸⁰ G. Baudry-Lacantinerie, « Précis de droit civil », Tome Premier, Paris, 1882, §1083 p.695 : « ... les constructions ou plantations, qui existent à la surface d'un terrain dont je ne suis pas propriétaire, m'appartiennent, soit en vertu d'un titre, soit par la prescription: cas auquel la propriété se trouvera démembrée, la superficie appartenant à l'un et le tréfonds à l'autre. ».

⁷⁸¹ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §654 p.574 : « Pour que la propriété des ouvrages superficiels ou souterrains, appartienne à un autre qu'au maître du sol, il faut donc que cet autre l'ait acquise : Soit par titre; soit par prescription. ».

⁷⁸² C. Aubry et Rau, « Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae », Tome 2, Paris, 1865, §223 p.390.

recours à la preuve par tous moyens. Toutefois, la preuve par tous moyens s'expliquait par le fait que, parallèlement aux actions en revendication de la propriété du dessus ou du dessous, existaient des actions seulement en indemnisation des travaux réalisés sur le terrain d'autrui. Se trouvait ainsi justifiée l'exception à la preuve renforcée⁷⁸³ de la propriété superficière, ce qui était contestable, eu égard à la jurisprudence⁷⁸⁴.

(302.) Dans la seconde partie du 20^{ième}, l'orientation de la jurisprudence en faveur d'une preuve renforcée est allée en s'affirmant en dépit de décisions divergentes. De son côté, la doctrine, après avoir un temps critiqué vertement cette tendance dérogatoire à la preuve de droit commun de la propriété, s'est finalement rangée derrière cette position.

Aujourd'hui, un courant jurisprudentiel large et durable va également nettement dans ce sens de la preuve renforcée (A). Cependant, quand vient l'heure de la justification, les arguments manquent, d'autant que certains arrêts soutiennent une preuve par tous moyens pour la propriété superficière. Même en excluant les problématiques annexes des articles 554 et 555 du Code civil, comme nous le ferons, le fondement de la preuve dérogatoire de la propriété superficière demeure fragile. F. Zenati et T. Revet d'une part, et W. Dross d'autre part ont tenté de légitimer le mode de preuve de la propriété superficière entre une preuve libre et une preuve renforcée, en se référant à la notion d'accession chacun à leur manière. Ces argumentations ne convainquent pas totalement, notamment, parce que leurs conclusions respectives se contredisent (B).

A. La preuve renforcée : une tendance jurisprudentielle de fond au long cours

(303.) À celui qui revendique une propriété dissociée portant sur le dessus ou le dessous, la jurisprudence a imposé très tôt l'obligation d'établir son droit de propriété par un acte ou par l'usucapion. Les situations visées embrassent un large panel de problématiques avec des litiges nés de la division d'une propriété unique, des renoncements au bénéfice de l'accession -y compris au profit d'un simple occupant-, ou encore des cas d'appropriation en sous-sol du domaine public. Cette diversité ne favorise pas la clarté d'un sujet déjà complexe. Pour tenter d'organiser la lecture

⁷⁸³ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §656 p.577. L'auteur explique sa position en se référant à une obligation réciproque entre constructeur et propriétaire du sol dérivant d'un quasi-contrat ; Voir également C. Aubry et Rau, « Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae », Tome 2, Paris, 1865, §192 p.161. Les auteurs expliquent la preuve par tous moyens en considérant qu'il s'agit de prouver non pas un fait juridique, mais un fait pure et simple.

⁷⁸⁴ Voir par exemple Civ. 30 novembre 1853, D. 1854. I. 1. La cour accepte la preuve par tous moyens pour une action en revendication de la propriété d'une partie de bâtiment ou Cass. req. 18 mai 1858, S. 1858. I. 218 pour la propriété d'arbres.

des nombreuses décisions imposant la preuve renforcée, il sera établi une distinction entre celles qui émanent de la Cour de cassation (1), et celles prononcées par des Cours d'appel (2).

1. Le tournant jurisprudentiel favorable à la preuve renforcée de la fin du 19^{ième} siècle

(304.) Le début des années 90 marque la volonté de la Cour de cassation d'instaurer la preuve renforcée comme mode de preuve de principe de la propriété superficière, dérogeant ainsi à la preuve par tous moyens de la propriété immobilière. Cette orientation peut être rattachée à des jurisprudences plus anciennes datant de la fin du 19^{ième}⁷⁸⁵ ou début du 20^{ième} siècle⁷⁸⁶. Si l'on s'en tient au mode de preuve stricto sensu, le mouvement favorable à la preuve renforcée s'est affirmé au cours des années 90 et dans la décennie suivante, avec en point d'orgue une décision emblématique de juillet 2000.

La première décision notable date du 26 mai 1992⁷⁸⁷ ; elle concerne une propriété bâtie composée de deux immeubles contigus, et vendus à deux propriétaires par adjudication. L'une des propriétés comprenait une cave construite en partie sous le second immeuble. Cette cave ne figurait dans aucun des titres et son occupant ne pouvait se prévaloir de l'usucapion. La Cour d'appel⁷⁸⁸, se fondant sur le fait que l'occupant disposait de l'accès principal à ladite cave et sur divers indices, comme l'absence de délimitation des propriétés dans le cahier des charges de la vente, déboute de sa demande le propriétaire sous l'immeuble duquel se prolongeait la cave. Cette demande tendait, assez classiquement, à faire coïncider la limite de sa propriété à la verticale de la limite de son immeuble. La Cour d'appel assoit sa décision en considérant que l'article 552 édicte une présomption ne valant que pour les constructions postérieures à l'acquisition et qu'en l'occurrence, les demandeurs n'avaient pas fait la preuve de leur propriété de la cave. En d'autres termes, il ne s'agissait pas ici d'accepter la preuve par tous moyens d'une propriété superficière, mais de renverser la charge de la preuve pour l'établissement des limites d'un bien immobilier avant son acquisition. La Cour de cassation censure le raisonnement de la cour inférieure de façon très explicite avec l'assentiment de la doctrine⁷⁸⁹. Les juges déclarèrent au visa des articles 552 et 1315 pris ensemble : « Qu'en statuant ainsi, alors que la présomption de propriété du dessous au profit du propriétaire du sol n'est susceptible d'être combattue que par la preuve contraire résultant d'un titre ou de la prescription, la Cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé les textes susvisés ; ». Ainsi, la cour suprême condamne non seulement l'interprétation de 552 opérant une

⁷⁸⁵ Cass. req. 14 novembre 1888, D89. I. 469, Cass. req. 25 avril 1882, D. 1882. I. 248.

⁷⁸⁶ Cass. req. 27 décembre 1904, D.P. 1905. I. 76.

⁷⁸⁷ Cass. civ. 3^e, 26 mai 1992, n° 90-22.145 ; JurisData : 1992-001211.

⁷⁸⁸ CA Paris, 2^e Chambre, section B, 19 septembre 1990 références manquantes.

⁷⁸⁹ D. 1993, somm. p. 36, obs. A. Robert.

distinction en fonction de la date de l'accession antérieure et postérieure à l'acquisition, mais affirme son choix en faveur de la preuve renforcée⁷⁹⁰.

Dans la décision de principe du 12 juillet 2000⁷⁹¹, les faits sont similaires, même si dans cette affaire rien n'évoque un auteur commun. Les deux propriétés en question étaient étroitement imbriquées, et l'objet du litige portait sur une cave se prolongeant sous la propriété voisine, comme dans l'arrêt précédent. Là encore, l'occupant ne pouvait se prévaloir ni d'un titre, ni de la prescription acquisitive. Néanmoins, son fonds disposait de l'accès principal, et la structure de la cave laissait à penser qu'il s'agissait d'un ouvrage unitaire. La Cour d'appel⁷⁹² : « ... sur la base d'un faisceau de présomptions concordantes [...] ainsi que cela ressort de la combinaison de leur titre, de la configuration des lieux, pièce d'un seul tenant avec voûte unique, et de la possession qu'ils avaient de l'ensemble du local. », avait considéré que la présomption de l'article 552 s'effaçait devant la preuve contraire, et les juges d'appel avaient naturellement rejeté l'appel du propriétaire de l'immeuble supportant la cave. Par un arrêt en violation de la loi, par un moyen unique au visa de l'article 552, la Cour de cassation reprend l'interprétation exposée dans l'arrêt de 1992 et affirme : « ... la présomption de propriété du dessous au profit du propriétaire [...] du sol, n'était susceptible d'être combattue que par la preuve contraire résultant d'un titre ou de la prescription acquisitive ». La position est donc dénuée de toute ambiguïté. Pour la propriété superficière, la Cour de cassation rejette la preuve par tous moyens.

Cette décision, saluée par la doctrine⁷⁹³, est loin d'être un cas isolé. Outre l'arrêt de 1992, elle a été suivie et précédée par d'autres allant dans le même sens. En 1982, dans une décision annonciatrice de ce courant jurisprudentiel, la cour rejette le pourvoi d'une personne revendiquant la propriété d'un immeuble superficiaire construit par lui, et constituant sa résidence. Pour la cour : « La présomption instituée par l'article 552 du Code civil ne pouvant résulter que de titres ou de l'usucapion, la Cour d'appel n'était pas tenue de rechercher si les circonstances de fait invoquées par M. Medon (le demandeur) étaient de nature à apporter cette preuve contraire par simples présomptions ; »⁷⁹⁴.

⁷⁹⁰ La cassation en violation de la loi s'entend sur le principe puisque par son interprétation la Cour d'appel contrevenait à l'article 552. En fait indirectement, elle revenait sur la liberté de la preuve de la propriété immobilière, car le propriétaire n'étant pas en mesure de prouver que sa propriété s'entendait du dessous et dessus lors de son acquisition, ce propriétaire n'était plus en mesure de revendiquer sa propriété. Cependant, il est possible de s'interroger sur la position de la Cour de cassation. En effet, si la Cour d'appel avait accordé la propriété de la cave à l'occupant considérant que ce dernier avait fait la preuve de sa propriété en raison de la configuration des lieux (l'accès principal), et le cas échéant par d'autres indices. Cette hypothèse aurait alors été très proche de celle de l'arrêt Cass. req. 30 novembre 1833 D. 1854. I. 3 (cf. infra) dans lequel la cour avait opté pour une preuve par tous moyens.

⁷⁹¹ Cass. civ. 1^{er}, 12 juillet 2000, Juris-Data : 2000-002873 ; Bull. civ. 2000. III. n° 144 ; JCP G. 2001. I. 305. n° 1, obs. H. Périnet-Marquet ; RTDC 2002, p. 539, obs. Th. Revet ; Defrénois 2001, p. 451, obs. Ch. Atias ; RDI 2000, p. 525, obs. M. Bruschi.

⁷⁹² CA Aix-en-Provence, 4^e chambre civile, section B, 10 décembre 1996, références manquantes.

⁷⁹³ JCP G 2001, I, 305, n° 1, obs. H. Périnet-Marquet ; Defrénois 2001, p. 451, obs. Ch. Atias ; RDI 2000, p. 525, obs. M. Bruschi ; RTD civ. 2002, p. 539, obs. Th. Revet.

⁷⁹⁴ Cass. civ. 3^e, 9 février 1982, Gaz. Pal. 1982. II. 238 ; D. 1983. IR .15.

De même dans l'arrêt de 3 avril 1996⁷⁹⁵, la Cour de cassation refuse de reconnaître la propriété d'un immeuble construit en l'absence d'un titre ou de la prescription, le constructeur se prévalant d'un statut de locataire, qui selon lui, mettait en échec la règle de l'accession de l'article 552. De façon similaire, en décembre 2002⁷⁹⁶, la cour refuse au propriétaire d'un immeuble, détaché d'un ensemble, dont le titre ne mentionne pas la cave, de lui en reconnaître la propriété. Enfin, en 2011⁷⁹⁷, un arrêt rendu au visa de l'article 555, concernant la construction d'une piscine par l'exploitant d'un camping sur un terrain ne lui appartenant pas, rappelle que la renonciation à la présomption de 552 ne peut résulter que d'actes manifestant la volonté non équivoque d'y renoncer.

Cette interprétation faisant de la présomption de l'article 552 une présomption mixte ou relative, c'est-à-dire cédant seulement devant un acte ou l'usucapion, est largement reprise par les cours d'appel.

2. Une position largement reprise par les cours d'appel

(305.) Plusieurs arrêts d'appel rendent compte de l'exigence d'une preuve renforcée pour la présomption de l'article 552, comme le montrent les exemples présentés brièvement ci-dessous.

Ainsi, dans le cas de propriétés contiguës ayant un auteur commun, la Cour d'appel de Paris s'est opposée à l'extension d'une propriété au-dessus en grenier⁷⁹⁸, tout comme la Cour d'appel de Nîmes, à propos d'une terrasse⁷⁹⁹. La cour de Dijon a même considéré que la cave se prolongeant sur le fonds voisin ne peut donner lieu à l'établissement d'un droit de superficie, la prescription dont elle fait l'objet étant entachée du vice de clandestinité⁸⁰⁰.

La preuve par titre ou prescription vaut aussi pour les cas d'appropriation du domaine public. La Cour d'appel de Lyon⁸⁰¹ refusa l'établissement d'un droit de propriété portant sur des caves situées sous une voie publique, également en raison d'une possession clandestine. La cour de Paris⁸⁰² se prononça dans ce sens pour un caveron, dont l'accès principal se faisait depuis la propriété privée.

Dans un arrêt relativement récent, la cour d'Orléans⁸⁰³ est allée encore plus loin en considérant que les caves situées sous le domaine public ne pouvaient être appropriées. La motivation de la décision est d'ailleurs assez surprenante. Les juges se fondent sur l'édit de Moulins de 1566 relatif au

⁷⁹⁵ Cass. civ. 3^e, 3 avril 1996, n° 94-10.764 : JurisData n° 1996-001469.

⁷⁹⁶ Cass. civ. 3^e, 17 décembre 2002, n° 01-11.172 : JurisData n° 2002-017181.

⁷⁹⁷ Cass. civ. 3^e, 25 Octobre 2011, n° 10-23.754, 1256.

⁷⁹⁸ CA Paris, 2^e ch., sect. B, 14 mai 1986, JurisData : 1986-022972.

⁷⁹⁹ CA Nîmes, 1^{re} civ. sect. B, 28 mars 2006, n° 04/03323 ; JurisData : 2006-311424.

⁸⁰⁰ CA Dijon, ch., civ. A, 22 mars 2005, n° 03/01698 ; JurisData : 2005-268589.

⁸⁰¹ CA Lyon Chambre civile 18 Juin 2006, n°2006/66.

⁸⁰² CA Paris Chambre 2, section A 10 octobre 2007, n° 04/22535.

⁸⁰³ CA Orléans Chambre des urgences 2 Juillet 2008, n° 07/02911 JurisData : 2008-368925.

domaine royal, pour déclarer le domaine public inaliénable et imprescriptible, ce qui imposerait au revendiquant de faire remonter la preuve de son titre antérieurement à 1566⁸⁰⁴.

Plus classiquement, au visa des articles 551 et 552, la Cour d'appel de Reims⁸⁰⁵ rejette la prétention d'un locataire concernant la propriété d'immeubles édifiés avant la conclusion du bail rural qui prévoyait une clause de renonciation au bénéfice de l'accession, seulement pour les bâtiments à venir. Pour une construction postérieure à l'acquisition du terrain, un arrêt de la Cour d'appel de Dijon⁸⁰⁶ rappelle que l'époux marié sous le régime de la séparation de biens ayant acquis en indivision le terrain, ne peut revendiquer à son seul bénéfice la propriété de l'immeuble, sans un titre ou la prescription acquisitive. En l'occurrence, ce dernier étayait sa demande par la prise en charge de la majeure partie du coût des travaux et du budget logement du couple, en raison d'un niveau de revenus supérieur à celui de son épouse⁸⁰⁷.

L'encadrement du mode de preuve de la propriété superficielle par la jurisprudence est une tendance de fond, relayée par de nombreux arrêts d'appel et de cassation. Cette position n'est cependant pas exclusive d'une orientation plus libérale acceptant la preuve par tous moyens. Certains auteurs ont tenté d'expliquer cette dualité en ayant recours à la notion d'accession, sans toutefois parvenir à être réellement convaincants.

B. Un contre-courant de la preuve par tous moyens dépassant le principe de l'accession stricto sensu

(306.) Face au principe d'une preuve de la propriété du dessous et du dessus par titre ou prescription, la jurisprudence a développé un courant contradictoire acceptant, clairement, la preuve par tous moyens (1), sans que la frontière entre les deux postures soit des plus nettes. Certains auteurs ont expliqué la coexistence des deux modes de preuves par la notion d'accession. Eclairante par certains aspects, la proposition apparaît en fait peu satisfaisante, aboutissant à des conclusions diamétralement opposées, quant au fait de recourir ou non à la preuve renforcée (2). La coexistence de ces positions contradictoires concernant la preuve de la propriété superficielle pourrait en réalité faire écho au pragmatisme des juges en matière

⁸⁰⁴ Le développement de ce point est en dehors de notre propos. Nous souhaitons simplement souligner que cette décision ne se réfère pas à l'arrêt du CE 13 décembre 1911, D.1912. III. 15, arrivant à la même conclusion, mais sur la base d'un arrêt de décembre 1607 interdisant à toutes personnes de creuser des caves sous les rues. Par ailleurs, la règle semble ne pas concerner le domaine privé communal susceptible lui d'être approprié par prescription voir sur ce point, CA Paris Chambre 2 section A, 16 Novembre 1983.

⁸⁰⁵ CA Reims, ch. civ., 1re sect., 17 novembre 2003, n° 03-01320 : JurisData : 2003-238463.

⁸⁰⁶ CA Dijon, ch. civ. C, 17 novembre 2005, n° 05-00258 ; JurisData : 2005-299734.

⁸⁰⁷ Voir cependant à propos de l'interférence du régime matrimonial sur la présomption de l'article 552, F. Cohet-Cordey, « L'accession », Rép. Droit Civil, Mai 2009 (dernière mise à jour : octobre 2010), §120 et en particulier CA Paris, 4 mars 2003, JCP 2004, I. 129, n° 19, obs. Tisserand.

de droit de superficie. Une preuve libre correspondrait à une ouverture vers la propriété superficière et une preuve réglementée au retour vers la théorie classique de la propriété.

1. La preuve par tous moyens

(307.) Le courant favorable à la preuve par tous moyens est lui aussi ancien, et sans doute antérieur au courant concurrent de la preuve renforcée. La doctrine classique s'est assez peu prononcée en ce sens, sauf pour affirmer la propriété superficière, comme le fit Ibled, et encore en conservant une part de flou⁸⁰⁸. Le choix d'une superficie se prouvant par tous moyens est aussi ancien que celui de la preuve renforcée, puisque le premier arrêt en faisant état, date de 1833⁸⁰⁹. Le courant d'une preuve libre de la propriété superficière est également puissant, et semble n'avoir perdu de sa vitalité qu'à partir de la seconde moitié du 20^{ème} siècle.

Pour commencer, revenons sur l'arrêt de 1833. Une propriété unique est divisée à la suite d'une vente sur saisie. En raison de l'imbrication des bâtiments, l'un des propriétaires revendique deux chambres dépendant de son unité, mais situées au-dessus de l'autre propriété. La chambre des requêtes de la Cour de cassation favorable à cette demande, énonce : « ... (l') article 552 emporte la propriété du dessus et du dessous, cette présomption établie par la loi cesse devant les circonstances de fait qui établissent un droit contraire [...] si (selon) l'article 546 du même code, la propriété d'une chose donne droit à ce qui s'y unit naturellement ou artificiellement, ce droit n'existe qu'en l'absence de conventions contraires, ou de faits qui supposent légalement ces conventions... ». Pour la cour, les deux présomptions, celle de l'article 552, comme celle visant plus spécifiquement le droit d'accession, associée ici à l'article 546, sont des présomptions simples (*juris tantum*) susceptibles d'être combattues par des actes ou des faits. En l'espèce, les juges fondent le droit de propriété au regard d'un accès exclusif aux chambres, c'est-à-dire une preuve par tous moyens.

Dans une autre affaire de 1911⁸¹⁰, la cour reprend une position similaire pour un égout établi sur une propriété privée, dont la configuration en faisait l'accessoire d'un aqueduc municipal. Recourant au double visa de 552 et 546, l'arrêt explicite plus précisément encore la pensée des juges en indiquant : « ... attendu qu'en décidant dans ces conditions, que cet égout, accessoire indispensable de l'aqueduc municipal, participait du même caractère d'utilité publique et devait être considéré comme appartenant à la commune, les juges du

⁸⁰⁸ C. Ibled, « Le droit de superficie en droit français », Sirey, 1931, §19 p.75. Pour Ibled la preuve de la propriété des plantations et constructions se fait « ... soit en vertu d'un titre, soit par prescription, soit conformément aux principes généraux de la preuve du droit de propriété. ».

⁸⁰⁹ Cass. req. 30 novembre 1833, D. 1854. I. 3. Voir également Besançon, 8 avril 1903, D. 1903. II. 483 Gaz. Pal. 1903. II. 84 ; Cass. req. 27 décembre 1904, D.P. 1905. I. 76.

fond, qui ont ainsi fait fléchir la présomption de propriété de l'art.552 c. civ. devant celle de l'art. 546 du même code... »⁸¹¹.

Dans un cas proche, en 1967, la cour constatant l'absence de possession, rejette la revendication d'une municipalité tout en affirmant le principe de la preuve par tous moyens⁸¹². La décennie suivante, en 1977, au visa de 553 cette fois, les juges se prononcent dans le même sens. Suite à la vente d'un terrain dont l'acte ne mentionnait pas l'existence de boxes automobiles, la cour suprême accepte le renversement de la présomption en faveur du propriétaire du sol par des faits de possessions paisibles, en l'occurrence la location des boxes⁸¹³.

Deux autres arrêts expriment la volonté de la Cour de cassation de combattre la présomption de l'article 553 par tous moyens. Le premier rendu en 1963⁸¹⁴, porte sur la propriété de galeries minières et autres constructions réalisées par l'exploitant d'une mine. Pour déjouer l'attribution de la propriété de ces ouvrages au bénéfice du propriétaire du sol, la cour suprême relève que celui-ci s'était engagé à reprendre les constructions élevées par l'occupant en fin de concession. Le second arrêt, rendu en 1978⁸¹⁵, comme le précédent au visa de l'article 553, accepte de déjouer la règle de l'accession au profit du constructeur d'un bâtiment, qui avait supporté la charge des travaux et avait reçu l'accord du propriétaire de construire pour son propre compte.

Par ces trois arrêts (1977, 1963 et 1978), la Cour de cassation semble impulser une nouvelle période au courant de la preuve par tous moyens. Toutes ces décisions sont fondées sur l'article 553, tandis que celles limitant les revendications superficielles à une preuve par titre ou prescription, se réfèrent à l'article 552, si l'on fait exception de la décision de décembre 1967.

Dès lors, il peut être tentant d'associer la preuve de la propriété superficielle par tous moyens, dont on ne peut pas faire abstraction, à l'article 553. La preuve renforcée serait, elle, articulée avec l'article 552. Dans une perspective proche de ce raisonnement, certains auteurs ont cherché à justifier l'alternance jurisprudentielle des modes de preuve de la propriété superficielle par la théorie de l'accession.

⁸¹⁰ Cass. req. 8 novembre 1911 D.P. 1912. I. 484.

⁸¹² Cass. civ.1^e, 18 décembre 1967 : D. 1968, p.244. Dans cette affaire un propriétaire ayant acquis une parcelle obtient de la commune la prise à bail d'une cave placée sous cette parcelle peu de temps après son acquisition. Il revendique ensuite la propriété de la cave sur le fondement de l'article 552. La cour considéra qu'en l'espèce la preuve contraire de la présomption de l'article 552 n'était pas rapportée faute pour la commune de pouvoir attester de faits de possession antérieurs à la conclusion du bail.

⁸¹³ Cass. civ. 3^e, 15 novembre 1977, Bull. civ. III, n° 389, Cass. civ. 3^e, 14 novembre 1978, D. 1979. IR. 118.

⁸¹⁴ Cass. civ. 1^e, 1er juillet 1963, JurisData 1963-000356 ; Bull. civ. 1963. I. n° 356.

⁸¹⁵ Cass. civ. 3^e, 7 novembre 1978, n° 77-13.045 ; JurisData : 1978-099335 ; Bull. civ. 1978, III, n° 335 ; RTDC 1980, p. 129, obs. Giverdon.

2. *Un mouvement transcendant la seule notion d'accession*

(308.) La doctrine, voyant dans la théorie de l'accession l'explication de la position duale de la jurisprudence, peut être décomposée en deux courants. Le premier, incarné par F. Zenati et T. Revet, prône la preuve par tous moyens, dès lors qu'il s'agit d'une propriété superficière étant le développement d'une propriété contiguë. Ces constructions ou plantations sur le terrain d'autrui posent alors, d'abord une question de limites, distincte du concept d'accession qui, lui, toujours selon ces auteurs, requiert une preuve renforcée (a). Le second courant doctrinal, initié par W. Dross, privilégie la preuve par tous moyens pour les dissociations induisant la règle d'accession (b), aboutissant, du même coup, à une position strictement inverse à celle de F. Zenati et T. Revet.

- a. L'articulation contestable entre mode de preuve, principe de l'accession et le refus de la propriété superficière de F. Zenati et T. Revet

(309.) Pour comprendre la position de F. Zenati et T. Revet, il est nécessaire de rappeler qu'elle s'inscrit dans un raisonnement plus vaste, faisant du droit de superficie un droit réel sur la chose d'autrui, et pas un droit de propriété (cf. infra §389 et s.).

Ainsi, les superficies nées d'un prolongement sur ou sous une propriété voisine ne seront pas perçues comme des propriétés superficières, mais des simples propriétés sur la base de la propriété à l'origine du prolongement. S'agissant de propriété classique, mettant en jeu un problème de limites de propriété, le droit commun de la preuve sera requis. Par contre, les superficies se développant au sein d'une parcelle, ou propriété, unique n'accéderont pas au statut de droit de propriété, mais de simple droit réel, supposant une preuve renforcée. Confortant la thèse du droit de superficie de la théorie renouvelée de la propriété (Alpha), la solution n'a pas d'autre intérêt que de supporter cette thèse, et devient injustifiable en dehors de cette vision (Bêta).

Alpha. La preuve renforcée du droit de superficie droit réel : exception au droit d'accession

(310.) Concernant le mode de preuve, la distinction opérée par F. Zenati et T. Revet permet de séparer deux types de litige. D'un côté apparaissent des litiges dans lesquels une propriété se prolonge sur ou sous une autre, soulevant alors une problématique de limites de propriété, et de l'autre côté des litiges pour lesquels la dissociation s'opère dans le cadre de la parcelle, sans phénomène de prolongement.

Imposer une preuve renforcée dans la seconde hypothèse serait ainsi cohérent, puisque cela reviendrait à privilégier le propriétaire du sol sur celui qui ne pourra, in fine, se voir reconnaître seulement un droit réel. F. Zenati dit à ce propos : « C'était une manière (la preuve par acte ou prescription) de dire que le droit de superficie ne peut pas s'analyser comme un droit de propriété,

seuls des droits sur la chose d'autrui et donc, contrairement à la propriété, limités dans le temps pouvant concurrencer le droit de propriété. »⁸¹⁶. T. Revet de son côté explique : « Le droit dont un autre que le propriétaire du sol se prévaut sur la superficie ou le sous-sol ne saurait rationnellement consister qu'en un droit sur la chose d'autrui (un droit réel au sens strict), non en un droit de propriété : d'où le régime de preuve des droits réels »⁸¹⁷. La position de F. Zenati et T. Revet répond avec cohérence à leur théorie superficielle.

Cependant, en dehors de cette théorie faisant du droit de superficie un droit réel, l'argument perd toute sa force, et s'avère, de surcroît, critiquable.

Bêta. Une théorie critiquable fondée sur la distinction entre superficies classiques et superficies relevant d'un prolongement d'une propriété adjacente

(311.) En plus d'une cohérence intimement liée à la théorie de F. Zenati et T. Revet du refus de la propriété superficielle, leur raisonnement descendant (*top down*) sur le mode de preuve, encourt deux critiques.

Premièrement, la proposition est en contradiction avec la majeure partie de la jurisprudence. En se limitant aux plus récentes décisions, seules celles d'octobre 2011⁸¹⁸ et d'avril 1996⁸¹⁹ sont en concordance avec cette thèse. Pour mémoire, dans la première affaire, le litige portait sur la construction d'une piscine par l'exploitant d'un camping ; dans la seconde il s'agissait d'une construction ex nihilo sur le terrain d'autrui. Dans ces deux affaires, les litiges portaient sur des superficies se développant dans la limite d'une même parcelle ; la Cour de cassation a dans les deux cas exigé la preuve renforcée. En revanche, en juillet 2000 et mai 1992 (cf. supra §304), les juges de la cour suprême firent également le choix de la preuve renforcée non plus des superficies mettant en jeu une seule parcelle, mais des situations de prolongement, en l'espèce en sous-sol. La preuve renforcée vaudrait ainsi que le bien (superficielle) revendiqué soit le prolongement d'une propriété vers une autre, ou alors ait pour effet de dissocier une parcelle ou propriété unique, mettant en échec le principe de l'accession. Or, selon la thèse de F. Zenati et T. Revet, seul le cas de la dissociation relèverait de la théorie du droit réel, donc de la preuve renforcée, puisque le prolongement lui s'analyserait en un complément de propriété. Un premier fonds classique se prolonge sous ou sur un second, ce qui diffère de la superficie classique.

Une seconde critique peut être formulée. Elle touche cette fois au fond et se rapporte à cette distinction entre superficie classique et prolongement, soit les situations relevant d'un problème de

⁸¹⁶ Note Zenati RTD Civ. 1999 p. 142, précisons que nous n'avons pas trouvé trace de l'arrêt commenté par F. Zenati qui non publié au moment de la parution de sa note (Cass. civ. 3e, 7 octobre 1998, n° 1506).

⁸¹⁷ Cass. civ. 3e, 12 juillet 2000, RTD Civ. 2002 p. 539, note T. Revet. L'auteur ne reprend pas la distinction de F. Zenati entre les situations relevant d'un prolongement et celles portant sur une seule parcelle, distinction au demeurant inopérante pour l'arrêt de 2000 qui porte sur le prolongement d'une propriété sous une autre via une cave et dans lequel la Cour de cassation requiert une preuve par titre ou prescription (cf. infra).

⁸¹⁸ Cass. civ. 3e, 25 octobre 2011, n° 10-23.754, 1256.

délimitation du fonds. La définition de la notion de prolongement ou fraction d'immeuble présentée par M. Zenati, bien que renvoyant aux limites de la propriété, est distincte à l'évidence de celle d'empiètement. Ces cas de prolongement semblent recouvrir diverses situations telles qu'une terrasse, l'étage d'une maison ou encore un égout. Dès lors se pose une question. Comment expliquer que le constructeur de la moitié d'une maison sur terrain d'autrui par exemple, jouisse d'une preuve allégée par rapport à celui ayant édifié une maison dans sa totalité ? Rien ne permet d'affirmer que l'ordre du code favoriserait les intérêts du constructeur du prolongement d'un bâtiment adjacent, comparés aux intérêts du constructeur d'un immeuble complet sur le terrain d'autrui, et vice versa pour le propriétaire du sol. Pis encore, au regard du terrain recevant le prolongement, l'immixtion peut être synonyme de moins-value, contrairement à la construction pure et simple qui elle, se traduira souvent par une forme de valorisation du fonds. Il est même probable qu'une prise en compte de valeur respective de ces opérations vis-à-vis du fonds recevant la construction conduirait à privilégier les constructions pures et simples, et pas les prolongements. Dans ces conditions, les cas relevant de l'accession, c'est-à-dire débouchant sur des propriétés superficielles, pourtant refusées par F. Zenati et T. Revet, se prouveraient par tous moyens⁸²⁰. Une telle conclusion invalide totalement, comme nous le verrons, la position des auteurs du *jus excluendi* réservant la preuve libre aux situations de prolongement, c'est-à-dire aux problématiques relevant d'une question de délimitation du fonds (cf. infra §318). À l'inverse, la proposition de W. Dross, également adossée au principe de l'accession, valide la preuve par tous moyens.

b. W. Dross ou le bénéfice de l'accession : genèse de la preuve superficielle

(312.) Pour W. Dross, la distinction du mode de preuve trouverait son origine dans la mise en œuvre ou non du principe de l'accession.

Selon l'auteur : « Lorsque le bâtiment a été construit par un tiers et dans son intérêt propre et que ce fait est établi (ce qui peut se faire par tous moyens), sa propriété sur le bâtiment est acquise, et seule la règle de l'accession interdit qu'il puisse s'en prévaloir »⁸²¹. Contrairement à F. Zenati et T. Revet, W. Dross privilégie le principe de la preuve par tous moyens pour la propriété dissociée, revenant au droit commun de la preuve immobilière, ce qui peut s'entendre (cf. infra). Toutefois, en dehors d'une certaine incohérence avec la jurisprudence⁸²², il faut l'avouer pas toujours lisible,

⁸¹⁹ Cass. civ.3^e, 3 avril 1996, n° 94-10.764 ; JurisData : 1996-001469.

⁸²⁰ Voir à ce propos M. Bruschi l'auteur se réfère à la distinction de F. Zenati et semble également se prononcer en faveur d'une preuve par tous moyens. Cass. civ. 3^e, 12 juillet 2000, n° 97-13.107 ; JurisData n° 2000-002873, RDI 2000 p.525, obs. M. Bruschi : « Des circonstances de fait propres à combattre la présomption de l'article 552 du Code civil par de simples présomptions peuvent, dans certains cas que seuls les juges du fond sont à même d'apprécier, être suffisantes pour établir le droit de propriété. ».

⁸²¹ W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010, §59.

⁸²² L'auteur le reconnaît puisqu'il indique « La jurisprudence, dans ses grandes tendances, est en ce sens (c'est-à-dire une preuve par tous moyens si l'accession est en jeu et une preuve renforcée dans le cas contraire), ... » ; W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 551 à 553 », Cote : 04, 2010, §59. Pour se limiter à la décision la plus récente (Cass. civ. 3^e, 25 Octobre 2011, n°

deux critiques peuvent lui être adressées. La première porte sur la clef de répartition définissant le mode de preuve applicable et la seconde, sur la justification d'une preuve renforcée.

Pour la notion d'accession d'abord, l'auteur semble se référer seulement à la construction. Est-ce à dire qu'il exclut les plantations ? Rien ne permet de répondre à cette question⁸²³. Plus substantiellement, il paraît difficile en pratique de distinguer les situations relevant ou pas de l'accession. Les jurisprudences répertoriées portent toutes sur la propriété d'ouvrages (piscine, terrasse, cave, grenier, immeuble entier, boxes, canalisation, galeries de mines, etc.). Simplement, certains ouvrages, sont il est vrai, le fait du revendeur, tandis que d'autres le sont de son auteur, à l'image des propriétés uniques, qui lors de leur division, ont vu émerger des formes de propriétés superficielles.

Ainsi, en suivant le raisonnement de W. Dross, le fait d'intercaler un transfert de propriété entre la construction de l'ouvrage et sa revendication, justifierait une distinction du mode preuve. On pénaliserait le revendeur qui aurait négligé de mentionner dans son acte organisant le transfert de propriété un ouvrage ou une partie d'ouvrage édifié par son auteur, que celui-ci, aurait quant à lui pu prouver par tous moyens. La conséquence paraît sévère⁸²⁴, octroyant ainsi au titre une portée lourde de conséquences en dépit de sa fragilité (cf. supra §299). Par ailleurs, une telle solution n'est pas très pratique, par exemple, pour les cas mixant une construction préexistante à l'acte translatif (ex : une terrasse) et une postérieure (ex : bâtiment construit sur cette terrasse). Autre difficulté, les cavités naturelles seraient-elles aussi soumises à la preuve renforcée ? Ces biens ne résultent pas d'une opération de construction, leur appropriation renvoyant à un phénomène d'occupation, même si là encore, des situations mixtes sont possibles.

Ceci conduit à la seconde critique de la proposition de W. Dross : dire que les actions en revendication portant sur des constructions peuvent être légitimement accueillies sur la base d'une preuve par tous moyens, renseigne peu sur les raisons imposant aux autres cas de propriétés dissociées, une preuve renforcée. L'intérêt est d'abord de justifier la dérogation à la règle de la preuve de la propriété immobilière, non le retour à la règle. Ainsi, l'occupant d'une parcelle pourra prouver librement son droit de propriété sur cette parcelle, en application de la règle de droit commun. Selon W. Dross, un tiers construisant sur cette même parcelle un ouvrage, pourra également revendiquer la propriété de cette construction par tous moyens. En revanche, l'occupant d'une grotte située en contre bas d'une falaise devra, pour se voir déclarer propriétaire, être en mesure de produire un titre ou l'usucapion sans qu'on ait pu à ce stade expliquer cette différence de

10-23.754, 1256), la Cour de cassation confrontée à la propriété d'une piscine construite sur terrain d'autrui, soit la règle de l'accession, impose se prononce en faveur de la preuve par titre ou prescription.

⁸²³ Ce point est loin d'être aussi abscons qu'il n'y paraît. Voir arrêt de 1858 (Cass. req. 18 mai 1858, S. 1858.I.218), les juges de première instance s'étaient opposés à ce que la propriété d'arbres sur des chemins publics puisse être prouvée par prescription au motif que dans sa première partie l'article 553 mentionne les constructions et plantations ce qui n'est pas le cas du passage sur l'exception à la présomption de propriété se limitant au cas du souterrain.

traitement. De ce point de vue, et sans minorer l'apport du principe de la preuve par tous moyens, l'explication de l'auteur est lacunaire.

En résumé, la proposition de W. Dross convainc en revenant sur le principe au droit commun de la preuve pour les superficies, sans parvenir à expliquer le recours à la preuve renforcée pour les situations dérogeant à ce principe. Pour parvenir à résoudre cette difficulté, c'est-à-dire expliquer le régime dérogatoire de la propriété superficière, il convient de franchir une nouvelle étape en revenant sur l'analyse du mode de preuve de la propriété superficière, et en développant dans le détail les motivations qu'elle sous-tend.

§4 Développements sur le fondement du mode de preuve de la propriété superficière

(313.) Ce mouvement récent cherchant à expliquer la problématique du mode de preuve par l'accession a été précédé par un autre courant doctrinal -très critique- à l'égard d'une preuve renforcée.

Trois auteurs, Messieurs Robert⁸²⁵, Giverdon⁸²⁶ et Bergel⁸²⁷ peuvent être rattachés à ce courant. Pour qualifier la position de la Cour de cassation, prônant la preuve renforcée, le premier parla «*d'inelegantia juris*», le second appela de ses vœux un changement de cap radical et le troisième, évoqua une curiosité juridique et appela à un revirement de jurisprudence. L'argument était à chaque fois le même ; la propriété se prouve par tous moyens, et la loi ne réservant pas un traitement spécifique à la propriété superficière, il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas. Pour ces auteurs, la preuve renforcée se traduit seulement par une conséquence néfaste : compliquer la recherche de la vérité.

Face aux difficultés à fonder la preuve renforcée, l'argumentaire a du poids et nous verrons, in fine, qu'il s'impose. D'ailleurs, à bien y regarder, la jurisprudence antérieure au courant amorcé dans les années 80, pourrait être interprétée comme allant dans ce sens. En effet, il peut être fait abstraction de l'arrêt de 1904 portant sur l'appropriation du domaine public⁸²⁸, et celui de 1864 concernant un mur mitoyen,⁸²⁹ qui sont des problématiques spécifiques, comme celle relative à l'empiètement⁸³⁰.

⁸²⁴ Elle ne paraît pas non plus pouvoir s'expliquer au regard du droit de la preuve et serait plutôt le fait de vouloir maintenir la propriété superficière comme une exception à la propriété unitaire.

⁸²⁵ Cass. civ. 3^e, 9 février 1982, D. 1983. IR. 15, obs. Robert.

⁸²⁶ Cass. civ. 3^e, 7 novembre 1978, RTD civ. 1980, p. 129, obs. Giverdon ; Civ. 3e, 15 novembre 1977, RTD civ. 1978, p. 674, obs. Giverdon.

⁸²⁷ Cass. civ. 3^e, 9 février 1982, RDI 1983. 201, obs. Bergel.

⁸²⁸ Cass. req. 14 novembre 1888 D.P. 1889. I. 469. Cas d'une grotte située sur des terrains communaux.

⁸²⁹ Cass. req. 11 janvier 1864, D.P. 1865. I. 114.

De plus, les décisions invoquant la preuve par prescription⁸³¹ ou par acte⁸³² le font avec pour finalité l'établissement d'un droit de superficie, et non son exclusion, à l'instar des arrêts prononcés depuis la fin du 20^{ème}⁸³³. En d'autres termes, le courant jurisprudentiel antérieur aux années 80, bien qu'exigeant une preuve via un titre ou l'usucapion, a eu pour effet d'entériner des propriétés superficielles au détriment du sol unitaire (cf. supra §297). Par ailleurs, la Cour de cassation s'est également prononcée ouvertement à maintes reprises en faveur du mode de preuve par tous moyens⁸³⁴, n'hésitant pas, à défaut d'usucapion, à se référer à de simples actes de possession⁸³⁵.

Toutefois, force est de reconnaître qu'en l'état du droit positif la preuve renforcée demeure la règle, comme le souligne l'arrêt pivot de mai 1992, rappelons-le pris au double visa des articles 552 et 1315 du Code civil.

Il paraît donc essentiel de revenir sur la justification de la preuve renforcée et d'en rechercher sa cause réelle.

(314.) L'analyse du C. Atias semble remplir cette condition de justification, en voyant dans l'exigence de la preuve renforcée la conséquence de l'instauration d'une règle de fond au travers de la présomption des articles 552 et 553, (A). Une fois cette étape essentielle franchie, il sera nécessaire pour clore le sujet de la preuve de la propriété superficielle, de revenir plus librement sur le fondement de cette question, et de chercher à comprendre comment, et par quelle influence, elle pourrait évoluer. La position actuelle de la doctrine et de la jurisprudence peut sans doute être interprétée comme un aboutissement. Toutefois, il est également possible de considérer qu'elle correspond simplement à un point haut d'un phénomène, oscillant entre preuve renforcée et preuve par tous moyens. Dans cette hypothèse, les critiques de Messieurs Robert, Giverdon et Bergel, qui n'ont pas, jusqu'à présent, produit les effets escomptés, voire ont entraîné une réaction inverse, n'auraient pas manqué de justesse. L'opinion de ces auteurs aurait eu alors pour seul défaut d'avoir été émises par anticipation (B).

⁸³⁰ Comme pour les cas de superficie touchant au domaine public, la question des situations relevant de l'empiètement ne sera pas abordée en elle-même. Cette problématique est selon nous un développement spécifique de la preuve de la propriété superficielle. Comme le soulignait JP. Marty dans sa thèse (p.82) l'article 552 avec d'autres, participe à la lutte contre l'empiètement dont la logique varie entre empiètement venant du dessus ou du dessous.

⁸³¹ Cass. req. 7 mai 1838 : S. 1838. I. 719. ; Cass. civ. 3e, 11 décembre 1969, Bull. civ. III, n° 832.

⁸³² Cass. req. 24 novembre 1869, S. 1870. I. 32, D.P. 1870. I. 274 ; Cass. req. 14 novembre 1888 D.P. 1889. I. 469 ; Cass. 1re sect. civ., 15 octobre 1956, Bull. civ. I, n° 421.

⁸³³ Cass. civ. 3e, 9 février 1982, Gaz. Pal. 1982. II. 238 ; D. 1983. IR. 15 construction sur terrain d'autrui ; Cass. civ. 3e, 26 mai 1992, n° 90-22.145 : JurisData n° 1992-001211 cave se prolongeant en partie sous la propriété voisine ; Cass. civ. 3e, 3 avril 1996, n° 94-10.764 : JurisData 1996-001469 construction par une SCI sur le terrain de l'associée propriétaire du sol ; Cass. civ. 3e, 12 juillet 2000, n° 97-13.107 : JurisData 2000-002873 cave sous terrain d'autrui ; Cass. civ. 3e, 17 décembre 2002, n° 01-11.172 ; JurisData : 2002-017181 pièce au-dessus de la propriété voisine ; Cass. civ. 3e, 25 Octobre 2011, n° 10-23.754, 1256, réalisation d'une piscine sur terrain d'autrui.

⁸³⁴ Civ., 30 novembre 1853, D. 1854. I. 17 ; Cass. req. 24 novembre 1869, S. 1870. I. 32, D.P. 1870. I. 274 ; Cass. req. 26 juin 1901 : S. 1902. I. 214, D.P. 1901. p. 501 ; Cass. req. 8 novembre 1911, D.P. 1912. I. 484 ; Cass. civ. 1e, 1er juillet 1963 : JurisData n° 1963-000356 ; Bull. civ. 1963, I, n° 356 ; Cass. civ. 3e, 15 novembre 1977, Bull. civ. III, n° 389, Cass. civ. 3e, 14 novembre 1978, D. 1979. IR. 118 ; Cass. civ. 3e, 7 novembre 1978, n° 77-13.045 ; JurisData n° 1978-099335.

⁸³⁵ Cass. req. 18 mai 1858, S. 1858.I.218, la cour parle dans cette affaire de possession qui mène à la prescription ; Cass. civ. 1e, 18 décembre 1967 : D. 1968. p. 244 référence à la une possession.

A. Les présomptions des articles 552 et 553 : règle de fond

(315.) Pour fonder la preuve de la propriété superficière, C. Atias fait des présomptions des articles 552 et 553 une règle de fond, ce qui suppose pour les renverser, une preuve renforcée.

En commentaire de l'arrêt de juillet 2000, C. Atias formule la proposition suivante : « La présomption de l'article 552 du Code civil vaut désormais titre. Elle ne peut être vaincue que par un procédé acquisitif, titre ou usucapion. La règle change donc de nature, elle n'est plus une présomption simple et n'est même plus d'ordre probatoire. S'éloignant de l'article 1353 du Code civil, elle rejoint l'article 2279 du même code ... »⁸³⁶. Pour l'auteur, la problématique de la preuve de la propriété superficière ne doit pas s'analyser eu égard à l'agencement des règles de preuve, mais concerne le fond du droit. N. Lerudulier reprenant à son compte la théorie de C. Atias résume le propos, et dit c'est : « le droit de propriété lui-même qu'il faut être en mesure de (re)constituer à chaque fois. »⁸³⁷.

La proposition, faisant de la présomption des articles 552 et 553 une règle de fond, est puissante et pourrait se suffire à elle-même. Dans le même temps, ne fait-elle pas courir le risque de constituer une simple image conduisant à la métaphore, risque dont les juristes seraient victimes⁸³⁸ ? Dire : la présomption est une règle de fond, est un moyen de détourner la question sans y répondre, question qui est : Qu'est-ce qui fait de la présomption des articles 552 et 553 une règle de fond ayant, par ricochet, une incidence sur le mode de preuve ? C. Robert, en commentaire de l'arrêt de 1982, livre une indication précieuse en disant qu'une présomption mixte peut procéder tantôt de la loi tantôt de « l'esprit de la matière ».⁸³⁹ Simplement, constatant l'absence de disposition légale, il conclut, peut-être trop « rapidement », en faveur de la preuve par tous moyens. Or, il semblerait que c'est dans la seconde direction « l'esprit de la matière » qu'il faille fouiller. Sans définir la notion même, deux justifications à une preuve renforcée de la propriété superficière peuvent en être extraites.

La première tend simplement à affirmer la suprématie de la propriété du sol et s'avérera, in fine, trop absolue (1). La seconde, plus complexe, reprenant la distinction opérée par F. Zenati entre superficies, organisant un prolongement et, celles développées au sein de la parcelle, offre quant à elle un fondement plus pertinent (2).

⁸³⁶ Cass. civ. 3e, 12 juill. 2000, n° 97-13.107, Defrénois 2001, p. 451, obs. Ch. Atias.

⁸³⁷ N. Le Rudulier, « Preuve de la propriété du sous-sol : seuls le titre ou l'usucapion sont recevables », AJDI 2012 p. 140.

⁸³⁸ Voir C. Atias, « Destins du droit de propriété », Droits n° 1 : 1985, p. 9 citant G. Bachelard, la formation de l'esprit scientifique, contribution à une psychanalyse de la connaissance objective, Paris, Vrin, 1980 II ed., p. 38 « qu'une science qui accepte les images est, plus que tout autre, victimes des métaphores » à propos de la science juridique et de la propriété.

1. *La propriété unitaire prônée par le code prime la propriété dissociée*

(316.) Établir les présomptions des articles 552 et 553 comme règle de fond, traduirait la primauté de la propriété unitaire dans l'ordre du code, ou alors permet cette suprématie. La question se pose.

La propriété du sol s'est développée à son origine via l'occupation ou le travail, ou encore, pour dire les choses autrement, par l'appropriation de parcelles, pouvant répondre à la notion de *res nullius*⁸⁴⁰. Cette époque lointaine n'est plus de mise aujourd'hui pour le sol surface du territoire français, comme ailleurs sur la quasi-totalité de la planète. Néanmoins, cet aspect est loin d'être sans incidence, et possède même une dimension identitaire qui a été révélée lors de l'examen de la preuve de la propriété (cf. supra §298 et s.). La liberté de la preuve symbolise cette part irréductible de droit naturel de la propriété, part qui serait refusée à la propriété superficière puisque l'administration de sa preuve n'est pas libre, mais se doit de répondre à certains critères. Par cette soumission, la propriété dissociée n'est pas l'égale de la propriété unitaire. Dans ce sens, elle se situe entre la propriété du sol, pour laquelle le droit vient en creux conforter le fait dans une posture minimaliste, et à l'opposé, la propriété minière de 1810, dont l'existence était tout entière suspendue à la délivrance de la concession (cf. supra §212 et s.). Ce constat, éclairant, n'explique cependant pas, pourquoi un tel positionnement ? Pourquoi n'y a-t-il pas, y compris, sur le régime de la preuve, assimilation entre propriété du sol et propriété superficière ?

La raison pourrait en être simple, le code, hormis certaines dispositions, n'évoque pas directement la propriété superficière. En revanche, la propriété du sol surface en est l'une des clefs de voûte. La prérogative octroyée au sol à l'article 552, n'a donc pas d'équivalent pour la propriété superficière et, de surcroît, n'est pas réciproque (cf. supra §295 et s.). L'article 553 débute en posant le principe des prérogatives du propriétaire du sol, avant d'envisager sur le terrain de la preuve, un éventuel droit de superficie. Le code développe avant tout une vision horizontale du sol qui lui offre un ascendant sur une propriété développée verticalement. En d'autres termes, le code reconnaît le principe de la propriété superficière, tout en opérant une forme de hiérarchie entre la propriété du sol surface et la propriété du sol volume. Selon cette hiérarchie, le sol surface est la règle, le mode de possession de droit commun, la référence⁸⁴¹, le sol volume, l'exception.

⁸³⁹ Cass. civ. 3^e, 9 février 1982, D. 1983. IR. 15, obs. Robert.

⁸⁴⁰ A. Robert, « La possession fait présumer la propriété et cette conséquence ne peut être détruite que par la preuve contraire », Recueil Dalloz 1993 p. 36.

⁸⁴¹ Voir N. Le Rudulier, « Preuve de la propriété du sous-sol : seuls le titre ou l'usucapion sont recevables », AJDI 2012 p. 140 : « En refusant que la présomption légale de l'article 552 puisse être combattue par des présomptions du fait de l'homme, la Cour de cassation renforce l'approche traditionnellement matérialiste du droit immobilier qui fait du sol naturel l'ultime référent. ».

En conséquence, la propriété superficière, mode de possession de second ordre, doit être maintenue à ce rang et suppose en cas de revendication, une preuve objectivement incontestable répondant à des critères prédéfinis, la preuve par titre ou la prescription acquisitive. Seulement, voilà, les réponses simples conduisent parfois à des conséquences trop radicales, laissant peu de place au discernement.

(317.) Faire de la présomption des articles 552 et 553 une règle de fond suggère une preuve renforcée pour tous les cas de revendication de propriété superficière. Or, on le sait, même si à l'évidence, la jurisprudence dominante s'oriente dans ce sens, un contre-courant, non négligeable, favorable à la preuve par tous moyens ne peut être nié (cf. supra §325 et s.). Par ailleurs, la doctrine n'a jamais soutenu une preuve renforcée exclusive.

C. Atias, ou Messieurs Zenati et Dross ont cherché à justifier la preuve renforcée sans exclure totalement la preuve par tous moyens, en cas de revendication d'une propriétaire superficière (cf. supra). Au contraire, leur souhait était de conserver les deux options en leur attribuant un domaine différent susceptible d'être justifié. L'exclusion totale de la preuve par tous moyens serait sans nul doute un recul de la propriété superficière, à l'heure où tout laisse à penser à son développement. Ce recul serait, qui plus est, le fait de la jurisprudence dont on sait qu'historiquement, elle a plutôt œuvré en sa faveur. Par ailleurs, il faut le rappeler, la preuve renforcée est une exception à la preuve de la propriété, qui est une œuvre prétorienne dotée d'une forte orientation idéologique (cf. supra).

C'est pourquoi si l'esprit de la matière, pour reprendre l'expression de A. Robert, explique la preuve renforcée, cet esprit doit donc être, à tout le moins, susceptible de prendre en compte cette dualité. Pour y parvenir, nous aurons recours à la distinction opérée par F. Zenati entre les superficies se traduisant ou non par un prolongement sur la propriété voisine (cf. supra §308).

Ce critère soulignant les limites de la parcelle vues par l'article 552 du code, apparaît comme le plus pertinent, même s'il aboutira ici à une conclusion inverse à celle de l'auteur.

2. *La distinction preuve renforcée preuve par tous moyens s'explique par les différents types de superficies*

(318.) Les superficies se prolongeant hors des limites du cône, et celles se développant dans le respect des dites limites, peuvent être le critère de distinction entre une preuve renforcée ou par tous moyens de la propriété superficière. Toutefois, affirmer que le critère utilisé par F. Zenati est la clef de l'énigme ne suffit pas, encore faut-il montrer en quoi ce critère est pertinent (a), puis, analyser le sens de ce critère distinctif (b), et enfin, en prenant appui sur les décisions de jurisprudences passées, voir comment il se comporte au contact de la pratique (c).

- a. La pertinence du critère de F. Zenati distinguant superficies superposées et superficies imbriquées touchant à la limite du fonds

(319.) Les articles 552 et 553 s'articulent ensemble pour partie, mais disposent aussi d'un champ propre, faisant de l'article 553 une disposition relative à la prérogative et 552 l'objet de cette prérogative comme cela sera confirmé (cf. infra §624 et s.).

Une approche isolant totalement les problématiques relevant de l'article 552 de celles de 553 s'avère douteuse, si l'on s'en tient à une analyse de chaque article en faisant abstraction de l'autre. Les dispositions du code régissant l'accession, principalement codifiées aux articles 551 à 555, se chevauchent dans leur mise en œuvre, notamment par la coexistence de règles ayant une portée générale et d'autres spécifiques, sans que l'agencement soit parfaitement concordant. W. Dross relève cependant, avec raison, que la cohérence d'ensemble tient à la volonté des rédacteurs d'« assurer au propriétaire, [...], une maîtrise totale sur sa chose »⁸⁴². Puis, l'auteur propose une lecture attribuant à l'article 552 la fonction de délimiter l'objet de la propriété immobilière⁸⁴³, aux articles 551 et 553 le fondement du principe de l'accession conjointement à l'article 546⁸⁴⁴, les articles 554 et 555 ayant vocation à régler l'accession par incorporation de constructions⁸⁴⁵. Une catégorisation trop tranchée, utile pour une macro analyse, est vite limitée lorsque l'on passe à la mise en œuvre des dispositions, comme l'a montré la distinction entre une vision corporelle de l'immeuble de l'article 553 et une vision incorporelle de l'article 552 (cf. supra).

Même en s'en tenant à ces deux articles, un phénomène de combinaison se produit inévitablement au moment de leur application, générant une forme de confusion. Ainsi, la prérogative de l'article 553 a vocation à s'exprimer dans la limite fixée par l'article 552, étant précisé, que la limite de 552 dépendra elle-même de la mise en œuvre de ladite prérogative. Néanmoins, chacun des deux articles possède dans le même temps une destination qui lui est propre. L'article 553 évoque les pouvoirs du propriétaire et 552, le réceptacle de la mise en œuvre de ces pouvoirs (cf. infra §746 et s.). Ainsi, pour réagir sur un exemple concret, la réalisation d'une terrasse sur le toit d'autrui, pose concomitamment une question de limites et une question de prérogative, à savoir le droit à construire, en d'autres termes une problématique liée à l'objet de la propriété et une au droit de propriété.

Dans cette perspective, l'article 553 traduit une action, un pouvoir, qui va avoir des conséquences sur une chose exprimée par l'article 552. Cette première étape invite à

⁸⁴² W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010, §6.

⁸⁴³ W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010, §4.

⁸⁴⁴ W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010, §3.

⁸⁴⁵ W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010, §2.

poursuivre l'analyse de cette chose, puisque notre objectif est d'arriver à distinguer entre les superficies se prolongeant ou imbriquées, et les superficies se superposant.

(320.) En isolant l'article 552, émerge la notion ou l'image du cône inversé se projetant dans les cieux du centre de la Terre avec comme base la surface naturelle du sol, reprenant l'énoncé de la disposition : « La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. ». Or, ces éléments peuvent être dissociés au sein du même cône, ou en relation avec d'autres cônes.

Avec cette image du cône, à chaque portion de propriété de surface du sol, coïncident un sous-sol et un espace aérien situés à l'aplomb de ladite surface, soit trois éléments. L'ensemble est réservé à la mise en œuvre du titulaire du droit de propriété par application de l'article 553, conduisant au concept de l'unité du sol classique. Ainsi, l'article 553 prévoit, sur le principe, un exercice unitaire ou par exception, une mise en œuvre dissociée. En revenant à l'objet de la propriété, la dissociation conduit à scinder, par exemple, le fonds en deux parties avec un sous-sol investi des prérogatives de A et une surface portant celles de B. Dans les deux cas, que la mise en œuvre soit unitaire ou dissociée, la prérogative de l'article 553 se limite au cône.

Il en va tout autrement lorsque le propriétaire d'une parcelle développe sa propriété au-dessus ou au-dessous de la parcelle voisine, ce qui prime ici alors, ce n'est pas tant la question de la prérogative que celle du respect de la limite, des contours de l'objet de la propriété. D'ailleurs, le résultat est bien différent. La propriété superficière conduira à une situation par laquelle les deux cônes initiaux ne seront plus. Ils auront cédé la place à deux parcelles imbriquées l'une dans l'autre, autrement dit, il y a non seulement juxtaposition de propriété, mais imbrication de propriété. Or, si l'article 553 prévoit bien une dissociation des prérogatives, l'article 552, lui, ne dit mot concernant d'éventuelles imbrications, à l'exception du cas des mines, conditionné par l'intervention du législateur.

À partir de là, deux problématiques distinctes peuvent donc être identifiées. Dans un cas, la dissociation résultant de l'exception de 553 se réalise dans les limites du cône originel établi par l'article 552, dans l'autre, l'agencement de cet article avec un sol surface s'étendant au-dessus et dessous, n'est plus de mise. Une étape a été franchie entre la scission des trois entités classiques (sous-sol, surface, dessus) appartenant au même cône. La figure vue en coupe ne serait pas une barre composée de deux éléments ou trois superposés, mais une barre comportant plusieurs éléments imbriqués les uns dans les autres, aboutissant une figure de type « Tétris ».

En conséquence, en présence d'une superficie née de l'exception de l'article 553, respectant les limites du cône de l'article 552, l'action en revendication se prouverait alors par tous moyens. En revanche, une superficie dérogeant à présomption de l'article 553 entraînant le

non-respect de celle de l'article 552, se verrait imposer la preuve renforcée. La règle se justifierait au surplus par l'absence de recours à la loi pour l'article 553, contrairement à 552, renforçant l'idée de la nature mixte de cette présomption. Cet argument tiré des textes peut par ailleurs être renforcé par l'analyse de leur sens.

b. Les superficies imbriquées synonymes d'un sous-développement parcellaire

(321.) Les superficies imbriquées mettent aux prises d'abord des propriétaires de parcelles ou d'immeubles contigus. Cette situation se distingue des cas de superficies se développant dans les limites du cône, appelant un traitement différencié.

Qu'y a-t-il de commun entre la propriété de la construction ou plantation d'un locataire, d'un occupant sur un terrain ne lui appartenant pas et celle d'un immeuble qui se prolonge en hauteur ou profondeur sur la propriété voisine ? À cette question, il est possible de répondre, la mise en œuvre du droit de construire ou planter sur un terrain appartenant à autrui. Simplement, une différence profonde subsiste. Dans le premier cas, la problématique prend place au sein de la même parcelle, et très souvent, les protagonistes seront liés contractuellement. Dans le second, il s'agit de rapports de voisinage, de rapports entre deux parcelles voisines à propos de leurs limites respectives en hauteur ou en tréfonds, ce qui in fine, développé à l'extrême, se rapproche de la question de l'empiètement. On constate donc bien, sur le principe, deux problématiques spécifiques, reprenant peu ou prou la distinction établie par F. Zenati.

Reste maintenant, sur la base de cette distinction superficie superposée et superficie imbriquée proche de l'empiètement, à articuler la règle de la preuve. Or, la justification de l'administration d'une preuve par tous moyens d'une part, et preuve renforcée de l'autre ne se déduit pas automatiquement de cette distinction.

(322.) Pour faire apparaître « l'esprit de la matière », qui justifierait les modes de preuves, il faut revenir au fondement même de la propriété foncière, à savoir la valorisation du sol et le développement social et économique qu'elle suppose. Pour le code, cette valorisation suit le binôme un sujet, une chose.

En fins praticiens qu'ils étaient, les rédacteurs, qui ont pu apparaître fâchés avec la théorie, ont largement compensé ce travers par une forte dose de bon sens. En définissant à l'article 552 du code, la parcelle de terre d'abord comme une unité autour du sol surface pouvant être découpée par exception, leur œuvre était des plus cohérentes. La valorisation du sol s'est, en effet, d'abord entendue à partir d'un développement horizontal puis la verticalité a pris sa place, dans un souci d'optimisation, au gré de certains contextes. Toutefois, si le découpage en strates du sol améliore la valorisation d'une parcelle par une utilisation plus efficiente, il

n'en modifie nullement le potentiel total. Ce potentiel peut être exploité de façon unitaire par un sujet ou dissocié par plusieurs, sans que la scission ne soit préjudiciable à l'ensemble. Nous sommes ici face à des superficies superposées, dont l'exemple classique est celui de la mine, ou du bâtiment construit sur le sol d'autrui.

Il en va bien différemment des superficies imbriquées. Une cave par exemple, se prolongeant sous la propriété voisine pose la question de la propriété de l'espace placé sous cette cave. Appartient-il au propriétaire de la cave ou de la surface (cf. infra)? Si c'est ce dernier, comment pourrait-il exploiter son tréfonds ? De la même manière, la propriété d'une terrasse débordant en hauteur sur le terrain voisin pose la question de la valorisation de l'espace situé au-dessus et au-dessous de la terrasse. L'attribution de cet espace au superficiaire, soit le propriétaire du fonds voisin, est synonyme d'une valorisation de ce fonds et corrélativement d'une dévalorisation du fonds supportant la superficie. Autrement dit, alors que la superposition entraîne une optimisation globale du fonds divisé, l'imbrication induit une perte de potentiel de ce fonds. La propriété superficière superposée, ou prenant place dans les limites de l'article de 552 n'ampute pas la capacité de production totale de richesses de la parcelle, et même, l'optimise en démultipliant le phénomène d'appropriation. La propriété superficière imbriquée elle, suppose, au contraire, une diminution du potentiel de développement de la parcelle voisine, une perte des utilités attribuées initialement au propriétaire du sol. Dans l'ordre du code, le propriétaire est le maître d'œuvre absolu de la production de richesses ; il en est en retour, le garant et le comptable. C'est pourquoi la propriété superficière, ne déjouant pas l'ordonnancement parcellaire de l'article 552, serait traitée comme la propriété de droit commun, ce qui inclut un mode de preuve par tous moyens en cas de revendication. À l'inverse, le prétendant à une propriété superficière imbriquée sera soumis à une preuve renforcée, car l'avantage qu'il revendique se traduira par une perte de substance pour son voisin, mais surtout pour toute la collectivité. Cette perte de substance du fonds placé sous la responsabilité du propriétaire foncier, suppose une démarche formalisant sa volonté. Elle prendra une forme positive : un acte, ou négative : la prescription.

Par son organisation du sol, le code via un mécanisme judicieux, a défini un sol surface en deux dimensions, capable - au besoin par projection - d'accéder à la troisième dimension, prenant alors la forme d'un cône. Quelle que soit la dimension géométrique choisie, l'idée sous-jacente est la même : favoriser le développement de l'homme. Déjouer cet équilibre n'est pas interdit, en raison de l'esprit libéral du code, mais provoque une réaction, ici un mode de preuve plus exigeant. Il s'agit ni plus ni moins du principe en vertu duquel un gain de liberté se traduit par une nouvelle responsabilité afin de préserver l'équilibre liberté-responsabilité, pilier central et indépassable du code (cf. supra §12 et s.).

C'est pourquoi lors d'une action en revendication d'une propriété superficière imbriquée, il est nécessaire de prouver par titre⁸⁴⁶ qu'il y a eu acceptation d'une perte objective de potentialité d'une parcelle de terre. Une possession répondant à des conditions, notamment de temps, produira les mêmes effets. L'établissement d'un droit de superficie réalisé en dehors du cône, correspond donc à une plus-value pour le propriétaire superficière certes, mais corrélativement, à une perte de potentiel de développement de la parcelle, le subissant.

c. Un critère éclairant pour les décisions pivots prononcées à compter de la seconde partie du 20^{ième} siècle

(323.) La distinction superficies superposées, superficies imbriquées n'offre pas une clef de lecture absolue de la jurisprudence. Elle permet toutefois, plus modestement, de fluidifier la compréhension des arrêts essentiels, et de donner une ligne directrice.

Sur la question de la preuve de la propriété superficière, la jurisprudence est d'une approche complexe, en raison de la différence entre un courant du 19^{ième} plus libéral à l'égard de la propriété superficière et un second, plus rigoureux, qui s'est accentué sur la dernière décennie du 20^{ième} (cf. supra §304 et s.). Par ailleurs, des problématiques connexes mêlant des situations d'appropriation du domaine public ou d'autres relevant de l'empiètement, ou encore de la mitoyenneté, brouillent la cohérence d'ensemble. Leur mise à l'écart est pourtant insuffisante pour faire émerger des lignes directrices incontestables. Il faut donc se contenter de points de repère. Nous avons choisi les visas des arrêts de la Cour de cassation. Ainsi, pour les superficies imbriquées, c'est-à-dire posant une question de limite induite par la mise en œuvre du bénéfice de l'accession, les arrêts -en particulier les plus anciens- sont rendus au visa des articles 552 et 553⁸⁴⁷ ou 552 et 546⁸⁴⁸. En revanche, pour les actions portant le droit d'accession développé dans les limites du cône de l'article 552, seul l'article 553 est visé⁸⁴⁹. Les conflits portant sur des superficies superposées, c'est-à-dire le bénéfice du droit d'accession, relèvent de l'article 553, et la preuve par tous moyens. Les superficies imbriquées suggérant une question de limites et d'accession donnent lieu à des arrêts pris au visa des deux articles combinés 552 et 553, ou de l'article 552 seul, avec une preuve renforcée. Le commentateur d'un arrêt de 1912 avait assez bien formalisé la combinaison des deux articles pour les superficies imbriquées, en disant à propos d'une canalisation se prolongeant sous la propriété voisine : « On fait fléchir la présomption de l'article 552 Code

⁸⁴⁶ L'acte en la circonstance représente la preuve parfaite, l'aveu et le serment étant inopérants.

⁸⁴⁷ Cass. req. 7 mai 1838 : S. 1838. I. 719; Cass. req. 11 janvier 1864, D.P. 1865. I. 114.

⁸⁴⁸ Cass. civ. 30 novembre 1853, D. 1854. I. 17.

⁸⁴⁹ Cass. civ. 1^{er}, 1er juillet 1963, JurisData : 1963-000356 ; Bull. civ. 1963. I. n° 356 ; Cass. civ. 3^e, 15 novembre 1977, Bull. civ. III, n° 389 ; Cass. civ. 3^e, 14 novembre 1978, D. 1979. IR. 118.

civ. Devant cette autre présomption légale résultant de l'art. 546 c. civ.: *accessorium sequitur principale*.⁸⁵⁰

D'autre part, la distinction superposition, imbrication explique de façon satisfaisante les jurisprudences les plus significatives, en particulier les décisions récentes comme en fait état le tableau présenté ci-après :

| Arrêt | Situation | Type de superficie | Nature de la preuve |
|------------------------------|--|-----------------------|------------------------|
| Juillet 1963 ⁸⁵¹ | Propriété de galeries minières | Superficie superposée | Preuve par tous moyens |
| Novembre 1977 ⁸⁵² | Propriété de parking en sous-sol d'un immeuble | Superficie superposée | Preuve par tous moyens |
| Novembre 1978 ⁸⁵³ | Construction par un occupant sur un terrain appartenant à autrui | Superficie superposée | Preuve par tous moyens |
| Mai 1992 ⁸⁵⁴ | Cave se prolongeant sous une propriété voisine | Superficie imbriquée | Preuve renforcée |
| Juillet 2000 ⁸⁵⁵ | Cave se prolongeant sous une propriété voisine | Superficie imbriquée | Preuve renforcée |
| Décembre 2002 ⁸⁵⁶ | Pièce située au-dessus de la propriété voisine | Superficie imbriquée | Preuve renforcée |

Dans le même souci d'objectivité, force est de reconnaître que d'autres jurisprudences prennent le contre-pied de cette orientation. C'est le cas de la dernière décision en date d'octobre 2011⁸⁵⁷, au terme de laquelle la cour conclut en faveur d'une preuve renforcée pour une piscine construite par l'exploitant d'un camping, qui n'était pas propriétaire du terrain. Au regard de la distinction qui vient d'être établie, cette piscine s'apparentait à une superficie superposée, appelant théoriquement une preuve par tous moyens.

Néanmoins, cela n'a pas pour effet d'invalidier les critères de l'imbrication et de la superposition, mais seulement de le relativiser. L'analyse de la doctrine comme de la jurisprudence montre, au demeurant, que sur la question du mode de preuve, il faut se garder de raisonnements trop hâtifs. Le critère développé par F. Zenati contribue assurément à éclaircir le sujet sans pouvoir prétendre à en être la clef absolue, ce qui inévitablement, invite à poursuivre la réflexion.

⁸⁵⁰ Note bas de page Cass. req. 8 novembre 1911, D.P. 1912. I. 484, la référence aux articles 546 et 553 paraît sans incidence.

⁸⁵¹ Cass. civ. 1^{er}, 1er juillet 1963, JurisData : 1963-000356 ; Bull. civ. 1963, I, n° 356.

⁸⁵² Cass. civ. 3^e, 15 novembre 1977, Bull. civ. III, n° 389 ; Cass. civ. 3^e, 14 novembre 1978, D. 1979. IR. 118.

⁸⁵³ Cass. civ. 3^e, 7 novembre 1978, n° 77-13.045 ; JurisData n° 1978-099335.

⁸⁵⁴ Cass. civ. 3^e, 26 mai 1992, n° 90-22.145 ; JurisData n° 1992-001211.

⁸⁵⁵ Cass. civ. 3^e, 12 juillet 2000, Juris-Data : 2000-002873 ; Bull. civ. 2000. III. n° 144 ; JCP G. 2001. I. 305. n° 1, obs. H. Périnet-Marquet ; RTDC 2002, p. 539, obs. Th. Revet ; Defrénois 2001, p. 451, obs. Ch. Atias ; RDI 2000, p. 525, obs. M. Bruschi.

⁸⁵⁶ Cass. civ. 3^e, 17 décembre 2002, n° 01-11.172 ; JurisData : 2002-017181.

⁸⁵⁷ Cass. civ. 3^e, 25 Octobre 2011, n° 10-23.754, 1256.

B. Spéculations autour du mode de preuve de la propriété superficière

(324.) Cette partie aurait pu prendre place au sein d'un appendice. Nous avons cependant fait le choix de l'intégrer au dernier paragraphe de la présente section, même si certains développements seront proches de la spéculation.

Touchant à l'épilogue du propos sur la preuve de la propriété superficière, comme aux confins de la matière, seulement deux idées seront développées. La première nous conduira à conclure que la preuve de la propriété superficière doit se prouver par tous moyens, et rejoindre ainsi, purement et simplement, le régime de la preuve de la propriété (1). La position engage à assimiler propriété foncière horizontale et verticale, en cohérence avec la reconnaissance d'une propriété volumique, au centre de cette thèse. La seconde idée, diamétralement opposée, soulignera la légitimité de la preuve renforcée qui pourrait à terme, s'étendre de la propriété verticale à la propriété horizontale. Ce retournement s'analyserait alors comme la marque d'un changement profond de la propriété foncière, dont le droit de superficie aurait été une fois encore la tête de pont (2).

1. La preuve par tous moyens ou l'émergence de la vérité du code étendue à propriété verticale

(325.) Etendre la preuve par tous moyens à la propriété superficière peut se justifier par les valeurs et les équilibres à la base de la propriété du code (a). Simplement, dans cette perspective, la propriété superficière doit être totalement assimilée à la propriété ; dessous, sol, dessus des éléments interchangeables (b).

a. La preuve par tous moyens pour la propriété superficière en respect des équilibres du code

(326.) La liberté de la preuve de la propriété se justifie par la volonté d'attribuer la propriété du bien au prétendant présentant les gages de valorisation de ce bien les plus solides. Le juge se contente alors de désigner la partie disposant de ces gages. Là est la vérité du code ; et le sens de la propriété, horizontale ou verticale, est un point secondaire lié aux circonstances, un accident.

À la question, pourquoi le droit organise-t-il une preuve renforcée ? Les juristes sont, sur le fond, peu diserts. Hormis, l'argumentation de F. Zenati qui repose sur l'impossibilité supposée de la dissociation du fonds de terre, soit un droit de superficie droit réel (cf. *infra* §389 et s.), il ne reste réellement, si l'on écarte l'avis de C. Atias, que deux arguments d'inégale importance, tous deux repris par W. Dross.

Le premier et principal argument concerne la propension, naturellement induite par le développement vertical, aux conflits de voisinage : « La division dans l'espace de l'immeuble est une situation atypique, qu'il n'y a pas lieu d'encourager [...]. Une telle division rend bien plus

délicate la coexistence des propriétaires voisins que lorsqu'elle opère simplement dans le plan. »⁸⁵⁸. Se retrouve dans cette critique l'idée souvent préjudiciable à la propriété verticale, selon laquelle son organisation suppose un niveau de relations sociales plus développé qu'une propriété horizontale, induisant des conflits potentiels, qui justifieraient une position de second rang. L'affirmation paraît être essentiellement le fruit du choix d'une organisation individualiste du sol de type *yeoman*⁸⁵⁹. Ce choix conduit de surcroît à conceptualiser in abstracto la propriété, puis à exclure certaines formes de propriété ou, à tout le moins, à établir une hiérarchie. Or, la propriété du code est d'abord fondée sur la valorisation des biens *in concreto*. Pour le sol, cela s'est traduit au début du 19^{ème} par un développement horizontal, mais il s'agissait là d'une conséquence de la volonté première : un usage optimum de la ressource foncière et non l'inverse. Dire que la propriété horizontale est le principe et la propriété verticale l'exception est juste, mais seulement dans ce contexte. D'ailleurs, des transformations de fonds comme l'émergence de l'industrie minière ou l'urbanisation massive, ont remis en cause cet ordre. Ainsi, décourager la verticalité, c'est inverser le paradigme érigeant le principe en vérité incontournable⁸⁶⁰. Imposer le développement horizontal du sol comme principe absolu, c'est un peu comme imposer à l'agriculture de montagne les méthodes culturelles de la Beauce, ou un développement urbain pavillonnaire dans le quartier de La Défense, etc. Dans l'ordre originel du code, le propriétaire dispose de la liberté du mode de développement, ce qui fait de lui le garant et responsable de ce choix, la société se limitant au respect de cet équilibre. C'est pourquoi l'administration de la preuve de la propriété immobilière se fait par tous moyens. Le parti-pris pour le sens du développement n'est pas suffisant en tant que tel pour justifier un mode de preuve, dérogatoire à la preuve de droit commun, élément substantiel de la propriété.

Le second argument développé à l'appui d'une preuve renforcée est plus spécifique et porte sur l'établissement d'une superficie en sous-sol. Par définition, l'activité sous la surface de la terre peut se dérouler sans que le propriétaire du terrain concerné puisse s'en apercevoir. Ce risque de clandestinité⁸⁶¹ est mis en avant pour justifier l'obligation pour le propriétaire superficiaire de se prévaloir de l'usucapion. La remarque est incontestable, mais à nouveau, le remède peut être discuté. Le recours à la notion de possession utile, c'est-à-dire la possession seulement susceptible

⁸⁵⁸ W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010, §59.

⁸⁵⁹ Dans une société communautaire, l'existence de relations sociales n'est pas analysée comme une contrainte du fait des risques de conflit entre les membres du groupe, mais la nervure centrale assurant le développement du groupe. A l'inverse dans cet environnement celui qui fait le choix de s'isoler du groupe, de rompre les relations sera perçu comme une faiblesse. Dire que la propriété verticale est un mode d'organisation à éviter du fait des relations imposées entre les propriétaires des différents niveaux par la force de la gravité relève donc d'un jugement de valeur. Ce jugement est aussi en partie erroné, car le sol horizontal suppose aussi des relations sociales.

⁸⁶⁰ A un autre degré l'objection vaut pour la distinction superficie superposée, superficie imbriquée, cette dernière pouvant tout à fait *in concreto* se révéler être le meilleur parti pris pour le développement d'un fonds.

⁸⁶¹ Par exemple conclusion, A. Robert, « La possession fait présumer la propriété et cette conséquence ne peut être détruite que par la preuve contraire », Recueil Dalloz 1993 p. 36.

de conduire à la prescription, utilisée par certains arrêts,⁸⁶² pourrait suffire à écarter le vice de clandestinité sans contraindre outre mesure le superficiaire. Dans cette hypothèse, le principe de la liberté de la preuve est préservé, simplement, le revendiquant ne pourra fonder sa demande sur une possession viciée.

On le voit en revenant à l'essence de la propriété du code, la valorisation du fonds, le sens du développement devient secondaire. Dès lors, la preuve par tous moyens peut être retenue dans l'hypothèse d'une propriété horizontale ou verticale. La preuve par tous moyen favorise au surplus la cohérence du code au regard de la présomption de l'article 558, analysée par une jurisprudence ancienne et constante comme une présomption simple combattue par la preuve contraire⁸⁶³. Plus substantiellement encore, cette preuve conforte l'ordre du code.

b. La preuve par tous moyens pour la propriété superficiaire pour une assimilation totale à la propriété du code

(327.) En ouvrant la preuve par tous moyens à la propriété superficiaire, le code garantit l'équité entre les parties à une action en revendication, condition nécessaire à l'émergence de la vérité. La propriété superficiaire pouvant se prévaloir des attributs de la propriété se renforce permettant ainsi d'atteindre un premier niveau d'équilibre, favorisant l'émergence du second niveau : la désignation de la partie au procès, la plus légitime à être reconnue propriétaire. Cette étape représente un renforcement de la propriété superficiaire poussant plus avant son assimilation et laissant entrevoir d'autres batailles dans l'attente de la chimérique victoire finale.

En ce domaine, le combat suivant pourrait bien être le refus posé par la jurisprudence à la réciprocité de l'article 552 (cf. supra §295 et s.). Ce dilemme est, au fond, semblable à celui que nous venons d'exposer. Doit-on, concernant la réciprocité entre sol et superficie seulement considérer à la lettre de l'article 552 entérinant une règle favorable au sol ? Ou doit-on élargir son point de vue et permettre au-dessus ou au-dessous de revendiquer le sol, favorisant de la sorte une organisation optimale de la parcelle ? La remarque pourrait passer pour saugrenue. Un simple retour sur l'arrêt de la Cour d'appel de Rouen de 1987⁸⁶⁴ écartera ce premier sentiment (cf. supra §295).

Pour mémoire très succinctement, les faits soumis aux juges étaient les suivants : les propriétaires de deux bâtiments placés l'un derrière l'autre sont en conflit à propos du passage exclusif situé en rez-de-chaussée du bâtiment sur rue, mais à usage exclusif de celui placé à l'arrière. La cour rejette la prétention du propriétaire du bâtiment sur rue comprenant le passage. Cela signifierait que la

⁸⁶² Voir par exemple Cass. req. 18 mai 1858, S. 1858. I. 218.

⁸⁶³ Cass. req. 29 décembre 1924 : D.P. 1925. I. 173 ; CA Amiens 18 mars 1988, RDI 1989.33 obs. Bergel. L'art 558 du Code civil selon lequel le propriétaire d'un étang ou lac est propriétaire de tout le terrain recouvert par l'eau est une présomption simple susceptible d'être combattue par la preuve contraire.

propriété de tout le bâtiment situé au-dessus du passage emporte celle du passage, au motif que la règle de l'article 552 n'est pas réciproque. Néanmoins, aspect essentiel, la cour finit par reconnaître à la propriété du bâtiment sur rue, l'ensemble de l'édifice, suivant l'interprétation des titres. Une interrogation évidente émerge : qu'elle aurait été la décision de la cour en l'absence d'indications des titres ? Sous réserve d'une étude plus approfondie, on peut imaginer que l'utilisateur exclusif du passage aurait pu être déclaré propriétaire. Cela aurait eu pour conséquence de rendre le propriétaire du bâtiment sur rue superficière, tandis que celui du bâtiment à l'arrière serait devenu propriétaire du sol. De fait, le propriétaire du sol aurait eu accès à toutes les prérogatives de la propriété sur l'ensemble du sous-sol, et même éventuellement, sur l'espace situé au-dessus de la construction.

Par cet exemple apparaît le caractère inadapté d'une interprétation rigide ou primaire de la règle de l'article 552. Conçue initialement dans une perspective d'un sol horizontal, maintenue en l'état dans l'hypothèse d'un développement foncier vertical, elle perd son sens. Une telle position comporte en plus le risque d'encourager des choix contraires aux objectifs des rédacteurs du code, à savoir un développement optimal du sol. Dans les circonstances de l'arrêt de 1987, permettre la réciprocité de l'article 552, aurait favorisé la recherche de la vérité sans préjudice des droits de l'utilisateur du sol. Comme en matière de mode de preuve, la question posée est le choix de la position du curseur entre une règle qui tend à prédéfinir la propriété afin d'en préparer son attribution d'un côté et une règle, se limitant à constater le choix optimum sans intervention normative préalable de l'autre côté.

Le choix de la non-réciprocité de l'article 552, mais surtout celui de la preuve renforcée, rapproche clairement le curseur de la première position, une orientation normative. Par ses origines, la propriété du code était pourtant favorable à la seconde option, la liberté du propriétaire, incluant celle de la preuve. Cette seconde option semble aujourd'hui en recul faisant naître immédiatement une question : le débat sur le mode de preuve de la propriété superficière, ne serait-il pas l'illustration d'un phénomène maintes fois évoqué, par lequel la propriété foncière s'éloigne des origines du code ?

2. *La preuve renforcée ou l'éloignement de la propriété foncière originelle*

(328.) La preuve renforcée qui s'impose aujourd'hui en jurisprudence comme en doctrine peut aussi être analysée comme tendance plus proche de la propriété elle-même, que de la problématique superficière. Le droit de superficie ne serait alors que le véhicule d'une mutation en cours, du concept de propriété. L'exigence d'une preuve normée traduirait un

⁸⁶⁴ CA Rouen, 1^{re} civ. 19 mai 1987, JurisData : 1987-042292.

mouvement de transition d'une propriété pratique, concrète (a), vers une propriété plus scientifique, rationnelle (b).

a. La preuve renforcée ou le retrait d'une propriété pratique

(329.) Pour développer cette perspective, d'un mode de preuve de la propriété privilégiant la norme au détriment de la liberté, la jurisprudence sera encore une fois notre guide.

En se référant au-dessous d'abord, la portée de l'arrêt de mai 1992⁸⁶⁵ et de juillet 2000⁸⁶⁶ a déjà été soulignée. Portant tous les deux sur des caves se prolongeant sous la propriété voisine, ils concluaient à la preuve renforcée. Le premier arrêt concernait un conflit entre deux propriétés qui avaient un auteur commun et le second une cave dont la configuration (voûte unique) pouvait être vue comme un indice de propriété. Or, une jurisprudence ancienne, également déjà mentionnée, s'était pour des faits très similaires (une cave située en partie sous la propriété voisine avec une entrée exclusive donnant sur seulement l'une des deux propriétés), prononcée en faveur de la preuve par tous moyens, réfutant ainsi l'argumentation d'une preuve se limitant au titre ou à la prescription de la défense. Pareillement, il serait possible de mettre en parallèle la décision de décembre 2002 et celle de novembre 1853 concernant cette fois le dessus, ou plus exactement des pièces d'un bâtiment débordant sur l'autre propriété. Là encore, la décision du 19^{ième} siècle accepte de recevoir la preuve par tous moyens⁸⁶⁷, conduisant à l'établissement d'un droit de superficie, tandis que celle plus récente impose la preuve renforcée.

Cette différence de traitement entre des décisions récentes et d'autres plus anciennes, suscite le questionnement. Comment expliquer en particulier, si l'on se réfère aux arrêts concernant les caves, la prise en compte de la configuration des lieux dans l'arrêt de 1869 dans la définition de la propriété et le refus, dans l'autre cas, - en dépit d'un immeuble dont l'apparence penchait dans ce sens -, comme l'avait relevé la cour d'appel ? Une première analyse pourrait conclure à une forme de distance entre la jurisprudence, sur une ligne conservatrice à l'égard de la propriété superficielle, et une société accueillant de plus en plus largement la propriété verticale⁸⁶⁸. Cette tendance est sûrement partiellement à l'œuvre, et la jurisprudence viendrait alors contenir ce mouvement de développement de la propriété

⁸⁶⁵ Cass. civ. 3^e, 26 mai 1992, n° 90-22.145 ; JurisData : 1992-001211.

⁸⁶⁶ Cass. civ. 3^e, 12 juillet 2000, n° 97-13.107 : JurisData n° 2000-002873.

⁸⁶⁷ Voir note du commentateur Civ. 30 novembre 1853, D. 1854. I. 17 : « ... mais ces signes apparents (entre deux fonds) [...] peuvent aussi valoir comme constituant un état des lieux propre à déterminer, dans une vente immobilière, la consistance de l'objet vendu et de ses dépendances. C'est en cela que la question rentrait sous l'empire de l'art.1614, que la cour nous paraît avoir très exactement appliqué. » [...] « S'il est vrai que la propriété du sol, suivant l'art.552 c. nap., emporte la propriété du dessous et celle du dessus, cette présomption établie par la loi cesse devant les circonstances contraires qui établissent un droit contraire. ».

⁸⁶⁸ N. Le Rudulier, « Preuve de la propriété du sous-sol : seuls le titre ou l'usucapion sont recevables », AJDI 2012 p. 140.

superficiare, en devenant ouvertement plus exigeante à mesure de la montée en puissance de ce type de propriété. Cependant, cette analyse s'articule mal avec des décisions allant en sens inverse, cela d'autant plus, que les juges ont toujours été des alliés de la propriété superficiare.

Une autre explication pourrait provenir d'un changement de perception de la propriété foncière. Au 19^{ième}, accepter d'étendre une propriété sous la propriété voisine, en cohérence avec la configuration des lieux, c'était d'abord contribuer à valoriser cette propriété en la dotant d'un accessoire représentant une plus-value. Un immeuble possédant une cave a, dans l'absolu, une valeur supérieure à celui n'en possédant pas. Par ricochet, cette plus-value s'étendait à la collectivité qui avait en son sein un immeuble avec une cave, en cohérence avec la situation des lieux, et un immeuble sans cave recevant la cave voisine dans son tréfonds. À l'opposé de cette vision « pratique », dans les deux décisions de 1992 et 2000, on peut imaginer que ce n'est pas l'avantage accordé à la propriété attributaire de la cave qui a été retenu, mais l'inconvénient de celle, voyant une partie de son tréfonds lui échapper. Une cave, a certes aujourd'hui un intérêt moindre du fait du développement de masse de l'électroménager, et, la décision des juges de scinder la cave à l'aplomb de la ligne séparative n'a pas eu pour conséquence sa destruction. Cependant, en refusant l'imbrication des deux propriétés les juges ont privilégié une vision idéale du fonds de terre, désincarnée et s'écartant de l'immeuble *in concreto* de la parcelle elle-même. Leur décision a eu pour conséquence de renforcer une vision individuelle de la propriété foncière avec un binôme idéal : un sujet et un objet, se suffisant à lui-même. En provoquant la division d'une cave sur la limite séparative, au mépris de la configuration des lieux, les juges ont privilégié la conformité à une vision objective de l'article 552 du code, plutôt qu'une appréciation pragmatique.

Un raisonnement analogue peut être tenu avec les arrêts sur le dessus. L'orientation peut même y sembler plus nette. Les deux propriétés ayant eu un auteur commun, la limite divisoire avait fatalement un caractère purement artificiel. Les contours des lots suivaient simplement la volonté de l'auteur commun au moment de la division de la propriété. Au 19^{ième}, les juges avaient opté pour des propriétés en phase avec la réalité pratique, à savoir la logique de leur usage, ceux qui ont pris la décision de 2002, se sont rangés derrière une propriété abstraite, fruit de la volonté de l'homme et de la science juridique.

Ainsi, cette relecture comparative de la jurisprudence du 19^{ième} et 20^{ième} assoit l'idée de deux séquences jurisprudentielles, relevant de deux visions distinctes du fonds immobilier. Au fil du temps, le bon sens « paysan », a cédé le pas à une perception purement conceptuelle, plus froide, scientifique, accentuant le caractère individualiste de la propriété du code. Ce faisant, la norme préétablie prit le pas sur la liberté de la preuve, qui pourrait être une tendance au long cours.

b. La preuve renforcée ou le signe d'une propriété plus scientifique ou normée

(330.) Ce parti-pris de l'abstraction des juges, et par-delà des juristes, pour une parcelle conceptuelle dont la revendication suppose un titre ou la prescription, répond à une conceptualisation de l'immeuble plus large du corps social. Cette conceptualisation nouvelle n'est pas sans incidence sur le concept de propriété foncière.

Au 20^{ième}, apprécier un immeuble correspondait à la prise en compte matérielle de l'immeuble. C'est pourquoi toutes choses étant égales par ailleurs, un immeuble agrémenté d'une cave avait une valeur supérieure à celui n'en disposant pas. Aujourd'hui, cette dimension n'a pas disparu, mais se trouve relativisée par le potentiel de développement ou redéveloppement du fonds, apprécié in abstracto. La réalité de l'immeuble en place compte évidemment, mais sera modulée par les droits à construire et, plus largement, par les autres règles d'urbanisme s'y appliquant. La réalité matérielle n'est plus qu'une part de l'équation et, à dire vrai, est devenue secondaire. La valeur d'un bien tient aujourd'hui essentiellement à une appréciation financiarisée et les juges, en se détachant eux aussi de la réalité pour se rapprocher de la figure idéalisée du fonds de terre de l'article 552 du code, se trouvent simplement en phase avec cette évolution. Dans cet environnement, l'exigence d'une preuve renforcée n'apparaît pas comme une dérogation, mais comme un élément intégré à un ensemble cohérent. La preuve de l'action en revendication de la propriété superficière n'est plus une exception mais un signe avant-coureur d'un changement d'ampleur.

Cette hypothèse se renforce encore si l'on songe à l'imperfection dont souffre la propriété superficière des caves, pour s'en tenir seulement à celle-ci. Car, comme la mine, le contour de ces superficies n'est qu'imparfaitement défini. En hauteur et en profondeur les limites sont imprécises et rendent, ici à nouveau (cf. supra §190 et s.), mal aisée l'appropriation individuelle. Dès lors, exiger une preuve par prescription ou par titre, c'est en quelque sorte compenser cette imperfection.

La problématique de la preuve renforcée s'expliquerait donc, non pas par une analyse se limitant au droit de superficie, mais puiserait sa source dans l'évolution de la propriété immobilière. Cette propriété, on le sait, a été une façon continue remodelée et, pourrait-on dire, domestiquée par le pouvoir normatif depuis sa création en 1804. La preuve renforcée du droit de superficie ne serait que l'introduction vers une remise en cause du principe de la liberté de la preuve de la propriété immobilière, un moyen détourné de reposer la sempiternelle question de l'intérêt de disposer d'une preuve préconstituée, une preuve parfaite.

Conclusion section 2 : Le mode de preuve de la propriété superficière ou le vrai lieu du débat sur la propriété verticale du tréfonds

(331.) Les hésitations et discussions autour du mode de preuve de la propriété superficière dépassent la sphère probatoire, et concerne bien le fond du sujet comme la nature du droit de superficie. Le mode de preuve représente certainement un outil utile à la stratégie du « *stop-and-go* » de la propriété superficière. Sur cet aspect, la distinction dessous, dessus n'est pas significative, démontrant que l'avantage du dessous au regard de l'attribution du droit de propriété possède des limites.

Plus généralement, le principe de la liberté de la preuve doit, selon nous, prévaloir conformément à l'administration de la preuve de la propriété, et ce, en dépit, d'un droit positif, aujourd'hui bien arrimé à la preuve renforcée pour la revendication d'une propriété superficière. Par exception, un autre mode de preuve peut être justifié en cas par exemple d'appropriation du domaine public, de situations d'empiètement et éventuellement des superficies imbriquées. Dans ces hypothèses, la dérogation au principe répond à une problématique spécifique qui en est la justification, sans pour autant faire de la preuve renforcée le principe. Tout autre raisonnement aboutirait, au-delà du risque de constituer un cas « *d'inelegantia juris* » comme le souligne avec finesse A. Robert (cf. supra §313), à une confusion préjudiciable au droit de superficie, comme à la propriété. Pour le droit de superficie, cela signifierait son éloignement de la propriété, et le cantonnement à un rang inférieur. Le propriétaire d'une action en revendication portant sur une superficie, serait le premier à souffrir de ce handicap, mais par-delà lui, c'est la recherche de la vérité qui en pâtirait.

Les répercussions concernant la propriété seraient plus indirectes, bien que tout aussi réelles. Cette confusion créerait les conditions idéales pour que le droit de superficie endosse son rôle favori du chevalier d'Éon. Droit ubiquiste par nature, tantôt pâle copie de la propriété foncière tantôt Pygmalion, le droit de superficie - en la circonstance - éloignerait encore un peu plus la propriété de ses origines, en la rapprochant d'un système de preuve parfaite préconstituée. Or, cet aspect peut être lourd de conséquences, comme en témoigne l'exemple de la mine, confirmant qu'il s'agit bien là d'une question de fond.

Favoriser l'assimilation du droit de superficie est d'autant plus nécessaire que les superficies – ou une propriété foncière développée verticalement, n'ont pas donné lieu, lors de la rédaction du code, au même niveau de conceptualisation que la propriété horizontale. Aux prises avec le concept du fonds en deux dimensions, les rédacteurs ne se sont pas attardés sur

la notion de superficie, et en particulier sur leurs limites, ce qui en fait des biens inachevés au regard de la logique de la propriété individuelle.

La section à venir s'attache à développer cet aspect, en revenant aux caractéristiques des superficies souterraines, qui ont connu un développement plus précoce que les superficies aériennes.

Section III : Les caractéristiques des biens fonciers souterrains révélatrices des tensions avec la propriété du code

(332.) Le questionnement autour des caractéristiques des superficies n'est pas propre à la propriété souterraine. Toutefois, le traitement de cet aspect pour les superficies aériennes se différencie du dessous, en particulier parce que l'espace situé au-dessus du sol naturel est composé d'air, relevant des *res communis*. Les biens souterrains ont une autre consistance puisqu'ils sont faits de matière solide comme la mine et, suivant, la vision classique du code, ces biens peuvent être appropriés. Ces deux qualités constituent un marchepied appréciable pour notre exposé dans l'attente de l'analyse des superficies aériennes, qui interviendra dans le sous-titre consacré au volume immobilier (cf. infra §624 et s.).

Les biens souterrains, répondant à la définition de l'article 518 du Code civil des immeubles par nature, les éléments identifiés pour la présentation des caractères du fonds de terre, un contenu et une étendue (cf. supra §43 et s.) seront repris pour l'étude des caractéristiques des biens souterrains. L'étendue s'entendra évidemment en trois dimensions, le propre des biens souterrains étant d'occuper une partie de l'espace terrestre jouxtant en hauteur une autre propriété.

Jusqu'à présent, le sujet n'a pas vraiment passionné la doctrine. Les matériaux susceptibles de nourrir notre réflexion sont rares, à l'exception de quelques décisions jurisprudentielles. En dépit de l'intérêt de la problématique, notre réflexion sera relativement succincte. Assez rapidement, l'analyse du contenu ou de la masse des biens souterrains (§1), nous conduira à la question de l'étendue, puis à celle des limites de ces biens (§2).

§1 Les propriétés souterraines sont des masses composées de matière situées en deçà du niveau naturel du sol

(333.) Pour approcher la question du contenu d'un bien souterrain d'un point de vue juridique, il sera procédé à une catégorisation de ces biens, même si finalement la démarche s'avèrera d'un intérêt assez faible par elle-même. La catégorisation sera par contre utile pour expliciter la problématique de l'étendue des biens souterrains. Pour classer les biens souterrains au regard de leur masse, il est possible d'avoir recours à une *summa divisio*. Le point pivot de cette catégorisation sera l'action de l'homme sur la matière du sous-sol.

Ce critère de répartition, l'action de l'homme sur la matière, permet d'isoler les biens qui sont le produit de la seule action de l'homme, et ceux qui renvoient à une partie du sol lui-même, identifiée comme spécifique par l'homme, mais sans intervention matérielle de sa part. Dans la première catégorie se trouvent les ouvrages réalisés par l'homme tels que les canalisations, fosses d'aisances, tunnels, galeries et autres constructions en sous-sol. La seconde catégorie est, elle, constituée notamment des minerais ou de cavités naturelles.

Commençons par dire quelques mots de la première catégorie. Les biens façonnés par l'homme sont essentiellement le résultat d'un assemblage de biens meubles corporels devenus immeubles par leur attachement au sous-sol⁸⁶⁹. À l'issue du processus d'incorporation, ces biens disposeront d'une enveloppe faite de matière solide, par exemple du béton, de l'acier ou bien encore du bois. Le plus souvent, ces immeubles renfermeront en leur sein, au moins en partie, de la matière sous une forme liquide ou gazeuse voire les deux. Ainsi, un tunnel pourra être constitué d'une structure en béton renfermant de l'air, une canalisation aura une structure en acier dans laquelle s'écoulera du liquide et la fosse d'aisances, également en béton, contiendra de la matière à l'état liquide et à l'état gazeux. Ces biens constituent des masses de matières ayant la particularité d'être placées en dessous du niveau naturel du sol, sans qu'une hauteur précise soit déterminée. Ainsi, une canalisation localisée à quelques mètres sous ce niveau sera qualifiée de bien souterrain, au même titre qu'une mine.

Passons maintenant à la seconde catégorie. Les biens correspondant à des éléments naturels du sous-sol sont également des masses composées de matière. Le minerai sera une matière à l'état solide et la cavité naturelle sera, elle, constituée de matière gazeuse, voire liquide. Dans cette hypothèse, de l'anfractuosités, la propriété renvoie d'abord au principe de

⁸⁶⁹ Il est intéressant de noter en marge de notre propos, la relation entre ce phénomène et la question du fondement de la propriété : travail ou occupation.

l'occupation. Le bien à l'état originel est extérieur à toute action matérielle de l'homme. Toutefois, le bien souterrain naturel peut être modifié par l'homme et revêtir une forme mixte. Ce sera le cas d'une cavité naturelle agrandie artificiellement. De la même façon, l'intervention de l'homme peut modifier le contenu d'un bien souterrain comme pour le stockage de gaz CO₂ dans d'anciens gisements de ressources fossiles, comme les mines de charbon.

Finalement, le critère de l'action de l'homme, qui précise la façon dont les biens souterrains sont constitués, apparaît sans grande conséquence sur la composition de ces biens. Ces derniers peuvent être tour à tour contenu et contenant ou seulement l'un des deux, être faits indifféremment de matière solide, liquide ou gazeuse. En revanche, ce critère fait surgir une question, car l'intervention de l'homme, qu'elle se produise ex nihilo ou en développement d'un bien naturel comme une cavité naturelle, impose de s'interroger sur les limites de la masse correspondant au bien souterrain. Comme nous allons le voir, la problématique est semblable à celle exposée lors de l'examen de la distinction entre les limites de la concession et contours du minerai pour la mine. Pour mémoire, le minerai, matière solide, est extrait via l'intervention de l'homme qui, à cette occasion, sera amené à occuper un espace débordant, celui occupé stricto sensu par la masse minérale (cf. supra §226 et s.).

§2 Les propriétés souterraines sont des étendues aux limites indéfinies

(334.) À l'instar de la mine, les autres propriétés souterraines se révèlent être des biens dont les limites n'ont pas été prises en compte par le législateur. En raison de la vision en deux dimensions des rédacteurs du code, cette imperfection se manifeste de deux façons.

Premièrement, l'imperfection se révèle sur la partie souterraine d'une parcelle unique dans ses rapports avec les propriétés voisines (par leurs côtés). Ici, une forme de substitution peut dans ces hypothèses s'opérer ; les limites de la surface sont projetées dans le tréfonds, afin de délimiter la parcelle dans sa verticalité conformément au concept du cône idéal. Cette parcelle conceptuelle ainsi définie, coïncidera le plus souvent avec la réalité. Toutefois, en pratique, la définition par analogie des limites latérales des propriétés en sous-sol aboutira un résultat « grossier », comme en atteste la technique des investissements placés en limite séparative des mines ou marquant une frontière nationale (cf. supra §226 et s.). Par ailleurs, exceptionnellement, le concept du cône idéal s'avère inapte à rendre compte de la réalité du

parcellaire. Le célèbre arrêt de 1984⁸⁷⁰ confirme ce constat. Dans cette affaire, les juges rejetèrent l'application de l'article 552 pour une source située au pied d'une falaise, dont le sommet était plus large que la base (cf. supra §307).

Deuxièmement l'absence de limites tridimensionnelles est, bien sûr, encore plus perturbante lorsqu'il s'agit de délimiter deux ou plusieurs propriétés situées en tout ou partie l'une au-dessus de l'autre. À défaut d'un véhicule juridique assurant la délimitation verticale, s'ajoute le principe de l'unité du sol qui s'oppose à toutes velléités allant dans ce sens. Ajoutons par ailleurs que l'article 552 fut conçu afin d'assurer la suprématie du propriétaire sur son bien, et par-delà sa suprématie économique, sociale et politique. Dès lors, les rédacteurs du code n'ont pas cherché à développer la question des limites en hauteur, pour distinguer ce qui relève de l'appropriation privée ou des prérogatives de la collectivité. Le code se contente d'organiser la mise en place d'exceptions, comme la législation minière. La non-délimitation des biens souterrains par le législateur n'a pas donné réellement lieu à l'élaboration d'une doctrine précise en la matière. Toutefois, des positions éparses visant à délimiter les biens souterrains suivant leur configuration intrinsèque sont identifiables (A). La position reprend la logique de la mine minéral de 1810 (cf. supra §190). Tout comme dans cette dernière situation, cette position apparaît trop rigide, et satisfaisante seulement pour certains biens. C'est pourquoi doivent être recherchés les contours d'un espace ou d'un volume souterrain susceptible de s'affranchir des limites premières du bien (B).

A. Les limites du bien souterrain coïncident avec les contours du bien pris isolément

(335.) Les biens souterrains étant faits de matière, il semble assez normal de les délimiter en se référant à leurs contours matériels (1). La remarque vaudrait tout particulièrement pour les biens souterrains façonnés par la main de l'homme, par opposition aux biens souterrains naturels (cf. supra §333). Pourtant, aussi tentante que puisse paraître cette approche, elle s'avère vite insatisfaisante, car ces biens s'entendent d'un espace allant au-delà de ces contours (2), comme cela a été constaté à propos de la mine ne pouvant se limiter au minéral.

⁸⁷⁰ Cass. civ.3^e, 29 février 1984, n° 83-10.040 ; JurisData : 1984-700562 ; Bull. civ. 1984, III, n° 58 ; JCP G. 1984. II. 20307,

1. L'objet de la propriété des biens souterrains se limite au bien lui-même

(336.) La position qui tend à définir l'étendue du bien souterrain en se référant aux contours de la chose elle-même ne convient pas à tous les biens souterrains. De plus, cette approche gêne potentiellement l'exploitation du fonds de terre.

La théorie de la mine minéral ayant déjà été traitée, il n'est pas nécessaire d'y revenir (cf. supra §269 et s.). Reprenons simplement les propos du doyen Savatier sur le sujet : « Il est vrai que l'amputation de la propriété tréfoncière porte moins sur l'espace que sur une matière remplissant cet espace. Mais c'est pourtant de cet espace que fait usage le concessionnaire, en y établissant ses galeries »⁸⁷¹. Cette position déjà incontournable pour la mine, peut être retenue pour les autres biens souterrains, notamment, pour ceux produits par l'homme.

Dans le cas d'une canalisation, d'une fosse, d'un silo ou encore d'un tunnel, la question est plus délicate. La logique qui prévaut, s'apparente à celle d'un ouvrage réalisé en surface, dont les limites suivent celles de l'ouvrage lui-même. La proposition paraît satisfaisante, mais elle comporte néanmoins une limite. L'analyse s'en tient au bien pris isolément. En réintégrant la question de la propriété du sol, la position se fragilise. Appliquée à l'exemple d'un silo placé en sous-sol, la distinction semble, à priori, claire entre l'étendue sur laquelle s'appliqueront les prérogatives du propriétaire du dit silo, et l'étendue du reste du fonds, qui relèvera des pouvoirs du propriétaire du sol. La limite sera formalisée par les contours extérieurs du silo. En conséquence, dans notre exemple, à l'exception du silo, le reste sera du ressort du propriétaire du sol. Ce modèle s'associe bien avec la théorie de l'unité du fonds de terre et celle d'un droit de superficie droit réel, car le bien souterrain est perçu comme une enclave, une exception à la propriété du sol, qui conserve sa spécificité d'être une portion de l'écorce terrestre comme sa supériorité face aux autres immeubles par nature.

Le raisonnement apparaît cependant vite schématique et trop théorique. Limiter le silo à ses parois ne permet pas de rendre compte de ce que représente ce bien. Très vite, on revient au dilemme du doyen Savatier entre l'espace utilisé et la matière remplissant cet espace, représentant le bien.

2. Une vision statique et théorique de la propriété souterraine

(337.) La délimitation des biens souterrains délimités seulement par leurs contours extérieurs encourt deux critiques.

La première objection porte sur le rapport, sous l'angle de l'étendue, entre le bien souterrain et sol originel. Dans l'exemple précédent, ce rapport penchait naturellement au profit du sol, mais il se peut que le bien souterrain occupe un espace très large, laissant au sol une fine couche en surface

note G. Goubeaux ; JCP 1986. II. 20547, note Barbiéri ; D. 1985, 504, note Zenati.

⁸⁷¹ R. Savatier, « La propriété de l'espace » : D. 1965, chron. p. 215.

et, éventuellement le sous-sol en grande profondeur, inversant ainsi l'équilibre, un peu à l'image de la mine. Cette situation fait naître immédiatement la question des droits sur l'espace situé sous le bien souterrain ; revient-il au propriétaire du sol ou à celui du bien ? Le premier pourrait ne pas avoir un réel intérêt à l'exploitation de cet espace, ni même être en capacité de le faire, faute d'un accès, si le bien souterrain s'étend sur la totalité de la surface de la parcelle. À l'inverse, on peut imaginer l'intérêt pour la propriété en sous-sol de s'étendre en profondeur sans incidence pour la surface. La résolution de cette question passe par un compromis entre le respect de la situation en place au regard des règles établies par le code, favorable au sol, et la recherche de la mise en valeur optimale de la parcelle, fondement de ce même code. Aubry et Rau ont, semble-t-il, opté pour le propriétaire du sol, considérant que l'extension d'une cave sous la propriété voisine ne donnait aucun droit sur l'espace situé sous la cave⁸⁷². La position s'entend si, et seulement si, le sol est l'unité dominante, c'est-à-dire disposant de la capacité de développement la plus forte. Ce sera le plus souvent le cas, sans être une règle absolue, et la mine représente certainement l'exemple inverse le plus éloquent (cf. supra §190 et s.).

L'observation offre d'autre part une transition vers la seconde objection qui s'appuie sur la différence entre la partie aérienne de la parcelle, constituée de matière à l'état gazeux, et le sous-sol fait essentiellement de matière solide. Une cave par exemple, établie dans une cavité naturelle, ou supposée l'être⁸⁷³, est un trou d'air dans le sol, une poche de matière à l'état gazeux dans la matière solide. Comme l'avait relevé Laurent, une cave, dans un sens, n'est pas un bien inséré dans le sol, mais le sol lui-même⁸⁷⁴, ce qui pose la question de la délimitation entre les deux entités. La réponse idéale consisterait à considérer comme impossible la scission entre le sol et la cave. Simplement, cette proposition heurterait la position doctrinale bien établie, voyant dans une cave un immeuble par nature appropriable en tant que tel (cf. supra §276 et s.). Elle perturberait également la vision de tout un chacun, de la propriété d'une cave. Comment expliquer au possesseur d'une cave placée au pied d'une falaise qu'il n'est pas propriétaire de ladite cave, mais simplement détenteur d'un droit s'appliquant sur une partie de la falaise appartenant au propriétaire du terrain surplombant la falaise ? Apparaît ici, le caractère excessif de ce concept figeant exclusivement la propriété immobilière sur celle du sol, l'empêchant de s'étendre aux situations, certes exceptionnelles, mais incontournables. Le rejet de cette solution conduit à accepter la scission. Toutefois, la reconnaissance du principe de la scission soulève la question de la limite des deux entités. Deux options sont envisageables, soit la limite de la cave suit les contours de la poche d'air, soit la limite

⁸⁷² Il est vrai que cette situation relève d'une superficie imbriquée. Par ailleurs, au même paragraphe les auteurs observent qu'un droit de superficie aérien offrirait lui à son titulaire la propriété de l'espace situé au-dessus de l'ouvrage. C. Aubry et Rau, « Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae », Tome 2, Paris, 1865, §223 p.390.

⁸⁷³ L'incise a pour but de souligner la difficulté à identifier les cavités naturelles, c'est-à-dire n'étant pas nées de l'action de l'homme, des cavités artificielles.

⁸⁷⁴ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 5, Paris Bruxelles, 1871, §406 p. 504.

va au-delà. Dans cette hypothèse, la cave comprend la poche d'air et une quote-part de la matière solide, à savoir la paroi rocheuse l'entourant.

La cave serait alors proche de la configuration de la mine avec des investissements, formant les parois latérales, un sol et un toit. Dans cette vision, le bien souterrain s'entend au travers des limites de l'objet qu'il représente, mais surtout par l'étendue, le volume portion de l'écorce terrestre distinct et dépassant cet objet, comme l'avait justement souligné le doyen Savatier à propos de la mine. C'est donc dans ce sens que nous poursuivrons notre analyse.

B. Le bien souterrain composant une étendue imparfaitement définie

(338.) L'idée d'un bien souterrain appréhendé comme un volume peut être utilement enrichie par plusieurs jurisprudences portant sur des caves. L'examen de ces situations tirées de la pratique, attestera du caractère tridimensionnel des biens souterrains (1), en offrant une voie de passage soulignant, comme pour la mine, les conséquences de l'absence de limites de ces biens, en régime de propriété individuelle (2).

1. Pour la jurisprudence les biens souterrains sont des biens volumiques aux limites incertaines

(339.) La dimension volumique des biens souterrains s'impose assez naturellement s'agissant de biens placés sous la surface du sol. De même, cette juxtaposition suppose, presque d'évidence, une délimitation tridimensionnelle, ne serait-ce que pour distinguer dessus et dessous. Néanmoins, comme en atteste la jurisprudence la perception des biens souterrains comme des volumes (a), ne résout pas la question de leur délimitation (b).

a. La difficile représentation volumique des biens souterrains

(340.) Les biens souterrains supposent une appréhension tridimensionnelle, que contrecarre le principe du sol surface retenu par le code. Confrontées à cette contradiction, pratique et jurisprudence se prononcent en faveur de biens souterrains volumiques sans parvenir à finaliser leur démarche.

Par l'application de l'article 552, le propriétaire d'une parcelle finissant par une falaise, disposera de cette falaise jusqu'au point de rencontre situé en contrebas début d'une seconde parcelle

appartenant à un tiers⁸⁷⁵. Seulement, parfois cette application pure de la règle théorique est malaisée.

Prenons l'exemple de l'arrêt de cassation de 2010⁸⁷⁶ se rapportant à la célèbre affaire « de la grotte de Chauvet ». La cour était appelée à statuer sur la demande⁸⁷⁷ d'un propriétaire d'une parcelle située à flanc du coteau, appuyé sur le plateau au-dessous duquel se trouve la fameuse grotte contenant un témoignage inestimable de l'art paléolithique⁸⁷⁸. La demande visait, au final, à revendiquer la propriété de la grotte, « simple » développement de la cave. La demande fut rejetée au motif que l'entrée de la grotte datant de quelque 30 mille ans n'ayant pu être définie, faire de la cave le point d'entrée de la grotte n'était qu'une des hypothèses envisageables⁸⁷⁹. L'intérêt de cette affaire tient au fait que ladite cave ne pouvait être localisée sur le cadastre en raison de la topographie de la zone : « le tribunal a rappelé à juste titre, que les seules données cadastrales ne pouvaient suffire pour déterminer l'emplacement exact de la limite de propriété, qui compte tenu de la topographie des lieux ne se trouvait ni au pied de la falaise, ni en bas de l'éboulis résultant de son effondrement à une époque d'ailleurs non datée, mais dans une situation médiane traduite par les usages locaux du « tirage à bois » par une exploitation partagée par les propriétaires du haut et ceux du bas. ». La remarque des juges illustre à merveille la limite du cadastre en deux dimensions. Ne pouvant rendre compte de la rupture provoquée par la falaise, l'outil est incapable de localiser la cave, freinant ainsi, une forme d'appropriation individuelle parfaite. En aparté, notons à dessein que pour pallier ce manque, les juges font référence aux anciens usages locaux, organisant soit une exploitation collective de la collecte du bois provenant du massif, soit une appropriation conforme à la propriété antérieure au code.

Un autre enseignement plus directement lié au présent propos peut être extrait de cette affaire. Le cadastre, ou le sol surface, se trouve dans l'incapacité d'appréhender pleinement une cavité souterraine. Dès lors, cette cavité n'a pas de limite prédéfinie en dehors de

⁸⁷⁵ CA Rennes Chambre 1A 6 septembre 2011 : N° 323, 09/07918 : « En application de l'article 552 du Code civil selon lequel la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, le mur que constitue la falaise fait partie du fonds supérieur. En conséquence, le propriétaire de la parcelle haute est déclaré propriétaire de la totalité de la partie haute du terrain jusqu'au pied de la falaise. ».

⁸⁷⁶ Cass. civ. 3^e, 15 juin 2010, n° 09-67.358 : inédit.

⁸⁷⁷ L'affaire dont il est question ici se distingue du cœur du litige qui opposa les propriétaires des parcelles du plateau et l'État à propos de l'indemnisation suite à l'expropriation de la grotte.

⁸⁷⁸ Y. Strickler, « Les biens », PUF, 2006, Thémis droit, §278 p.383 : « Cette découverte (grotte de Chauvet) a révolutionné la perception de l'art paléolithique. », voir aussi www.culture.gouv.fr/culture/arcnat/chaufvet/fr

⁸⁷⁹ Les propriétaires de cette parcelle considéraient avoir usucapé une cavité naturelle réaménagée à usage d'étable, située à l'extérieure de leur parcelle, non loin de l'entrée utilisée par Jean-Marie Chauvet et ses condisciples pour découvrir la grotte. Le propriétaire de la cave bergerie en elle-même n'avait aucun intérêt, mais se trouve de par sa situation placée dessous et dessus des salles de la célèbre grotte, étant précisé que l'entrée originelle n'a jamais été formellement établie par les scientifiques. En d'autres termes, les demandeurs revendiquaient la propriété de la grotte de Chauvet en mettant en échec la présomption de 552 par le truchement de la cave usucapée. Pour écarter leur prétention la cour ne remit pas en cause comme l'avait fait la cour d'appel l'usucapion, mais contesta le fait que l'entrée de la grotte, s'étendant dans le tréfonds des parcelles du plateau, n'avait pu être localisée. Ainsi, la cave usucapée n'était qu'une hypothèse n'ayant aucun crédit scientifique. En conclusion, notons que l'argumentaire des demandeurs était des plus fondés, et a peut-être souffert d'être arrivé tardivement dans une affaire aux multiples rebondissements judiciaires. En établissant la propriété de la cave située dans la falaise dont le développement aboutissait à la grotte de Chauvet, la présomption de 552 pouvait être remise en cause, sauf à considérer que la prescription de la cave ne s'étendait pas à la grotte.

l'espace vide. L'observation met à jour une différence de taille avec la mine qui pouvait être délimitée par les contours du minerai, ou encore les limites de la concession (cf. supra). L'absence de limite administrative s'entend aisément, tout en mettant en évidence la difficulté à définir les contours matériels d'une grotte constituée par un vide.

Ainsi, la reconnaissance de la dimension volumique des biens souterrains, tout en constituant une avancée majeure, suscite, en parallèle, une question pour définir les limites tridimensionnelles de ces biens.

b. Les biens souterrains : des volumes aux limites incertaines à l'exemple des caves

(341.) Faire des biens souterrains des volumes, ne dit pas comment définir les limites de ces volumes, comme celles d'une cavité constituée avant tout d'un vide d'air. Or, la réponse est loin d'être aisée. La jurisprudence semble opter pour une délimitation dépassant ce vide d'air, ne serait-ce que pour des raisons de bon sens, sans toutefois donner d'indication sur les limites exactes de ces biens.

La limite d'une grotte peut difficilement coïncider avec l'espace vide, sinon le propriétaire de la grotte n'aurait, une fois passée l'entrée, plus aucun droit de propriété sur les parois comme sur le sol. Ce propriétaire ne pourrait pas agrandir son bien, ni même intervenir sur les parois, le sol, le toit et cela, quelles que soient la teneur et l'importance de l'intervention. Par ailleurs, la propriété d'une cave, pour la partie située sous le terrain d'autrui, se limiterait à un bien fait de matière à l'état gazeux. L'idée d'une cave limitée aux contours du vide d'air situé en son sein est encore plus malcommode que la mine minerai.

D'ailleurs, plusieurs jurisprudences invalident ce raisonnement, et se prononcent en substance pour une limite dépassant le vide de la cavité, comme le montrent les trois arrêts brièvement présentés ci-dessous.

Dans la première affaire déjà ancienne, la Cour d'appel d'Orléans⁸⁸⁰ était saisie d'un litige portant sur une parcelle composée de trois propriétés verticales. L'une d'elles perce son plancher ce qui occasionne un préjudice pour la propriété inférieure. L'auteur du percement disposait dans son acte d'un droit de percement se traduisant par une autorisation de creuser, délimitée en deux dimensions (ligne du midi au nord). La cour conclut à l'impossibilité pour la propriété supérieure de porter atteinte au toit de la propriété inférieure, étendant en quelque sorte la configuration retenue par les juges pour la mine, soit un bien souterrain doté de flancs (ou investissons), d'un sol et d'un toit incluant une partie de la paroi rocheuse, « Bonroy (le propriétaire de la cave incriminée) a, sans droits, percé le ciel de la galerie... ».

⁸⁸⁰ Orléans 15 février 1900, D.P. 1901. II. 22.

En d'autres termes, le droit de percement de la propriété supérieure s'arrête au toit de la propriété inférieure.

La seconde affaire de 1977⁸⁸¹ jugée par la Cour de cassation est encore plus instructive ; le litige mettait aux prises le propriétaire d'un terrain surplombant une falaise au pied de laquelle se trouvait une cave, propriété d'une autre personne. Le propriétaire du terrain fortement intéressé par l'achat de la cave, mais plusieurs fois éconduit, avait mis au point un stratagème assez élaboré pour arriver à ses fins, d'une autre manière. Visiblement bien informé, le propriétaire du terrain avait introduit une action en revendication visant la partie de la cave dépassant la superficie mentionnée dans l'acte de propriété de ce bien et, résultant, probablement, d'un agrandissement postérieur. Les juges rejetèrent toutefois la demande. La cour fonda sa décision par une interprétation de « la portée de l'acte »⁸⁸² de vente de la cave. Autrement dit, la vente de la cave comprenait un volume supérieur à la superficie de la cave expressément mentionnée dans l'acte. La portée de cet arrêt est certainement à mettre en parallèle avec la témérité du demandeur. Toutefois, la décision valide expressément l'idée d'un espace dépassant le vide de la grotte. Cet aspect essentiel n'en laisse, cependant, pas moins ouverte la question des limites de cette cave. Ce dernier aspect doit être souligné, car si l'arrêt de 1977 consolide indéniablement la propriété de la cave en écartant l'action intempestive du propriétaire du sol, cet acquis demeure en fait modeste. Quelle en serait sa signification, si le propriétaire poursuivait de façon très conséquente l'agrandissement ? Ou s'il décidait de réaliser un agrandissement en hauteur ou en profondeur ? Difficile à dire. Sans limites ou capacité à se délimiter, la propriété de la cave demeure imparfaite⁸⁸³. Cette propriété sans limites fragilise par ricochet la propriété du sol, en faisant naître en son sein un flou aux confins des deux propriétés. Il sera nécessaire de revenir dans le détail sur cet aspect (cf. infra).

La troisième affaire bien que plus anecdotique, mérite cependant d'être signalée. Un propriétaire exploite à des fins touristiques une grotte contenant des concrétions. Un des visiteurs détache l'extrémité d'une stalagmite qui est détruite sous l'effet de cette action, générant un conflit entre le propriétaire de la grotte et l'auteur de cet acte.⁸⁸⁴ Pour ce qui nous concerne, l'intérêt de la décision réside dans le fait qu'elle tend à démontrer que la paroi rocheuse, ici la stalagmite, est bien partie prenante de la grotte. En conséquence,

⁸⁸¹ Cass. civ. 3^e, 15 novembre 1977, n° 76-11.365 ; JurisData : 1977-099389.

⁸⁸² « Mais attendu que c'est par une appréciation souveraine de la portée du titre de veuve Lavalette, non argué de dénégation, que la Cour d'appel a pu considérer que celle-ci avait, par titre, détruit, la présomption de propriété de l'article 552 du Code civil suivant laquelle le propriétaire du sol est propriétaire du dessous ; » Cf infra.

⁸⁸³ Au surplus, la décision souligne l'incongruité à reconnaître un droit de propriété sur la superficie supplémentaire au propriétaire du terrain qui aurait été privé d'accès sauf à creuser un trou depuis le dessus.

⁸⁸⁴ T. corr. Grasse, 5 avril 1948 : Gaz. Pal. 1948. I. 253. L'affaire a surtout pour intérêt de définir les conditions d'incrimination pour vol d'un bien immeuble nécessitant son passage à l'état de meuble. Pour un vol de pierres détachées du sol Crim. 1866, D.P. 1866.

l'exercice des prérogatives du propriétaire, ici se défendre contre ce qui était selon lui un vol suite au détachement de la stalagmite, va au-delà du vide d'air de la grotte. Cette conclusion concernant une question de vol semble transposable en matière de propriété, d'autant mieux que l'exploitation du site avait pour objet les concrétions calcaires et non le vide d'air de la grotte. Notons pour être complet, que dans cet arrêt rien ne permet de dire si le terrain en surface appartenait ou pas, au propriétaire de la grotte. Toutefois, dans l'hypothèse d'un tiers propriétaire, il semble difficile d'imaginer qu'au moins les concrétions ne soient pas rattachées à la propriété de la grotte.

Ces trois décisions accréditent clairement l'idée selon laquelle, la limite d'une grotte ou d'une cave se situe dans la masse rocheuse. Cependant, si l'intégration d'une partie de la paroi rend plus aisée la conceptualisation du bien, elle complexifie le processus d'appropriation. Ces biens reconnus volumiques sur le principe, ne disposent pas de limites verticales perturbant une appropriation individuelle nécessitant un bien aux limites certaines.

2. *L'absence de limites précises des biens souterrains : frein à une appropriation individuelle*

(342.) La difficulté de délimitation des biens souterrains a pour conséquence de jeter un flou sur leur individualisation. L'individualisation ne pouvant aboutir totalement, il s'ensuit une perturbation dans le phénomène d'appropriation de ces biens, entraînant elle-même diverses conséquences. L'une de ces conséquences se traduit par une forme de compensation au travers de l'exigence d'un mode de preuve spécifique déjà évoquée, et que l'arrêt de 1977 permet de développer.

Sans limites précises, le contact exclusif entre le bien souterrain et son propriétaire, inhérent au droit de propriété, ne peut se réaliser avec satisfaction, un doute subsistant quant aux frontières du bien souterrain. C'est par exemple, cette imperfection conceptuelle qu'avait tenté d'exploiter le propriétaire du sol (de façon sous doute trop évidente), voulant acquérir la cave située sous son terrain, dans l'arrêt de 1977⁸⁸⁵ venant d'être analysé.

Apparaît ici le dernier grand enseignement susceptible d'être tiré de cette décision : la place de l'acte dans le conflit sur la propriété de la grotte, soit le lien entre la propriété souterraine et la preuve de cette propriété (cf. supra §292 et s.). Dans cette affaire, les parties étaient en conflit sur la partie agrandie. Pour le propriétaire du sol, l'acte de vente ne mentionnant pas cet espace, sa propriété échappait au propriétaire de la cave. La cour rejette la demande, toujours en se fondant également sur l'acte et déclare : « Mais attendu que c'est par une appréciation souveraine de la portée du titre de veuve X..., non argué de dénaturation, que la Cour d'appel a pu considérer que

⁸⁸⁵ op. cit. Cass. civ. 3^e, 15 novembre 1977, n° 76-11.365 ; JurisData : 1977-099389.

celle-ci avait, par titre, détruit, la présomption de propriété de l'article 552 du Code civil suivant laquelle le propriétaire du sol est propriétaire du dessous ; ». L'acte est ici la référence ultime. Rien ne peut venir consolider les contours de la chose, comme l'aurait permis un bornage en surface. L'acte prime, même si la force de cet acte est par définition relative et que l'interprétation « extensive » des juges demeure d'une portée limitée, ne délimitant pas précisément le bien.

Ainsi, l'imperfection, qui empêche de désigner avec précision le propriétaire d'une partie de l'objet de la propriété souterraine, va imposer à son titulaire une exigence particulière. Dans l'arrêt de 1977, l'exigence se trouve dans ce que les juges nomment la portée de l'acte. N. Le Rudulier a repéré cette exigence quand il parle de reconstitution du droit de propriété, en reprenant l'axe de la pensée de C. Atias (cf. supra §315 et s.). L'exigence, ou disons la spécificité de la propriété souterraine, répond à l'état d'inachèvement de l'objet de cette propriété. Alors que le bornage vient parfaire la parcelle en deux dimensions, la « mettre au format de la propriété individuelle » (cf. supra §124 et s.), le bien souterrain ne bénéficie pas d'un tel attribut. En conséquence, par une forme de compensation, il est tentant de lui imposer une preuve dérogatoire, un mode de preuve qui présente, au moins sur le principe, de l'objet de la propriété superficière, un accord contractuel (l'acte) ou mieux encore, la garantie de la loi (la prescription). Disposer de la faculté de délimiter les propriétés souterraines, ne constitue pas la condition indispensable à leur existence, elle vient cependant les mettre en cohérence avec la propriété du code. À défaut, la propriété de ces biens devient incertaine, comme le montre l'exemple des cavités naturelles.

(343.) Les caractéristiques des cavités naturelles mettent en exergue la faiblesse des biens souterrains au regard de leur étendue, sans toutefois en avoir l'exclusivité. Fixer la limite d'une grotte au vide d'air n'a pas de sens, comme nous venons de le voir, ce qui conduit à fixer la limite quelque part dans la paroi rocheuse, sans autre précision.

En suivant cette analyse, une grotte ou une cave apparaît comme un bien doté d'une dimension volumique fait de matière solide à ses pourtours, et d'air en son centre, sans que cela renseigne sur les limites de l'étendue qu'elle occupe dans l'espace. Ces biens étant partie prenante du sol, ils ne peuvent se délimiter par eux-mêmes, et posent ainsi la même question que le sol surface. L'individualisation de ces biens relève d'un travail de conceptualisation. À l'image de la procédure de bornage en surface, les biens souterrains ont besoin de pouvoir être délimités par application d'une règle positive. Or, une telle règle n'existe pas, sauf à recourir à la logique du volume immobilier, ce que nous ferons (cf. infra §624 et s.). Les biens qui se délimitent par eux-mêmes, tels ceux façonnés par l'homme, permettent de contourner cette contrainte, sans que ce soit véritablement satisfaisant (cf. supra §337). En réalité, quelle que soit leur configuration, les biens souterrains doivent être délimités en trois dimensions pour satisfaire aux contraintes de la propriété

du code, qui en parallèle conçoit l'immeuble comme un bien en deux dimensions. Ce constat avait déjà été fait lors de l'examen de la mine de 1810 (cf. supra §264).

Ainsi comme la mine, les autres biens souterrains sans distinction, en raison de leurs limites inachevées conceptuellement, s'articulent imparfaitement avec la propriété du code.

Conclusion section III : Les caractéristiques des biens souterrains révélatrices des tensions avec la propriété du code.

(344.) Les biens fonciers souterrains sont des masses constituées, au moins en partie, de matière solide. Pour les ouvrages, les biens produits par l'homme, cette matérialité s'impose d'elle-même. D'autres biens, telles les cavités naturelles, laissent à penser, en première analyse, à une composition différente mais présentent en fait, une configuration très proche.

Tous ces biens sont en effet à la fois un contenu et un contenant, une étendue et une masse, reproduisant en toile de fond le schéma de la mine, composé de parois, d'investissements, d'un sol avec un toit le contenant, et le minéral, le contenu.

Les biens souterrains se caractérisent parallèlement par l'étendue, l'espace de sous-sol qu'ils occupent. Dans certains cas, limites du bien et espace occupé coïncideront parfaitement, conduisant à une localisation presque évidente de ces limites, comme dans le cas d'un silo, d'une fosse. À l'inverse, l'espace pourra parfois aller au-delà du bien proprement dit, c'est la situation de la cavité naturelle, mais aussi de l'ouvrage n'occupant pas tout l'espace susceptible de l'être, par exemple un silo pouvant être étendu. De ce constat découle la question du positionnement exact de la limite du bien souterrain, au regard notamment de la propriété de surface, telle que l'illustre la problématique de la portion de paroi rocheuse incluse dans la propriété d'une cave.

Ce raisonnement révèle la seconde analogie avec la mine. L'absence de limites des biens souterrains fragilise l'emprise de la propriété individuelle. La perception des biens souterrains s'articulant plus naturellement avec la vision de la propriété du code, l'imperfection provenant de la non-délimitation des biens souterrains impacte surtout le mode de preuve de la propriété souterraine. Sur cette base, une chaîne de relations s'établit. L'absence de limite a pour effet d'aboutir à une individualisation inachevée, rendant le processus d'appropriation imparfait ce qui, in fine, favorise l'exigence d'une preuve renforcée pour la revendication d'une propriété souterraine.

Mettre en lumière les conséquences préjudiciables de la non-délimitation précise des biens souterrains ne signifie pas qu'il faille proclamer de facto leur bornage. Jusqu'à présent, cette question semble avoir échappé au droit, constituant en quelque sorte une zone de non-droit, une

zone à l'abri du droit, comme les a si bien décrites le doyen Carbonnier⁸⁸⁶. Avec le temps, le besoin de précision se fera sûrement plus pressant, du moins est-il loisible de l'imaginer.

Conclusion Chapitre II : L'exemple des caves, grottes et autres excavations

(345.) Plus généralement, la propriété souterraine est l'objet d'assez peu d'attention de la part des juristes. Cela tranche nettement avec le déchaînement de passions pour la propriété minière. Il n'y a pas lieu de s'offusquer de ce doux dédain. Le droit des biens ne se préoccupe pas des petites choses⁸⁸⁷. Le droit est en fait opportuniste, et les biens souterrains n'ont jamais été, sauf exception, porteurs d'un intérêt véritable. Le long développement qui vient de leur être accordé pourrait même, en fait, apparaître superfétatoire. La conclusion du chapitre sera donc la pierre de touche de l'initiative, permettant de vérifier sa contribution à la réflexion sur l'évolution de l'objet de la propriété foncière.

Suivant le plan en trois sections du chapitre, le premier enseignement qu'il est possible d'isoler tient dans la démonstration d'une reconnaissance naturelle, quasi dès l'origine du code, de la propriété verticale via les biens souterrains autres que la mine. En retrait des débats, la propriété des biens souterrains a longtemps représenté un îlot en trois dimensions dans un océan en deux dimensions, attendant patiemment une évolution de la pensée juridique, survenue avec les travaux du doyen Savatier.

L'intégration des propriétés souterraines s'est faite au prix d'un « forçage » du cadre conceptuel traditionnel de la propriété. Contrainte par la matérialité de ces propriétés et leur « réalité », la théorie juridique n'a jamais pu, sur le principe, marginaliser ou écarter ces propriétés, dont la verticalité gêne la vision horizontale.

Cependant, et il s'agit du second enseignement, cette tension n'est pas restée sans effet sur la problématique du mode preuve de ces propriétés. Les débats en ce domaine, eux, prolifiques, montrent clairement que la problématique contient tous les ingrédients afférents au sempiternel débat sur la propriété superficielle, comme la question de l'origine de la propriété, l'équilibre liberté responsabilité, ou encore la nature du droit de superficie. En dépit, d'un courant jurisprudentiel et doctrinal bien ancré en faveur d'une preuve renforcée, l'examen des motifs de la preuve de la propriété superficielle, milite dans le sens d'une preuve par tous moyens, conformément à l'administration de la preuve de la propriété immobilière de droit commun. Établir le principe de la liberté de la preuve, n'exclut pas à titre d'exception une preuve renforcée, sous

⁸⁸⁶ J. Carbonnier, « Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur », 10e édition, Broché, 2001, p. 25 et s.

réserve de la motiver. Dans cette perspective, le critère superficie imbriquée, superficie superposée présente un intérêt, même si en la matière, il faut se garder d'affirmations trop péremptoires.

En prônant l'alignement de l'administration de la preuve de la propriété superficière sur celle de la propriété immobilière, l'assimilation de la première à la seconde s'en trouve facilitée. Cependant, cela ne traite pas la cause à l'origine de la différence, la distorsion entre propriété horizontale et verticale.

La résolution de ce problème passe en fait par les caractéristiques des biens souterrains, ce qui conduit au troisième enseignement.

Comme la mine, les biens souterrains représentent une masse se décomposant en un contenu et un contenant, dont la localisation dans l'espace est imprécise, perturbant l'instauration du droit de propriété. La constitution du contenu et du contenant de ces biens est moins homogène que dans l'exemple de la mine, notamment en raison de la distinction entre les biens produits par l'homme et les biens existants à l'état naturel. Pour autant, à chaque fois, le contenant s'apparente à une forme de superstructure et le contenu est fait de matière, même si cette matière peut être à l'état solide, liquide ou gazeux.

Toujours sur les traces de la mine, la dimension volumétrique des biens souterrains fait surgir leur absence de limite précise, freinant le processus d'appropriation. Au travers de cette carence, s'établit le trait d'union avec la question de la preuve, puisque la preuve renforcée est un moyen de résoudre en amont le conflit susceptible de survenir entre superficie et sol à propos des limites réciproques de chaque propriété.

En conséquence, si la matérialité et le fait d'être perçu comme des biens indépendants ont fait des biens souterrains, des immeubles par nature pleinement appropriables par un individu, leur seul défaut aura été et demeure, leur absence de limites précises.

Conclusion Titre II : Les prémices d'un concept civiliste du sol tridimensionnel

(346.) Tout en appartenant à la même catégorie, la mine de 1810 et les autres biens souterrains sont difficilement assimilables. La mine est un bien tout à fait spécifique, de par le contrôle de son exploitation mais aussi sa dimension économique. Néanmoins, au regard de l'application de droit de propriété un parallèle s'établit facilement. La mine de 1810 comme les autres biens souterrains sont situés sous la surface du sol et répondent, de ce fait, à la définition de bien superficière, en vertu du principe de l'unité du sol. Ces biens ont également été qualifiés d'objet de propriété au

⁸⁸⁷ Voir sur ce sujet les développements de J. Carbonnier à propos de l'adage : *De minimis non curat praetor*, J. Carbonnier, « Droit civil (Thémis) », Tome second les biens et les obligations, PUF, Paris 1956, p. 74.

sens de l'article 544 du Code civil. Certes, le processus pour aboutir à cette qualification a été bien différent dans l'un et l'autre cas. Pour les autres biens souterrains tels une cave, une fosse ou un tunnel, l'application du droit de propriété a été presque naturelle pour la doctrine et en jurisprudence, même si des tensions sont observables sur la question de la preuve de ces propriétés. Au contraire, pour la mine la nature de propriété puise ses racines dans la loi. Cette origine légale de la propriété minière n'a cependant pas empêché de très nombreuses controverses autour de la nature de la mine. En faisant abstraction de ces différences, il n'en demeure pas moins que la propriété du code, malgré un schéma conceptuel au format d'un sol surface, a été en capacité d'appréhender des propriétés superficielles ou des biens se développant verticalement. Ces propriétés verticales laissent ainsi entrevoir la dimension volumique du fonds de terre.

Conclusion Partie I : Les caractères du sol selon le Code civil

(347.) Le fonds de terre est un concept dont l'objet est une chose relevant du monde tangible. La corporalité de cette chose n'est pas douteuse, tout comme l'idéalité du concept qui la représente. L'homme utilise le sol pour subvenir à des besoins physiologiques : se loger, se nourrir, etc., qui supposent la matière. De même, la matière entraîne le principe d'exclusion spatiale, voulant que deux corps ne puissent occuper le même espace au même moment. Cette matière donne cependant lieu, y compris sur le principe de son existence, à une interprétation du sujet. Concernant le fonds de terre, sa conceptualisation apparaît principalement au regard de ses limites. Ce bien étant une portion d'un ensemble plus vaste, la terre, il doit être individualisé. Ce processus met à jour la finalité du concept de fonds de terre, permettre une appropriation individuelle et exclusive. Dans le cas du sol civiliste, l'individualisation présente la particularité d'être le fruit d'une opération mathématique ou géométrique. Le phénomène est à rapprocher de l'« universalisation des mesures, que réalisera la Révolution française. »⁸⁸⁸. Le sol géométrique civiliste se développe en deux dimensions suivant en cela la perception intuitive que chacun peut avoir du sol. Néanmoins, la matrice géométrique du code est applicable à un sol volume, jetant les bases d'une propriété verticale.

⁸⁸⁸ C. Larrère, « L'Arithmétique des physiocrates : la mesure de l'évidence », In: Histoire & Mesure, 1992 volume 7 - n°1-2. p.5 « Melon, qui se fait l'avocat de tels projets, voudrait les fonder dans la nature des choses, en s'appuyant sur des connaissances de physique expérimentale ; il propose qu'on se règle sur « la mesure du pendule à secondes ». Melon fréquentait, dans les années 30, les physiciens et mathématiciens de l'époque, Dortous de Mairan, Maupertuis..., et l'expédition de La Condamine, en 1736, pour mesurer un degré du méridien, est contemporaine de la publication de « Y Essai de Melon ». C'est dans ce milieu qu'apparaît le projet d'une universalisation des mesures, que réalisera la Révolution française. »

En parallèle, un examen *in concreto* de la situation des biens souterrains montre qu'il s'agit de biens appropriables au sens de l'article 544 du Code civil. L'application de la propriété civiliste soulève des difficultés en raison de la verticalité de ces biens, tout en se maintenant pleinement sur le principe. Conséquemment, des propriétés verticales, se cantonnant certes au sous-sol, existent dans l'univers du code. Or, comme le fait remarquer justement E. Barreau « si l'on admet de diviser un terrain par des plans horizontaux, dans le but de constituer en propriétés distinctes et superposées une mine située dans le tréfonds, puis la cave d'un bâtiment, puis ce bâtiment lui-même, pourquoi ne serait-il pas permis de simplifier cette division, et qu'a de contrainte au bon sens la constitution de deux propriétés dont l'une comprend le sol, et l'autre, les constructions et plantations qui le recouvrent ? »⁸⁸⁹.

Cette hypothèse d'une propriété verticale, valant pour le dessous comme le dessus, est d'autant plus vraisemblable, que le concept du sol civiliste, dispose de la capacité à appréhender la troisième dimension. Toutefois, avant de tenter de donner vie à cette proposition, et dans cet objectif, il est nécessaire de passer en revue les thèses réfutant cette hypothèse.

⁸⁸⁹ E. Barreau, « Etude sur le droit de superficie en droit romain et en droit français », Thèse pour le doctorat, Nantes, 1889 p.119.

Partie II : LES THESES REJETANT LA PROPRIETE D'UN SOL EN VOLUME

(348.) Le concept de sol surface est intimement lié à l'ordre des biens code. La parcelle représente l'unité primaire du monde des choses, répondant à l'unité première du monde humain, l'individu. Avec le sol surface l'homme est doté d'un accès privilégié à la première des ressources du monde tangible. Par cet accès, l'individu est en capacité de prendre en charge son développement de façon indépendante, d'où la référence à une propriété de type *yeoman*, un homme une parcelle. Cette propriété est conditionnée par le système qui en est à la base, mais aussi plus spécifiquement par un sol horizontal, puisque nous avons vu qu'historiquement l'individualisation du sol a été réalisée en deux dimensions.

Or, en dépit de la reconnaissance par le Code civil du sol surface, comme d'une propriété individuelle et exclusive du sol, se sont développées des situations mettant en œuvre un sol vertical. La mine de 1810 fut l'exemple le plus marquant, mais des exemples plus anodins tels les caves ou les grottes peuvent être mentionnées (cf. *supra* §275 et s.), parmi d'autres. Ces cas d'un sol appréhendé verticalement posent naturellement la question de savoir si le modèle de propriété du code est en mesure de s'appliquer à ce sol en volume. Une partie importante de la doctrine répond, encore aujourd'hui, par la négative à cette question. La principale raison fondant ce refus concerne le dessus du sol. Un sol volume entraîne l'application du droit de propriété sur la partie située sous l'écorce terrestre, mais aussi le dessus, alors que le sol surface coïnciderait lui seulement avec l'écorce terrestre ou « le sol naturel ». Or, ce dessus n'étant pas un corps solide, il remettrait en cause le critère de la corporalité de la propriété du code. Nous avons vu que cette perspective était critiquable, et nous reviendrons sur ce point. Toutefois, il faut noter que cette perspective s'est traduite de

deux manières. Pour une partie de la doctrine, le dessus ne répondant pas aux critères de la propriété civiliste, le sol volume doit être exclu du champ d'application de la propriété. Pour une autre partie, la propriété du code n'étant pas en mesure d'appréhender ce type de propriété, il convient de disposer d'un autre modèle de propriété accessoire à la propriété du code, ou supplantant ce modèle.

Nous examinerons ainsi les thèses rejetant purement et simplement la propriété volumique et superficière (Titre I), et les thèses envisageant une telle propriété sans qu'il s'agisse du modèle de propriété du code (Titre II).

Précisions lexicographiques concernant le droit de superficie et le volume immobilier.

(349.) En introduction, quelques précisions lexicographiques s'imposent. Propriété superficière et propriété volumique, comme superficie et volume peuvent s'entendre comme des synonymes absolus. Ainsi, droit de superficie, et volume immobilier sont des concepts interchangeables. Ces termes sont alors employés sans distinction, et nous les utiliserons parfois de cette façon, au moins dans cette deuxième partie. Cependant, cette synonymie peut aussi être relative, notamment au regard du temps. Le droit de superficie s'analyse alors comme le précurseur, ou l'ancêtre du volume moderne. La mine de 1810, par exemple, s'apparente à un volume avant l'heure, ayant comme particularité de concerner le sous-sol. Dans cette perspective, superficie et volume, tout en étant synonymes, disposeront d'un sens propre. Comme nous l'avons vu la mine de 1810 ne peut pas être assimilée totalement au volume immobilier, et n'a jamais été réellement conçue comme telle, même s'il existe de fortes similarités entre ces concepts. De même, le volume immobilier perçu comme « un cube d'air » du doyen Savatier ne visait pas la mine. Faire du volume le prolongement du droit de superficie est justifié, voire est nécessaire à la compréhension de la problématique superficière, tout en étant limité à un certain contexte.

Enfin, troisième approche, superficie et volume peuvent être vus ni comme des synonymes absolus ni comme des synonymes relatifs, mais simplement comme des concepts distincts, bien que voisins. Notre troisième partie conclura en ce sens (cf. *infra* §624 et s.). Le volume correspond alors à une division de la chose et le droit de superficie un démembrement de droit. L'information est donnée à ce stade pour des raisons didactiques. Le sujet est complexe, et le sens des termes parfois imprécis alimente cette complexité. La distinction entre superficie et volume, s'explique par le fait que la superficie vise des situations relevant du démembrement du droit de propriété, ou indistinctement de telles situations et des situations relevant de la division de l'objet de ce droit. Le volume immobilier lui

concernerait seulement le second cas de figure. De la sorte, parler de propriété superficière peut aboutir à entériner une propriété de droits, en opposition avec le modèle de propriété du code. Le volume de son côté peut, comme nous le verrons, s'articuler avec une propriété conforme au Code civil, fondée sur l'article 552. En complément, un droit de superficie subsiste, pour les cas de démembrement de droit, mais se doit d'être analysé en un droit réel sur le fondement de l'article 553.

Dans cette configuration superficie et volume immobilier renvoient à des concepts différents, où seul le volume immobilier peut prétendre au droit de propriété de l'article 544. Avant, de présenter dans le détail cette propriété volumique civiliste, il convient de passer en revue les thèses refusant à cette perspective, à commencer par celles s'y opposant purement et simplement.

Titre I : Les rejets purs et simples de la propriété volumique

Titre II : Les rejets relatifs de la propriété volumique

TITRE I : LES REJETS PURS ET SIMPLES DE LA PROPRIETE VOLUMIQUE

(350.) Deux grandes thèses prônent le maintien à l'écart du droit de superficie et sa forme moderne, le volume, du concept de propriété. Il s'agit de la thèse dite personnaliste, et celle voyant dans le droit de superficie un simple droit réel.

Ces théories ont en commun d'être aujourd'hui minoritaires, la doctrine se positionnant plutôt en faveur de la propriété volumique (cf. infra §624 et s.). Ces thèses présentent une démarche assez similaire dans la mesure où toutes deux, voient dans le volume un objet qui ne peut satisfaire aux conditions posées par le système d'appropriation du code. Au-delà de leur position de rejet, leur objectif est d'éviter la corruption par le volume ou le droit de superficie des canons civilistes, en leur interdisant justement l'accès au champ d'application de la propriété.

Cette communauté de vues n'empêche pas cependant une vraie divergence quant à l'analyse que ces deux courants développent à propos de la nature du droit de superficie. Le premier voit en effet dans le volume un droit personnel et le second un droit réel.

Cette différence d'approche répond à une théorie de la propriété en partie distincte de ces deux courants. La thèse personnaliste s'articule avec une propriété classique centrée sur la corporalité, comme la thèse du droit réel que l'on peut également qualifier de classique. En revanche, la thèse du droit de superficie droit réel sur la chose d'autrui est, elle, un développement de la théorie renouvelée de la propriété.

Ainsi, au sein de la catégorie du droit de superficie droit réel, deux courants de pensée sont identifiables. Le premier présente une approche, que nous avons qualifiée de classique, dans laquelle le droit réel superficiaire correspondra à l'un des droits visés à l'article 543 du Code civil, à la suite du droit de propriété. Le second courant est celui du droit réel sur la chose d'autrui affilié à la théorie renouvelée de la propriété de F. Zenati et T. Revet. Ce second courant est foncièrement différent du premier dans son approche comme dans sa portée. En dépit d'une perte d'influence⁸⁹⁰, la thèse du droit de superficie, droit réel sur la chose

⁸⁹⁰ Cette thèse est écartée au profit de celle défendue par le doyen Savatier par le projet de refonte du livre II du code sans avoir suscité de réactions.

d'autrui, reste une proposition intéressante pour l'analyse et la compréhension de la problématique volumique.

Pour disposer d'une vision complète des thèses opposées à une propriété superficielle ou volumique, il est nécessaire d'examiner successivement la thèse personnaliste (Chapitre I), la thèse du réel « classique » (Chapitre I), et la thèse du Droit Réel sur la Chose d'Autrui (DRCA), qui se rattache au *jus excluendi* de F. Zenati et T. Revet (Chapitre III).

Chapitre I La thèse personnaliste

(351.) Des deux thèses rejetant la propriété volumique, la thèse personnaliste est assurément la plus minoritaire. Les auteurs qui s'en réclament sont peu nombreux. Deux noms sont le plus souvent référencés, R. et C. Saint Alary Houin auteurs du classeur « Superficie » du répertoire Civil Dalloz⁸⁹¹, dorénavant rédigé par P. Wallet tenant de la thèse dualiste (cf. infra §472 et s.), et H.-L. et J. Mazeaud dont l'opinion est développée dans leurs leçons de droit civil⁸⁹².

D'autres auteurs paraissent s'y rallier sans toutefois définir précisément les contours de leur adhésion⁸⁹³. C'est donc essentiellement sur la base des propos de Mrs Mazeaud que sera développée cette section et cela, d'autant que la position n'a jamais été relayée en l'état par la jurisprudence. F. Frenette, auteur québécois, aurait pu être cité puisqu'il qualifie également le droit de superficie de droit personnel⁸⁹⁴. Seulement pour ce dernier, et c'est aussi le sens de notre propos, le droit de superficie peut être un droit personnel, un droit réel ou un droit de propriété, ce qui diffère de l'approche personnaliste pour laquelle, par principe, le volume non construit est un droit personnel. Notons à titre subsidiaire que F. Frenette analyse le droit de superficie comme un droit personnel lorsque celui-ci provient du renoncement au bénéfice de l'accession⁸⁹⁵. Le propos suscite l'intérêt et serait de nature à expliquer comment la superficie pourrait trouver son origine dans un droit personnel, tout en devenant réel ensuite. Néanmoins, renonciation et transfert semblent constituer les deux faces d'une même pièce ; le transfert suppose la renonciation et inversement. Se placer d'un côté ou de l'autre de l'échange ne modifie pas son contenu ; ce que perd A, B le gagne et, minorer le gain de B revient à diminuer la perte de A⁸⁹⁶.

⁸⁹¹ R. Saint Alary et C. Saint Alary Houin, Rép. Civ. V° « Superficie » n° 9 s. - Droit de la Construction, 3e éd.

⁸⁹² H.-L. et J. Mazeaud, F. Chabas et F. Giantivi, « Leçons de droit civil », t. 2, 2e vol. « Biens: droit de propriété et ses démembrements », 8e éd. 1994.

⁸⁹³ E. E. Franck, « Le droit de superficie », Administrer, mai 1989, p.4. L'auteur se réfère à la thèse personnaliste : « ce droit ne deviendrait immobilier qu'une fois les constructions réalisées. Jusque-là le droit de superficie n'aurait qu'un caractère personnel. », mais en s'appuyant sur le propos de Marty et Raynaud favorables à la thèse dualiste.

⁸⁹⁴ F. Frenette, « Cours de formation continue de l'ordre des arpenteurs géomètres du Québec, la propriété superficielle une propriété superposée », février 2006, §23 p. 12.

⁸⁹⁵ Cette situation différerait du transfert positif du droit d'accession.

⁸⁹⁶ Ainsi, en se plaçant du côté de A et dire le droit transféré est un droit personnel consistant en une renonciation à un droit cela pose la question de savoir comment un droit personnel devient réel. Si la renonciation de A s'analyse en un droit personnel alors ce que reçoit B est un droit personnel, s'il se transforme dans un second temps en un droit réel ce n'est pas par le fait du transfert. La différence entre le droit transféré par A et celui détenu par B doit trouver son explication ailleurs. Cette explication serait : B détient un droit plus étendu que celui qui lui a été transféré par A. En d'autres termes une renonciation, susceptible d'être tacite, produirait des effets relativement à l'objet du transfert plus importants que le transfert du droit lui-même. Dans l'absolu, le résultat est semblable puisque le bénéficiaire du transfert disposera du droit d'accession. F. Frenette considère que dans l'hypothèse de la renonciation, des restrictions du droit d'accession peuvent être prévues,

Intrinsèquement, la thèse personnaliste est d'un apport, disons limité. Cependant, le raisonnement qui la fonde est quant à lui, riche d'enseignement, en ce qu'il symbolise parfaitement le conflit entre la thèse classique de la propriété du code et le droit de superficie. Au centre de la théorie personnaliste se trouve un raisonnement par syllogisme à la fois abrupt et puissant que l'on pourrait résumer ainsi : un droit réel, et qui plus est, la propriété, suppose un corps ; Le volume avant construction est un droit, incorporel par nature, pas un corps ; Le volume avant construction n'est donc pas un droit réel et à fortiori, un droit de propriété.

Cette affirmation d'une grande cohérence théorique, fait de la vision classique de la propriété, le point de départ du débat sur la nature du droit de superficie ou volume, tout en constituant un rouage essentiel à sa compréhension (§1). Simplement, ce qui est en théorie incontestable, ne va pas résister à l'exercice de la pratique (§2), notamment parce que le droit de superficie se place mécaniquement en position de défier les principes fondateurs du droit de propriété.

§ 1 Une thèse fondée sur la théorie classique d'une propriété corporelle

(352.) La réflexion sur la nature du droit de superficie interroge la nature de la propriété elle-même, qui se trouve être le modèle de base. Ce faisant, la démarche présente un risque de perturbation. Pour l'éviter, la thèse personnaliste fait le choix de placer le droit de propriété en position défensive.

Conséquemment, le droit de superficie ne serait que le cheval de Troie de la vision collectiviste de la propriété (A). Cette posture suppose un retour à la corporalité stricto sensu de la propriété (B), synonyme d'une rigidification du concept.

mais il ne s'agit que d'une possibilité n'excluant pas l'absence de restrictions. Par ailleurs, un transfert partiel du droit d'accession, ex : le droit de planter, est possible.

A. Une vision défensive de la propriété face à une propriété en proie au doute

(353.) La thèse personnaliste a pour corollaire la volonté de sauvegarder une propriété traditionaliste à un moment où la propriété est appelée à s'adapter. Cette théorie s'analyse donc le moyen de maintenir la propriété à l'écart du changement.

Toutefois, paradoxe de l'histoire, la thèse du volume droit personnel peut être associée à d'autres courants de pensée cherchant eux à en finir avec la propriété du code. La thèse personnaliste aurait alors vocation à couvrir l'ensemble du champ de la propriété. La théorie du volume immobilier s'est développée au milieu de la seconde moitié du 20^{ième} siècle, à une période de montée en puissance de la sphère publique dans le domaine de l'urbanisation. Il eut été concevable de prendre appui sur le développement de la ville verticale pour substituer le droit de propriété au profit d'un droit personnel, à l'heure de la généralisation de la réglementation urbanistique, de la mise en place du Plafond Légal de Densité (PLD), de la massification de la production HLM. Le doyen Savatier n'envisageait-il pas la municipalisation des sols?

Force est de constater pourtant que ce ne fut pourtant pas le cas ; le choix a été de conserver le modèle de propriété du code, voire de le développer (cf. supra §626 et s.). L'explication qui vient naturellement à l'esprit est de considérer, semble-t-il, à juste titre, que le changement aurait été trop brutal. Imaginer définir la prérogative servant de base à la détention d'un immeuble comme un droit personnel, heurtait cette tradition française encourageant la proximité entre le sujet de droit et sa chose. En matière d'appropriation des biens, l'absence d'intermédiaire entre chose et sujet semble de longue date la règle, dont le Code civil en est peut-être, au fond, que l'exemple le plus saillant. Et, c'est ce rapport particulier qui se retrouvera en filigrane dans les développements à venir.

Pour H.-L. et J. Mazeaud et al, l'hypothèse de la substitution de la propriété pour un rapport personnel ne se pose pas et, doit même être combattue instamment. Leur propos se concentre ainsi sur le maintien de la propriété et même d'une propriété classique, en dépit du constat d'une perte de vigueur de la propriété. Ce mouvement de déclin attribué au phénomène de socialisation de la propriété⁸⁹⁷ est, d'ailleurs, selon eux, en rapport avec des institutions comme le droit de superficie : « L'idée (de socialisation) a fait son chemin. C'est elle qui inspirait déjà la loi foncière de 1975, en obligeant le propriétaire qui veut construire, à acheter au-dessus d'un certain plafond, le droit même de construire ; curieuse et intéressante distinction entre le sol et les bâtiments qui peuvent s'y incorporer, distinction déjà bien

⁸⁹⁷ H.-L. et J. Mazeaud, F. Chabas et F. Giantivi, « Leçons de droit civil », t. 2, 2e vol. « Biens: droit de propriété et ses démembrements », 8e éd. 1994, §1303 p. 14.

ébauchée avec le bail emphytéotique ou surtout le bail à construction et plus fortement mise en relief avec le droit de superficie. »⁸⁹⁸.

Apparaît ici, la faute originelle du droit de superficie, celle d'introduire une dose de propriété collective dans le droit de propriété du code, droit exclusif par nature. Le point de vue est diamétralement opposé à celui du doyen Savatier, qui, sur la base d'un diagnostic proche⁸⁹⁹, ne combat pas le droit de superficie. Au contraire, il prend appui sur son caractère dual pour l'utiliser au redéploiement du droit de propriété.

Toutefois, pour cela, le doyen Savatier fait de la propriété immobilière une propriété incorporelle, ce qui est tout bonnement hors de propos pour H.-L. et J. Mazeaud et al, pour ces auteurs l'objet du droit de propriété doit être un corps.

B. L'objet du droit de propriété est un corps, ce que n'est pas le droit de construire

(354.) La position défendue par H.-L. et J. Mazeaud et al, concernant le droit de superficie, se fonde sur une posture théorique renvoyant à une propriété idéale, en tous points conforme à la vision classique de la propriété.

Dans ce schéma, la propriété possède un objet qui ne peut être qu'un corps, un corps qui se distingue d'un droit qui lui, est toujours incorporel⁹⁰⁰. Toujours avec le même classicisme, la limitation des droits réels s'explique par la liberté dont jouissent les individus les uns vis-à-vis des autres, c'est-à-dire l'exclusion de l'esclavage. Les relations hommes, choses⁹⁰¹ suivent, elles, une logique différente. Dans cette seconde hypothèse, il revient à la loi de définir le cadre organisationnel. Ce cadre, soit le code, fixe les catégories de relations et les hiérarchise en faisant de la propriété le plus complet des droits. Ce principe, soit le *numerus clausus*, est susceptible d'évolution seulement si une loi spéciale vient créer une nouvelle catégorie, un nouveau droit réel⁹⁰². Toujours selon cette même vision, le droit de propriété

⁸⁹⁸ H.-L. et J. Mazeaud, F. Chabas et F. Giantivi, *Leçons de droit civil*. t. 2, 2e vol. Biens: droit de propriété et ses démembrements, 8e éd. 1994, §1303 p. 15.

⁸⁹⁹ Voir par exemple sur la propriété foncière, R. Savatier, «Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui» 2e éd. Paris Dalloz 1964, §228 p. 274.

⁹⁰⁰ H.-L. et J. Mazeaud, F. Chabas et F. Giantivi, « *Leçons de droit civil* », t. 2, 2e vol. « Biens: droit de propriété et ses démembrements », 8e éd. 1994, §1289 p.6 : « Il est donc inexact de diviser les droits en corporels et incorporels, a moins d'entendre par là que certains droits ont un objet matériel et d'autres un objet immatériel... On prétend marquer par là que le droit de propriété, à la différence des autres droits réels, est un droit qui confère à son titulaire tous les pouvoirs sur la chose, un droit plein, tellement qu'il se confond avec la chose elle-même, et devient ainsi corporel. Mais c'est là mal s'exprimer : si complet que soit un droit portant sur une chose, il demeure distinct de cette chose qui n'en est que l'objet. ».

⁹⁰¹ H.-L. et J. Mazeaud, F. Chabas et F. Giantivi, « *Leçons de droit civil* », t. 2, 2e vol. « Biens: droit de propriété et ses démembrements », 8e éd. 1994, §1287 p. 4.

⁹⁰² H.-L. et J. Mazeaud, F. Chabas et F. Giantivi, « *Leçons de droit civil* », t. 2, 2e vol. « Biens: droit de propriété et ses démembrements », 8e éd. 1994, §1287 p. 5.

puise sa source dans le travail et plus précisément dans la juste rétribution de l'effort, condition de la prospérité de l'individu et du groupe⁹⁰³. Par son travail, l'homme accède à la propriété. Ce phénomène engendrant l'appropriation de la chose par l'homme s'accomplit par l'entremise d'un véhicule, la possession ou le fait d'user de la chose, qui dans son état final donne lieu à la prescription. Cette possession, origine de la propriété, suppose le pouvoir complet de l'homme sur la chose. Par complet, il faut entendre un pouvoir qui se suffit à lui-même. L'accès à la propriété de l'individu repose exclusivement sur l'individu. En conséquence, le rôle imparti à l'État est réduit au minimum, puisque l'homme a accès aux choses sans aide extérieure.

Sur la base de ce modèle, qui n'est autre que la propriété travail de Locke associée à un État minimaliste (cf. supra §118 et s.), H.-L. et J. Mazeaud et al concluent classiquement à la corporalité de la chose objet du droit de propriété, permettant une combinaison directe homme, chose. Les auteurs indiquent : « Le droit de propriété impliquant un pouvoir sur une chose, son objet est nécessairement une chose, c'est-à-dire un objet corporel matériel. », et rajoutent : « le droit de propriété portant sur une chose, cette chose doit exister : on ne peut pas être propriétaire d'une chose future, mais seulement créancier du transfert du droit de propriété sur la chose quand elle existera. »⁹⁰⁴. Par opposition, concernant le droit de superficie, ces auteurs considèrent qu'« un espace abstrait n'a pas d'objet matériel ». Avant construction, le volume est perçu comme immatériel ; tant que les constructions ne sont pas édifiées, « le droit n'a pas d'objet »⁹⁰⁵.

En toute bonne logique, si le droit de superficie est un droit, essentiellement un droit de construire, alors il n'est pas un droit de propriété dont l'objet est un corps. Il n'est non plus un droit réel, nécessitant également un corps, mais un droit personnel. Toujours suivant ce raisonnement, les auteurs analysent, par contre, les constructions réalisées par le superficiaire comme des corps. C'est pourquoi après construction, le droit de superficie disposant alors d'un corps devient sujet à l'appropriation individuelle, et cela dans toutes ses dimensions, ce qui inclut bien entendu l'usucapion⁹⁰⁶.

Décomposer le raisonnement revient à dire qu'avant construction, le superficiaire ne dispose que de l'engagement du propriétaire du sol de le laisser construire, d'un droit de construire. Ce droit étant incorporel, il ne peut être approprié ; en effet, à ce stade, le superficiaire ne

⁹⁰³ H.-L. et J. Mazeaud, F. Chabas et F. Giantivi, « Leçons de droit civil », t. 2, 2e vol. « Biens: droit de propriété et ses démembrements », 8e éd. 1994, §1304 p. 17.

⁹⁰⁴ H.-L. et J. Mazeaud, F. Chabas et F. Giantivi, « Leçons de droit civil », t. 2, 2e vol. « Biens: droit de propriété et ses démembrements », 8e éd. 1994, §1351 p. 117.

⁹⁰⁵ H. Mazeaud, « Consultation 1951 à Me Thiberge et consultation 1954 à Me Thiberge ; C. Thiberge, « Statut des immeubles en copropriété », Congrès des notaires, Bordeaux p.21, références citées par P. Besombes-Singla, « Droit de superficie et constructions en volumes », in pratiques et évaluations de la copropriété, congrès des notaires 1976, p.610, références note bas de page 189.

peut exercer son pouvoir sur une chose, mais seulement un droit vis-à-vis d'une autre personne. En revanche, une fois réalisée la construction, elle offre le réceptacle nécessaire aux prérogatives accordées par la propriété.

Cette thèse est en théorie très cohérente, en organisant un clivage strict entre ce qui relève de la propriété –le corps, et ce qui en est exclu – l'incorporel. Elle fonctionne parfaitement en se plaçant dans une logique déductive (application du général au particulier). Inversement, lorsque l'on part du particulier, c'est-à-dire pour ce qui nous préoccupe de la chose superficielle, la thèse personnaliste est quasi réduite à néant. Le droit de superficie, étant un droit protéique entre corporel et incorporel, il va se jouer de la rigidité de cette théorie.

§ 2 Une thèse dogmatique inapte à rendre compte de l'évolution de la propriété foncière

(355.) De nombreuses critiques ont été adressées à la thèse personnaliste, signant progressivement sa mise à l'écart, devenue aujourd'hui, semble-t-il, définitive. Avant de développer ces critiques, il est possible de les résumer d'une phrase, en revenant sur ce qui est à la base de la théorie du doyen Savatier : la superficie est devenue un corps certain, un objet appropriable⁹⁰⁷, un volume immobilier, dont le principe d'un droit personnel ne peut rendre compte.

Cette mutation n'a pas été le fruit de la volonté d'un ou même de plusieurs juristes, mais d'un processus bien plus complexe produit par le corps social dans son ensemble, que le droit a seulement accompagné. L'appropriation volumique en raison de sa persistance et de sa durabilité, ne pouvait être ignorée par le droit. Ainsi, en dépit d'une rhétorique de qualité, la thèse personnaliste ne pouvait qu'échouer.

Pour le vérifier, il faut revenir sur le raisonnement de H.-L. et J. Mazeaud et al en soulignant ses déficiences, dès lors que le volume est perçu comme une division verticale du sol (A). Cette comparaison aura notamment pour intérêt de mettre en lumière la cause des multiples points de blocage qu'entraînerait, en pratique, la thèse personnaliste (B).

⁹⁰⁶ H.-L. et J. Mazeaud, F. Chabas et F. Giantivi, « Leçons de droit civil », t. 2, 2e vol. « Biens: droit de propriété et ses démembrements », 8e éd. 1994, §1361 p.122 : « Le droit de superficie est soumis à toutes les règles de la propriété. Il peut être acquis par usucapion ».

⁹⁰⁷ Voir par exemple, sur la transformation du volume, R. Savatier, « La propriété de l'espace » : D. 1965, chron. p. 218.

A. La thèse personaliste : une théorie déficiente

(356.) Par elle-même, la thèse du droit de superficie, droit personnel, fait apparaître des limites importantes (1). Au-delà de ses limites intrinsèques, le grand défaut de cette thèse réside dans la radicalité avec laquelle elle exclut toute idée d'une relation entre un sujet de droit et une chose en matière de superficie (2).

1. Les limites intrinsèques de la thèse personaliste

(357.) En prônant l'application d'une catégorisation classique voire rigide au droit de superficie, la thèse personaliste ne parvient pas à répondre au défi que pose la nature de ce droit, sans réussir non plus à « préserver » la propriété. Pire, elle bouleverse la logique du *numerus clausus* en induisant une propriété d'un nouveau type (a), et accentue la dimension personaliste de la propriété (b).

a. La thèse personaliste bouleverse le *numerus clausus* classique

(358) L'analyse de la nature du droit de superficie par la thèse personaliste comporte un biais. L'erreur tient à l'application du principe selon lequel l'objet de la propriété est un corps en scindant le processus superficiaire en deux phases distinctes, avant et après construction.

En procédant de la sorte, la thèse personaliste, comme la théorie dualiste, semble résoudre la problématique du *numerus clausus*, mais la solution n'est qu'apparente. Énoncer que les droits réels sont ceux visés par le code à l'article 543⁹⁰⁸, au premier rang desquels se trouve la propriété, et à titre incident les droits spéciaux créés par la loi, conformément à la thèse dite limitative du *numerus clausus*, ne répond pas au cas du droit de superficie. Bien sûr, une analyse isolant les séquences peut paraître à première vue satisfaisante. En disant, le superficiaire avant construction n'est titulaire que d'un droit de construire, soit une créance sur le propriétaire du sol ; et le superficiaire après construction détient un droit de propriété sur les édifices, tout semble parfait. Dans la première séquence, le droit n'est pas un droit réel ; dans la seconde, le droit est un droit de propriété, ce qui signifie qu'à aucun moment la question du *numerus clausus* ne s'est posée.

⁹⁰⁸ Art. 543 Code civil : « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre. ».

Pour autant, ce raisonnement est critiquable. Le séquençement, qui en est à la base, est purement artificiel. L'analyse ne porte pas sur, d'un côté un droit de construire, et de l'autre la détention d'une construction, mais une opération globale, formée de deux mouvements indissociables. L'opération superficière contient dès l'origine la prérogative de construire un espace, prérogative destinée à être mise en œuvre, en formant sur le principe un tout. Cette unité n'est pas exclusive d'éventuelles dissociations, mais seulement à titre subsidiaire. Le droit de superficie s'entend en incluant l'ensemble des deux séquences. Accepter le raisonnement de la thèse personnaliste, conduit à percevoir le droit de superficie comme un droit composé, avec un droit de propriété sur les constructions et un droit de créance vis-à-vis du propriétaire du sol. Cette conclusion est imparable, sauf à cantonner le droit de superficie à un droit de construire jamais mis en œuvre, ce qui relève de l'ineptie. En effet, dès que ce droit donne lieu à une construction, on entre dans la phase de propriété ; cependant, ce droit ne porte que sur la construction, et il ne se suffit pas à lui-même.

Reconnaître un droit de propriété sur les constructions ne nous dit rien sur la relation avec le sol, qui demeure nécessaire, réintroduisant l'idée d'unité de l'opération superficière. Ainsi, la thèse personnaliste ne serait qu'une variante de la thèse dualiste, pour laquelle le droit de superficie comprend un droit de propriété sur les constructions et un droit réel sur le sol. Qualifier ce second droit de droit personnel n'a pas d'incidence sur le schéma dual de l'ensemble. Sur la base de ce constat, la thèse personnaliste encourt la même critique de fond que la thèse dualiste, la propriété qui serait reconnue au superficière diffère de la propriété du code de l'article 544 (cf. infra §472 et s.). La différence réside dans la présence à la base de la propriété superficière d'un droit sur le sol, contraignant le droit de propriété sur les superficies. Pour la thèse personnaliste, ce droit serait un droit personnel impliquant un niveau de contrainte supérieur au schéma de la thèse dualiste.

La propriété superficière de la thèse personnaliste se distingue notablement de la propriété du code, le retour au schéma classique du *numerus clausus* de cette thèse n'est qu'apparent. La proposition ne revient pas à introduire un droit réel supplémentaire, puisqu'elle repose sur un droit personnel et un droit de propriété. Seulement, ces deux éléments n'en forment qu'un seul, la modification se produit au sein de la catégorie droit de propriété. Bien sûr, la problématique du *numerus clausus* n'est qu'incidente, mais n'en est pas moins révélatrice.

Plus essentiel encore, la thèse personnaliste sans apporter une réponse satisfaisante à la nature du droit de superficie, accentue la dimension personnelle de l'institution ce qui rejaillit sur la nature de la propriété.

b. La thèse personnaliste souligne la dimension personnelle de la propriété

(359.) En affirmant que le droit de superficie avant construction est un droit personnel H.-L. et J. Mazeaud rendent impossible une analyse concluant à la propriété superficière. Ces auteurs sacralisent la propriété tout en déstabilisant la classification opérée entre droit personnel et droit réel.

La qualification du droit de superficie en un droit personnel est irrémédiable, fermant définitivement la porte à la propriété. C'est exactement le constat de T. Lamarche dans son article sur l'accession différée⁹⁰⁹. Ce dernier d'ailleurs, sans prôner la thèse personnaliste s'en accommode parfaitement⁹¹⁰. Ce rapprochement peut sembler étrange. H.-L. et J. Mazeaud s'efforcent de maintenir intacts les grands principes du code dont la classification droit personnel, droit réel, alors de T. Lamarche cherche à la contourner. Dans le même temps, celui-ci part d'un postulat proche des personnalistes, à savoir la possibilité d'établir un droit de superficie sur la base d'un contrat de location. L'hypothèse n'est pas contestable puisque la jurisprudence a non seulement accordé à un locataire⁹¹¹ le statut de superficière, mais aussi à un simple usager⁹¹².

Sur cette base, T. Lamarche va chercher à établir comment revenir depuis une relation personnelle organisée par un bail à un droit réel, suivant en cela l'analyse unanime de la doctrine, au moins après construction. Après avoir passé en revue les différentes théories envisageables, l'auteur reconnaît ne pas pouvoir y parvenir sans bouleverser le système de classification du droit des biens⁹¹³. Pour sortir du dilemme, T. Lamarche propose une voie ingénieuse au terme de laquelle il conserve la *summa divisio* droit personnel, droit réel, tout en dédoublant chaque catégorie d'une sous-catégorie nature du droit et effets du droit⁹¹⁴. Les effets du droit pouvant déroger à sa nature, un bail analysé selon sa nature en un droit personnel, peut par exemple produire des effets qui eux seraient réels. Au schéma classique droit personnel et droit réel dont la nature du droit conditionne celle de ses effets, un second

⁹⁰⁹ T. Lamarche, « L'accession différée : une nouvelle approche des grandes classifications », RTD Civ. 2006 p. 1.

⁹¹⁰ T. Lamarche, « L'accession différée : une nouvelle approche des grandes classifications », RTD Civ. 2006 §43.

⁹¹¹ Par exemple, Cass. civ. 3^e, 4 octobre 1972, Bull. civ. 1972, III, n° 493. Droit de superficie reconnu à un locataire soumis au régime de la loi de 1948 concernant les améliorations qu'il a apportées à son logement.

⁹¹² W. Dross, « Le mécanisme de l'accession, Éléments pour une théorie de la revendication en valeur », Université Nancy II, 2000, §158 p.159 et également F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §86 p. 103.

⁹¹³ T. Lamarche, « L'accession différée : une nouvelle approche des grandes classifications », RTD Civ. 2006, §33.

⁹¹⁴ T. Lamarche, « L'accession différée : une nouvelle approche des grandes classifications », RTD Civ. 2006, §41 et s.

Par exemple §43 : « Aujourd'hui, la position de la France, qui lui reconnaît la nature d'un droit de propriété, reste isolée. Certains droits étrangers le considèrent comme un droit réel restreint, un droit réel sui generis ou encore, ainsi que le droit suisse, comme une forme particulière de servitude. Même s'il est vrai que le contenu du droit de superficie a évolué et n'est plus aujourd'hui tout à fait le même qu'en Droit romain, voire que sous l'Ancien Droit, les tribulations de ce droit subjectif à travers notre espace juridique, nous montrent que l'histoire s'accomode sans grande difficulté d'une perception assouplie des catégories juridiques. ».

schéma vient en complément. Dans ce second schéma, l'auteur accepte des droits dont nature et effets ne sont pas corrélés.

Concernant plus précisément le droit de superficie, partant du constat selon lequel, la tendance naturelle du droit de superficie a été de passer au gré de l'histoire de la catégorie réelle à la catégorie personnelle, T. Lamarche considère qu'il s'agit d'un droit réel *sui generis*, en référence à des législations étrangères. Cette qualification facilite évidemment la réception du décroisement entre nature du droit et effets, rien ne s'opposant à ce que le bail, droit personnel produise alors des effets réels. Sur le fond, cette superficie *sui generis* renvoie aux critiques de la thèse dualiste (cf. infra §472 et s.). Elle montre également la dimension perturbatrice de l'axe choisi par la thèse personnaliste qui, sous prétexte d'une vision classique de la propriété, déstabilise l'un de ses fondements, à savoir, la distinction relation personnelle, relation réelle.

Avant de conclure sur ce point, il convient de mentionner une autre incohérence de la thèse personnaliste, qui surgit à la lecture de l'article de T. Lamarche. Ce dernier saisit la contradiction que présente le droit de superficie issu d'un bail, pour revenir sur la classification des droits et la nature du droit de superficie. Dans ce schéma, la proposition de H.-L. et J. Mazeaud est parfaite, et l'on pourrait en conclure que l'une de ses qualités serait de répondre à la problématique de la dualité du droit de superficie. Il n'en est rien. Lorsque le bail est personnel, l'hypothèse de T. Lamarche, nature du droit de superficie et nature du bail s'articule parfaitement. En revanche, face à un bail, droit réel, telle l'emphytéose ou le bail à construction, le raisonnement est plus délicat⁹¹⁵. Le droit de superficie seul, avant la phase construction, s'analyserait en un droit personnel, alors qu'en présence d'un droit de superficie consenti au travers d'un bail long terme, il s'agirait d'un droit personnel. Or, dans la première situation, les prérogatives du superficiaire peuvent, en particulier au regard de la durée, être bien plus étendues que dans la seconde.

Ainsi, nonobstant, en l'occurrence l'un des attributs de la propriété, à savoir la perpétuité, le droit de superficie sera qualifié de droit personnel. La réalité de la superficie est ici sans effet, et c'est là l'inconvénient majeur de la thèse personnaliste.

2. Une thèse niant par principe l'existence du sol en volume

(360.) La théorie personnaliste n'est pas en mesure de rendre compte des prérogatives dont dispose le superficiaire et ceci, à dessein.

⁹¹⁵ P. Wallet et P. Chambelland « La construction en volumes », Paris, Ed. Masson, 1989, §75 p.40 ; voir également P. Besombes-Singla, « Droit de superficie et constructions en volumes », in pratiques et évaluations de la copropriété, congrès des notaires 1976, p.612, 613 pour qui les tenants de la thèse personnaliste reconnaîtraient eux-mêmes ce problème.

H.-L. et J. Mazeaud voient dans le droit de superficie une forme de collectivisation de la propriété. Cet effet attaché à la superficie trouverait sa source dans le partage d'une chose, à l'origine réservée exclusivement à un seul. Néanmoins, à bien y regarder, parallèlement à cet aspect, un autre élément, peut-être plus perturbant, est visé. L'avènement de la superficie moderne, le volume, coïncide avec une transformation sociale de première importance pour la propriété du code. En matière de développement urbain, le propriétaire foncier est moins perçu comme un acteur que comme un gêneur. L'acteur, c'est le constructeur comme le dit un auteur : « Le maître du sol, c'est celui qui construit. Heureux les constructeurs, ils sont les maîtres... ! »⁹¹⁶.

En qualifiant le droit du superficiaire de droit personnel, le nouveau maître est mis dans une posture pour le moins en décalage avec ce phénomène, cela d'autant que le propriétaire foncier demeure titulaire du droit le plus complet. L'analyse juridique renforce l'incohérence entre un superficiaire titulaire d'un simple droit personnel et le droit de propriété du propriétaire foncier. Quelle que soit la nature retenue pour le droit de superficie, il est constitué par le droit de construire, ce qui représente, sinon la totalité, tout au moins une partie non négligeable des utilités de la chose⁹¹⁷. Si l'on ajoute à cela qu'il peut être consenti à perpétuité, l'emprise du superficiaire sur la chose est évidente et s'accorde assez mal avec un droit personnel, y compris avant la construction. Le rapport institué entre le superficiaire et sa chose est synonyme d'une proximité empreinte de réalisme, accentuée par la mise en retrait du propriétaire foncier, dans l'hypothèse où celui-ci ne dispose plus d'aucun droit de construire.

Cette incohérence est quasi insoluble dans la vision de la thèse personnaliste, car celle-ci s'étant placée en situation défensive, toute tentative visant à reconnaître les prérogatives du superficiaire sera vécue comme un appauvrissement.

(361.) En parallèle, le choix d'un droit de superficie se cantonnant à un démembrement du droit de propriété fondé sur l'article 553 du Code civil, repris par H.-L. et J. Mazeaud⁹¹⁸, accentue le déni du penchant réaliste, naturel de la superficie.

En limitant l'analyse du droit de superficie au démembrement du droit de propriété, superficie et sol sont en situation de concurrence : ce qui profite à l'un échappe à l'autre, en

⁹¹⁶ C. Saint-Halary-Houin, Travaux de l'association H. Capitant, t. XLI, 1990, p. 505, cité par T. Lamarche, « L'accession différée : une nouvelle approche des grandes classifications », RTD Civ. 2006 §46.

⁹¹⁷ Voir par exemple C. Goyet, « Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire », LGDJ, 1983, §272 p. 148.

⁹¹⁸ H.-L. et J. Mazeaud, F. Chabas et F. Giantivi, Leçons de droit civil. t. 2, 2e vol. Biens: droit de propriété et ses démembrements, 8e éd. 1994, §1361 p.122 « Cette possibilité (la propriété superficiaire) est implicitement reconnue dans l'article 553 du C. civ., qui ne rattache pas nécessairement la propriété des constructions et des plantations à celle du sol. ».

négligeant totalement une analyse d'ensemble. Or, le propre du développement vertical du sol est d'offrir un gain qui apparaît seulement au travers d'une approche globale.

La mine en est l'exemple type. Le propriétaire d'un champ ou d'un immeuble disposera d'un fonds ne présentant aucune contrainte matérielle liée à la présence d'une éventuelle mine située dans son sous-sol avant l'exploitation de ladite mine, puisque cette dernière n'existe pas. Inversement, après l'ouverture de la mine, ce même propriétaire pourra être empêché d'établir une cave ou une carrière dans son sous-sol potentiellement préjudiciable à la mine, en perçant son toit par exemple. Son droit de propriété se doit alors de tenir compte de l'existence de la mine. S'arrêter à ce stade, offre comme seule perspective celle d'un propriétaire qui a vu ses prérogatives s'amoindrir. Toutefois, en se plaçant dans la perspective de la mine, il est possible de conclure à l'inverse, soit parce que ce propriétaire exploitera lui-même les richesses de son sous-sol, sous réserve que cela soit possible, soit parce qu'il en profitera indirectement. D'autre part, dans une vision d'ensemble, la mise en valeur de la mine se traduit par un accroissement de la richesse totale, résultant du cumul de l'usage de la surface et du sous-sol, quand bien même la surface aura à supporter des contraintes nouvelles. Les utilités du fonds de terre, dans l'absolu, sont restées identiques avant et après. Néanmoins, pour le corps social, la valorisation du fonds de terre s'est accrue en raison de l'exploitation de la mine.

Un droit de superficie fondé exclusivement sur l'article 553 se limite à l'aspect prérogatives du propriétaire foncier de l'équation, en dehors des effets de la valorisation d'ensemble qui en résultent. Le détenteur du sol est titulaire du droit le plus complet, qu'il peut démembrement sous certaines conditions, en prenant garde toutefois de conserver des prérogatives suffisantes, corollaires de son statut dominant. Le transfert, dont il est question, s'effectue en vase clos soulignant le nécessaire rapport de force entre superficie et sol, tout ce qui est pris à l'un échappe à l'autre, avec comme repère la ligne de flottaison pouvant à tout moment faire basculer les équilibres.

Le raisonnement du doyen Savatier diffère singulièrement de cette approche. L'auteur met l'accent sur l'objet du droit de superficie, le volume, en se fondant sur l'article 552 (cf. infra §624 et s.). De la sorte, cet auteur dégage un support sur lequel va s'agréger la valeur nouvelle portée par la superficie. Cette approche, non seulement rend compte du sens vertical du développement du fonds, mais souligne le fait que cette organisation est la source de la valorisation. Il n'y a pas soustraction de prérogatives, mais addition d'un objet de propriété. À nouveau, l'exemple de la mine en atteste. À la différence de la loi de 1791, celle de 1810 rompt avec un développement horizontal du sol au profit d'une organisation verticale. Cette rupture libère la mise en valeur du dessous, dessous qui peut exister en tant que tel, et plus uniquement comme accessoire du sol (cf. supra §190 et s.). Ce processus est non seulement absent de la thèse personnaliste, et même impossible. L'individualisation du

volume et quasi annihilé à l'origine, puisque le superficiaire ne dispose que d'un droit personnel et, lorsque le processus de réification ne peut plus être ignoré, après construction, la chose objet du droit de superficie se cantonne au statut d'accessoire du sol.

Dans ces conditions, le volume ne peut devenir un corps certain, contrairement à la proposition du doyen Savatier, dont l'objectif était d'accompagner l'émancipation du sol vertical, fruit de l'urbanisation. Cette faiblesse de la théorie personnaliste, qui par la dogmatique juridique a tenté de freiner ou relativiser le mouvement d'autonomisation de la superficie, est bien source de blocages dès que l'on se place dans une dimension pratique.

B. La thèse personnaliste : « une application difficile »⁹¹⁹

(362.) Le refus de la thèse personnaliste de voir le volume comme une chose s'articule difficilement avec la pratique qui, elle, perçoit le volume comme une entité comparable au sol. Certaines de ces difficultés ont une portée générale (1), d'autres concernent des aspects particuliers (2).

1. La problématique du passage de l'incorporel ou corporel

(363.) Pour H.-L. et J. Mazeaud, le volume avant construction est une abstraction qui n'existe pas, seule la construction est tangible. Ce postulat radical comporte une difficulté de taille, à savoir comment s'opère la transition entre les deux phases, entre le rien et le tout, ce qui n'est pas sans rappeler la position kantienne de F. Laupies (cf. supra §45 et s.). Prises isolément, les deux affirmations personnalistes sont forcément intelligibles, ce qui existe, existe, et ce qui n'existe pas, n'existe pas ; sauf que, comme nous l'avons vu, le droit de superficie est constitué de ces deux phases prises ensemble. Une question surgit aussitôt, celle de savoir comment telle chose qui n'existe pas se met à exister ou, comment passe-t-on d'un objet incorporel à un corps ?

Pour répondre à cette question, dans un souci de clarté, une nouvelle subdivision sera nécessaire. Elle distingue les difficultés tenant à la nature du volume personnaliste (a) et à son régime (b).

⁹¹⁹ L'expression est empruntée à l'ouvrage de Mrs Wallet et Chambelland qui dressent une liste exhaustive des critiques adressées à la thèse personnaliste dont s'inspire largement le présent paragraphe, P. Wallet et P. Chambelland, « La construction en volumes », Paris, Ed. Masson, 1989, §67 p. 38 : « La thèse nominaliste s'avère d'une application difficile ».

a. La nature duale du volume personnaliste : frein à sa mise en œuvre

(364.) Dans la vision de H.-L. et J. Mazeaud, le fonds de terre est un corps dont la propriété appartient à un sujet disposant de toutes les utilités de la chose, incluant le droit de construire, incorporel par nature. Le superficiaire, lui, est seulement propriétaire des constructions, sans que cela nous renseigne sur comment, à partir d'une chose incorporelle arrive une chose corporelle. L'esprit ne pouvant pas produire de la matière, il convient d'observer plus simplement le processus conduisant à la formation du corps soit, dit plus simplement, la construction de l'immeuble.

À partir de son droit de construire, le superficiaire assemble des matériaux, des meubles corporels, qui deviennent immeubles par le jeu de l'incorporation. Le droit de construire s'apparente donc à un droit d'incorporer des matériaux au sol, les faisant passer de l'état de meuble à celui d'immeuble. Dans ce schéma, se trouve un sujet cédant une prérogative qu'il détient, à un second sujet qui pourra la mettre en œuvre. Concernant les biens, celui du premier sujet, le sol, est un immeuble qui va recevoir les biens meubles du second sujet, l'opération de réception valant immobilisation. Ainsi a-t-on, par la mise en œuvre du droit, deux sujets et deux biens en l'occurrence tous deux corporels et immeubles. En détaillant cette séquence, apparaît, le lien entre le volume non construit et le volume construit, qui n'est rien d'autre que l'illustration du caractère dual du volume vu par la thèse personnaliste ; le droit de construire, droit personnel, offre au superficiaire le pouvoir de créer un bien corporel et immeuble. Il sera nécessaire de revenir sur ce caractère (cf. infra 472 et s.), mais dans l'immédiat notons que la thèse personnaliste passe sous silence la dualité du droit de superficie.

Les deux séquences, avant et après construction, présentées indépendamment l'une de l'autre empêchent de comprendre le continuum comme la relation de cause à effet entre droit de construire et construction. Ce faisant, la thèse personnaliste ignore l'entité du volume correspondant à la combinaison des deux, et la force de la relation engendrée par l'immeuble corporel, relation née de la construction. La nature seulement obligationnelle du volume avant construction, s'avère incapable d'appréhender cet ensemble, comme en témoigne la mise en œuvre de l'institution superficie, synthèse entre le pouvoir de construire et le résultat de ce pouvoir.

b. Une mise en œuvre incohérente avant comme après la construction

(365.) Dès avant la construction, le volume induit une forme de relation avec la chose dont il est l'objet. Pour son financement, le superficiaire, même à l'exclusion des travaux, pourra

avoir besoin de recourir à l'emprunt, dont le montant significatif posera la question de la garantie. Ce financement visera alors l'opération dans son ensemble droit de construire et construction, suggérant une garantie réelle, comme d'ailleurs l'envisage la loi à l'article 2420- 3° du Code civil⁹²⁰ (ancien article 2133)⁹²¹. Ainsi, lors de son lancement le financement doté d'une garantie réelle sera assis sur un droit personnel.

De la même façon, le volume - immeuble développé verticalement, suppose l'établissement d'un réseau de servitudes, qui plus est, quand plusieurs volumes sont superposés ou imbriqués les uns dans les autres. Ces servitudes deviendront effectives seulement au moment de la construction des bâtiments, tout en devant être définies lors de la phase de conception ce qui, en présence d'un volume droit personnel, n'est pas sans soulever des difficultés⁹²².

Une fois la construction achevée, le droit du superficiaire devient réel, sans pour autant écarter toutes les interrogations. Il y a d'abord la détermination de l'événement constitutif de l'acte de construire, qui soulignons-le, aura pour effet de faire naître le droit de propriété du superficiaire. S'agit-il d'un acte matériel, premier coup de pioche, ou la première brique posée d'un acte juridique comme l'autorisation de construire⁹²³ ? Difficile de se prononcer.

Pareillement, la destruction partielle ou totale, faisant disparaître le droit de propriété sera sujette à débat. La dimension temporelle du droit personnel susceptible de disparaître avec la destruction de l'immeuble, renforce cette interrogation⁹²⁴.

2. *La difficile articulation entre la thèse personnaliste et les législations spéciales*

(366.) La négation du caractère réel du volume avant construction rencontre également des difficultés avec nombre de réglementations qui, elles assimilent, sans distinguer avant et après la construction, le volume à un immeuble corporel comme le relèvent P. Wallet et P. Chambelland.

⁹²⁰ Art. 2420- 3° Code civil : « Celui qui possède un droit actuel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui peut hypothéquer les bâtiments dont la construction est commencée ou simplement projetée ; en cas de destruction de ceux-ci, l'hypothèque est reportée de plein droit sur les nouvelles constructions édifiées au même emplacement. ».

⁹²¹ Voir sur la question du Privilège de Prêteur de Deniers (PPD), P. Besombes-Singla, « Droit de superficie et constructions en volumes », in pratiques et évaluations de la copropriété, congrès des notaires 1976, p. 612.

⁹²² P. Besombes-Singla, « Droit de superficie et constructions en volumes », in pratiques et évaluations de la copropriété, congrès des notaires 1976, p. 615 ; P. Wallet et P. Chambelland, « La construction en volumes », Paris, Ed. Masson, 1989, §69 p.38 et §76 p. 41.

⁹²³ P. Besombes-Singla, « Droit de superficie et constructions en volumes », in pratiques et évaluations de la copropriété, congrès des notaires 1976, p. 615. L'auteur s'interroge par analogie sur le droit de superficie portant sur des plantations pour savoir s'il ne faudrait pas retenir le droit de propriété à l'apparition des premières herbes.

⁹²⁴ P. Wallet et P. Chambelland, « La construction en volumes », Paris, Ed. Masson, 1989, §70 p. 38.

Les auteurs citent le régime des ventes d'immeubles à construire, les assurances construction, la protection du consommateur contre les clauses abusives, le crédit-bail immobilier ou encore les obligations relatives à la sécurité des chantiers.

Ces législations n'ont pas vocation à se prononcer directement sur le droit de superficie. Elles attestent plus modestement d'une propension à percevoir la superficie comme un bien tangible formant un tout. Or, la thèse personnaliste arc-boutée sur la vision d'une propriété corporelle exclusive et pure, s'oppose à cette idée.

Les difficultés qu'entretient la thèse personnaliste avec les législations particulières visant à promouvoir le développement d'une propriété superficielle, en écho à l'évolution du corps social, ne sont que le reflet de la volonté de cette théorie visant à maintenir un concept de propriété classique. Le droit de superficie dans son principe, ou repris en substance concernant des dispositifs spécifiques est jugé contraire à la propriété, et doit être écarté.

Conclusion Chapitre I : La thèse personnaliste

(367.) En se focalisant sur la différence entre le volume avant et après construction, la thèse personnaliste limite l'analyse de l'immeuble par nature à la matière, suivant en cela l'analyse de Gaius, par laquelle la chose corporelle était celle que l'on peut toucher⁹²⁵, analyse aujourd'hui dépassée (cf. supra §45 et s.). En toute rationalité, sur la base d'une propriété corporelle classique, les auteurs attachés à ce courant tentent de s'opposer à la superficie sans succès. La cohérence et la perfection d'apparence de cette thèse se heurtent inévitablement au bien volume, qui ne peut être réduit à une obligation entre un débiteur et un créancier. La théorie de H.-L. et J. Mazeaud, par exemple, ne parvient pas à mettre en échec la relation directe que noue le superficiaire avec sa chose. Son objectif final, qui est la volonté de préserver l'institution propriété, demeure sans incidence, presque hors sujet.

La thèse du droit de superficie, droit réel, partage cet objectif d'exclure la superficie du champ de la propriété. De façon identique, la corporalité du sol ou de l'immeuble sera au centre de l'argumentaire, tout en étant accompagné par un second argument, le concept de l'unité du sol.

Dans ce cadre nouveau, le propos ne sera plus de nier le réalisme de la relation organisée par le droit de superficie, accordant par principe un droit réel au superficiaire. Toutefois, ce droit sera maintenu dans une situation d'infériorité, vis-à-vis du droit de propriété, puisque l'objet de ce droit indivisible par sa nature, interdira mécaniquement la reproduction du schéma binaire de la propriété civiliste : un droit, un objet.

⁹²⁵ J. Gaudemet, « Droit privé romain », 2e éd., Paris, 2000, §73 p. 353 : « Les choses corporelles sont celles que l'on peut toucher, comme un fonds de terre, un esclave, un vêtement, de l'or, de l'argent et d'innombrables autres choses. ».

Chapitre II : La thèse du droit réel « classique »

(368.) La théorie « classique » du droit de superficie droit réel n'a jamais donné lieu à un courant doctrinal à proprement parler.

Cette absence rend difficile un exposé ayant une vocation analytique. Des auteurs se sont prononcés en faveur de cette thèse, mais de façon clairsemée, souvent d'ailleurs indirectement. Il est donc difficile d'isoler une dynamique d'ensemble et structurée. De la même façon, la jurisprudence, sans être absente de ce courant ne l'a jamais rejoint et, les décisions les plus tranchées évoquent le droit de superficie droit réel pour réfuter cette qualification au profit de la propriété superficière.

Ce qui est frappant, c'est qu'il s'agit là véritablement d'une spécificité française puisqu'à l'étranger, le choix du droit de superficie droit réel représente une tendance puissante, et même majoritaire dans de nombreux pays. À l'évidence, cette caractéristique peut être mise en parallèle avec une certaine inclination en faveur de la propriété, sans que cela puisse établir une réelle explication.

Tenter de cerner cette tendance plus « scientifiquement », suppose d'abord de revenir sur les points de fragilité de la théorie du droit de superficie droit réel et en particulier, sur la question de savoir si le propriétaire peut ou non créer librement des droits réels (§1). Ensuite, seront exposées les positions doctrinales et jurisprudentielles se rapportant à cette problématique qui, en dépit d'un intérêt certain, ne se sont jamais imposées (§2). Le tour d'horizon du droit de superficie droit réel serait toutefois bien incomplet si le point de vue de F. Laurent n'était pas abordé. Intimement lié à la loi belge de 1824, sans équivalent en France, désignant le droit de superficie comme un droit réel, cette thèse dépasse allègrement ce contexte législatif. Elle constitue une introspection précieuse de notre sujet, même si étrangement l'auteur finit sa démonstration par une contradiction (§3).

§1 Une théorie fragilisée par la remise en cause du *numerus clausus*

(369.) Isoler une seule et unique cause du faible rayonnement du droit de superficie droit réel serait sans doute trop téméraire ; il semble plus sage d'évoquer un faisceau d'explications. La connexion avec le concept du *numerus clausus*, que cette théorie du droit de superficie droit réel suppose de dépasser, représente néanmoins un inconvénient majeur, en lien d'ailleurs avec la problématique de la propriété simultanée qui sera développée ultérieurement (A). La question du *numerus clausus* est d'autant plus perturbante que le droit de superficie aux contours, par nature difficilement saisissables, accentue l'incertitude inhérente à son éventuel dépassement (B).

A. Le *numerus clausus* un cadre sécurisant difficile à dépasser

(370.) Classiquement la *summa divisio* droit réel, droit personnel se conjugue avec une liberté de création des seconds et l'encadrement des premiers, via le concept de *numerus clausus* de l'article 543 du Code civil. Celui-ci établit une liste de droits réels invariables, sauf intervention du législateur, tout en réservant, en parallèle, une place prépondérante à la propriété.

La question de savoir s'il s'agit d'une liste ouverte ou fermée est presque aussi ancienne que le texte et se confond avec l'un des acquis de la Révolution, à savoir la libre circulation des biens. Cette libération, en particulier du sol, pourrait être remise en cause non seulement par le retour des droits féodaux ou l'attachement de charges personnelles à des biens⁹²⁶, mais aussi par la création sans limites de droits sur des biens synonyme de confusion⁹²⁷. Aujourd'hui, la doctrine est plutôt favorable à une vision ouverte et libérale de l'article 543⁹²⁸. Certains auteurs considèrent même, à la lumière de jurisprudences récentes que « La liberté de création des droits réels est (maintenant) consacrée »⁹²⁹. Traditionnellement, la position était plus conservatrice, fidèle aux rédacteurs du code pour qui l'article 543 : « trace

⁹²⁶ C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §426 p. 512.

⁹²⁷ C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §431 p. 515.

⁹²⁸ Voir par exemple W. Dross, J.-Cl. Civil, V° «Art. 543 », Fasc. unique Cote : 11,2010,§3. L'auteur faisant appel à la lettre du texte plaide pour une liste ouverte des droits réels tout en soulignant la division de la doctrine « Quant à sa lettre, l'article 543 du Code civil est incontestablement un texte ouvert à une interprétation extensive : il en aurait été autrement s'il avait été rédigé sous une forme négative : "on ne peut avoir sur les biens qu'un droit de propriété, etc.". Cela n'empêche pas la doctrine de demeurer très divisée sur cette question ».

⁹²⁹ H. Périnet-Marquet, « La liberté de création des droits réels est consacrée », Construction - Urbanisme n° 1, Janvier 2013.

à chacun les bornes dans lesquelles il doit se renfermer dans les stipulations qui concernent les biens »⁹³⁰.

Or, le droit de superficie dont le réalisme ne peut être nié, ne figure pas dans la liste de l'article 543, le plaçant mécaniquement au cœur du débat, et avec lui sa nature frondeuse. Susceptible d'une multitude de versions, le droit de superficie offre aussi la possibilité de créer une charge personnelle sur un fonds. Ce faisant, il incarne les craintes fondatrices du Code civil et au-delà, celles inhérentes à la période révolutionnaire.

Faire le choix du droit de superficie droit réel, c'est donc déverrouiller la liste de 543 par l'ajout d'un démembrement nouveau sans base légale et prendre position, de facto, contre le *numerus clausus* des droits réels, tout en ouvrant, au moins en théorie, la porte à la propriété féodale comme le souligne F. Dumont⁹³¹. L'auteur fait cette remarque à propos de la propriété superficielle *sui generis*, dont le concept vient, il est vrai, concurrencer la propriété classique, mais elle vaut également pour un simple droit réel. Le fait de retenir cette nature pour le droit de superficie entraîne plus de questions que de réponses. Supprimer ouvertement le verrou du *numerus clausus*, pose la question de sa substitution. Ouvre-t-on totalement la création de droits, au risque de tourner le dos à l'histoire? Si une nouvelle limite est définie, quelle est-elle? De plus, le rajout d'un droit réel, tel le droit de superficie, n'empêcherait pas de s'interroger sur les contours de ce nouveau démembrement.

Le courant doctrinal favorable à la théorie du droit réel sur la chose d'autrui auquel appartient F. Dumont, réussit lui à contourner en partie la difficulté du *numerus clausus* tout en laissant en suspens des questions de fond (cf. infra §410 et s.). La théorie « classique » du droit de superficie droit réel, elle, n'y parvint pas, en raison du profil instable du droit de superficie.

B. Le droit de superficie : un véhicule instable mal adapté au dépassement du *numerus clausus*

(371.) La difficulté d'un abandon du *numerus clausus* est liée à l'incertitude inhérente à la définition de la règle nouvelle, incertitude amplifiée par deux raisons propres au droit de superficie (1) (2).

⁹³⁰ Fenet travaux préparatoires T11 p. 74, cité par F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §357 p. 409.

1. *La dimension perturbatrice du droit de superficie vis-à-vis des autres droits réels*

(372.) La première incertitude vient du caractère protéiforme du droit de superficie, qui le rend apte à déstabiliser la propriété, mais pas seulement. Les autres droits réels sont également concernés.

La généalogie du droit de superficie remonte au droit romain et se prolonge dans l'ancien droit sous des formes diverses, qui ont évolué au fil du temps (cf. supra §23 et s.). Cette histoire fait que ce droit se rapproche par certains aspects de l'usufruit, des servitudes et du droit d'usage et la liste pourrait s'allonger, en intégrant y compris le statut de l'indivision⁹³². Les auteurs, anciens⁹³³ et actuels⁹³⁴, ont toujours pris soin de souligner la singularité du droit de superficie, mais des similarités demeurent. Pour preuve, certains droits étrangers retiennent la qualification d'usufruit ou servitudes⁹³⁵ pour le droit de superficie, qualification que l'on retrouve, au demeurant, dans le débat français⁹³⁶.

Ainsi de proche en proche, ce n'est pas seulement la question, déjà sensible du périmètre des droits réels pris dans leur ensemble qui se pose, mais aussi celle de chaque droit réel pris isolément. Sans même évoquer la difficulté de délimiter droit réel et droit personnel que pose aussi le droit de superficie. C'est pourquoi une appréhension légitime surgit devant le risque systémique de prendre appui sur ce droit pour reformer le *numerus clausus*.

La dimension perturbatrice du droit de superficie se constate pour tous les droits réels. Ce trait tient au caractère spécifique du droit de superficie, qui se rattache au moins autant au système civiliste qu'à celui de la propriété simultanée, rendant difficile l'analyse même du contenu de ce droit.

2. *Les contours flous du droit de superficie et son évolution dans le temps*

(373.) À cette première circonstance aggravante, vient s'en ajouter une seconde, celle du périmètre même du droit de superficie.

Y compris dans une version simplifiée, l'institution oscille entre le droit de construire et celui de planter, le démembrement du droit de propriété et la division de son objet, ou encore

⁹³¹ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §72 p. 89.

⁹³² Le débat sur l'application ou non du partage forcé au droit de superficie en atteste sans équivoque, voir par exemple sur ce sujet Cass. 16 décembre 1873, D.P. 1873. I. 249.

⁹³³ Voir par exemple E. Barreau, « Étude sur le droit de superficie en droit romain et en droit français », Thèse pour le doctorat, Nantes, 1889, p.91 et s.

⁹³⁴ Voir par exemple P. Besombes-Singla, « Droit de superficie et constructions en volumes », in pratiques et évaluations de la copropriété, congrès des notaires 1976, p. 565 et s.

⁹³⁵ P. Wallet, V° « Superficie », Rép. Immo., fév. 2000, §39 : « En Suisse, le droit de superficie est reconnu par la loi comme une servitude (C. civ. suisse, art. 779) ».

⁹³⁶ Pour la qualification de servitudes voir infra arrêts retenant la qualification de servitudes réelles pour des droits de pacage ou ramassage de bois (cf. infra §375) et pour la qualification d'usufruit voir supra la mine position de Proudhon (Cf. Supra §219).

entre corporalité et incorporalité, rendant la problématique superficielle difficilement saisissable ; mais ce n'est pas tout. La perception de l'institution par la science juridique a évolué, augmentant encore le caractère incertain du droit de superficie.

La doctrine du 19^{ième} attribuait au droit de superficie un champ d'application sensiblement plus restreint que la doctrine actuelle. Les auteurs classiques voyaient en effet le droit de superficie comme une modalité ou un démembrement de la propriété foncière au même titre que l'emphytéose, les rentes foncières, etc.⁹³⁷. Les auteurs modernes n'ont pas fait disparaître cette catégorisation et d'autres sont même venues se rajouter aux démembrements existants, comme le bail à construction⁹³⁸. Simplement, pour ces derniers, à l'image de F. Terré et P. Simler, le droit de superficie tend à s'affirmer comme une institution à double dimension, témoignant une nouvelle fois de sa nature ubiquiste. La superficie est perçue à la fois comme un genre et une espèce, alors que les autres démembrements ne seraient qu'une espèce, dont le droit de superficie serait le genre⁹³⁹. Les auteurs classiques par la distinction droit de superficie complet et droit de superficie incomplet (cf. infra §473 et s.) se plaçaient déjà dans cette perspective, sans toutefois en tirer les conséquences. Deux explications pourraient être avancées pour expliquer cette nouvelle perception du droit de superficie. La première s'appuierait sur l'évolution du droit de propriété lui-même, qui a été marquée par un renforcement de sa dimension unitaire en écartant le principe d'une propriété *in parta*⁹⁴⁰. En sa qualité de *shadow* propriété, le droit de superficie aurait suivi une évolution semblable en se plaçant en tête de la catégorie des démembrements de propriété dont les autres seraient déduits, suivant le schéma traditionnel : droit réel principal et droits réels secondaires. L'autre raison est l'avènement du volume immobilier dont la portée dépasse le droit de superficie classique, puisque le volume serait en fait la forme moderne de la propriété foncière : le sol en trois dimensions. L'élargissement du champ d'application du droit de superficie serait, dans cette hypothèse, des plus cohérents, mais modifierait l'idée d'une évolution conjointe propriété, droit de superficie, à l'instant exprimée. Le droit de superficie générique correspondant au volume n'aurait pas connu une évolution semblable à celle du droit de propriété ; ce droit de superficie genre, et plus seulement espèce, correspondrait à la dernière mutation de la propriété, une propriété volumique (cf. supra §624 et s.).

Cette proposition qui sera amplement développée s'inscrit dans un changement au long cours, sans être exempte de risques de déstabilisation et, c'est cette seconde dimension qui

⁹³⁷ Voir par exemple C. Aubry et Rau, « Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae », Tome 2, Paris, 1865, p.360 et s. ou A. Colin et H. Capitant, « Cours élémentaire de droit civil français », t. I, conforme au programme de première année, 1914, Paris, p. 780 et s.

⁹³⁸ F. Terré et P. Simler, « Droit civil, Les biens » (8e édition), 2010, Dalloz, §774 p. 692.

⁹³⁹ F. Terré et P. Simler, « Droit civil, Les biens » (8e édition), 2010, Dalloz, §927 p. 817.

⁹⁴⁰ A.M. Patault, « Un conflit entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, l'abolition des droits féodaux et le droit de propriété », R.H.D. 1978.

paraît prépondérante dans l'absence de développement de la théorie « classique » du droit de superficie droit réel.

§2 Une théorie contestable peu soutenue par la doctrine et la jurisprudence

(374) En France doctrine et jurisprudence n'ont jamais relayé réellement la théorie « classique » du droit de superficie droit réel.

Non sans paradoxe, les références au droit de superficie droit réel, ont d'abord eu pour but d'affirmer la propriété superficière, notamment en jurisprudence par un raisonnement a contrario. C'est le cas des attendus de principe de deux arrêts fondateurs du droit de superficie, celui du 5 novembre 1866⁹⁴¹ à propos d'un droit des produits actuels et futurs d'une forêt, et celui du 27 avril 1891⁹⁴² pour un droit de superficie sur des constructions à venir. Les deux décisions excluent explicitement la thèse du droit de superficie droit réel, pour consacrer la propriété superficière. Toutefois, certains auteurs se sont prononcés en faveur de la thèse du droit de superficie droit réel. Ces propositions, souvent motivées par la crainte d'une dénaturation du droit de propriété, n'ont jamais réussi à déboucher sur une qualification précise du droit réel, dont il aurait été question.

La qualification de servitude a été évoquée par la jurisprudence, mais de façon incidente (A). En doctrine, Les références au droit de superficie droit réel sont le fait d'auteurs qui ont développé des positions marquées par la diversité et que l'on peut qualifier de mineures (B). Le seul auteur pouvant prétendre avoir établi un courant en tant que tel, est F. Laurent. Il incarne le mieux le refus de la propriété superficière sur la base d'une argumentation solide. Influencé par la réglementation belge⁹⁴³, voyant dans le droit de superficie un droit réel, son propos, en dépit d'un intérêt certain, se révèle, in fine, incohérent en raison de son absolutisme (C).

⁹⁴¹ Cass. req. 5 novembre 1866 D. 1867. I. 32 ; S. 1866. I. 441.

⁹⁴² Cass. req. 27 avril 1891, S. 1891. I. 369 note Labbé ; D.P. 1891. I. 219.

⁹⁴³ La loi du 10 janvier 1824.

A. Le droit de superficie servitude une qualification accidentelle

(375.) Une analyse rigoureuse impose de dire que la qualification de droit de superficie servitude n'a jamais vraiment été retenue en France⁹⁴⁴.

Le premier grand arrêt dans ce domaine, en date du 22 octobre 1811, concerne un droit de superficie d'une fosse d'aisances et laisse peu de place au doute. Comme les commentateurs de l'époque, les juges écartent la qualification de servitudes (cf. supra §277 et s.)⁹⁴⁵.

Plus tard, la Cour de cassation dans un arrêt à propos du droit de pacage et de seconde herbe du 13 avril 1880⁹⁴⁶ au visa des articles 700 et 701 du Code civil, semble revenir à la notion de servitudes : « Attendu que le droit de pacage ou de seconde herbe... est une servitude réelle qui, de sa nature, est indivisible... ». Cette formulation se retrouve également dans deux arrêts d'appel. Le premier fut prononcé par la cour de Besançon le 16 juin 1891⁹⁴⁷, et le second par la cour d'Agen le 25 mars 1893⁹⁴⁸, tous deux relatifs à des superficies de pacage et pâturage.

Si l'existence de ces décisions est incontestable, elles doivent cependant être relativisées, d'abord parce qu'elles sont restées sans suite, mais surtout en raison de la motivation à la base de la qualification. La note sous l'arrêt de la cour de Besançon⁹⁴⁹ nous renseigne utilement à ce propos, en expliquant l'origine de ces conflits. Les droits de superficie en question étaient le fait de concessions antérieures à la Révolution, dont les domaines supportant les droits de superficie s'étaient dispersés avec le temps. Certains nouveaux propriétaires, gênés par ces droits, auraient souhaité les racheter. Or, un tel rachat était envisageable si ces droits recevaient la qualification de vaine pâture, dont ils se rapprochaient. À l'inverse, la qualification de servitude rendait impossible le rachat en raison du caractère indivisible de la prérogative⁹⁵⁰. La jurisprudence, opposée, visiblement, à la vaine pâture ou à ses conséquences, opta pour la qualification de servitudes.

Ainsi, les quelques décisions optant pour un droit de superficie servitude sont au moins en partie un choix de circonstance. L'auteur de la note (Besançon 1891) semble d'ailleurs se démarquer de la position des juges, et évoque un droit de jouissance de nature spéciale⁹⁵¹.

⁹⁴⁴ Contra MM. Chambelland, Gingras, et Haloche, « Les ensembles immobiliers complexes », Rép. Defrénois, 1975, art. 30993, §17 p. 1226.

⁹⁴⁵ A.-A. Ledru-Rollin, « Journal du palais: recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française », Troisième édition, Paris, 1811, p.662, adde C.-B.-M. Toullier, « Le droit civil français suivant l'ordre du Code », Nouvelle édition, augmentée en Belgique, t. II, Bruxelles, 1845, §169bis p.103 : « ces principes sur la différence réelle qui existe entre une servitude et une propriété souterraine sont avoués par la raison et fondés sur la nature des choses. Une cave, une fosse d'aisances, un aqueduc sont véritablement une partie du fonds. ».

⁹⁴⁶ Cass. req. 13 avril 1880, D.P. 1880. I. 248.

⁹⁴⁷ Besançon 16 juin 1891 D.P. 1892. II. 193 S. 1892. II. 305, l'arrêt évoque : « une servitude réelle discontinue et conventionnelle de pacage fondée en titres ».

⁹⁴⁸ Agen 25 mars 1892, D.P. 1892. II. 193 ; S. 1892. II. 305.

⁹⁴⁹ Besançon 12 décembre 1864, D.P. 1892. II. 193.

⁹⁵⁰ Agen 25 mars 1892, D.P. 1892. II. 193, S. 1892. II. 305 : « Le droit résultant de la concession est une servitude réelle frappant et affectant toutes les parties du fonds asservi, indivisible de sa nature et qui n'a pu être diminué ou modifié par la division de ce fonds entre plusieurs propriétaires; ».

⁹⁵¹ « On se trouve tout au moins alors en présence d'un droit de jouissance d'une nature spéciale, qui autorise les usagers à disposer à leur gré des secondes herbes, et qui grève l'héritage assujéti d'une véritable servitude ».

(376.) La qualification de servitude pour le droit de superficie témoigne de points de ressemblance entre droit de superficie et servitudes, mais se heurte à la définition même des servitudes.

E. Meaune, auteur de la note sous un autre arrêt de la cour de Besançon du 12 décembre 1864⁹⁵², écarte la qualification du droit de superficie droit réel en disant : « Un semblable démembrement de propriété n'est ni une servitude, ni un usufruit, ni un droit d'usage ». L'auteur précise ensuite : « Ce n'est point une servitude, car le fonds dominant n'existe pas ; le droit qui grève l'immeuble : celui de bâtir, de planter des arbres ... ne profite pas à un autre immeuble ». La définition du terme servitude du dictionnaire juridique de G. Cornu⁹⁵³ sur la base de l'article 637 du Code civil confirme l'argument d'E. Meaune. Selon le dictionnaire Cornu, la servitude est un : « Démembrement de propriété de l'immeuble qu'elle grève (appelé fonds servant), elle est un droit accessoire de la propriété du fonds auquel elle profite (fonds dominant) ».

Le droit de superficie n'est pas un droit accessoire, mais le droit lui-même. En fonction de la qualification retenue, il peut être un droit détaché d'un fonds ou le *dominium* lui-même. Par ailleurs, la notion de servitude laisse entrevoir une seconde difficulté. En présence, de plusieurs superficies, il serait contre nature d'établir des servitudes sur d'autres servitudes⁹⁵⁴. De plus des jurisprudences anciennes font état de servitudes sur des biens souterrains⁹⁵⁵, qui s'analysent comme des superficies (cf. supra §275 et s.).

Pour contourner le problème, une solution serait d'imaginer des servitudes grevées de charges. Ces charges seraient cependant consenties au profit du titulaire d'une autre servitude opérant un retour à l'hypothèse précédente (servitude sur servitude) ; soit ces charges affèreraient au fonds servant, à charge pour lui de les retransmettre aux différentes superficies. Cette seconde option, sous réserve de sa faisabilité, est complexe. De plus, elle place le fonds servant, soit le tréfonds dans une opération de construction, dans une position centrale de l'opération de production d'un bâtiment, à laquelle le tréfonds ne participe pas en raison du transfert droit de construire.

L'incompatibilité entre droit de superficie et servitudes apparaît donc nettement. Cependant aussi convaincante soit la démonstration, il serait vain de nier, une certaine porosité entre les deux institutions. Comment analyser, par exemple, la différence entre une servitude de pacage et le droit de superficie sur la coupe de certaines essences de bois, une servitude de surplomb et le droit de superficie d'une terrasse ? Selon la définition du dictionnaire Cornu, la distinction tiendrait au fait que les servitudes supposent le rattachement à un fonds à titre d'accessoire, alors que le droit de

⁹⁵² Besançon 12 décembre 1864, D.P. 1865. II. 1 Note E. Meaune.

⁹⁵³ G. Cornu, Association Henri Capitant, « Vocabulaire juridique », 3ème édition, PUF, 1987 : entrée « Servitude ».

⁹⁵⁴ Par exemple si trois superficies A, B et C coexistent verticalement sur un même fonds. Les deux superficies supérieures disposeront de servitudes d'appui et d'ancrage sur la superficie inférieure.

⁹⁵⁵ Chambéry 10 janvier 1863, S. 1863. II. 237 ; Bordeaux 16 février 1876, S. 1875. II. 170, Cass. 7 mai 1879, S. 1880. I. 73.

superficie serait rattaché à un sujet de droit. Il n'est pas certain que cette catégorisation soit toujours évidente pour les droits de pacage et de seconde coupe, cités à l'instant.

Un autre argument faisant état de la proximité entre droit de superficie et servitudes peut être avancé. P. Besombes-Singla mentionne que la notion de servitudes est parfois utilisée : « pour suppléer l'existence d'un droit de superficie » [...] « Il était, en effet, plus aisé de créer des servitudes que d'acquérir la superficie des points de support ou d'ancrage »⁹⁵⁶, à propos de la loi du 15 juin 1906⁹⁵⁷ sur les distributions d'énergie.

Les contacts entre droit de superficie et servitudes sont donc bien réels, allant jusqu'à la substitution dans le cas de la loi de 1906, pour, il faut le souligner, des servitudes de droit public, ce qui relativise le critère du droit accessoire à un fonds.

Cette proximité ne peut pour autant conduire à retenir la qualification de servitudes pour le droit de superficie et les autres qualifications de droit réel ne sont pas plus convaincantes.

B. Les autres qualifications de la thèse du droit de superficie droit réel

(377.) Pour faire état des qualifications autres que les servitudes pour un droit de superficie droit réel, et en guise de transition avec le précédent paragraphe, il est indispensable de mentionner le propos de F. Morelon.

Selon ce dernier, le volume serait « une division par destination du père de famille »⁹⁵⁸, en référence aux servitudes des articles 692 et 693 du Code civil. Toutefois, F. Morelon ne qualifie pas le volume de servitude, laissant planer le doute quant à sa nature réelle. La thèse ne semble pas avoir été reprise, et son apport est d'ailleurs sujet à caution. La division d'un fonds est le plus souvent le fruit de la volonté de son propriétaire, la destination du père de famille serait alors une qualification valide, quel que soit le sens de la division, vertical ou horizontal. Pour la division en hauteur, la différence viendrait de la systématisme des servitudes du fait de la pesanteur. Ce seraient donc, les servitudes induites par le passage d'une parcelle de deux à trois dimensions qui seraient qualifiables de servitudes par destination du père de famille. Cette approche aurait pour intérêt de reconnaître l'existence de servitudes nées du seul acte de diviser un fonds. Toutefois, le réseau de servitudes d'un ensemble volumique varie largement en fonction de sa configuration intrinsèque, et ces servitudes évoluent également dans le temps. Les servitudes par destination du père de famille ne suffiraient donc pas couvrir toutes les servitudes pouvant être établies au sein d'un ensemble

⁹⁵⁶ P. Besombes-Singla, « Droit de superficie et constructions en volumes », in pratiques et évaluations de la copropriété, congrès des notaires 1976, p. 570.

⁹⁵⁷ Loi du 15 juin 1906 JORF du 17 juin 1906 p. 4105.

⁹⁵⁸ F. Morelon, « Aspects techniques et pratiques de la division en volumes », in Les ouvrages immobiliers complexes, RDI 1999, p. 502.

immobilier vertical. Les servitudes par destination du père de famille devraient donc être complétées par une démarche contractuelle faisant naître d'autres servitudes, ce qui revient à la question de l'articulation entre ces différentes servitudes. Par ailleurs, il serait étrange d'utiliser les servitudes inhérentes au volume pour déterminer la nature du volume.

En dehors des servitudes, des auteurs ont fait d'autres propositions. M. Morand et J. Olivie⁹⁵⁹ optent, par exemple, pour un volume démembrement du droit de propriété s'apparentant au droit de construire. Comme pour le droit d'usage et d'habitation, ce serait la finalité du droit qui serait visé. Le caractère réel du droit de construire ne ferait ici aucun doute, mais resurgit l'option du droit de superficie propriété pour les constructions. En considérant le droit de construire comme perpétuel, la problématique s'apparente à celle de la thèse dualiste, car les constructions ne pourraient pas être rattachées au tréfonds, celui-ci ayant définitivement perdu le droit de construire (Cf. *Infra* §472 et s.).

Enfin, d'autres auteurs se réfèrent au droit réel dans le but de contenir le développement du droit de superficie susceptible de nuire à la propriété. C'est semble-t-il le cas d'A. Robert qui voit le droit de superficie droit réel comme « une institution dérogatoire » à notre système juridique, « relevant de l'interprétation la plus étroite qui soit »⁹⁶⁰ sans plus de précision. Labbé développa un point de vue très proche, même s'il prônait une propriété superficière, pouvant être qualifiée de *sui generis* (cf. *infra* §527). Comme le relève C. Goyet⁹⁶¹, Labbé dénonce étrangement et avec véhémence, le droit de superficie dans ses commentaires des décisions du 16 décembre 1873 et 27 avril 1891. Selon l'auteur, le droit de superficie serait : « un démembrement accidentel de propriété », [...] « contraire à l'esprit de notre législation », voire peut-être : « une inconséquence législative »⁹⁶². Au cœur du raisonnement de Labbé se trouve la question de la divisibilité de la propriété foncière. Le sol serait indivisible mais le droit lui, pourrait être démembré sur le fondement de l'article 553, sans que la distinction entre les deux soit très nette. Sur la base de ce constat et en dépit de son regard critique sur le droit de superficie, Labbé choisit de le qualifier de droit de propriété, propriété se distinguant cependant de celle de l'article 544. Cette propriété par exemple, se perd par le non-usage⁹⁶³, ce qui la rapproche des servitudes, est en fait un simple droit réel.

En dépit de la diversité des analyses, l'option d'un droit de superficie droit réel est problématique, et les propositions se contredisent même entre elles. Le raisonnement de F. Laurent, qui s'inscrit dans cette tendance est porteur de plus de cohérence, au moins dans un premier temps.

⁹⁵⁹ M. Morand et J. Olivie, « Organisation juridique des complexes immobiliers et grands ensembles », *Gaz. Pal.* 1980, p.362.

⁹⁶⁰ A. Robert, « Concession d'un droit de superficie perpétuel au profit d'un bureau de bienfaisance communal », *Recueil Dalloz* 1991 p. 308.

⁹⁶¹ C. Goyet, « Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire », *LGDJ*, 1983, §33 p. 16, note bas de page 61.

⁹⁶² Cass. 16 Décembre 1873, S. 1874. I. 457, note Labbé.

⁹⁶³ Cass. req. 27 avril 1891, S. 1891. I. 369, note Labbé.

§3 La thèse du droit de superficie droit réel de F. Laurent ou l'affirmation d'un *numerus clausus*

(378.) Cerner la thèse de F. Laurent passe par la présentation de l'ensemble des rouages du raisonnement conduisant au droit de superficie droit réel de cet auteur.

Ce raisonnement précis et solidement argumenté ne s'entend pleinement que s'il est placé sous l'égide de la loi belge de 1824 sur le droit de superficie. L'argument phare de Laurent, l'unité du sol, légitime la qualification de droit réel et par là, se conforme à cette loi. La remarque pourrait tourner au truisme si elle n'avait pas pour intérêt de souligner un raisonnement déductif, faisant du droit de superficie droit réel, la majeure et non la conclusion du syllogisme. Laurent raisonne en fait en circuit fermé. La loi désignant le droit de superficie comme un droit réel, Laurent se prononce en ce sens.

La vocation première de l'argument de l'unicité du sol consiste à permettre une interprétation conforme à la loi, donc de légitimer la loi elle-même (A). L'efficacité de la proposition repose sur l'argument de l'unicité du sol apparemment incontournable et sera fragilisée dès que ce caractère unitaire sera remis en cause, comme le démontre l'exemple des biens souterrains, déjà abordée (cf. supra §275 et s.) (B). Cette fragilisation sera d'autant plus grande que la nature de droit réel ne peut se couper du concept de propriété, plaçant le droit de superficie dans un état d'infériorité.

La limite touchant à l'unité du sol n'est cependant pas la seule critique possible. La remise en cause de la majeure (le droit de superficie est un droit réel), soit la loi elle-même, représente une autre voie de contestation. D'une certaine façon, cette perspective se situe en lisière de notre propos, mais doit être développée, car paradoxalement l'auteur lui-même s'y rallie, en indiquant que la propriété est susceptible de démembrement. À l'occasion de son exposé sur le droit de propriété, qu'il estime relever du droit naturel, Laurent accorde au propriétaire une liberté totale en matière de création de droits réels, en contradiction avec un droit de superficie s'analysant seulement en un droit réel (C). Cette posture pouvant peut-être s'expliquer par la démarche ontologique de l'auteur (appendice « Observations générales »), rend cependant l'ensemble de son propos contradictoire.

A. Le droit de superficie un droit réel conformément à la loi de 1824

(379.) Pour F. Laurent, le sol étant un bien indivisible, le démembrement du droit de propriété auquel correspond le droit de superficie, ne peut pas être un droit de propriété puisqu'il se trouverait sans objet.

Au terme d'un exposé détaillé à propos des immeubles par nature, le jurisconsulte accorde au sol seul la qualité d'immeuble par nature. Selon lui, les autres immeubles relevant de cette catégorie,

sont en fait des meubles dotés de cette qualité « par une fiction légale ». Le principe de l'incorporation est le mécanisme transformant « fictivement » ces meubles en immeuble par nature⁹⁶⁴. Il s'agit d'une application classique du droit d'accession, même si l'auteur s'efforce dans ce domaine de souligner l'idée selon laquelle, l'article 546 ne présume pas de la propriété des accessoires de la chose mais en donne acte⁹⁶⁵. En se plaçant du côté du propriétaire, l'accessoire étant partie prenante de la chose, il n'y aurait même pas lieu de distinguer entre accessoire et principal. Dans cette vision, le sol, immeuble par nature, s'apparente à une entité unique tout entière dévolue et acquise au propriétaire. Cependant, l'inverse n'est pas vrai. Pour F. Laurent : « Le sol ne peut pas cesser d'être immeuble ; la nature des choses s'y oppose. Il ne pourrait devenir meuble que par une fiction, mais la loi n'établit nulle part une fiction pareille. »⁹⁶⁶. En conséquence, les accessoires se trouvent soit détachés physiquement du sol, et sont des biens meubles évacuant la question de la propriété immobilière ; soit, ils sont des immeubles. Ils sont alors une partie indissociable du sol comme du droit de propriété du propriétaire du sol, sol qui, selon F. Laurent, ne peut être divisé par la nature des choses.

En d'autres termes, le superficiaire ne peut disposer d'un droit de propriété seulement lorsque les superficies s'analysent comme des matériaux, c'est-à-dire des propriétés mobilières. Si les superficies sont des immeubles, alors le superficiaire ne sera titulaire que d'un droit réel, droit démembré de la propriété de celui détenant le sol, sans lequel les superficies ne sont pas immeubles. Dernière pierre à l'édifice, cette superficie insusceptible d'engendrer d'elle-même la propriété immobilière, ne peut pas naître d'un détachement du sol, indivisible par la nature des choses. C'est pourquoi Laurent dit, reprenant les propos d'un magistrat, « le superficiaire n'a pas la propriété des bâtiments et des plantations, mais qu'il ne peut pas l'avoir », et rajoute « Est-ce que l'on conçoit un bâtiment sans sol ? Et conçoit-on davantage que celui qui serait propriétaire d'une maison ne le soit aussi du sol avec lequel elle ne fait qu'un ? Et que nous dit le droit ? Que tout bâtiment est l'accessoire du sol, que par suite, le propriétaire du sol est propriétaire du bâtiment, alors même qu'il aurait été construit par un tiers possesseur de bonne foi. »⁹⁶⁷.

(380.) Cette inconcevable propriété superficiaire légitime parfaitement la loi belge, voyant dans le droit de superficie un droit réel, et ce cadre législatif est indissociable de l'argumentaire de F. Laurent.

L'auteur accorde peu d'importance à la question de la nature du droit de superficie en tant que telle. Elle est traitée en annexe de son livre sur la propriété ; la raison en est simple, la

⁹⁶⁴ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 5, Paris Bruxelles, 1871, §412 p. 511.

⁹⁶⁵ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 6, Paris Bruxelles, 1871, §182 p. 250.

⁹⁶⁶ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 5, Paris Bruxelles, 1871, §408 p. 505.

⁹⁶⁷ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 8, Paris Bruxelles, 1871, §409 p. 491.

Belgique, contrairement à la France, dispose d'une loi régissant le droit de superficie⁹⁶⁸. La loi belge ne mentionne pas expressément la nature du droit de superficie, pas plus qu'elle ne se prononce sur la question qui en découlerait, la création des droits réels si le droit de superficie était un droit réel. Ce texte n'en représente pas moins une référence majeure en désignant le droit de superficie comme un droit réel, et non de propriété, portant sur des ouvrages situés sur le fonds, désigné lui comme la propriété d'autrui⁹⁶⁹. F. Laurent indique que la loi ne se prononçant pas sur la nature du droit réel du superficiaire, la controverse est permise,⁹⁷⁰ et paraît même exister en Belgique⁹⁷¹. Dans le même temps, conclure à la propriété superficiaire sur la base de ce texte semble délicat et cela, d'autant plus que l'auteur a parfaitement conscience des enjeux de la qualification du droit de superficie. F. Laurent évoque très directement la problématique dans le chapitre consacré à l'emphytéose, également régie par la loi de 1824.

Pour Laurent, emphytéose et double domaine de l'ancien droit sont liés⁹⁷². En mettant fin à la l'emphytéose perpétuelle, la Révolution française a souhaité barrer la route à la propriété partagée du monde féodal⁹⁷³, et Laurent confirme l'importance de refuser la perpétuité à ce type de bail, rappelant au passage l'existence d'un débat sur ce sujet⁹⁷⁴. En refusant à l'emphytéose d'accéder à la perpétuité, c'est écarter le risque de voir réapparaître le domaine partagé. Or, le droit de superficie vu par Laurent est un droit temporaire, là encore conformément à la loi de 1824⁹⁷⁵. De la sorte, comme pour l'emphytéose, le droit de superficie n'est plus une menace pour les acquis de la Révolution, et ne peut rivaliser avec la propriété qui elle, est perpétuelle.

Sur la base de ce droit de superficie droit réel, temporaire, sans prétention possible sur la propriété du sol, Laurent dénonce savamment la propriété superficiaire de Proudhon, qui sera développée en introduction de la thèse dualiste (cf. infra §473 et s.). Pour Laurent, l'article

⁹⁶⁸ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 6, Paris Bruxelles, 1871, §81 p. 104 : « En droit français, la question de savoir si l'emphytéose et la superficie sont des droits réels au même titre que les servitudes est controversée; d'après notre droit, il n'y a plus de doute, puisque nous avons des lois sur la matière; nous en exposerons les principes dans une annexe au livre II ; il est donc inutile de nous y arrêter pour le moment ».

⁹⁶⁹ Loi 10 janvier 1824 article 1 « Le droit de superficie est un droit réel, qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui. ».

⁹⁷⁰ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 8, Paris Bruxelles, 1871 §409 p. 490 : « Quelle est la nature de ce droit ? Notre loi l'appelle un droit réel, ce qui implique que c'est un simple démembrement de la propriété. Il est certain que le superficiaire n'a aucun droit de propriété dans le sol, puisque la loi dit formellement que le fonds appartient à autrui. Mais la loi ne s'explique pas sur la nature du droit que le superficiaire a dans les bâtiments, ouvrages ou plantations : est-ce un droit de propriété, ou n'est-ce qu'un démembrement de la propriété? La question est controversée, et en droit romain et en droit moderne. ».

⁹⁷¹ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 8, Paris Bruxelles, 1871 §411 p. 494.

⁹⁷² F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 8, Paris Bruxelles, 1871 §343 p. 415.

⁹⁷³ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 8, Paris Bruxelles, 1871 §345 p. 419 : « Telle est l'origine de la division du domaine en direct et utile, qui joue un si grand rôle dans l'histoire et dans la théorie de l'emphytéose ».

⁹⁷⁴ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 8, Paris Bruxelles, 1871 §345 p. 419.

⁹⁷⁵ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 8, Paris Bruxelles, 1871 §350 p. 426.

⁹⁷⁶ Loi du 10 janvier 1824 article 4 : « Le droit de superficie ne pourra être établi pour un terme excédant cinquante années, sauf la faculté de le renouveler ».

553 du Code civil permet simplement un droit de superficie droit réel et non droit de propriété. Le droit de superficie démembrement du droit de propriété ne peut exister, au risque de faire renaître le double domaine et, explique pourquoi le législateur s'interdit cette option. Puis, Laurent rappelle à Proudhon l'impossibilité « naturelle » à diviser le sol⁹⁷⁶, oubliant de tirer toutes les conséquences de ce constat (cf. supra §106 et s.). La conclusion de Laurent est dès lors sans concession, la théorie de la propriété superficière de Proudhon « est bâtie en l'air ». Ainsi, son résultat consistant en un retour à l'Ancien Régime est impossible : « C'est la reproduction de la vieille théorie du domaine utile que dans l'ancien droit on reconnaissait à la superficie », et : « Sur ce terrain, la doctrine de Proudhon doit être répudiée sans doute aucun : c'est une vraie hérésie juridique. »⁹⁷⁷.

Cette critique de Proudhon pourrait clore le débat à l'avantage de F. Laurent, son analyse venant corroborer, la volonté du législateur de 1824, elle-même dans la droite ligne de la propriété du code. Il n'en est cependant rien, la thèse de F. Laurent s'avérant elle-même tout à fait critiquable.

B. Le droit de superficie ne peut se réduire à un droit réel ersatz du droit de propriété

(381.) La thèse du droit de superficie droit réel de Laurent doit être rejetée pour deux raisons. La première raison a déjà été évoquée à propos des caves et autres biens souterrains (cf. supra §275 et s.), et nécessitera seulement un bref rappel (1). La seconde raison, plus essentielle, est que la nature de droit réel renforce exagérément l'ascendance du droit de propriété au détriment du droit de superficie, comme en atteste le régime de ce droit défini par Laurent (2).

1. La cave démembrement du sol invalide la thèse du droit de superficie droit réel

(382.) Tout en demandant à Proudhon de ne pas nier l'évidence et de reconnaître : « que la séparation du sol et de la superficie est loin d'être conforme à l'ordre naturel des choses, »

⁹⁷⁶ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 8, Paris Bruxelles, 1871 §410 p. 493 : « Proudhon est trop bon jurisconsulte pour ne pas avouer que la séparation du sol et de la superficie est loin d'être conforme à l'ordre naturel des choses, suivant lequel la superficie doit céder ».

⁹⁷⁷ Voir également F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 8, Paris Bruxelles, 1871 §410 p. 493.

Laurent admet comme nous l'avons indiqué la séparation d'une partie du sol en prenant l'exemple de la cave⁹⁷⁸.

La formule employée par Laurent contient des zones floues qu'il convient de relever. L'argument de Laurent débute en parlant de séparation du sol synonyme légalement de démembrement de propriété, laissant ainsi supposer une division du droit. Puis, l'auteur poursuit sur la notion de séparation du sol, synonyme de division matérielle de l'objet du droit de propriété, tout en précisant qu'il s'agit là d'une séparation du point de vue de la propriété. La cave, elle, étant immeuble par nature, l'opération serait, on peut le supposer, sans incidence sur cette nature. Cette confusion mineure prise isolément, semble révéler en fait la contradiction qui se trouve au cœur du propos de Laurent. Sur le principe, on ne voit pas comment l'auteur pourrait empêcher l'acquéreur de la cave de détenir un droit de propriété pur et simple, d'autant que Laurent reconnaît sans équivoque que la séparation est possible. Le seul moyen d'éviter cette conclusion serait d'affirmer le contraire et dire : la cave reste partie intégrante du sol justifiant sa qualité d'immeuble par nature, puisque l'objet dont il est question est le sol, le démembrement de la cave lui, ne fait naître qu'un droit réel. Toutefois, cette analyse serait d'abord incompatible avec le principe de l'appropriation d'une cave ; ensuite, elle semble également contredire frontalement le propos de Laurent : « le propriétaire d'un terrain peut vendre une cave située sous ce terrain, tout en conservant la propriété du sol. La cave est, dans ce cas, séparée du sol du point de vue de la propriété ; ». En effet si, le droit transmis est un droit de propriété sur la cave sans qu'il y ait séparation de la cave, alors nous sommes face à une propriété superficière qui est une propriété partagée : un immeuble et deux droits de propriété. En revanche, seconde option, qui paraît l'hypothèse la plus probable, si la cave est un immeuble par nature indépendamment du sol, elle devient susceptible d'une appropriation classique. Cette propriété sera localisée sous celle du sol, induisant les relations physiques classiques dérivant de la gravité terrestre, soit une propriété superficière (cf. supra §275 et s.).

Ainsi, au terme de cette démonstration, il faut convenir que Laurent analyse la cave comme une propriété superficière, même s'il ne le dit pas. De la sorte, il invalide sa thèse d'un droit de superficie droit réel, thèse qui de plus, présente l'inconvénient de maintenir le droit de superficie dans un état d'infériorité vis-à-vis de la propriété, sans que cela ne se justifie.

⁹⁷⁸ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 5, Paris Bruxelles, 1871, §406 p. 504 : « Si le sol ne peut pas être mobilisé, il peut néanmoins être démembre. Aux termes de l'article 552, la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Jadis, on désignait le dessous sous le nom de tréfonds; il peut être séparé du sol, légalement parlant, par un démembrement de la propriété. Ainsi, le propriétaire d'un terrain peut vendre une cave située sous ce terrain, tout en conservant la propriété du sol. La cave est, dans ce cas, séparée du sol du point de vue de la propriété ; elle ne cesse pas pour cela d'être immeuble ; étant immeuble par sa nature, elle ne peut pas cesser de l'être ».

2. *Le droit de superficie droit réel contribue à inférioriser l'institution*

(383.) La nature de droit réel du droit de superficie de Laurent coïncide avec une marginalisation du droit de superficie, totalement incompatible avec sa vocation, comme le révèle son régime. Au final, le droit de superficie selon Laurent correspond à un droit relativement précaire. Deux aspects illustrent plus particulièrement cette orientation.

Le premier aspect concerne la faculté du superficiaire d'offrir le droit de superficie en garantie et, principalement de l'hypothéquer. Laurent reconnaît ce droit au superficiaire sur le principe, tout en définissant un périmètre à l'hypothèque, extrêmement limité. Selon l'auteur : « le propriétaire n'a pas la propriété, il n'a qu'un quasi-domaine, et on n'hypothèque pas une fiction »⁹⁷⁹. Ainsi, les constructions, qui dans la théorie de Laurent restent la propriété du sol dont elles ne se détachent pas, ne peuvent être données en garantie, seul le droit de construire en serait susceptible. La distinction paraît lourde de conséquences et d'ailleurs, Laurent ne l'affirme pas, préférant conclure sous la forme d'une question pour savoir si les bâtiments peuvent ou non être hypothéqués sans le sol⁹⁸⁰. Priver le superficiaire du droit d'hypothéquer les constructions aurait pour effet de limiter le financement par emprunt doté d'une garantie réelle au seul droit de construire, compromettant singulièrement l'objet du droit de superficie, c'est-à-dire la réalisation de superficies.

Le second aspect porte sur le droit du superficiaire en cas de destruction de l'immeuble. À nouveau, Laurent cherche à contenir exagérément la portée du droit de superficie en déclarant que la destruction du bâtiment fait disparaître le droit de superficie. « Il (le superficiaire) a bâti, dès lors son droit est consommé, et si le bâtiment périt, son droit périt également. »⁹⁸¹. Cette règle, là encore, très contraignante, traduirait en fait l'absence de droit du superficiaire sur le sol. Laurent finit toutefois par admettre qu'un droit de superficie à durée déterminée pourrait, sous réserve de la volonté des parties, se poursuivre en cas de destruction. Cette seconde position semble effectivement acquise, tout en maintenant la première en l'état. Or, si la destruction de l'immeuble correspond au terme naturel du droit de superficie, il s'applique indépendamment de la durée du droit de superficie. Si maintenant, la destruction est un terme aménageable seulement pour les superficies à durée déterminée, alors l'application de ce terme au droit de superficie sans possibilité de dérogation relève de la volonté de l'auteur. Cette prescription n'est pas anodine. Elle a pour objectif d'éviter la perpétuité du droit de superficie. Apparaît ici, le travers du droit de

⁹⁷⁹ F. Laurent, *Principes de droit civil français*, tome 8, Paris Bruxelles, 1871, §420 p. 504.

⁹⁸⁰ « Le droit de superficie est un droit réel immobilier, qui à ce titre peut-être hypothéqué; quant aux immeubles superficiaires, ils sont un accessoire du sol, et ils ne peuvent pas être hypothéqués séparément du sol; or, le sol appartient-il au superficiaire? » F. Laurent, *Principes de droit civil français*, tome 8, Paris Bruxelles, 1871, §420 p. 505.

⁹⁸¹ F. Laurent, « *Principes de droit civil français* », tome 8, Paris Bruxelles, 1871, §430 p. 513.

superficie droit réel qui, pour écarter la propriété, cherche à restreindre les prérogatives du superficiaire, et vient heurter les besoins du détenteur d'un bâtiment notamment au regard de la durée. Laurent conscient de ce dilemme introduit un aménagement pour modérer la rigueur de son principe, qui reste pourtant un parti-pris contestable.

En définitive, Laurent propose un droit de superficie limité dans le temps, et ne donnant pas accès au sol, ni même à la construction durablement, un droit de superficie insusceptible de pouvoir engendrer une garantie réelle sur ces constructions. Force est de reconnaître que le sort du superficiaire n'est pas de nature à encourager son développement, et ne peut être confondu en aucune manière avec celui du propriétaire. Or, pour ce qui est des prérogatives du propriétaire, à l'inverse, Laurent, par idéalisme, opte pour un droit des plus absolus, ce qui le pousse à la contradiction.

C. Laurent prône la liberté de création des droits réels donc la propriété superficiare

(384.) D'évidence le droit de propriété pour Laurent est un absolu. Le propriétaire ne connaît donc aucune limite dans la relation à sa chose, pas même celle de la démembrer comme il l'entend (1). Cependant, si le droit de propriété est sans limites, cela signifie que les effets de ce droit sont également illimités, écartant le principe d'un droit de superficie limité à la nature de droit réel (2).

1. Laurent : Une propriété absolue allant jusqu'à une liberté totale de démembrement

(385.) Résumer la pensée de Laurent en matière de propriété reviendrait à dire : le propriétaire dispose du droit le plus absolu qui soit sur sa chose. La posture est classique. En revanche, ce qui l'est moins, et surprend passablement, c'est l'antagonisme profond entre ce propriétaire souverain de son bien, incluant la capacité de démembrement, et la thèse de Laurent sur le droit de superficie. L'idéalisme sans borne de ces deux positions finit par les opposer et donc les annuler.

Pour l'auteur, le droit de propriété permet en effet à son titulaire de démembrer sans limites ou presque sa chose, allant jusqu'à la création de propriétés superficières. Pour expliquer cette position, il est nécessaire d'exposer brièvement la pensée de Laurent en matière de propriété. L'auteur appartient à la famille des jus naturalistes, et même défendrait selon l'analyse d'E. Millard une conception extrême de droit naturel⁹⁸². Selon cette thèse, le droit naturel est un corpus qui existe, dont le contenu peut-être objet de connaissance et

⁹⁸² E. Millard, « Théorie générale du droit », Dalloz, 2006, p. 38.

supplantant le droit positif. Laurent exprime clairement son appartenance à ce courant de pensée quand il s'oppose avec fermeté à l'idée selon laquelle la propriété procéderait de la loi, en référence à Rousseau⁹⁸³, mais aussi à Montesquieu et plus encore, bien sûr, à Babeuf. Il le dit encore plus précisément en déclarant que la propriété puise sa source dans le besoin de développement des hommes, développement qui suppose une individualisation des ressources : « Personne n'aurait planté, semé ni bâti, si les domaines n'avaient été séparés et si chaque individu n'eût été assuré de posséder paisiblement son domaine. En ce sens, la propriété est de droit naturel; il est faux, dit Portalis, que les conventions ou les lois l'aient créée. »; et l'auteur poursuit : « L'exercice de ce droit, comme celui de tous nos autres droits naturels, s'est étendu et s'est perfectionné par la raison, par l'expérience; mais le principe du droit est en nous, il est dans la constitution même de notre être et dans nos différentes relations avec les objets qui nous environnent. »⁹⁸⁴.

Fort de ce constat, Laurent voit dans le propriétaire un souverain absolu dont les prérogatives ne peuvent être restreintes par la loi et même, doivent être garanties par celle-ci. C'est pourquoi à la question de savoir si le propriétaire peut être limité dans sa liberté de disposer et donc de démembrer sa propriété, Laurent répond non, sans la moindre hésitation. Pour ce faire, il retourne l'argument selon lequel l'article 543 constituerait la base du *numerus clausus*, voyant dans cette disposition une simple transition entre le livre I et II du Code civil. Laurent explique son point de vue très simplement, mais aussi avec beaucoup de force : « Elle (la disposition de l'article 543) n'a pas pour objet de limiter le nombre des droits réels, car elle ne prononce pas ce mot; elle est si peu limitative, qu'elle ne comprend pas même tous les droits réels dont le code traite; »⁹⁸⁵.

En conséquence, l'auteur reconnaît au propriétaire le droit de créer librement des droits réels. Laurent illustre l'argument en faisant référence à la propriété partiaire de Merlin⁹⁸⁶, aux propriétés de la Bresse ou encore à l'arrêt Caquelard ou l'arrêt de la cour de Besançon, parlant de décomposition de propriété. Contrairement à Demolombe auquel il s'oppose sur ce sujet⁹⁸⁷, Laurent considère que la liberté de création des droits réels ne contrevient pas à l'ordre public sur le principe. L'auteur convient toutefois que l'ordre public pourrait être remis en cause, mais seulement si le droit accordé au propriétaire contrevenait à la liberté des fonds et des personnes proclamée par l'Assemblée constituante. On touche ici à la première limite du propos de Laurent, car ce faisant, il se contredit en admettant qu'il y a une forme de limite à la création des droits réels, reprenant un argument proche de celui de

⁹⁸³ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 6, Paris Bruxelles, 1871, §91 p. 122 et s.

⁹⁸⁴ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 6, Paris Bruxelles, 1871, §94 p. 124.

⁹⁸⁵ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 6, Paris Bruxelles, 1871, §84 p. 108.

⁹⁸⁶ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 6, Paris Bruxelles, 1871, §85p. 111 et §85a, 85b p. 112.

⁹⁸⁷ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 6, Paris Bruxelles, 1871, §84 p. 110.

Demolombe. Simplement, ce dernier développe plus avant comment l'ordre public peut être remis en cause et où se situe la limite (cf. infra §412 et s.), Laurent se contentant lui, de critiquer cette perspective.

La seconde limite, et de loin la principale au regard de notre propos, c'est bien entendu la contradiction profonde entre la liberté absolue du propriétaire de démembrer sa chose allant jusqu'à la propriété partiaire, et la théorie défendue par Laurent d'un droit de superficie, droit réel.

2. *Une liberté totale en contradiction avec un droit de superficie simplement droit réel*

(386.) En reconnaissant une liberté totale de création des droits réels et en rejetant la propriété superficière, se pose la question de savoir comment Laurent peut soutenir ses deux positions qui se contredisent frontalement ?

En disant, le droit de propriété, droit naturel empreint d'absolutisme, suppose la liberté accordée au propriétaire de démembrer sa propriété conformément au code qui ne s'oppose pas explicitement à cette liberté, il s'ensuit que les démembrements créés par le propriétaire ne peuvent s'analyser seulement en tant que droit réel. À défaut, cela revient à dire qu'il existe une limite au droit du propriétaire : celle de ne pas altérer son droit de propriété. Or, quand Laurent dit : « Disposer d'une chose, c'est en faire ce que l'on veut ... c'est-à-dire de transférer à un autre son droit de propriété, ce qui se fait soit entre vifs, soit par testament. L'aliénation peut être totale ou partielle ; le maître peut donc renoncer, en faveur d'un tiers, à quelques-uns des attributs de son droit ; de là, les démembrements de la propriété, ou droits réels : nous venons de dire que le propriétaire peut démembrer son droit comme il l'entend. »⁹⁸⁸. Laurent indique que le propriétaire peut altérer son droit, c'est-à-dire faire naître des démembrements de droits, s'analysant en un droit de propriété.

Le refus de principe, de la propriété au superficière, génère une contradiction concernant le droit démembré comme nous venons de le voir, mais une autre difficulté importante doit être signalée. Le problème relève toujours de l'équilibre entre prérogatives transférées et conservées, en se concentrant cette fois sur la situation du propriétaire ayant démembré son droit. Ce dernier dont la liberté de démembrer est sans limites, pourra conserver un droit extrêmement diminué. Dès lors, indépendamment de la nature du droit transmis, il deviendra délicat de voir dans ce reliquat de droit, une propriété absolue. La liberté totale de création de droits réels de Laurent s'oppose au droit absolu de propriété qu'il préconise, le résultat de cette liberté ayant pour effet d'aboutir à une propriété relative, que l'on se place du côté du droit démembré ou du côté du démembrement de droit.

Cette contradiction, flagrante, Laurent n'a pu l'ignorer. D'ailleurs, au terme de son appendice sur le droit de superficie, Laurent revient dans un paragraphe intitulé « observations générales »⁹⁸⁹ sur l'arrêt de la cour de Besançon qui est, avec l'arrêt Caquelard, l'une des références jurisprudentielles de la propriété superficière du 19^{ème} siècle. Après avoir exposé son propos faisant du droit de superficie un droit réel, il ne peut pas développer un avis aussi tranché qu'il développe sur la base des articles 544 et 543 du Code civil. Tout comme, il lui est difficile de revenir ouvertement sur la liberté de création des droits. Pour éviter une incohérence trop criante, Laurent ne prend pas parti et contourne la difficulté en formulant une proposition, mais sous forme interrogative. La question formulée par Laurent consiste à savoir si un démembrement perpétuel est envisageable sous l'empire du code⁹⁹⁰. En soi, cette question s'entend parfaitement. Toutefois, l'interdiction de démembrements perpétuels représente une limite de taille à la liberté de créer des droits réels. De plus, la perpétuité représente un point essentiel au regard de la qualification du droit de superficie, droit réel, avec en toile de fond la résurgence du double domaine (cf. infra §438 et s.). L'interrogation de Laurent, intervenant de plus presque incidemment, est des plus surprenantes.

Quoi qu'il en soit, la conclusion s'impose, Laurent a développé deux points de vue contradictoires en toute connaissance de cause, ce qui revient à s'interroger sur les raisons qui ont conduit ce grand civiliste à, apparemment, se contredire. Il ne serait pas raisonnable de traiter ici une problématique dont les développements pourraient nous entraîner bien loin de notre sujet. Nous nous limiterons, copiant Laurent, à quelques « observations générales », ponctuées par la modeste formulation d'une hypothèse.

C. Observations générales sur la thèse du droit de superficie droit réel de Laurent

(387.) Laurent, en qualifiant le droit de superficie de droit réel ne fait rien d'autre qu'explicitement la loi belge de 1824. Cette dernière ne tranche pas directement la nature du droit de superficie, tout en constituant une référence marquante (cf. supra §378). Ainsi,

⁹⁸⁸ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 6, Paris Bruxelles, 1871, §101 p. 134

⁹⁸⁹ F. Laurent, Principes de droit civil français, tome 8, Paris Bruxelles, 1871 p. 517.

⁹⁹⁰ « Les contrats superficiaires, dont nous trouvons des exemples dans les auteurs ou dans la jurisprudence, sont tous faits à perpétuité. Nos lois modernes ne permettent plus de contrats perpétuels qui aliènent la jouissance totale ou partielle de la chose. Quelle serait donc la valeur des contrats faits à perpétuité ? Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut, à l'occasion de l'emphytéose. » F. Laurent, Principes de droit civil français, tome 8, Paris Bruxelles, 1871 p. 517.

Laurent adopte une démarche purement légaliste conforme et disons, en cohérence avec la loi belge.

Sur la question de la liberté de création des droits réels, l'approche est plus complexe, mais similaire. L'affirmation selon laquelle l'article 543 n'évoque pas explicitement le *numerus clausus*, et ne fait aucune référence aux droits réels, est difficilement contestable. Ainsi constatant, l'absence d'une disposition spécifique venant restreindre les prérogatives du propriétaire, Laurent se réfère à l'article 544, fondement du droit de propriété, faisant, lui, une référence expresse à un pouvoir absolu. Sur cette base, l'auteur développe une analyse ayant pour ambition de définir les prérogatives du propriétaire en matière de création de droits réels. L'argument final n'est pas issu directement du texte, l'auteur fonde son raisonnement, en complétant ce texte par une analyse historique du droit de propriété destinée à dévoiler la dimension « naturelle » de la propriété. L'explication ne retire rien à la contradiction de fond, mais donne un sens à la démarche de Laurent. Elle permet de comprendre la logique jus naturaliste que fait prévaloir Laurent.

Ainsi, dans le premier cas, le droit de superficie droit réel, Laurent livre une analyse respectant la loi de 1824. Dans le second, faute de texte précis, il se conforme à l'article 544, une propriété de droit naturel. Cette approche scrupuleusement légaliste peut surprendre, et cela d'autant plus, que par définition, le droit naturel est synonyme d'une certaine émancipation de l'auteur, puisqu'en comparaison avec droit positif, aucun texte n'encadre la réflexion du juriste. Cette perspective d'une doctrine suivant la loi à la lettre et dans l'esprit, semble être celle retenue par Laurent. Il l'exprime notamment en posant la question de savoir si les successions sont de droit naturel, et indique à ce propos : « La mission de l'interprète n'est pas seulement d'expliquer des textes ; il doit inspirer le respect de la loi. Or, les lois n'ont d'autorité morale que lorsqu'elles sont en harmonie avec le droit que l'on appelle naturel, pour marquer qu'il est l'expression de la nature, de l'homme et des sociétés civiles. »⁹⁹¹.

Ces observations sur la démarche de Laurent se termineront un peu sèchement en émettant seulement l'hypothèse selon laquelle le raisonnement de l'auteur a pu être influencé par l'école de l'exégèse, laissant à d'autres le soin de revenir sur les raisons du paradoxe de la position de cet auteur.

⁹⁹¹ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 8, Paris Bruxelles, 1871 §468 p. 551, voir également sur la soumission du juriste à la loi à propos des modes d'acquisition de la propriété, F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 6, Paris Bruxelles, 1871, §183 p. 251 : « Nous suivons, comme d'habitude, l'ordre du code, par respect pour la loi, respect qu'il faut prêcher d'exemple quand on parle aux jeunes générations. ».

Conclusion Chapitre II : La thèse du droit réel « classique »

(388) La thèse analysant le droit de superficie en un droit réel classique se résout difficilement à une analyse globale. N'ayant jamais réussi à s'émanciper de l'influence de la propriété du Code civil, cette théorie n'a pas été réellement soutenue par la doctrine ou la jurisprudence. Son principal apport réside dans la confirmation de chevauchements entre le droit de superficie et les droits réels autres que la propriété, sans aller jusqu'à la confusion. Les servitudes représentent sans doute l'exemple le plus saillant de ce phénomène.

Au sein de la thèse du droit de superficie droit réel, la proposition de Laurent tient une place à part. En dépit, d'une analyse puissante l'auteur conclut sur un paradoxe, pour ne pas dire une contradiction. Tenant d'un jus naturalisme « radical » sa posture aurait dû le conduire à dénoncer la loi de 1824 pour non-conformité au droit naturel. Si la propriété de droit naturel est favorable à une liberté de création des droits réels, alors le droit de superficie peut-être une propriété partiaire, et pas seulement un droit réel, comme la loi belge semble l'indiquer. Pourtant, Laurent opta pour le respect de la loi (positive), et bâtit un argumentaire notamment fondé sur l'indivisibilité du sol, le poussant, de ce fait, à une position contraire avec la liberté de création des droits réels.

Cet argument du sol indissociable sera repris par la thèse moderne du droit de superficie droit réel, le droit de superficie droit réel sur la chose d'autrui, proche de la pensée de Laurent. Cette théorie qui est celle du *jus excluendi* fera, d'ailleurs, également sienne l'idée, émise à demi-mot par Laurent, d'un *numerus clausus* reposant sur la notion de perpétuité.

Chapitre III : La thèse du droit réel sur la chose d'autrui (DRCA)

(389.) Le droit de superficie, droit réel sur la chose d'autrui, que l'on dénommera DRCA pour éviter une lourdeur excessive, est selon le sens développé ci-après, un attribut de la théorie renouvelée de la propriété. Cette théorie est essentiellement l'œuvre de F. Zenati⁹⁹² et T. Revet⁹⁹³. Quant à la question plus spécifique du droit de superficie (DRCA), développement logique du *jus excluendi*, elle a été exprimée par F. Dumont⁹⁹⁴.

La filiation entre la théorie renouvelée de la propriété et le droit de superficie (DRCA) sous-entend des relations qu'il faut établir à titre de postulat pour l'analyse de la thèse du droit de superficie (DRCA) (§ Préliminaire), et pour bien comprendre combien cette position est identitaire (§1).

Cette analyse nous conduira une nouvelle fois vers la problématique du *numerus clausus* et plus spécifiquement à la notion de perpétuité. Celle-ci correspond à l'instrument utilisé par la thèse du *jus excluendi* pour borner la liberté du propriétaire en matière de création de droits réels (§2), à la différence de F. Laurent qui n'a pas franchi ouvertement ce pas (Cf. Supra).

En revanche, tout comme la proposition de F. Laurent, le droit de superficie (DRCA) devra être rejeté. Le principal reproche qui lui sera adressé est de ne pas pouvoir rendre compte du sol en trois dimensions (§4). Le rejet du droit de superficie (DRCA) n'est cependant pas contradictoire avec la reconnaissance de l'apport que représenté cette thèse, si elle est limitée au droit de superficie, démembrement non perpétuel du droit de propriété (§3), complément d'une propriété volumique (Cf. Infra §624 et s.).

⁹⁹² F. Zénati, « Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif », th. Lyon 3, 1981.

⁹⁹³ F. Zenati-Castaing, T. Revet « Les biens », 3e édition, PUF, 2008.

⁹⁹⁴ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001.

§Preliminaire la théorie renouvelée de la propriété ou le refus de la propriété de droits

(390.) Pour la propriété renouvelée, le droit de superficie ou le volume, bien que mettant en scène la distinction corporelle, incorporelle, n'est pas une problématique majeure. Au contraire, la dynamique du *jus excluendi* se situe à l'opposé. D'abord, parce que pour les auteurs de cette théorie, l'immeuble, soit le sol, se voit refuser la suprématie que lui accorde le code. L'explication est simple. L'apport de l'immeuble dans la production de richesse se serait amoindri au profit des autres biens que sont les meubles, imposant de facto, une adaptation du droit⁹⁹⁵.

Ensuite, si la propriété renouvelée reprend la notion de matérialité, c'est pour intégrer le monde immatériel dans le giron de la propriété, là encore pour tenir compte de l'évolution sociale⁹⁹⁶, le donné cède la place au construit⁹⁹⁷.

Le processus sur lequel repose l'intégration du monde immatériel dans le champ de la propriété a pour effet de réifier les choses incorporelles (B). Cette théorie appartient en cela au courant de pensée philosophique dit réaliste (A). Le droit de superficie, lui, fonctionne en sens inverse. Il offre une voie de passage vers la dématérialisation du sol, chose corporelle. Ce retournement représente une alternative impossible pour F. Zenati et T. Revet, tout comme le serait son préalable, la propriété de droits (B).

A. Le jus excluendi : une thèse réaliste au sens philosophique et juridique du terme

(391.) La question du rapport au réalisme de la propriété renouvelée est complexe, mais indispensable à sa compréhension. Le débat philosophique connexe à cette question alimente cette complexité, qui est doublée par le recours, et l'importance, de l'adjectif réel pour la science juridique. L'analyse sera succincte, et exclura la problématique de l'éventuelle articulation entre réalisme juridique et philosophique. En dépit de cette lacune, la réflexion

⁹⁹⁵ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §98 p. 156.

⁹⁹⁶ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §170 p. 271.

⁹⁹⁷ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §8 p. 30.

établira la dimension réaliste de la propriété renouvelée dans un sens philosophique (1) et juridique (2) sans lier ces deux perspectives.

1. Le réalisme de la propriété renouvelée ou la réalité des choses immatérielles sans référent extérieur

(392.) Qualifier la propriété renouvelée de réaliste mérite quelques explications, qui auront aussi pour intérêt d'en présenter le détail.

Au sens métaphysique, réalisme s'applique à toute doctrine considérant qu'il existe une réalité indépendante de la pensée. L'exemple originel est celui de la doctrine de Platon pour qui la réalité véritable n'est pas le monde sensible, mais les idées ou les termes les représentant, et au travers desquels le monde sensible est perçu. Ces idéautés auraient de ce fait, une existence en dehors de notre esprit⁹⁹⁸.

Cette doctrine élevant au rang de réalité la pensée de l'homme a débouché sur une controverse célèbre et toujours active avec les nominalistes⁹⁹⁹, connue sous le nom de querelle des universaux, qui a débuté au Moyen Âge¹⁰⁰⁰, et évoquée à propos de la perception de la chose « sol » (cf. supra §45 et s.). Pour les nominalistes, l'esprit ne produit pas le réel, se limitant à le percevoir par l'entremise des mots. Les mots servent seulement à désigner les choses tangibles qui n'ont d'existence que prises individuellement : seules les choses singulières existent. Passées ces brèves explications, nous abandonnerons le débat réalisme, nominalisme vu par le droit, en se contentant de poser le postulat suivant : la théorie de la propriété renouvelée est réaliste dans le sens où, bien que n'appartenant pas au monde sensible, les choses incorporelles sont pour le *jus excluendi* des biens, des objets d'appropriation, au même titre que les choses tangibles. Cela transparaît nettement quand F. Zenati et T. Revet disent à propos des choses incorporelles et plus précisément des propriétés incorporelles : « Ils (les biens incorporels) ne sont pas le produit de l'art juridique mais de la créativité ou de l'industrie humaine. En dépit de l'effort pour les qualifier de tels ce ne sont pas des droits, mais comme les choses corporelles, des choses réelles. »¹⁰⁰¹.

Les propriétés intellectuelles, hormis dans leurs traductions matérielles, n'appartiennent pas elles-mêmes au monde tangible, mais peuvent être objectivées. Le procédé de description d'un acte de création, par exemple, contribue à transformer une œuvre de l'esprit en une

⁹⁹⁸ C. Demonque, E. Clément, L. Hansen-Love, P. Kahn, « La philosophie de A à Z », Hatier, Paris, 2011, entrée « réalisme ».

⁹⁹⁹ C. Panaccio, « Textes clés du nominalisme. Ontologie, langage, connaissance », Poche, 2012.

¹⁰⁰⁰ V. Cousin, « Cours de l'histoire de la philosophie », Tome1, Paris 1829, p. 367 : « Un chanoine de Compiègne Roscelin « prétendit que les idées générales ne sont que de simples abstractions que l'esprit se forme par la comparaison d'un certain nombre d'individus qu'il ramène à une idée commune; » Toujours selon se chanoine cette idée n'existait pas en dehors de l'esprit et « il paraît même qu'il avait été jusqu'à dire que les idées générales ne sont, que des mots, flatus vocis. ».

chose et, de la sorte à la rapprocher de la propriété¹⁰⁰². Simplement, une création, même suffisamment aboutie pour être décrite, n'en demeure pas moins une représentation de l'esprit, et c'est d'ailleurs là, le propre du processus de description. Cette représentation n'a pas d'équivalents dans la réalité. Le fait de rattacher l'œuvre de l'esprit à l'industrie de l'homme, soit son travail, n'y change rien. Le parallèle avec le travail qui se trouve être un fondement de la propriété du code opère une forme de rapprochement, sans que cela ait de conséquence sur la substance des choses.

En réifiant les choses incorporelles¹⁰⁰³, c'est-à-dire en les transformant en choses¹⁰⁰⁴, F. Zenati et T. Revet tendent à inclure l'incorporel dans le périmètre de l'appropriation individuelle et prétendent, pour ce faire, qu'elles sont des réalités. Elles ne sont que des réalités juridiques, de ce fait sujettes à appropriation¹⁰⁰⁵ et, il est essentiel de prendre garde à ne pas retourner le paradigme en disant : étant des objets de propriété, les biens incorporels sont des réalités. Certains auteurs, comme P. Amselek, érigent les choses incorporelles au rang de réalité, tout en reconnaissant que ces choses ne possèdent pas de référent extérieur¹⁰⁰⁶. Cette approche intéressante, puisqu'elle rend compte de l'importance sociale du monde immatériel, ne fait que déplacer le problème. À la distinction initiale, choses réelles, irréelles, est substituée une distinction des choses disposant d'un référent extérieur versus les choses n'en disposant pas.

Ainsi, la thèse de la propriété renouvelée organise la propriété de choses, qui tout en pouvant être qualifiées de réalités, n'ont pas de référent dans le monde extérieur, les différenciant ainsi de celles en possédant un.

2. *Le réalisme de la propriété renouvelée au sens juridique*

(393.) La question déjà complexe du rapport au réalisme philosophique de la propriété s'obscurcit encore lorsque l'on se place dans une perspective juridique. En effet, le droit

¹⁰⁰¹ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §53 p. 99.

¹⁰⁰² P. Berlioz, « La notion de bien », L.G.D.J., 2007, §1438 et s. p. 446.

¹⁰⁰³ La notion « Choses incorporelles » recouvre ici le terme droits et propriétés incorporelles, la distinction entre les deux n'a pas d'intérêt au regard de leur substance.

¹⁰⁰⁴ Dictionnaire TILF, entrée « Réifier » : PHILOS. Transformer en chose, réduire à l'état d'objet (un individu, une chose abstraite).

¹⁰⁰⁵ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §268 p. 541. L'auteure conteste le point de vue selon lequel le simple fait qu'une idée soit le fruit d'un travail en fasse un objet de propriété en s'appuyant sur l'exemple des choses communes ou quasi communes.

¹⁰⁰⁶ P. Amselek, « Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général », Armand Colin, Paris, 2012, p. 112 : « Peu importe qu'elles n'aient pas de référent extérieur ;... Les produits de l'esprit actes et objets mentaux y compris les concepts ou catégories, sont aussi des réalités. ». Nous limiterons ici à souligner le propos sans développer la distinction réalité, référent extérieur qui pourrait s'apparenter à un glissement de la problématique avec une opposition non plus réel, irréel, mais avec ou sans référent extérieur. La question de l'appréhension de choses avec référent par l'individu

utilise lui-même l'adjectif réel dans un sens qui diffère du sens que lui donne la philosophie. Pour la science juridique, réel signifie qui a pour objet une chose (corporelle) ou un droit sur ce type de chose¹⁰⁰⁷. Réel s'oppose alors à personnel, les deux termes renvoyant à la *summa divisio* entre droit personnel et droit réel, fondement du droit civil.

Réel est ainsi l'adjectif utilisé par le droit pour régir le monde tangible, matériel, c'est-à-dire soit désigner les choses appartenant à ce monde, soit les prérogatives se rapportant à ces choses. La théorie de la propriété renouvelée peut à nouveau être qualifiée de réaliste, en retenant cette fois le sens de réel de la science juridique. Cette thèse appréhende, en effet, les choses immatérielles, comme les choses matérielles ou réelles. Toutefois, les mêmes causes produisant les mêmes effets, il est entendu que les choses incorporelles ne deviendront des corps uniquement dans la perspective du droit, sans incidence au regard de leurs qualités physiques. Cet artefact leur donnera une qualité très particulière, celle de pouvoir être le réceptacle d'un droit sans l'intermédiaire détenu par un individu. La figure du droit réel s'appliquant directement sur une chose, est respectée, comme est vérifiée l'appartenance au réalisme de la théorie renouvelée, même si cela n'intervient que par le truchement d'un processus d'objectivation. Ainsi, à l'instar des choses corporelles, les choses incorporelles peuvent être unies par elles-mêmes à un sujet.

Ce schéma, fondateur de la propriété des choses incorporelles, s'oppose notamment à la démarche inverse, qui aurait organisé non pas la chosification des choses incorporelles, mais la dématérialisation des choses corporelles. La théorie du droit du philosophe allemand E. Kant conduisant à la propriété de droit en est un exemple. Pour Kant, la propriété ne consiste pas en un rapport entre un sujet et une chose, mais un rapport juridique entre deux sujets¹⁰⁰⁸, le propriétaire d'une chose n'a pas un droit sur la chose, mais sur une relation, soit le droit lui-même. La propriété simultanée (cf. infra §531 et s.) qui sera longuement évoquée est un autre exemple d'une propriété acceptant la dématérialisation des choses corporelles. Soulignons à cet effet, malgré les apparences, la conformité à la tradition française favorable à une relation directe avec la chose de la proposition de F. Zenati et T. Revet, même si la réification des choses incorporelles n'est pas sans poser question¹⁰⁰⁹.

Avant de clore ce paragraphe bien trop succinct au regard du sujet, il faut mentionner que Kant à propos de la querelle des universaux ne rallie pas la thèse réaliste, ni d'ailleurs celle

demeure comparée avec les choses idéelles. Sur ce sujet voir aussi p.76 et 77 où l'auteur aborde la question des images projetées sur un écran ou celles des ondes, ou p.34 pour un développement autour de la notion d'essence des choses.

¹⁰⁰⁷ G. Cornu, Association Henri Capitant. « Vocabulaire juridique ». 3ème édition, PUF, 1987.

¹⁰⁰⁸ Voir sur ce point : M. Xifaras, « La Propriété : Étude de philosophie du droit », PUF, 2004, p.30 et 31. L'auteur y fait état de la critique de Kant et notamment du contre argument développé par Demolombe selon lequel : « la cause efficiente du droit réel » c'est l'aliénation, la transmission totale de la chose.

¹⁰⁰⁹ Voir sur ce point M. Xifaras, « La Propriété : Étude de philosophie du droit », PUF, 2004, p.55. L'auteur considère que l'industrie, chose incorporelle, ne peut être sujette à un droit réel sans accepter la propriété de droits ce que ne permet pas le

des nominalistes. Il renvoie à un troisième courant dénommé conceptualiste. Celui-ci ne confond pas les termes ou mots pour désigner les choses et le monde tangible, tout en reconnaissant à certains mots ou concepts une nature particulière, cette nature les situant entre le monde tangible et les simples mots outil de désignation¹⁰¹⁰.

Mais, laissons là ce débat, à teneur essentiellement philosophique, pour revenir à la théorie de la propriété renouvelée et exposer, comment s'opère la réification des choses incorporelles.

B. La réification ou la production de choses réelles donc appropriables

(394.) Le processus de réification est l'un des piliers de la propriété renouvelée. Cette orientation conceptuelle est un autre marqueur de la filiation indéniable entre la théorie du *jus excluendi* et la propriété civiliste. D'ailleurs, ce processus déjà évoqué lors de l'analyse de la chose « sol » (cf. supra §43 et s.), le sera à nouveau, très largement, lors de l'examen de la propriété volumique (cf. infra §624 et s.). Concernant plus précisément la propriété renouvelée, il est nécessaire, avant de détailler le mécanisme de réification (3), d'aborder brièvement l'influence des travaux au travers de la *summa divisio* droit réel, droit personnel (1), puis les notions de propriété subjective et de propriété objective (2).

1. La reprise de la summa divisio revisitée par Ginossar¹⁰¹¹

(395.) Le point de départ assumé de la démarche de la théorie renouvelée est constitué par les travaux de Ginossar¹⁰¹². La pensée de cet auteur est, en particulier, marquée par la redéfinition de la *summa divisio* droits réels, droits personnels.

Traditionnellement articulée avec d'un côté, la propriété et les droits réels secondaires et de l'autre les droits personnels, cette délimitation est revisitée par Ginossar qui isole la propriété des autres droits. Le regroupement des droits réels autres que la propriété et des droits personnels, s'explique par le fait que les deux catégories possèdent une dimension obligationnelle à l'égard d'un individu spécifique. L'obligation du droit personnel se rapporte à la relation débiteur, créancier, et celle des droits réels, au lien entre le titulaire du droit de propriété et celui disposant du droit réel, l'exemple type étant celui de l'usufruit.

Code civil : « Pour être soutenue victorieusement cette position (la propriété de l'industrie) exigerait une définition de la propriété comme propriété de droits. Or, on l'a vu, la lettre du Code civil interdit à ses commentateurs de tels kantismes. ».

¹⁰¹⁰ Dictionnaire TILF, entrée « conceptualisme » PHILOS.

¹⁰¹¹ Voir sur ce sujet J. Laurent, « La propriété des droits », LGDJ-Lextenso éd., Bibliothèque de droit privé, 2012, notamment §18 p.16 et 17.

¹⁰¹² F. Zénati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit » : RTD civ. 2006, p. 445.

C'est pourquoi l'auteur parle de droit réel sur la chose d'autrui, l'usufruitier ayant par définition un droit sur un bien, dont la propriété est attribuée au nu-propriétaire. Cette nouvelle organisation renforce la propriété qui devient un droit absolu, ou bien le seul droit dont le titulaire est placé en dehors de tout lien obligationnel. Dans la vision de Ginossar, l'existence du droit de propriété tient exclusivement au lien d'appartenance entre une chose et une personne, lien s'imposant à tous les autres. Ce lien, caractère central du droit de propriété, rompt avec la notion de maîtrise absolue de la chose. Le droit de propriété n'a plus à investir la chose, il sert de limite entre ce qui relève de la propriété d'un sujet et les autres individus tenus de respecter cette limite¹⁰¹³. Conséquence très novatrice, le droit de propriété de Ginossar est de ce fait, apte à s'appliquer non seulement à des choses, mais aussi aux droits autres que le droit de propriété, ce qui conduit naturellement aux droits réels secondaires comme aux droits personnels.

Ce schéma ouvrant la propriété aux droits répond à l'objectif premier de la propriété renouvelée, en l'occurrence, l'appropriation de l'incorporel. Ses promoteurs vont donc reprendre l'œuvre de Ginossar et la poursuivre. Pour ce faire, la propriété qui possédait déjà une place prépondérante selon la vision classique du code, en devient l'épicentre. Elle a vocation à régenter toutes les relations qu'un individu entretient avec ses biens¹⁰¹⁴. Le rapport aux choses s'apparente, selon les termes mêmes de F. Zenati et T. Revet, à un rite propriétaire, marquant la volonté de faire de la propriété une référence ultime. Un auteur, critiquant la démarche, a pu dire qu'avec la propriété renouvelée, le droit de propriété n'est plus un droit subjectif, mais le droit subjectif¹⁰¹⁵.

Répondant aux lacunes de la théorie de Ginossar, pouvant laisser à penser que la propriété était devenue « un concept de droit public » dont l'objet se situait au-delà des limites de la relation du binôme sujet, chose¹⁰¹⁶, la propriété renouvelée va s'attacher à donner à ce droit de propriété, droit absolu¹⁰¹⁷, le contenu qu'il mérite. La nouvelle structure de la propriété s'articulera autour de deux notions, la propriété subjective et la propriété objective. Cette

¹⁰¹³ Voir la critique de L. Rigaud adressée à Ginossar, L. Rigaud, « À propos d'une renaissance du jus ad rem, et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 15 N°3, Juillet-septembre 1963. P. 564 : « Il est impossible d'admettre que la définition juridique de la propriété puisse faire abstraction des rapports de son titulaire avec la chose, objet de cette propriété, en ne faisant ressortir que l'aspect négatif consistant dans la banale obligation qui s'impose à tous de ne pas troubler ces rapports juridiques parce que définis par la loi ou les règlements (art. 544 C. civ.). ».

¹⁰¹⁴ F. Zenati définit la propriété comme « le lien unissant le sujet à tout ce qui lui appartient » F. Zénati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit : RTD civ. 2006, p. 445.

¹⁰¹⁵ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », *Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc*, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §52 p. 77.

¹⁰¹⁶ L. Rigaud, « À propos d'une renaissance du jus ad rem, et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 15 N°3, Juillet-septembre 1963, p. 566.

¹⁰¹⁷ F. Zénati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit » : RTD civ. 2006, p. 445 « Son imperfection provient peut-être du fait que cet auteur (Ginossar) n'a pas été assez audacieux dans sa reconstruction, qu'il a hésité à s'attaquer à la nature juridique de la propriété, à remettre en question le postulat que le droit de propriété est un bien. ».

dialectique innovante n'est toutefois pas sans rappeler le droit de propriété versus l'objet du droit de propriété de la théorie classique.

2. Brève présentation des notions de propriété subjective et de propriété objective

(396.) Nous commencerons par dire quelques mots sur la notion de propriété subjective, puis sur celle de propriété objective, qui traduisent d'une certaine façon les concepts de droit de propriété et de chose (objet de propriété) dans l'ontologie de la propriété renouvelée.

La propriété subjective est définie comme un droit, appartenant à la catégorie des droits sociaux¹⁰¹⁸ représentant une troisième catégorie de droits, aux côtés de la catégorie des droits réels et de celle des droits personnels. Cette propriété subjective est une émanation de la personnalité juridique, qui est elle-même « fondamentalement l'aptitude à la propriété ». Cette dernière fonde sa légitimité sur l'ordonnancement organisé par le Code civil¹⁰¹⁹ dans lequel domine la propriété. C'est par cette nature, de droit social, que la propriété détient cette faculté de prolonger l'individu dans les relations que ce dernier entretient avec les choses¹⁰²⁰. La propriété subjective constitue le rapport d'appropriation ou le lien d'appartenance, pour reprendre la vision de Ginossar. La notion s'apparente à celle de patrimoine, en ce qu'elle a vocation à coiffer tous les biens appartenant à un individu, tout en s'en distinguant, car elle organise une relation individualisée avec chaque bien pris isolément, l'accent porte ici sur le lien de rattachement pas la qualité qui en découle. La propriété subjective diffère fondamentalement des autres droits, qui eux sont des objets d'appropriation. Ce schéma est exclu pour la propriété subjective, car cela reviendrait à l'appropriation d'un rapport d'appropriation¹⁰²¹, et, on peut l'imaginer, en suivant à l'appropriation du support de ce lien, le sujet.

En complément de cette propriété subjective se trouve la propriété objective ou le bien « envisagé dans sa situation privative »¹⁰²². Cette propriété objective, ou plus exactement ces propriétés objectives, sont unies au sujet par la propriété subjective. La propriété objective est constituée de choses corporelles ou de droits qui sont des choses réifiées, l'ensemble représentant les *res privatae* ou les choses relevant de la propriété. La propriété objective s'apparente à la qualité de biens vis-à-vis des choses dans la théorie classique. Cette

¹⁰¹⁸ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §46 p. 93.

¹⁰¹⁹ F. Zenati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit » : RTD civ. 2006, p. 445.

¹⁰²⁰ F. Zenati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit » : RTD civ. 2006, p. 445 : « A partir du moment où la propriété n'est pas un simple droit patrimonial parmi d'autres, mais le lien unissant le sujet à tout ce qui lui appartient son champ devient illimité. ». A nouveau, bien que le procédé diffère, la démarche est conforme à la propriété du code ou la liberté dans l'ordre des biens.

¹⁰²¹ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §3 p. 21

¹⁰²² F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §163 p. 259

distinction rappelle elle-même celle de Pothier entre communauté négative et communauté positive, et il est aussi important de rappeler la théorie de la propriété travail de Locke, pour qui le travail est le moyen de s'approprier les choses (cf. supra §118 et s.). La théorie renouvelée utilise justement le concept de travail comme nous allons le voir. Au travers du fondement travail de la propriété, se dévoile un nouveau lien de filiation entre le *jus excluendi* et la propriété du code.

Les notions de propriété subjective et objective, n'introduisent donc pas seulement un vocabulaire nouveau en matière de propriété¹⁰²³. Ces concepts reconfigurent la propriété selon un monde incorporel, notamment en recomposant la classification traditionnelle entre subjectivité du droit et objectivité des biens.

3. *Retour sur le processus de réification moteur du jus excluendi*

a. La réification des relations obligationnelles

(397.) À ce stade, un retour en arrière s'impose pour poursuivre la présentation de la propriété renouvelée ; il s'agit de comprendre en le détaillant le processus de réification du monde incorporel. Pour ce faire, il faut se placer dans la perspective de la propriété renouvelée qui assimile, rappelons-le, l'incorporel à la réalité. Puis, signalons qu'en partant de ce postulat, la propriété renouvelée opère une distinction entre les droits (liens autres que la propriété subjective) et les propriétés incorporelles (propriétés objectives ou biens portant sur des choses incorporelles).

Pour les propriétés incorporelles, en acceptant l'idée qu'elles sont autre chose que des droits, c'est l'industrie créatrice de l'homme qui les transforme en réalité. Cette industrie créatrice n'est autre que le travail. La réification des droits, elle, relève d'un autre processus, bien différent, qui repose sur la corrélation droit, obligation. Un droit serait un rapport entre : « un sujet passif et un sujet actif qui exerce sur lui un pouvoir »¹⁰²⁴. La particularité du droit personnel tiendrait au fait que la personnalisation ne concerne que le débiteur, tenu d'exécuter personnellement une obligation. Le créancier n'a pas cette contrainte, en conséquence : « rien n'empêche ce dernier de considérer son droit comme une vulgaire chose et d'en faire commerce »¹⁰²⁵. Le droit d'obliger un individu s'analyse ici, non plus comme une relation obligeant un individu (le débiteur), mais comme une utilité susceptible de bénéficier à un individu (le créancier). La réification repose sur la transformation de

¹⁰²³ Dans le même temps, ces notions se retrouvent plus ou moins clairement chez des auteurs anciens, par exemple : Proudhon et Toullier.

¹⁰²⁴ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §46 p. 93.

l'obligation en une utilité, au même titre que l'utilité provenant d'une chose. Il n'est pas utile de développer ici la problématique de fond de ce raisonnement, qui de toute évidence, ne fait pas disparaître le débiteur, irréductible à devenir une chose. Notons toutefois, l'apport de la démarche, qui permet une appropriation relationnelle ou obligationnelle, qui semble préserver le sujet de ce phénomène.

Sans développer ce point, limitons-nous au constat suivant, l'utilité fondée sur l'obligation est rattachée à son bénéficiaire et, ce rattachement s'opère via la propriété subjective.

b. La réification des droits réels

(398.) La réification des droits réels suit partiellement la même logique, puisque leur titulaire fait également naître une obligation ou un lien obligationnel.

Simplement, le débiteur est plus abstrait¹⁰²⁶, son rôle moins immédiat en raison de l'interposition de la chose entre le titulaire du droit réel et le propriétaire. Les auteurs évoquent une obligation réelle¹⁰²⁷ ; celle-ci pèserait sur le débiteur, propriétaire ou débiteur réel, d'abord en raison du fait qu'il est propriétaire du bien réceptacle des droits réels. Alors que le débiteur personnel est tenu d'une obligation positive (faire, ne pas faire, donner), le débiteur réel lui, renoncerait aux utilités de la chose correspondant aux droits réels. Pour F. Zenati et T. Revet : « le service réel se traduit en principe par une simple souffrance du propriétaire »¹⁰²⁸, donnant tout son sens à la notion de droit réel sur la chose d'autrui.

La réification du droit réel apparaît moins perturbante que celle du droit personnel et sert parfaitement le réalisme de la propriété renouvelée. Ses auteurs se réfèrent d'ailleurs plutôt à l'idée de service de la chose qu'à l'obligation du débiteur, car : « c'est la chose qui constitue la source du service et non pas la personne ». Là encore, ces renversements de perspective, comme le parti-pris mettant l'accent sur la retenue du propriétaire au détriment du rôle du titulaire du droit réel porteur du développement de la chose, seraient critiquables, mais il est préférable de rester centré sur l'axe principal de la proposition. L'important est ici de souligner qu'une utilité via un droit est transférée à un individu, alors que la chose elle-même demeure attachée à un autre propriétaire. Ce faisant, à l'instar des droits personnels, les utilités émanant des droits réels vont être des objets de propriété. C'est donc bien en objectivant ou réifiant des obligations plus ou moins teintées de réalisme (au sens juridique) que s'organise leur appropriation.

¹⁰²⁵ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §47 p. 93.

¹⁰²⁶ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §48 p. 94.

¹⁰²⁷ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §291 p. 453 : « obligation à laquelle on est tenu a raison de la propriété que l'on a d'un bien. ».

¹⁰²⁸ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §292 p. 454.

En résumé, la propriété renouvelée se structure autour d'un rapport d'appropriation, la propriété subjective, et des choses dont la nature est d'être appropriée (la propriété objective). Ces dernières se décomposent de biens corporels, de droits et de propriétés incorporelles pour conserver la classification de F. Zenati et T. Revet. Cet agencement spécifique et primordial à la théorie renouvelée de la propriété est une vision intrinsèque et donc partielle. En parallèle, la théorie du *jus excluendi* n'a pas abandonné la dimension externe de la propriété, voyant dans ce droit, la ligne de démarcation entre les prérogatives du propriétaire et les autres. Au contraire, elle souligne ce caractère et, en fait même le centre névralgique de la propriété, donnant tout son sens au terme de *jus excluendi*.

C. Le choix du réalisme ou l'impossible propriété de droits

(399.) La réification est un processus puissant au terme duquel le droit assimile des choses incorporelles en objet de propriété. Ce résultat étend le champ de la propriété du code, individuelle et exclusive (1). Pourtant, le processus se heurte à une limite, l'assimilation des choses corporelles aux choses incorporelles, réintroduisant la *summa divisio* classique (2), seul moyen d'éviter la propriété de droits, contraire à la propriété du code (3).

1. L'émergence de choses y compris incorporelles appropriables exclusivement

(400.) Tout en organisant l'appropriation des choses incorporelles, la propriété subjective assure au sujet l'exclusivité de la propriété objective, qui est tout entière vouée à ce sujet. L'exclusivité est le propre de la théorie renouvelée de la propriété. Elle permet à un individu de faire siennes les choses et de les conserver, à l'exclusion de tous les autres individus. « Grâce à cette prérogative, le propriétaire peut en toute liberté et sans autres limites que celles résultant de la loi, retirer les utilités de la chose, lesquelles apparaissent, par suite comme des avantages consécutifs à l'exclusivité. »¹⁰²⁹. C'est donc assez naturellement que la théorie de la propriété subjective a été aussi dénommée *jus excluendi*. Une fois les murailles de la propriété dressée, se pose la question de la relation interne entre le propriétaire et sa chose. Et, là encore, la propriété subjective fait preuve de renouveau. La démarche de F. Zenati et T. Revet se fonde sur l'idée de l'existence d'un espace entièrement dédié à la liberté du propriétaire, n'ayant pour pendant que sa responsabilité. Les attributs classiques de la propriété *usus*, *fructus*, *abusus* sont abandonnés, car trop restrictifs, au profit du droit de

¹⁰²⁹ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §193 p. 315.

disposer. Ce droit de disposer, de soumettre la chose à la volonté du propriétaire plus exactement, représente en quelque sorte le bras armé de l'exclusivité¹⁰³⁰. Ce droit constitue la capacité d'accomplir des actes juridiques, dont les deux extrêmes pourraient être : l'appropriation d'une chose via par exemple, une acquisition et la fin de l'appropriation par le fait d'une cession.

En un mot, droit de disposer et *jus excluendi* se confondent et se répondent. Toutefois, ce caractère essentiel de la propriété renouvelée ne suffit pas à écarter la persistance d'une distinction entre chose corporelle et incorporelle.

2. Le maintien partiel de la *summa divisio* classique par le *jus excluendi*

(401.) L'apport du *jus excluendi* qui s'attache à éclairer la relation d'appropriation par rapport à la thèse de Ginossar, n'est pas douteux. La propriété renouvelée conserve néanmoins des points de fragilité, et au premier chef, la propriété des choses corporelles¹⁰³¹.

Pour le *jus excluendi*, les choses seront dites appropriables, soit parce qu'elles existent dans le monde tangible (choses corporelles), soit parce qu'elles seraient le fruit de l'industrie humaine (propriétés incorporelles) ou enfin, parce qu'elles représentent une utilité (les choses droit). Cette notion est transversale à toutes les catégories sans permettre un parallèle total, puisque l'utilité apparaît immédiatement pour les choses corporelles et, seulement indirectement pour les choses incorporelles. Ainsi, pour les choses incorporelles, un second niveau de distinction est nécessaire, car, en présence d'un droit (personnel), l'utilité est fournie par le débiteur, alors que pour les droits réels, l'utilité provient de la chose d'autrui avec l'assentiment de ce dernier.

Premier constat, le raisonnement de la propriété renouvelée retombe peu ou prou sur la *summa divisio* classique, qui s'avère difficile à dépasser, mais ce n'est pas tout. L'option de l'utilité comme base de l'appropriation est une fausse solution ; qu'est-ce qu'une utilité ? Sinon un droit. Ainsi, la piste de l'utilité conduit à repartir pour un tour du cercle. La notion d'utilité concrétise la réification du droit, et le binôme sujet, chose. Toutefois, l'utilité n'est pas l'objet de propriété en soi, il doit être rattaché à une chose, sans quoi il s'agit d'une propriété d'utilités.

Second constat, la propriété renouvelée dont le point de départ est la réification de l'incorporel et donc des droits, ne peut pas se conclure par la dématérialisation des choses corporelles et en suivant, la propriété de droits, via la notion de l'utilité. Le *jus excluendi* ne le peut pas au risque de se contredire. Elle ne le peut pas au surplus parce que cette question

¹⁰³⁰ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §210 p. 335.

dissimule un enjeu lourd de conséquences. Pour s'en rendre compte, examinons l'approche d'une auteure S. Vanuxem, dont le leitmotiv est diamétralement opposé à la thèse de la propriété subjective.

3. *La propriété renouvelée une propriété individuelle et exclusive opposée à la propriété de droits*

(402.) S. Vanuxem prône une réhabilitation des choses, des choses libérées de l'emprise des individus et de leur égoïsme¹⁰³². Le point de départ de sa démarche est la contestation de « La pensée moderne (qui) départage le monde entre le sujet et l'objet »¹⁰³³. Le propos s'oppose par principe au rite propriétaire du *jus excluendi*, ayant vocation à soumettre les choses à la volonté d'un individu et d'un seul.

Permettre aux choses d'exister en dehors de leur lien avec les individus, passe par leur redéfinition. Critiquant la démarche de la théorie renouvelée de la propriété qui associe choses corporelles et incorporelles, en les opposant aux droits, elle propose d'isoler les choses corporelles¹⁰³⁴. Pour ce faire, ces choses vont être soumises à un double destin. Elles seront d'une part, entendues par elles-mêmes et presque sanctifiées en raison de leur filiation à la Terre, mère de toutes les choses¹⁰³⁵. D'autre part, dans leur rapport à l'homme, les choses deviendront une fonction ou une place pour reprendre le vocable utilisé par l'auteure¹⁰³⁶, mais nous sommes là, face à la notion d'utilité évoquée à l'instant. En d'autres termes, les choses corporelles sont dématérialisées, et bien sûr cela s'applique à la première des choses : le sol. C'est pourquoi S. Vanuxem dit en précisant sa pensée : « (A supposer l'idée d'une chose-milieu adoptée,) la propriété ne se confondrait plus avec les choses mais avec les droits ou places éventuellement contenus dans celle d'un autre de ses habitants »¹⁰³⁷. La chose corporelle par elle-même est soustraite de la sphère de la propriété qui se limite à des droits sur cette chose. La dématérialisation des choses sera complétée par une appropriation simultanée¹⁰³⁸, ce qui en fait un modèle de propriété fort intéressant lorsqu'il

¹⁰³¹ W. Dross, RTD Civ. 2012 p. 419, « Une approche structurale de la propriété », §27.

¹⁰³² S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §7 p. 2.

¹⁰³³ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §13 p. 33.

¹⁰³⁴ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §57 p. 84.

¹⁰³⁵ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §158 p. 287.

¹⁰³⁶ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §240 p. 471.

¹⁰³⁷ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §252 p. 501.

¹⁰³⁸ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §339 p. 677.

s'agira d'évoquer la dématérialisation du sol (cf. infra §531 et s.). Pour l'heure, une question doit être élucidée : quelle est la motivation de cette propriété de droits ou de places ou d'utilités ? La réponse de S. Vanuxem est sans détour, l'appropriation de la chose corps est synonyme d'absoluité¹⁰³⁹ et certainement d'absolutisme.

Apparaît ici nettement, par opposition avec S. Vanuxem, le parti-pris de la propriété subjective, celui d'une propriété absolue tout entière dédiée à un individu. Le *jus excluendi* n'est pas seulement exclusive, elle est exclusivement exclusive, réservée à un seul et à nul autre, dans la droite ligne de la propriété du code. Le modèle est donc la propriété d'une chose corporelle, seul moyen de garantir un droit absolu appréhendant la chose directement, même si paradoxalement, tout son intérêt réside dans l'intégration du monde incorporel. C'est pourquoi il est fondamentalement impossible à la propriété renouvelée de glisser vers la propriété de droits sans se renier, et la fragilité conceptuelle, pesant sur l'appropriation des choses corporelles, reste sans incidence au regard de l'enjeu.

Il n'est pas certain que cette fragilité soit aussi problématique qu'il n'y paraît. L'antagonisme pourrait en fait, d'abord s'expliquer par la volonté de rupture de la théorie renouvelée. Assumant difficilement son lien de parenté avec la corporalité de la propriété du code, le *jus excluendi* ambitionne essentiellement la propriété des choses de l'esprit. Toutefois, à bien y regarder, la propriété subjective réussit à maintenir, sans le dire, une propriété corporelle semblable à la propriété classique. En dépit de l'appropriation de droits, la théorie de F. Zenati et T. Revet ne glisse pas vers la propriété simultanée, tant s'en faut. S. Vanuxem s'est interrogée à ce propos : « Et la propriété (*jus excluendi*) se distinguant de son objet, l'exclusivité pourrait s'attacher au droit non à la chose. ... Puis une multitude de droits pourrait se concurrencer sur une seule et même chose. L'exclusivité d'un droit traduirait simplement son indivisibilité et opposabilité à tous »¹⁰⁴⁰. L'auteure répond toutefois clairement à cette hypothèse en indiquant que l'exclusivité vue par F. Zenati et T. Revet s'applique non seulement au droit de propriété puisqu'il est l'attribut d'un seul, mais aussi à la chose, ayant vocation à être la propriété d'un seul (une *res proprietatis*).

L'exclusivité ou l'unité des deux éléments constitutifs de la théorie renouvelée de la propriété produisent une propriété réservée à un seul, sur le modèle de la propriété du code, soit une propriété foncièrement en opposition avec une propriété de droits.

¹⁰³⁹ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §66 p. 96 : « Dans la mesure où le droit est indivisible parce qu'exclusif et « chose » parce que suprême, la chose doit aussi être indivisible. Or, la représentation d'une chose comme un corps fournit celle d'une chose indivisible : un corps divisé ne forme plus un mais plusieurs corps. ».

¹⁰⁴⁰ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §66 p. 97.

C'est ce premier refus, identitaire, qui explique le second, au cœur de notre propos, le refus de la propriété superficière. En conséquence, pour le *jus excluendi* le droit de superficie est un simple droit réel.

§1 Le refus de la propriété superficière attribut de la propriété renouvelée

(403.) Le droit de superficie possédant le don d'ubiquité peut aboutir au dédoublement de la chose sans pour autant mettre en échec son unité physique. Faire le choix de la propriété dans cette configuration, équivaut à accepter une propriété de droits, une chose sur laquelle s'exerce deux droits concurrents, remettant en cause le fondement même de la théorie renouvelée de la propriété.

Refusant d'emprunter cette voie pour ne pas se trahir (cf. supra §390), la propriété renouvelée qualifie le droit de superficie de droit réel sur la chose d'autrui (DRCA), limitant les prérogatives du superficiaire à un simple droit réel. Cette position empreinte d'une certaine logique, n'exclut pas d'autres qualifications « moins abruptes » qui auraient pu se substituer à cette orientation. En matière de fiducie par exemple, F. Zenati et T. Revet prennent parti pour une propriété affectée sur la base d'une distinction des qualités d'une chose, qui serait d'une part, la qualité d'être propre et, d'autre part, la qualité d'être utile¹⁰⁴¹. Partant de cette proposition, ne pourrait-on pas dire que le droit de construire serait la qualité d'être utile du sol, conduisant de la même façon à cette même propriété affectée ? À l'inverse, la fiducie ne serait-elle pas un droit réel sur la chose d'autrui ? Une réponse négative ouvrirait la porte à cette sempiternelle question, comment expliquer que ce propriétaire tout-puissant, fort d'une exclusivité sans faille, soit exclu de la propriété utile de sa chose ? Et, comment, la propriété affectée serait une propriété sans pouvoir d'exclure l'autre propriétaire ? Laissons ouvertes ces questions sur la fiducie, la superficie étant déjà un sujet à part entière. Nous prendrons toutefois le risque de formuler une hypothèse sur les raisons du « mauvais » traitement réservé par la théorie renouvelée de la propriété au droit de superficie, même s'il pourrait être moins tranché qu'il n'y paraît¹⁰⁴². La motivation pourrait être somme toute assez simple ; le droit de superficie est directement lié au sort du

¹⁰⁴¹ F. Zenati-Castaing, T. Revet, Les biens, 3e édition, PUF, 2008, §210 p. 384.

¹⁰⁴² Voir par exemple, F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §233 p. 380 : « Ce que la loi ne limite pas peut parfaitement être limité par une convention. Rien ne s'oppose à l'organisation volontaire d'une propriété temporaire, par exemple, ainsi qu'on peut le faire en séparant la propriété des constructions de celle du sol dans le cadre du bail superficiaire. ». La référence au bail est sans équivoque dans le même temps, il est fait mention de propriété des constructions.

sol et des immeubles qui incarnent le passé, la propriété classique. La propriété subjective, elle, se veut moderne, en rupture avec le passé et le mythe d'une richesse seulement immobilière.

Ironie de l'histoire, le *jus excluendi*, pour développer le concept du droit de superficie (DRCA), va s'appuyer sur une vision très classique de la propriété foncière. Le droit de superficie y est vu comme un ersatz de propriété, dont le format sera prédéfini dans une logique proche de celle du *numerus clausus* des droits réels (A). Ce concept correspond en fait à un *numerus clausus* revisité, allant au-delà des droits réels visés à l'article 543, pour intégrer le droit de superficie. Pour cela, la théorie renouvelée reprend le critère de la durée tel que l'avait suggéré Laurent (cf. supra §378 et s.). Ce critère s'avère pertinent quand le droit de superficie se confond avec un bail long terme, sans toutefois convaincre quant à son fondement(B).

A. L'approche classique par la propriété renouvelée du droit de superficie

(404.) Supposée représenter la modernité, la propriété subjective fait totalement abstraction de la théorie du sol moderne développée par le doyen Savatier. Le principe de l'unité est une limite indépassable (1). Ce parti pris va pourtant contraindre le *jus excluendi* à faire une entorse de taille à l'un de ses dogmes, la liberté du propriétaire qui ne pourra démembrer sa chose comme il le souhaite (2).

1. Le sol matière unitaire : fin de non-recevoir de la propriété superficière

(405.) *Prima facie*, le sol dématérialisé semblait proche du *jus excluendi*. Chronologiquement d'abord, puisque volume immobilier et propriété renouvelée sont contemporains, mais aussi sur le fond, les deux écoles œuvrent à moderniser la science juridique, rompant pour cela avec une propriété exclusivement corporelle. D'ailleurs, la propriété subjective mentionne la dimension incorporelle du sol en faisant référence à la notion de fundus. Ces promoteurs ne vont cependant guère plus loin et, rapidement le choix de la matérialité du sol l'emporte. Dématérialiser le sol : « n'est pas totalement satisfaisant parce qu'il n'y a pas de solution de continuité entre la superficie et le bien-fonds et que le sol est tellement solide qu'il est le support des autres immeubles. »¹⁰⁴³.

On retrouve ici le schéma classique et erroné de la propriété foncière (cf. supra §45 et s.), la matérialité du sol est incontournable, car elle en exprime le principal caractère. Ce caractère

est au demeurant amplifié par les fondateurs du *jus excluendi*, par l'emploi de l'adjectif solide précédé de l'adverbe tellement, évoquant l'intensité. Pour le sol, la propriété renouvelée est une forme de régression s'apparentant à une démarche néoclassique. La matérialité du sol n'est pas neutre. Elle fait du sol une entité unitaire, indissociable physiquement. Elle a, au surplus, pour fonction de fonder la primauté d'un sol vu comme l'unique immeuble par nature. La propriété foncière, comme chez les auteurs classiques, représente la source génératrice des biens immeubles via la règle de l'accession des articles 551 et suivants. F. Zenati et T. Revet voient dans ce phénomène une forme de culte voué à la propriété¹⁰⁴⁴.

Ces auteurs ne peuvent, pour autant, contester la valeur relative de l'accession et l'exception au principe de l'article 553, mais ils vont tenter de l'atténuer. Le premier moyen utilisé est historique. Le droit romain n'aurait jamais connu la propriété superficière, mais seulement des superficies consenties par des baux à long terme, et serait le fruit d'une dénaturation de l'ancien droit. Cette propriété « féodale » aurait survécu au code, car le droit de superficie engendre la matière, prenant la forme de constructions ou plantations. Le second argument en défaveur de la propriété superficière, est qu'elle peut altérer substantiellement la propriété foncière : « la dissociation illimitée des superficies est contraire à l'ordre public des biens. »¹⁰⁴⁵. F. Zenati et T. Revet reprennent cet argument sans le développer.

F. Dumont partira d'un raisonnement tout à fait similaire pour bâtir sa thèse. La dissociation du sol, notamment fondée sur la théorie du doyen Savatier, est contraire à la vision unitaire de la propriété foncière du code¹⁰⁴⁶. L'auteure reprend l'argumentaire historique selon lequel, la propriété superficière serait une survivance de la propriété féodale contre nature¹⁰⁴⁷. Elle accepte la propriété de la mine mais à titre d'exception pour mieux confirmer le principe d'une dissociation, fiction contraire à la réalité matérielle, « une vue de l'esprit » (cf. supra §210). Sans surprise, F. Dumont conclut dans le sens de la propriété renouvelée, le droit de superficie n'est pas un droit de propriété mais un droit réel sur la chose d'autrui¹⁰⁴⁸. Cette nature (le DRCA) pour F. Dumont, a également une vocation à restaurer l'authenticité de la propriété et en fait l'axe principal de son propos, qu'elle suivra jusqu'à sa conclusion¹⁰⁴⁹. En mettant à l'écart la propriété superficière, la science juridique favoriserait ainsi une sorte de

¹⁰⁴³ F. Zenati, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §98a p. 166.

¹⁰⁴⁴ F. Zenati, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §146 p. 226 : « les règles positives que lui consacre le code traduisent encore le culte de la propriété ».

¹⁰⁴⁵ F. Zenati, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §142 p. 219.

¹⁰⁴⁶ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §2 p. 9.

¹⁰⁴⁷ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §4 p. 12.

¹⁰⁴⁸ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §387 p. 439.

¹⁰⁴⁹ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, voir la conclusion de la thèse §450 p.487 et s.

retour à la véritable propriété sans nuire au potentiel du droit de superficie¹⁰⁵⁰. La toute-puissance du propriétaire, quitte à devenir une abstraction, est sauve.

Cependant, si la nature de droit réel est salubre pour la pureté de la propriété, elle n'est pas sans conséquence sur la cohérence du système pris dans son ensemble. La théorie renouvelée n'apporte pas plus de réponse que la théorie classique du droit de superficie droit réel concernant son intégration vis-à-vis du cadre existant (cf. supra §368 et s.).

2. *L'obligation d'un retour du principe du numerus clausus*

(406.) Qualifier le droit de superficie de droit réel, élude toute discussion sur l'analogie entre propriété superficière et propriété de droit commun. Le raisonnement se retrouve néanmoins rapidement confronté à l'épineuse question de la nature de ce droit réel.

Sur cette seconde dimension, plus opérationnelle, le *jus excluendi* perd de sa pertinence. Eloigné de la théorie pure, son propos se fragilise et tend même à la marginalité. Refuser la propriété superficière, cela implique de contraindre le droit du superficière, faire de celui-ci un obligé du propriétaire. Pour reprendre la rhétorique de la propriété subjective, le droit de disposer du superficière doit être borné par celui du propriétaire qui lui, n'a d'autres bornes que la loi. Le non-respect de cette règle entraînerait, d'un côté, une propriété partagée entre le droit de propriété sur la chose et de l'autre, le droit de propriété superficière.

Pour respecter la configuration de la propriété subjective, il faut au contraire un propriétaire doté d'un droit absolu pouvant sans aucune contrainte disposer de sa chose et un superficière qui, par opposition, disposera d'un droit relatif. Cette relativité trouve son origine dans « la souffrance » consentie par le propriétaire. En d'autres termes, le droit du superficière sera relatif aux prérogatives que le propriétaire s'interdit en concédant un droit sur sa chose. Il est intéressant de relever que la théorie renouvelée de la propriété, tout en prônant et vantant une liberté totale du propriétaire, s'oppose, contrairement à Laurent, à ce que le propriétaire puisse à sa guise et sans limites, démembrer son droit. F. Zenati et T. Revet concèdent ce que Laurent s'est refusé à faire ouvertement jusqu'à se contredire, pour ne pas contrarier frontalement un droit de propriété hérité du droit naturel (cf. supra §387). Or, si le propriétaire n'est pas totalement libre de créer des droits réels, cela pose la question de la limite de son droit à disposer ou, en parallèle, quelles sont les prérogatives dont le superficière ne pourra jouir pour que son droit ne soit pas l'égal de la propriété ?

La réponse à cette question passe dans un premier temps par dire ce qu'est le droit de propriété, ou ce que ne doit pas être le droit de superficie. Pour circonscrire le sujet, il paraît

¹⁰⁵⁰ F. Dumont, La nature juridique du droit de superficie : Thèse, Lyon 3, 2001, §8 p.15 : « « Le retour à l'authentique superficie peut être prometteur et riche de développements techniques » ».

sage de se référer à F. Terré, disant qu'à tout le moins : la propriété c'est « le maximum de prérogatives qu'il est possible d'avoir sur un bien »¹⁰⁵¹ et ce maximum, sous-entend notamment l'absence d'une limite de temps, un droit perpétuel. Une fois cette première étape franchie, un second aspect mérite d'être élucidé dans cette sphère maximale ou absolue, inaccessible au superficiaire. Ce second aspect peut être traduit ainsi : où se place la limite qui permettra de retenir la qualification de droit réel, sans remettre en cause l'ordre public des biens ?

Or, cette interrogation n'est, sur le fond, rien d'autre que la reformulation de la problématique du *numerus clausus*. Si la limite du droit réel sur la chose d'autrui coïncide avec l'un des droits réels de l'article 543, la thèse de la propriété subjective s'accommodera de ce cadre et n'appellera pas d'autres développements. Si tel n'est pas le cas, il lui incombera d'indiquer où se situe la limite du droit réel sur la chose d'autrui, entre le maximum du droit de propriété et les droits réels de l'article 543.

C'est justement cette voie hasardeuse, que le droit de superficie (DRCA) a choisi d'emprunter.

B. Un numerus clausus revisité difficile à verrouiller

(407.) La restriction de la liberté de créer des droits réels ou son pendant, la délimitation des droits créés, représente un défi de taille, qui se trouve renforcé pour la propriété subjective par le caractère liberticide de l'entreprise. D'ailleurs, en dépit des ambitions qu'on lui prête¹⁰⁵², le jus exclusiendi se garde de tout zèle excessif en la matière. Le terme de *numerus clausus* n'est jamais mentionné. Sur le principe, au moins, la liberté de création des droits réels serait de mise¹⁰⁵³. Tout au plus, les auteurs reconnaissent une limite tenant à la nature des choses, limite qui, lorsqu'elle est affirmée, se rapporte à la mise en œuvre des droits réels¹⁰⁵⁴.

Dans ce domaine, F. Dumont se fait plus précise que F. Zenati et T. Revet en évoquant la nécessité du respect du *numerus clausus* pour sauvegarder l'ordre public des biens¹⁰⁵⁵. L'auteure rejoint cependant sur le principe la théorie renouvelée de la propriété. F. Dumont

¹⁰⁵¹ P. Simler, « Création de l'ouvrage immobilier complexe et droit de propriété », RDI 1999 p. 489 : « la propriété est le droit qui confère à son titulaire le maximum de prérogatives qu'il est possible d'avoir sur un bien, y compris celle d'en disposer, formule que tout le monde devrait pouvoir accepter, toutes idéologies mises à part. ».

¹⁰⁵² W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », RTD Civ. 2012 p. 419, §14.

¹⁰⁵³ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §296 p. 458.

¹⁰⁵⁴ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §301 p. 464. Notons à titre incident une contradiction car sur le principe les auteurs parlent de la liberté de créer des droits réels, c'est le droit de propriété qui est visé, alors que pour ce qui relève de l'exercice ce sont les droits réels dont il semble être question.

¹⁰⁵⁵ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §353 p. 406.

constate en effet l'impossible appartenance du droit de superficie aux catégories de droits réels déjà existantes (1), et elle opte pour une limitation de la liberté de création des droits réels à des droits bornés dans le temps (2).

1. *Le droit de superficie un droit inclassable et perturbateur*

(408.) En choisissant la stratégie de la confrontation directe, la théorie renouvelée de la propriété se révèle vite démunie face au caractère séditieux du droit de superficie.

D'abord, le droit de superficie contraint le *jus excluendi*, au moins implicitement, à reconnaître que le propriétaire disposait d'un droit moins absolu qu'il n'y paraissait, puisque le propriétaire ne peut pas disposer de son droit comme il l'entend en créant librement des droits réels. Ensuite, le droit de superficie met à mal le cadre conceptuel que la propriété renouvelée retient pour les droits réels.

Pour cela, il est nécessaire de préciser le raisonnement suivi par F. Zenati et T. Revet. En cette matière, les auteurs attribuent un rôle matriciel aux servitudes capable d'offrir un guide structurant à la notion de service réel que rendrait la chose¹⁰⁵⁶. La référence est judicieuse ; comme le soulignent ces auteurs, et comme cela a été développé en introduction (cf. supra §12 et s.), le code possède bien un horizon systémique dans lequel l'appropriation individuelle souffre des relations « collectives » ou personnelles¹⁰⁵⁷, relations notamment organisées au travers de l'institution servitude. Cependant, ce faisant F. Zenati et T. Revet prêtent le flanc à la critique, car ce principe ne vaut pas pour le droit de superficie ; au contraire, il s'inscrit en faux à son encontre. La relation d'accessoire à principal entre deux fonds au cœur de la servitude, ne joue pas pour le droit de superficie ; c'est même la principale distinction entre les deux institutions (cf. supra §368 et s.). Ce point fait l'unanimité en doctrine et F. Dumont, tout en adoubant la thèse du *jus excluendi*, se rallie sans peine à cette conclusion¹⁰⁵⁸.

F. Zenati et T. Revet méconnaissent cette dimension ; ils opèrent positivement un rapprochement entre droit de superficie et servitudes en faisant appel à une autre notion, l'ordre public des biens. Pour donner un semblant de contenu à cet « ordre public des biens » sur lequel nous reviendrons (cf. infra §438 et s.), et faire la jonction avec les servitudes, les auteurs indiquent dans une note en bas de page : « Cela (la création libre des droits réels)

¹⁰⁵⁶ F. Zenati, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §292 p. 454 : « La servitude est riche d'enseignements par la référence qu'elle fait à la notion de service » ou encore §295 p.458 : « Il existe un ensemble de règles communes à tous les droits sur la chose d'autrui. La plupart de ces règles sont formulées dans le régime le plus pragmatique des droits réels, la servitude ».

¹⁰⁵⁷ C. Larroumet, « Droit civil, Les biens. Droits réels principaux », T. 2, 5e éd. Economica, 2006, §809 p. 484.

¹⁰⁵⁸ F. Dumont, La nature juridique du droit de superficie : Thèse, Lyon 3, 2001, §339 p. 386.

aboutit à créer une servitude interdisant toute jouissance du fonds, ce qui est interdit »¹⁰⁵⁹. Au-delà de la forme de l'argumentaire, qui détone avec l'importance de la notion d'ordre public des biens, le *jus excluendi* ne réussit pas à convaincre sur le fond.

F. Zenati et T. Revet citent à l'appui de leur propos deux jurisprudences de 2000 et 2001¹⁰⁶⁰. La seconde se rapporte à la preuve de la propriété et fournit peu d'éléments au débat¹⁰⁶¹. La première, par contre, prise au double visa de 637 et 544, casse une décision d'appel ayant déclaré valide une servitude par destination du père de famille constituant : « un droit exclusif interdisant au propriétaire du fonds servant toute jouissance de sa propriété ». Dans cette affaire, l'objet du litige portait sur un local affecté, au lot A, et seulement accessible à ce lot, mais situé sur le terrain de B. La position des juges était susceptible d'être entendue comme confirmant le propos de F. Zenati et T. Revet. Le propriétaire (lot B) ne pouvant être privé totalement par un tiers (lot A) de la jouissance de sa propriété, la répudiation du droit à l'origine de cette privation de liberté contrevenant à la nature de la propriété n'était qu'évidence. Cependant, Il s'agit là d'un raisonnement par analogie, difficilement acceptable. En effet, l'arrêt de la cour n'a pas une portée générale s'appliquant à tous les droits réels, mais seulement à une servitude. Ainsi, la décision des juges est pleinement satisfaisante à partir du moment où l'on se trouve face à une servitude. En revanche, prendre appui sur cette décision pour assimiler à une servitude le droit de superficie (en général) est éminemment critiquable.

Simplement parce que droit de superficie et servitudes diffèrent en dépit de points de ressemblance. Dès lors, le régime des servitudes pleinement adapté aux servitudes ne peut pas être utilisé pour qualifier le droit de superficie de servitudes. Une telle proposition serait bien trop réductrice.

(409.) Qualifier le droit de superficie de servitudes revient à vider ce mécanisme de son sens. La démarche est tentante, mais presque trop efficace, et illustre la difficulté à contenir le droit de superficie.

Un cas de figure concret permet de le vérifier. À chaque fois que le droit de superficie emporterait l'intégralité du droit de construire sur un terrain à bâtir ou de planter sur un terrain agricole, il devrait en retenant la qualification de servitudes, être invalidé pour non-conformité à l'ordre public des biens. Remarquons d'ailleurs que par extension, une analyse portant sur l'usufruit conduirait à une analyse similaire. Ce constat valide, à nouveau, sans

¹⁰⁵⁹ F. Zenati, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §142 p. 219, note bas de page 2.

¹⁰⁶⁰ Cass. civ. 3^e, 24 mai 2000, D. 2001.151, note Libchaber, Cass. civ. 3^e, 27 juin 2001, Bull. civ. III, n° 97 ; JCP, 2002. I. 126, obs. Périnet-Marquet, n°17.

¹⁰⁶¹ Le conflit entre la commune de Belbèze-en-Comminges et des propriétaires privés porte sur la propriété d'un chemin et soulevait la question de la hiérarchie des preuves de la propriété et plus spécifiquement le rôle du titre.

surprise, le besoin d'une dichotomie entre servitudes et superficie. Il est également porteur d'un second enseignement : le droit de superficie rend difficile une répartition du droit de propriété, droit réel sur la base des prérogatives accordées au superficiaire. Cette caractéristique explique grandement le caractère perturbateur de la superficie. La raison en est simple ; l'absence d'une délimitation fondée sur les prérogatives du superficiaire, représente une menace pour la primauté du propriétaire dont les pouvoirs sont également illimités. De plus, cette perturbation nécessite que les prérogatives superficielles soient analysées en un pouvoir physique ou juridique sur la chose. Pire, l'inventaire des pouvoirs du superficiaire postule souvent, en théorie, d'une position maximale aboutissant à reconnaître la propriété superficielle. La théorie de C. Goyet est sans doute la meilleure illustration du phénomène¹⁰⁶². Ce désavantage, la propriété le doit essentiellement à son caractère abstrait. En se fondant sur la thèse de Ginossar, la propriété est un droit absolu ; pour le *jus excluendi* : la propriété n'est autre que la liberté dans l'ordre des choses, et même en reprenant l'approche consensuelle de F. Terré, la propriété est un maximum. Seulement face à ce tout que l'on peine à remplir, le droit de superficie peut, lui aussi, se prévaloir d'une certaine absence de limite, tout en arguant de prérogatives les plus complètes. Ainsi, face à un superficiaire jouissant du droit de construire sur un terrain à bâtir sans autre borne, le propriétaire qui, lui, disposera « seulement » du maximum des prérogatives sans concrétiser ce maximum, apparaîtra bien démuné. Cet aspect sera détaillé en préalable de l'examen de la propriété volumique, pour bien distinguer entre propriété et droit de superficie (cf. infra §718 et s.).

À ce stade, remarquons seulement que la propriété renouvelée, dont l'ambition est de réhabiliter la propriété, n'a aucun intérêt à s'orienter dans la voie d'une délimitation du droit de superficie sur la base des prérogatives, pour ne pas accroître le caractère perturbateur de ce droit. C'est pourquoi elle s'en tient à cet essai avorté, en référence aux servitudes.

F. Dumont ne rencontrera pas plus de succès dans sa volonté d'affilier le droit de superficie à un bail long terme.

2. *Le droit de superficie de F. Dumont : un bail à long terme par nature non perpétuel*

(410.) Dans sa quête sur la nature du droit de superficie en cohérence avec le *jus excluendi*, F. Dumont va finir par assimiler le droit de superficie à un bail long terme¹⁰⁶³.

¹⁰⁶² C. Goyet, « Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire », LGDJ, 1983.

¹⁰⁶³ L'auteur dénomme par là de baux réels à long terme ce qui recouvre le bail à réhabilitation, le bail emphytéotique et à construction. L'adjectif réel est surprenant, les baux de longue durée s'analysant le plus souvent comme des droits réels, d'autre part par opposition la catégorie de baux personnels long terme n'a pas réellement cours. F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §344 p. 392.

F. Dumont partage la conclusion de F. Zenati et T. Revet sur le refus de la propriété superficière, tout en rejetant l'idée d'un droit de superficie servitudes. Cette différence impose à l'auteure de désigner un autre droit réel fondant la superficie DRCA, ce qui ne va pas sans difficulté. Contrairement à la propriété subjective, dont l'axe d'analyse est justement la propriété faisant de la nature du droit de superficie une question accessoire, F. Dumont ne peut pas se contenter de dire que le droit de superficie est un droit réel, fut-il sur la chose d'autrui¹⁰⁶⁴, son propos étant précisément la question de la nature du droit de superficie. L'auteure doit donner un contenu positif à cette institution.

Pour y parvenir, elle va d'abord opérer un rapprochement avec le bail à construction, né en 1964¹⁰⁶⁵. Ce dernier entretient une certaine parenté avec le droit de superficie, ce que relève F. Dumont : « Leur objet est très voisin, l'un comme l'autre sont institués pour remédier à une crise du logement. »¹⁰⁶⁶. Autre marque d'intérêt, les baux long terme écartent par définition la perpétuité. Partant de ces deux aspects, l'auteure assoit une distinction fondatrice entre le droit de superficie et la propriété. Cette dernière est effectivement perpétuelle et ne s'entend pas d'un usage particulier. Ce raisonnement est ensuite développé, en disant, puisque le droit de superficie se caractérise par un droit de construire non perpétuel, il paraît naturel que le droit de superficie soit qualifié en un simple bail à construction.

Cette qualification, d'un droit de superficie contrat de louage, aboutit à une superficie atrophée incapable de rendre compte du champ d'application dévolu à ce droit. Il faut relever d'ailleurs que le raisonnement s'opère au prix d'un glissement non négligeable. Si les baux long terme du type, bail à construction, peuvent répondre à la qualification de droit de superficie, faire du droit de superficie seulement un bail long terme est toute autre chose.

Cette proposition est celle de F. Dumont, et l'auteure va la préciser en cherchant à démarquer le droit de superficie du bail à construction.

(411.) F. Dumont doit maintenir une distance suffisante entre le droit de superficie et le bail à construction, ce dernier disposant d'une finalité trop particulière pour constituer la nature du droit de superficie. C'est pourquoi l'auteure distingue les deux institutions, mais doit respecter une double contrainte. F. Dumont doit prendre garde de ne pas donner trop d'autonomie au droit de superficie, puisque cela reviendrait à le rapprocher de la propriété, sans reprendre non plus l'hypothèse d'un droit réel classique. L'auteure écarte elle-même cette option, y compris celle d'un droit de superficie servitudes de la propriété renouvelée

¹⁰⁶⁴ Relevons au passage le caractère superfétatoire de l'attribut sur la chose d'autrui, car qu'est-ce qu'un droit réel autre que la propriété ?

¹⁰⁶⁵ Loi n°64-1247 du 16 décembre 1964.

¹⁰⁶⁶ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §351 p. 403.

très minoritaire en doctrine. En dépit d'une marge de manœuvre restreinte, F. Dumont va bâtir une proposition respectant ces contraintes, sans toutefois réussir à convaincre.

Le propos de l'auteure peut être résumé sur ce point en se référant à l'analogie qu'elle édicte en disant que le droit de superficie est un genre, dont le bail à construction serait une espèce. L'approche est intéressante, mais sans être toutefois porteuse d'un facteur de différenciation suffisante. Ainsi, pour F. Dumont, le bail à construction est un bail long terme caractérisé par l'obligation de construire, alors que le droit de superficie, bail, lui, se définit par le droit de construire : « Mais l'une de ses caractéristiques (au bail à construction) s'oppose, nous l'avons vu, à faire de ce bail un droit de superficie stricto sensu. Il ne représente pas le droit de construire ; il oblige le preneur à construire. Cette particularité est suffisamment importante pour s'opposer à une réelle identification du bail à construction avec le droit de superficie. »¹⁰⁶⁷. Suivre l'auteure dans son raisonnement revient à dire que la principale caractéristique du droit de superficie est le droit de ne pas construire, par opposition à l'obligation (positive) de construire du bail à construction (espèce). L'observation a de quoi surprendre. Non pas que l'acte de construire ne soit pas un attribut essentiel du droit de superficie, mais de là à en faire le caractère fondant le droit de superficie, le pas à franchir semble conséquent. Nous reviendrons sur ce point au moment de la critique du droit de superficie DRCA (cf. infra §421).

Pour le moment, évoquons le détail de la conclusion à laquelle F. Dumont arrive. L'auteure souligne le lien de ressemblance entre le bail à construction et le droit de superficie. Cependant, l'ordre public du bail à construction, symbolisé par l'obligation de construire, en fait un outil spécifique contrevenant presque à une approche civiliste. L'auteure va donc conserver la notion de bail à construction tout en s'affranchissant du volet réglementaire (au sens d'ordre public). C'est à ce stade qu'intervient précisément la catégorisation genre, espèce entre le droit de superficie et le bail à construction, également présente d'ailleurs chez d'autres auteurs¹⁰⁶⁸. Pour F. Dumont, le droit de superficie (genre) est un bail long terme, non réglementé. L'auteure parle de « bail superficiaire spécial », ou plus explicitement encore de : « bail à construction de droit commun »¹⁰⁶⁹. Ici, la distinction entre le droit de superficie, et le bail à construction tiendrait essentiellement au niveau de réglementation, ou plus précisément au caractère d'ordre public de certaines dispositions. Dès lors, on comprend mieux pourquoi la clef de répartition entre genre et espèce, qui repose sur la différence entre droit de construire et obligation de construire, la notion d'obligation évoquant l'ordre public.

¹⁰⁶⁷ F. Dumont, *La nature juridique du droit de superficie* : Thèse, Lyon 3, 2001, §351 p. 404.

¹⁰⁶⁸ C. Larroumet, *Droit civil, « Les biens. Droits réels principaux »*, T. 2, 5e éd. Economica, 2006, §760 p.404, cité par F. Dumont, « *La nature juridique du droit de superficie* » : Thèse, Lyon 3, 2001, §351 p. 404, note bas de page n°1.

¹⁰⁶⁹ F. Dumont, « *La nature juridique du droit de superficie* » : Thèse, Lyon 3, 2001, §351 p. 404 suite.

De la sorte, F. Dumont réussit son pari. Le droit de superficie, « bail à construction de droit commun », possède une nature qui le distingue de la propriété, sans reprendre un des droits réels classiques ou traditionnels. Toutefois, de cette proposition naît une conséquence, si le droit de superficie diffère de la propriété comme des droits réels existants alors, le principe du *numerus clausus* classique est invalide. Cette conséquence conduit irrémédiablement, cela a déjà été évoqué, à s'interroger sur le critère limitant la liberté de créer des droits réels. Face à cette question, F. Dumont dispose d'un critère presque évident, la durée, qui correspond à l'un des éléments pivots de la distinction entre le bail et la propriété. La proposition s'articule, au demeurant, parfaitement avec le *jus excluendi* qui accepte le droit de superficie, à condition qu'il soit temporaire afin de ne pas remettre en cause l'absolutisme de la propriété¹⁰⁷⁰.

Ébauchée par Laurent (cf. supra §378 et s.), la durée sera donc le critère de la théorie du droit de superficie DRCA pour contenir la liberté de démembrement de la propriété. Avant d'y consacrer quelque développement, soulignons en préambule que ce critère malmène à nouveau la référence conceptuelle des droits réels de la théorie renouvelée de la propriété, puisque les servitudes ont vocation à être perpétuelles. Cette perpétuité ne se confond pas avec celle de la propriété¹⁰⁷¹, mais représente néanmoins une forme d'affranchissement de la contrainte du temps.

§2 La perpétuité ou la clef du *numerus clausus* « renouvelé » du *jus excluendi*

(412.) En refusant la liberté de création comme le *numerus clausus* « classique » des droits réels, le droit de superficie DRCA s'oblige à placer son propre jalon pour définir la création de droits réels. La propriété subjective répond à cette obligation, avec comme leitmotiv la condamnation d'un droit de superficie perpétuel, justifiant son orientation par un argument juridico-politique, le risque d'asservissement de l'homme.

Le démembrement perpétuel d'une ou plusieurs utilités de la chose permettrait à un autre, que le propriétaire, de créer vis-à-vis de ce dernier, un lien de dépendance. Cette relation de subordination contrevient à l'essence même de la propriété, garantie de la souveraineté d'un

¹⁰⁷⁰ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §301 p. 464 : « Le caractère absolu de la propriété serait remis en cause si cette relativisation des prérogatives du propriétaire n'était pas temporaire. Dès lors que le titulaire d'un droit réel peut utiliser la chose et en tirer profit aussi durablement que le propriétaire...tel fut le cas sous l'Ancien Régime ... La nature du régime actuel des biens commande donc que les droits réels soient temporaires. ».

¹⁰⁷¹ C. Larroumet, « Droit civil, Les biens » Droits réels principaux, T. 2, 5e éd. Economica, 2006, §827 et 828 p. 501 et §829 p. 502.

sujet sur sa chose, condition de la capacité de développement du sujet. L'idée d'un risque de soumission de l'homme par l'un de ses congénères s'inscrit à merveille dans l'esprit de la théorie renouvelée de la propriété. Face à ce rite propriétaire dédié à la liberté du propriétaire, la simple idée d'un asservissement de l'homme représente le mal absolu, contrariant l'entreprise de libération des hommes et des biens de la Révolution que concrétisèrent le code et sa propriété. Le combat pour l'encadrement des droits réels s'apparente donc, en dépit de ses apparences liberticides, à un formidable moyen de promouvoir la propriété droit subjectif.

Cependant, une analyse plus concrète démontre que ce danger, représentant un risque systémique, conserve une part de flou (A). Par exemple, la protection constitutionnelle accordée à la propriété, appelée en renfort par la propriété renouvelée et susceptible de contenir un tel danger, n'inclut pas un *numerus clausus* prohibant la constitution de droits réels perpétuels pour la propriété privée (B). Pire, le droit de superficie DRCA, d'une durée forcément limitée, malmène le concept de perpétuité de la propriété renouvelée, la contraignant à revenir sur les pas de la théorie classique, dont elle a pourtant souhaité se démarquer (C).

A. La perpétuité des droits réels synonyme d'asservissement de l'homme ?

(413.) Le principe du *numerus clausus* des droits réels n'est pas revendiqué comme tel par F. Zenati et T. Revet, tout au plus, M. Zenati supporte-t-il la doctrine, y étant favorable¹⁰⁷². Le propos semble, en raison de son caractère liberticide, surtout développé en direction du droit de superficie. F. Dumont par contre, voit dans l'institution une nécessité, produit de l'ordre public des biens¹⁰⁷³. Tous se rejoignent cependant sur les raisons rendant indispensable le refus d'une libre création des droits réels.

Comme le détaille F. Dumont, il s'agit d'une conséquence du renversement opéré par le Code civil. Celui-ci représente « une rupture économique et sociale avec le système féodal » et l'éclatement de la propriété du droit coutumier¹⁰⁷⁴. Dans cette perspective, l'article 543 serait « le garant de l'exclusivité du propriétaire et de la liberté des personnes »¹⁰⁷⁵. C'est pourquoi le choix d'un démembrement de la propriété et notamment de la propriété foncière, est retenu. Ce démembrement, d'ailleurs, ne peut être organisé que pour un temps donné. À

¹⁰⁷² Cass. civ.3^e, 6 mars 1991, RTD Civ. 1992 p. 793, obs. F. Zenati : « Une partie notable de la doctrine, qui doit être approuvée, considère que ce texte exclut que d'autres droits réels principaux que ceux reconnus par ce texte puissent être constitués sur un bien, sans préjudice cependant des droits réels reconnus par des textes ultérieurs. ».

¹⁰⁷³ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §352 p. 406.

¹⁰⁷⁴ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §353 p. 406.

¹⁰⁷⁵ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §354 p. 407.

défaut, certaines prérogatives y étant attachées resteraient durablement à l'écart des prérogatives de la propriété, ce qui se traduirait par autant de contraintes pour le propriétaire. Ces contraintes deviendront alors la genèse du lien de dépendance du propriétaire vis-à-vis du titulaire des dites prérogatives. F. Dumont étaye son plaidoyer de citations très explicites de Portalis¹⁰⁷⁶ et Fenet, qui attestent à n'en pas douter des inconvénients de la propriété féodale, comme de la volonté des rédacteurs du code, de s'en débarrasser.

En droit positif, cette volonté transparaît aux articles 638¹⁰⁷⁷ et 686, faisant dire à F. Dumont : « La notion de services fonciers (entendus au sens de servitudes) auxquels se réfère cet article (543) ne saurait recréer d'asservissement personnel »¹⁰⁷⁸. Ces dispositions limitent effectivement l'établissement d'une servitude d'un fonds sur un autre fonds, soit des servitudes prédiales ou réelles, par opposition aux servitudes personnelles qui elles, sont exclues. Ces articles prohibent également une forme de hiérarchisation des fonds évitant l'éventuel asservissement, non pas direct d'un individu, mais par l'intermédiaire de sa propriété. L'ensemble de cet argumentaire s'accorde parfaitement avec la position de la théorie renouvelée de la propriété qui voit également dans le droit de superficie perpétuel le risque d'un retour à la propriété simultanée de l'ancienne France¹⁰⁷⁹. Tout ceci donne au propos une certaine puissance. Admettre un droit de superficie perpétuel reviendrait, dans l'hypothèse telle qu'elle est présentée, à réintroduire non seulement le morcellement de la propriété foncière, mais aussi une forme de dépendance entre des individus, fondée sur la propriété du sol.

Dans le même temps, en faisant un pas de côté, ce risque d'asservissement social remettant en cause le droit le plus fondamental d'un individu, c'est-à-dire sa liberté, touche au fondement vital du corps social. Or, face à ce risque majeur, les travaux préparatoires du code et quelques dispositions, dont la clarté n'est certes pas contestable, mais la portée somme toute limitée, paraissent presque dérisoires. F. Zenati en prend vraisemblablement conscience et, va combler ce manque en considérant que : « le droit de superficie imposée perpétuellement au propriétaire foncier, n'est pas conforme à la Constitution. »¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁶ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §357 p. 409, Portalis. Présentation au corps législatif, in Fenet, T.11, p.73 et 74 : « un premier acquéreur ne voit pas dans l'établissement de la rente perpétuelle à laquelle il se soumet ce qui lui rend profitable. Ses successeurs ne sont plus sensibles qu'à ce qui peut la rendre odieuse. », La pérennisation des droits non rachetables, « imprimait à l'héritage une tache perpétuelle qui le suivait dans toutes les mutations de propriété, et qui gênait la circulation des immeubles ».

¹⁰⁷⁷ Art. 638 Code civil : « La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre ».

¹⁰⁷⁸ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §360 p. 412.

¹⁰⁷⁹ F. Zenati-Castaing, T. Revet, Les biens, 3e édition, PUF, 2008, §315 p. 479, adde Cass. civ. 3e, 6 mars 1991, RTD C 1992 p. 793, obs. F. Zenati à propos d'un droit de superficie perpétuel accordé à un bureau de bienfaisance communal l'auteur parle de « retour à un ordre juridique révolu ».

¹⁰⁸⁰ F. Zenati « Etendue de la propriété foncière » RTD Civ. 1999 p. 142

B. L'absence de justification de la durée comme fondement du *numerus clausus*

(414.) Faire de la durée la clef du *numerus clausus* pose la question du fondement de ce choix. Or, la théorie de la propriété renouvelée ne parvient pas à convaincre sur ce point.

Le recours à l'inconstitutionnalité du droit de superficie perpétuel en référence à l'ordre public des biens de F. Zenati, n'est pas satisfaisant (1). Les efforts de F. Dumont pour asseoir une autre solution constitutionnelle n'aboutissent pas non plus (2). Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de cassation qui à maintes reprises s'est prononcée en faveur d'un droit de superficie perpétuel n'apporte aucun argument supplémentaire à la thèse du *jus excluendi*, au contraire (3).

1. La décision du Conseil constitutionnel de 1994 marque le principe d'un droit de superficie commun à la propriété publique et privée sans justifier un alignement de leur régime

(415.) Le critère de la durée, fondement du *numerus clausus* est absent des textes, qui rappelons-le ne mentionnent pas le caractère perpétuel de la propriété. Pour F. Zenati, ce fondement tiendrait à l'inconstitutionnalité du droit de superficie perpétuel. Pour développer son argumentaire, l'auteur se réfère à une décision du Conseil constitutionnel de 1994,¹⁰⁸¹ qui selon son interprétation « témoigne (ici) d'une hostilité remarquable à la perpétuité des droits sur la chose d'autrui »¹⁰⁸². Un droit de superficie serait ainsi contraire à l'ordre public des biens, alors que, comme nous le verrons, le risque pour l'ordre public des biens émane en réalité de la position du *jus excluendi* (cf. *infra* §440).

Fort de l'appui de la règle suprême, l'argumentaire de la propriété renouvelée présente sans conteste, la consistance escomptée pour établir l'ordre public des biens, barrage à la liberté de création des droits réels. En complément, un autre argument, plus traditionnel, fondé sur l'article 6 du code¹⁰⁸³, a été développé plus récemment par T. Revet¹⁰⁸⁴. Simplement, comme l'avait signalé Laurent¹⁰⁸⁵, dans sa plaidoirie en faveur de la libre création des droits réels (cf. *supra* §384), il ne suffit pas de se référer à l'ordre public, encore faut-il démontrer en

¹⁰⁸¹ DC n° 94-346, 21 juill. 1994, JO 23 juillet 1994, p. 10635.

¹⁰⁸² F. Zenati « Droit de superficie » RTD Civ. 1995 p. 656.

¹⁰⁸³ Art. 6 Code civil « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. ».

¹⁰⁸⁴ T. Revet, « Un nouveau cas de propriété divisée », RTD Civ. 2012 p. 553 : « Le fait qu'un acte ait établi sur une portion d'un terrain le droit d'exploiter perpétuellement le bois qui y poussera et viendra à y gésir, et que ce droit ait été mentionné dans tous les actes portant transfert du terrain, ne pèse guère face au principe fondamental de l'indivisibilité de la propriété, principe inhérent à la notion même de propriété, qui doit donc être défendu avec la même force que cette prérogative majeure. Techniquement, l'article 6 du Code civil suffit à invalider toute stipulation contraire à cette exigence... ».

¹⁰⁸⁵ Selon Laurent l'article 6 « serait une limite à la création de droits réels seulement si le droit réel créé était un retour à la féodalité », soit « priver les personnes de leur liberté en les plaçant dans un état de dépendance à l'égard d'autres personnes » ce « qui rétabliraient la souveraineté féodale », F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 6, Paris Bruxelles, 1871, §84 p. 109 et 110.

quoi il y a contravention à cet ordre public. Or, en passant de l'ordre public des biens, à l'ordre public tout court, l'argument se limite à déplacer la problématique sans la résoudre. Par le biais de la décision de 1994, F. Zenati tente bien de donner corps à un ordre public des biens, susceptible de s'opposer à une superficie perpétuelle. Toutefois, la décision rend malaisée une telle entreprise. Il s'agit en effet d'un contrôle de constitutionnalité se rapportant à une loi¹⁰⁸⁶ prévoyant l'établissement de superficies sur le domaine public¹⁰⁸⁷. La loi objet du recours, ouvre pour « le domaine public des possibilités de dissociation par la création de droits de superficie au profit des particuliers ». Elle étend par là le régime de la propriété privée à la propriété publique¹⁰⁸⁸, par la faculté de créer des droits réels sur le domaine public. Cette liberté relative au domaine public est toutefois enserrée explicitement dans une limite de temps (70 ans)¹⁰⁸⁹, définie par une autorisation pouvant être retirée, avec un système d'agrément du nouvel occupant en cas de cession ou transmission des droits réels. De la sorte, sur le principe, le parallèle avec la propriété privée s'entend, le droit réel de la propriété publique obéit à un régime bien différent de celui de la propriété privée. C'est d'ailleurs, sur la base de cette spécificité que le juge constitutionnel déclare la loi de 1994 conforme¹⁰⁹⁰.

En conséquence, le raisonnement de F. Zenati tendant à dire, qu'en raison de l'impossible perpétuité de la superficie établie sur le domaine public, le droit de superficie constitué sur une propriété privée est non conforme à la constitution, est contestable.

Rien dans la décision du Conseil constitutionnel ne laisse entendre que le rapprochement entre la propriété privée et publique, exprimé par la faculté de constituer un droit de superficie, signifie un alignement pur et simple du régime du droit de superficie, valant en matière de droit privé et public.

Si cette hypothèse était retenue, il serait d'ailleurs possible de soutenir que l'extension du régime de propriété n'est pas celle du droit privé sur le droit public, mais l'inverse, puisque la limite de temps tient à l'inaliénabilité du domaine public. Tout au plus, est-il possible de

¹⁰⁸⁷ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §368 p.420. L'auteur reconnaît que la décision porte sur le domaine public, mais elle considère que la solution est transposable à la propriété privée en raison de la protection constitutionnelle de la propriété. Or, cette protection ne s'entend pas d'un *numerus clausus* des droits réels fondée sur la perpétuité. Une telle affirmation demande à être démontrée ce que ne parviennent pas à faire ni F. Zenati, ni F. Dumont (Cf. supra).

¹⁰⁸⁸ J.L. Bergel, « Droits réels sur le domaine public », RDI 1995, p. 81.

¹⁰⁸⁹ Code du domaine de l'État - Article L34-1 alinéa 3 « Le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans. ».

¹⁰⁹⁰ G. Gondouin, « Contrôle de constitutionnalité de la loi du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public », AJDA 1994 p. 786 : « Le législateur peut bien accorder au titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public un droit qualifié de droit réel, dès lors que l'on reste dans le cadre protecteur, pour les personnes publiques concernées, du droit public. Par exemple, l'autorisation donnée à titre temporaire... ».

considérer que le raisonnement favorise la propriété superficière, indépendamment d'une assimilation des superficies publiques et privées (cf. infra §416, 417)¹⁰⁹¹.

2. *La protection constitutionnelle de la propriété publique et privée n'emporte un même régime de création des droits réels*

(416.) F. Dumont reprend l'argument constitutionnel de F. Zenati et le développe, au travers d'un parallèle entre inaliénabilité du domaine public et le *numerus clausus* des droits réels. L'auteure dit « la protection relève d'une essence commune », ¹⁰⁹² marquée du sceau de l'inviolabilité de la propriété de l'article 17 de la DDHC¹⁰⁹³. L'auteure ne donnant pas plus de précision sur la notion d'essence commune, il est difficile de la discuter. L'idée d'une dimension inviolable et sacrée, semble pour l'auteure s'appliquer à la propriété publique et privée, et appelle quelques commentaires. Sur le principe, le maintien de ces deux propriétés à l'écart de l'arbitraire n'est pas contestable. Ce respect sous-entend dans les deux cas, une indemnisation correspondant à l'atteinte à la propriété qu'elle soit publique ou privée. Néanmoins, pour la première, en complément de la compensation financière, une condition tenant à la mission de service public et à l'affectation du bien en question devra être respectée¹⁰⁹⁴. Cette seconde condition n'existera pas pour la propriété privée, la contrepartie financière sera suffisante. La dimension publique apparaîtra, mais simplement en qualité de préalable à l'expropriation nécessitant une cause d'utilité publique (Art 545). La protection de la propriété publique ou privée coïncide avec celle de leurs propriétaires respectifs partageant la sauvegarde d'un intérêt, sans qu'il s'agisse d'un intérêt identique. Le propriétaire privé est protégé, car la privation arbitraire de sa propriété compromettrait son développement, qui prime celui de tous les autres pris individuellement. L'État, ou les autres personnes publiques, voient leurs propriétés protégées car à défaut, les individus pris, cette fois, collectivement pourraient voir leur développement remis en cause. Les deux intérêts ont la même finalité : la sauvegarde de l'homme, mais la démarche diffère foncièrement, puisque d'un côté, c'est l'individu en tant que tel qui est le véhicule permettant d'atteindre l'objectif, et de l'autre, le groupe. La notion d'utilité publique ne peut donc pas avoir le même positionnement dans l'un et l'autre cas.

¹⁰⁹¹ J.-P. Bertrel, « Les ensembles immobiliers complexes » - Droit et Patrimoine – Novembre 1994 - p. 50 et s.

¹⁰⁹² F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §357 p. 410.

¹⁰⁹³ Article 17 de la DDHC : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. ».

¹⁰⁹⁴ G. Gondouin, « Contrôle de constitutionnalité de la loi du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public », AJDA 1994 p. 786 : « A ceci près que la contrepartie évoquée en 1994 n'est sans doute pas seulement financière. Dès lors que sont en jeu service public et domaine public, l'administration conserve des prérogatives de puissance publique, prérogatives qui sont autant de sujétions pour l'occupant du domaine public. ».

Propriété publique et propriété privée poursuivent des finalités complémentaires, mais distinctes. Elles méritent bien entendu toutes deux d'être protégées de l'arbitraire, sans que cette protection puisse méconnaître les spécificités de chacune d'elles, comme le montre la problématique du *numerus clausus*.

(417.) La problématique de l'inaliénabilité et celle du *numerus clausus* des droits réels présentent une certaine similitude. Toutes deux sont des attributs nécessaires à la réalisation de l'objectif de leurs propriétés respectives, mais c'est à peu près tout. Le parallèle ne peut pas conduire à une vision synchrétique.

L'indisponibilité qui frappe les biens publics s'explique par l'incompatibilité de principe de leur aliénation avec leur affectation à une mission de service public. La perte patrimoniale du bien s'apparente à un obstacle à cette mission. Dans cette perspective, les dispositions de l'article 17 de la Déclaration de 1789 dit : « font obstacle à ce que le domaine public puisse être durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté »¹⁰⁹⁵. Cela signifie qu'au-delà de cette limite de temps, l'octroi d'un droit réel sur le bien public s'apparente à une aliénation, en contradiction avec l'indisponibilité des biens publics. À l'inverse, l'aliénabilité est l'essence de la propriété privée, le *numerus clausus*, sous réserve d'en valider le principe, aurait lui, vocation à éviter un risque systémique par la démultiplication des objets de propriété. Le critère temps comme clef du *numerus clausus* permet une démultiplication, tout en assurant à l'issue du terme défini, le retour à un objet de propriété unique. Il est certain que les deux processus ont pour but de garantir à chacune des propriétés, leurs objectifs réciproques, mais distincts l'un de l'autre. Les mécanismes se rejoignent comme ayant trait au système social, répondant à l'idée de développement du corps social. Il n'en demeure pas moins que l'intérêt de l'individu pris, cette fois, isolément ne se confond pas avec celui du groupe d'individus.

Le rapprochement entre propriété publique et privée n'a pas pour effet de gommer les particularités de chacune d'elles. La limite de temps imposée pour la constitution de droit réel de la propriété publique, assise sur l'affectation d'un bien à une mission de service public, n'est pas transposable automatiquement comme une limite à la liberté de création des droits réels de la propriété privée, qui ne possède pas cette dimension¹⁰⁹⁶. Un alignement reviendrait à réserver exclusivement la propriété au profit des intérêts en place, au détriment

¹⁰⁹⁵ G. Gondouin, « Contrôle de constitutionnalité de la loi du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public », AJDA 1994 p. 786.

¹⁰⁹⁶ J.-P. Bertrel, « Les ensembles immobiliers complexes » - Droit et Patrimoine – Novembre 1994 - p. 55, l'auteur revient sur la limite de durée pour distinguer ce qui selon lui, serait la propriété superficielle de la loi de 1994 et la propriété de l'article 544.

de ceux à venir. Or, le propre de la propriété est de pouvoir maintenir un équilibre entre ces deux pôles.

En résumé, la protection constitutionnelle commune à la propriété publique et à la propriété privée, ne peut pas être utilisée pour légitimer l'extension d'un *numerus clausus* de la propriété publique basé sur la non-perpétuité des droits réels. Par ailleurs, les arguments tirés de la jurisprudence judiciaire par F. Dumont ne sont guère plus convaincants.

3. *La jurisprudence judiciaire ne permet pas de légitimer la durée comme critère du numerus clausus*

(418.) Sur le front de la jurisprudence judiciaire, F. Dumont se réfère à plusieurs décisions sans réussir à combler les lacunes de l'argument constitutionnel du *jus excluendi*.

L'auteure débute en relativisant la portée du célèbre arrêt Caquelard qui rejette la qualification de droit réel au profit de la propriété. Pour ce faire, F. Dumont souligne que la décision aboutit à une division de l'objet de la propriété foncière et non le droit, parlant de « partage novateur de l'espace »¹⁰⁹⁷ en référence à l'expression de F. Terré, sans toutefois en tirer les conséquences qui s'imposent. L'appropriation novatrice dont il est question, n'est rien d'autre que la propriété en trois dimensions, c'est-à-dire l'impossibilité de limiter la superficie ou volume à un droit réel (cf. supra §624 et s.).

De même, l'auteure mentionne l'arrêt de la cour de Besançon de 1864, qui symboliserait le point de départ de la thèse dualiste invalidant l'idée de : « droits réels perpétuels sur la chose d'autrui, autre que le droit de propriété »¹⁰⁹⁸. Au-delà du flou de la notion de droits réels perpétuels sur la chose d'autrui, il est étrange que F. Dumont recoure à ce qui s'apparente à la thèse dualiste pour justifier son propos. D'une part, cette thèse est favorable à la propriété des superficies, propriété perpétuelle par principe, en opposition avec la théorie du droit réel du *jus excluendi* qui s'y oppose farouchement. D'autre part, en faisant le choix de la propriété superficière, la thèse dualiste évite le débat sur le *numerus clausus*. Le droit de superficie étant une propriété, il n'y a pas lieu de s'interroger sur la création d'une nouvelle catégorie de droits réels, sauf à opter pour une propriété superficière *sui generis*¹⁰⁹⁹, ce qui ouvre un autre débat (cf. infra 472 et s.).

¹⁰⁹⁷ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §365 p. 417.

¹⁰⁹⁸ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie » : Thèse, Lyon 3, 2001, §365 p. 418.

¹⁰⁹⁹ Une troisième voie, la propriété *sui generis*, est toutefois possible. C'est, celle empruntée par W. Dross dans son étude sur l'article 543. L'auteur se prononce en faveur de la propriété superficière tout en précisant que cette propriété n'est pas perpétuelle. Le raisonnement est erroné en présence d'un démembrement de l'objet de la propriété et suppose l'abandon de la propriété unitaire en présence d'un démembrement du droit de propriété (cf. infra thèse dualiste). W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 543 », Fasc. Unique, Cote : 11, 2010.

Finalement, F. Dumont : « affirme l'existence d'un *numerus clausus* » en référence à une décision de la Cour de cassation de janvier 1984¹¹⁰⁰. L'arrêt rendu au visa de l'article 578 du Code civil refuse la qualification d'usufruit pour un droit d'affichage, mettant en avant son caractère perpétuel. Ainsi, la haute cour prend indéniablement appui sur la perpétuité du droit pour refuser la qualification d'usufruit, un usufruit par définition d'une durée limitée, soulignant l'intérêt de ce critère dans le débat. Cependant, il paraît excessif de voir dans cette décision l'affirmation de l'existence d'un *numerus clausus* prohibant tout droit réel consenti à perpétuité, en référence à l'ordre public des biens. Au surplus, il est possible d'opérer un rapprochement avec l'argument de W. Dross à propos d'un arrêt, également de 1984¹¹⁰¹. Les décisions présentent, en effet, des similarités, puisque pour la seconde, la cour rejette la qualification de servitude pour un droit de passage consenti en vue de l'implantation de pylônes et téléski, les installations ne pouvant constituer le fonds dominant. Dans cette affaire, « Il semble qu'il aurait été possible d'échapper à la cassation en développant l'argumentation sur le terrain du droit de superficie. »¹¹⁰². Il est vrai toutefois, et W. Dross s'y réfère dans son raisonnement, que l'installation de téléski, objet du droit de superficie, s'analyse en un immeuble par nature, ce qui n'est pas le cas du droit d'affichage. Plus décisif encore, il est possible d'opposer à F. Dumont les décisions de la Cour de cassation reconnaissant un droit réel perpétuel pour un droit de passage accordé sans fonds dominant¹¹⁰³, pour un droit de jouissance sur des parties communes¹¹⁰⁴ ou, plus récemment pour un droit de crû et à croître sur des arbres¹¹⁰⁵ ou encore, un droit de superficie en octobre 2012 (cf. infra §800 et s.).

Ainsi, la jurisprudence du Conseil constitutionnel, comme celle de la Cour de cassation, ne peut être considérée comme soutenant la position du droit de superficie DRCA en matière de *numerus clausus* fondé sur la durée. Ce n'est toutefois pas la seule difficulté à laquelle les auteurs de la théorie renouvelée de la propriété sont confrontés. Une autre difficulté, intrinsèque à cette théorie, cette fois, nécessite d'être mise en lumière.

¹¹⁰⁰ Cass. civ. 3^e, 18 janvier 1984, n° 83-10.040 ; JurisData : 1984-700562 ; Bull. civ. 1984, III, n° 58 ; JCP G. 1984. II. 20307, note G. Goubeaux ; JCP 1986. II. 20547, note Barbiéri ; D. 1985, 504, note Zenati.

¹¹⁰¹ Cass. civ. 3^e, 12 décembre 1984, JurisData n° 1984-702040 ; JCP G 1985, II, 20411, note G. Goubeaux.

¹¹⁰² Juris Classeur Code Civil, Art. 543, Fasc. unique : BIENS. - Droits dont les biens peuvent être l'objet, Cote : 11,2010, William Dross, §21.

¹¹⁰³ Cass. civ.3^e, 6 mars 1996, n° 93-17.424, RDI 1996 p. 536, obs. J.-L. Bergel : « un droit de passage ... qui devait s'analyser comme une charge grevant à perpétuité le fonds des copropriétaires d'un immeuble au profit de la collectivité. »

¹¹⁰⁴ Cass. civ.3^e, 17 juin 1997, n° 96-10.506, Loyers et copr. 1997, comm. 296, obs. G. Vigneron ; Cass. civ. 3^e 24 octobre 2007, n° 06-19.260 ; RTD civ. 2008. 693, obs. T. Revet ; Cass. civ. 3^e 4 mars 1992 n° 90-13.145, D. 1992. 386, note Ch. Atias ; RD imm. 1992. 240, obs. P. Capoulade et C. Giverdon ; Defrénois, 1992. 1140, note H. Souleau ; RTD civ. 1993. 162, obs. F. Zenati.

C. *Le droit de superficie non perpétuel perturbe la perpétuité du jus exclusi*

(419.) Sur la dimension de la perpétuité, la propriété subjective se démarque de la théorie classique.

En attachant la perpétuité à la chose, la thèse classique prendrait le risque de faire disparaître la propriété, ce que dénoncent F. Zenati et T. Revet : « Le propriétaire qui n'utilise pas d'une chose ne peut donc être considéré, comme le suggère malencontreusement la définition classique de la propriété, comme omettant d'exercer son droit, son droit est donc comme exposé à la prescription dite extinctive ». Pour prévenir ce risque, qui il faut le souligner n'est que celui « d'être exposé »¹¹⁰⁶, le *jus exclusi* attache le caractère imprescriptible au droit de propriété, la propriété subjective : « Illimitée dans son contenu nominal, la propriété est corrélativement illimitée dans le temps, elle a vocation à se prolonger indéfiniment. »¹¹⁰⁷. De cette façon, l'imprescriptibilité¹¹⁰⁸ est une composante de ce droit social que constitue la capacité d'appropriation. Attaché au sujet de droit, il durera aussi longtemps que lui, puisque sans cette prérogative, aucun lien avec les choses ne serait envisageable, reléguant l'individu à un état de dépendance envers un autre sujet qui, lui, disposerait de cette faculté. Cette qualité s'appliquera, en parallèle, à chacune des choses (propriété objective) appartenant au sujet de droit.

Dans ce schéma, la prescriptibilité comme le droit de propriété (ou propriété subjective) ne se transmet pas, seule la chose passe de mains en mains. La transmission sera synonyme de l'extinction du lien individualisé entre la chose transmise et l'ancien propriétaire, permettant au nouveau propriétaire de créer une relation unique avec sa chose¹¹⁰⁹. La chose transmise est, pour ainsi dire, inerte, dans l'attente d'une appropriation.

Dès lors, une question se pose, comment la superficie, et en particulier, comment le droit de superficie insusceptible de perpétuité peut-il être transmis ? Dans l'hypothèse d'une superficie, immeuble par nature, celle-ci serait transmise comme le serait un fonds de terre et, donnerait lieu à une appropriation perpétuelle par application du droit de propriété sur la chose dès après la transmission, renouvelant la configuration antérieure à la transmission. Cette conclusion s'oppose à la théorie du droit de superficie DRCA, puisqu'elle aboutit à une

¹¹⁰⁵ Cass. civ. 3^e, 23 mai 2012, n° 11-13.202, D. 2012. 1934, note L. d'Avout.

¹¹⁰⁶ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §234 p. 380.

¹¹⁰⁷ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §233 p. 379.

¹¹⁰⁸ Cass. req. 12 juillet 1905, D. 1907.1.141 ; S. 1907. I. 273 ; Cass. civ. 3^e 22 juin 1983, JCP 1986. II. 20565, note Barbiéri, RTDC 1984. 744, obs. Giverdon ; Rep. Not. 1984. 1063, obs. Souleau.

¹¹⁰⁹ M. Cresp « Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale », thèse Bordeaux, 2010, §294 p.342 et note bas de page 1191 p. 343 ; V. Bonnet, « La durée de la propriété », RRJ 2002, p. 281 : « La propriété n'est pas un bien, ni par conséquent un droit, et peut donc être considérée comme une émanation de la personnalité, un pouvoir attaché potentiellement à chaque individu, auquel sont soumises les choses qui lui appartiennent. (...) Si la propriété n'est pas un bien, mais un pouvoir émanant de la personnalité, elle ne peut évidemment pas circuler entre les individus ; il faut donc comprendre qu'elle s'éteint chaque fois que la chose change de propriétaire. ».

propriété dont la durée est extérieure à une relation avec l'ancien propriétaire. La théorie du droit de superficie DRCA ignore, il est vrai, cette hypothèse rendant difficile la critique à ce sujet. Au contraire, la transmission d'un droit ne pouvant être perpétuel, est non seulement au cœur du DRCA, mais aussi de la propriété appliquée à un droit.

(420.) Pour passer du général au particulier, commençons par exposer l'impossible articulation entre la perpétuité attachée à la propriété subjective et la propriété d'un droit.

M. Cresp dans sa thèse cerne parfaitement le sujet et dit : « Si les droits autres que le droit de propriété sont inclus dans la notion de chose, le droit de propriété doit être transmissible. En effet, s'il est intransmissible, il existe, ne serait-ce qu'un instant, un hiatus, une coupure entre les deux titulaires du droit... Une chose matérielle peut exister sans propriétaire. En raison de sa nature, cette chose a une existence factuelle, réelle, indépendante du Droit... Au contraire, un droit ne peut exister s'il n'est pas l'objet d'un rapport d'appropriation... si le droit de propriété est intransmissible, le droit qui en est l'objet disparaît l'instant de la transmission. »¹¹¹⁰. L'auteure propose de dépasser cette contradiction en considérant que le principe de non-transmissibilité du droit, du *jus excluendi*, est avant tout une posture visant à rompre avec la théorie classique¹¹¹¹. De ce fait, l'auteure conclut en reconnaissant la compatibilité de la théorie renouvelée de la propriété et la transmissibilité du droit de propriété. L'analyse est convaincante et le recours au droit de superficie est une invitation à la poursuivre. Pour le droit de superficie, la transmission ne doit bien entendu pas être synonyme d'extinction, mais au-delà du principe, le droit se doit, justement, de ne pas être perpétuel.

Par ce biais, on revient à la contradiction selon laquelle la propriété subjective, incarnant l'absence de limites, ne pourra transférer qu'un droit prédéfini ou borné, venant heurter la liberté sans limites du propriétaire. Par le recours à la propriété objective, la propriété renouvelée répond avec une certaine habileté à cette contradiction. Dans le cas du droit de superficie, l'ordre public des biens vient formater le droit transmis, incluant de plus une

¹¹¹⁰ M. Cresp, « Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale », thèse Bordeaux, 2010, § 299 p. 348.

¹¹¹¹ M. Cresp, « Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale », thèse Bordeaux, 2010, § 298 p. 347 note bas de page n°1196 : « Il semble au contraire que le refus de reconnaître au droit de propriété dans sa conception renouvelée, un caractère transmissible, procède plus d'une réflexion menée en opposition avec la conception traditionnelle du droit de propriété, par la volonté de distinguer celle-ci de celle-là, que d'un raisonnement porté sur cette conception renouvelée elle-même. Or, à trop vouloir combattre et se détacher de cette conception du droit de propriété, les défenseurs de la conception renouvelée du droit de propriété en ont oublié l'essentiel. Le droit de propriété, en tant que technique fondamentale et à part entière du droit privé, doit certes être distingué de la conception traditionnelle, en ce qu'il n'est pas un droit réel, mais le droit subjectif par excellence. Il n'en reste pas moins que les autres droits, qui en sont l'objet, restent eux-mêmes des droits. A trop vouloir distinguer le droit de propriété, de la chose objet de ce droit et objet de la transmission, en a été oubliée la réflexion portant sur les modalités de cette transmission. Or, non seulement le changement de propriétaire n'induit pas nécessairement l'extinction de la propriété, non seulement il n'est pas nécessairement inconcevable que la propriété survive au changement de propriétaire, non seulement le changement de titulaire du droit de propriété est tout à fait compatible avec sa conception renouvelée, mais son caractère transmissible est la condition même de la transmission des droits et de la définition élargie de la notion de chose. ».

durée limitée. De la sorte, la propriété subjective à vocation perpétuelle s'applique à une chose, dont l'une des caractéristiques objectives est d'être à durée limitée ; la disparition de la chose sera sans incidence sur la perpétuité du droit subjectif relevant du sujet.

Seulement, à nouveau, le seul moyen de maintenir la cohérence de la propriété subjective est d'en prendre le contre-pied, sur le principe de la transmission du droit, tout comme sur les modalités de cette transmission. À chaque fois, la liberté du propriétaire est une liberté conditionnelle. Finalement, la propriété renouvelée, dont l'axe central est d'affirmer le droit de propriété, ne peut pas se passer de la chose.

Le choix du critère de la durée comme borne du droit de superficie, présente pour la propriété un coût relativement élevé, sans fédérer la doctrine, ni pouvoir prétendre au ralliement de la jurisprudence. Reste maintenant à savoir quel est son apport et quelles sont ses limites. Commençons par les apports.

§3 Les apports du droit de superficie DRCA

(421.) Parler de l'apport de la théorie de la propriété renouvelée n'est pas sans équivoque, puisque l'axe de notre propos revient à rejeter cette proposition. Ce rejet n'est cependant pas exclusif de la reconnaissance d'un intérêt certain pour cette théorie, lorsque le droit de superficie s'analyse en un démembrement de droit. Dans un souci de clarté, il est nécessaire de revenir, en préalable, à l'une des difficultés du droit de superficie. Celui-ci est en effet susceptible d'être analysé comme une division de l'objet de la propriété ou un démembrement du droit.

Première hypothèse, il s'agit du transfert d'un des éléments, ou d'une partie de l'un des éléments, constituant le sol visé à l'article 552 (sous-sol, sol). L'élément transféré peut alors être analysé en un immeuble par nature susceptible d'appropriation au même titre que le sol, si l'on accepte la propriété du dessus au même titre que celle du dessous. L'analyse est celle de la thèse moniste à laquelle nous nous rallierons (cf. infra §624 et s.). Cependant, elle sera ici laissée de côté, puisqu'étrangère à la thèse du *jus excluendi*, dont l'objectif à ce stade est de montrer les apports.

La seconde hypothèse, correspondant cette fois au droit de superficie DRCA, le procédé s'apparente à un démembrement du droit de propriété. Une ou plusieurs prérogatives sont détachées du droit plein, détenu par le propriétaire, et sont attribuées à un tiers - le

superficiaire. Le transfert porte ici sur un pouvoir, une chose incorporelle qui s'analyse en un droit ou une propriété incorporelle¹¹¹². Ce pouvoir pourra être mis en œuvre de différentes façons, ayant ou non des implications matérielles. Le cas de figure classique est celui du droit de construire, qui se traduira par la réalisation d'un bâtiment. Néanmoins, le développement matériel ne sera pas toujours de mise. Le pouvoir à la base du droit de superficie prendra seulement la forme d'actes juridiques, ex : faire l'objet d'une cession totale, partielle, etc. Les tenants de la thèse dualiste partagent cette analyse puisqu'à l'image de Proudhon¹¹¹³, le premier d'entre eux (cf. infra §473 et s.), le droit de superficie contient deux composantes : une participation à la propriété foncière du sol et la propriété de la construction. Avant construction, seule cette participation existe ; Il est donc possible de conclure qu'avant construction, la thèse dualiste analyse le droit de superficie en un droit sur la chose d'autrui, ou au moins un droit réel. La divergence entre thèse dualiste et propriété subjective apparaît dans un second temps, puisque les auteurs favorables à la première s'appuient sur « la matérialisation du droit sur le sol » au travers des constructions, pour établir un droit de propriété sur celles-ci. Cette propriété aura ensuite vocation à rayonner sur l'institution prise dans son ensemble, emportant la nature de droit de propriété du droit de superficie.

(422.) De même, la thèse personnaliste, avant construction, analyse le droit de superficie en un droit ayant vocation à se transformer en un droit de propriété une fois les bâtiments ou plantations réalisés (cf. supra §351 et s.). Ainsi, avant construction, il est possible de considérer que ces trois écoles voient le droit de superficie avant construction comme un droit, c'est-à-dire une prérogative, incorporelle par sa nature. La thèse personnaliste analysera ce droit en un droit personnel, tandis que les deux autres théories y verront un droit réel classique ou sur la chose d'autrui.

Il est intéressant de relever que les travaux de Ginossar et de F. Zenati et T. Revet permettent d'opérer un rapprochement entre ces points de vue. Comme l'a souligné avec acuité le professeur Larroumet, Ginossar a su mettre en évidence la dimension obligationnelle du droit réel (cf. supra §390 et s.). F. Zenati et T. Revet ont repris cette perspective tout en prenant garde de ne pas glisser vers une personnalisation du droit réel. Pour ce faire, ils ont privilégié la notion de service rendu par la chose sur celle d'obligation de son propriétaire, ce dernier se limitant « à souffrir » qu'un autre que lui puisse tirer profit des utilités de sa chose. La chose se trouve être le réceptacle du droit réel grâce à la bienveillante

¹¹¹² Voir J.-P. Bertrel, « Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie » : RTD civ. 1994, p. 737 s. L'auteur développe le concept de monopole foncier d'exploitation, proche de la notion de fonds de commerce.

¹¹¹³ J.-B.-V. Proudhon, « Traité du domaine de propriété, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé », Dijon, 1839 Tome 2, §711 p. 325.

abstention¹¹¹⁴ de son propriétaire, aboutissant ainsi à une relation tripartite entre le titulaire du droit réel, la chose et le propriétaire.

Dans la situation du droit personnel, le lien sera d'abord tissé entre les deux sujets, le débiteur et le créancier. Cette approche rompt avec l'analyse classique, et perçoit le droit réel, symbolisé par l'usufruit, seulement en un droit sur la chose. En reconnaissant une existence au propriétaire de la chose, qu'il est difficile de faire disparaître, le *jus excluendi* offre un schéma conceptuel solide au droit de superficie, à la condition que celui-ci se limite à un démembrement de droit (A). Cet apport, essentiel, est par ailleurs conforté par l'aptitude de la propriété renouvelée à expliquer la création d'un droit de superficie, droit réel, à partir d'un droit personnel (B).

A. Le DRCA un concept pertinent pour un droit de superficie limité à un démembrement de droit

(423.) Tout en soulignant le réalisme du lien qui l'unit à la chose, le droit réel sur la chose d'autrui, souligne l'ascendance du propriétaire de la chose. Ce second lien, synonyme d'infériorité si l'on se place dans la perspective du superficiaire, garantit les équilibres systémiques du code (1) et, mécaniquement, sécurise un espace, au sein duquel de nombreuses applications peuvent prendre place (2), telle la problématique de l'inaliénabilité (3). Pour la théorie renouvelée, le droit réel sur la chose d'autrui s'apparente donc à un rempart pour la liberté du propriétaire.

1. Le DRCA un rempart contre les perturbations du droit de superficie

(424.) Le droit de superficie droit réel offre un cadre d'analyse puissant et respectueux de la propriété unitaire du code, tant au regard de la chose que du droit. L'affirmation est bien sûr conditionnée par un droit de superficie correspondant à un bail long terme et devient invalide en dehors dudit bail.

Les brefs développements qui suivent s'intègrent dans l'hypothèse du respect de cette condition. Contrairement aux thèses en faveur de la propriété superficiaire, le droit de superficie DCRA n'a pas à se soucier de la question de savoir s'il aboutit à la création d'un nouvel immeuble par nature. C'est toujours le principe de l'unité du sol qui prévaut. S'agissant d'un droit sur une chose appartenant à autrui, que cette chose soit dotée d'ubiquité

¹¹¹⁴ Il aurait été tentant de parler de passivité, mais le terme aurait pu porter à confusion en raison du concept de l'obligation passive universelle de Planiol. M. Planiol, « La propriété, Traité élémentaire de droit civil », avec la collaboration de G. Ripert, t. 1, 11e éd., LGDJ 1928, §2160.

reste sans conséquence pour le titulaire de ce droit. Le superficiaire sera toujours ramené à la titularité de cette prérogative, pouvant par ailleurs être puissante, et dont on pourra toujours dire qu'il en est propriétaire. Concernant le sol, la chose sur laquelle un droit a été accordé, il reste aux mains d'un seul et même sujet : le propriétaire. Le fait que cette chose connaisse des évolutions dans sa composition n'a pas grande incidence, la chose n'étant la propriété que d'un seul. Le respect du principe de l'unité du sol va sans dire, et encore mieux en le disant puisqu'il devient à la fois une limite indépassable et source de légitimité. Dans ce schéma, le sol peut être le support de l'immeuble construit¹¹¹⁵. La règle *superficies solo cedit* une exception, limitée dans le temps¹¹¹⁶ au droit d'accession, est essentiellement un moyen de modifier l'objet de la propriété¹¹¹⁷.

Le droit de superficie DRCA en refusant la propriété superficière, respecte le principe de l'unité du code « proclamé haut et fort par la Révolution et selon lequel, entre autres, une chose ne doit être l'objet que d'un droit de propriété. »¹¹¹⁸.

(425.) En proposant un droit de superficie mettant en scène une chose unique, son propriétaire et le titulaire d'un droit réel octroyé par celui-ci, deux questions essentielles par rapport à la validité de la propriété superficière se trouvent résolues. Elles se trouvent résolues, tout simplement parce qu'elles ne se posent pas.

La première question concerne l'acquisition de la propriété. Comme le relève T. Revet dans le commentaire d'un arrêt de 2002, qui porte sur la propriété du preneur en cours de bail, le propriétaire superficiaire ne peut pas se prévaloir du principe de l'incorporation. De même, « elle ne constitue ni une usucapion, ni une occupation (les biens immobiliers sans maître appartenant à l'État), ni une production, ni une succession... Quant à l'acquisition « par l'effet des obligations » (art. 711 in fine), elle supposerait que le preneur tienne du bailleur son droit de propriété sur les constructions... »¹¹¹⁹. Et, il est vrai, hormis peut-être la production, qu'expliquer l'acquisition de la propriété superficière sur la base d'un bail, y compris un bail transférant un droit réel, n'est pas chose aisée sans le recours au droit réel sur la chose d'autrui (cf. infra). Pour les tenants du droit de superficie DRCA, le superficiaire n'étant pas propriétaire, le mode d'acquisition n'est pas un sujet, sauf pour fragiliser la propriété superficière.

Seconde question qui se trouve résolue : même en faisant abstraction de l'origine de la propriété, le droit de superficie DRCA répond à un aspect d'une portée systémique, qui est

¹¹¹⁵ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §98a p. 156.

¹¹¹⁶ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §142 p. 218.

¹¹¹⁷ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §147 p. 226.

¹¹¹⁸ Cass. civ. 3e, 4 avril 2002, n° 01-70.06, Bull. civ. III, n° 82, RTD civ. 2002. p. 114, obs. T. Revet.

¹¹¹⁹ Cass. civ. 3e, 4 avril 2002, n° 01-70.06, Bull. civ. III, n° 82, RTD civ. 2002. p. 114, obs. T. Revet.

l'assimilation de la propriété superficière à la propriété de droit commun. Là encore, la réponse tient à l'absence de question ; elle n'en contribue pas moins à consolider le propos de la propriété renouvelée. Pour s'en rendre compte, il suffit de le comparer à celui des partisans de la thèse dualiste. Ces derniers, en reconnaissant la propriété superficière, tout en admettant qu'à sa base se situe un droit de construire, dont l'étendue serait à géométrie variable, se retrouvent vite face à un dilemme qu'ils peinent à résoudre (cf. infra §472 et s.), ce qui n'est pas le cas du droit de superficie DRCA.

La négation de la propriété superficière et son corollaire, la conservation du binôme : un sujet, une chose, offrent une perspective solide en éludant des problématiques complexes. À cet avantage s'en ajoute, un autre, plus positif, qui donne une grande malléabilité au droit de superficie DRCA.

2. *Le droit de superficie DRCA un espace de liberté sécurisé*

(426.) Un droit de superficie émancipé du droit de propriété est une source de flexibilité pour cette institution.

La propriété renouvelée, en refusant de qualifier le droit de superficie de propriété, ne se contente pas de contourner des points de fragilité qu'elle peut ensuite dénoncer à loisir ; elle tire aussi avantage de la souplesse qui découle de ce choix. Les tenants de la propriété superficière se doivent de développer leur proposition sous l'égide de la propriété du code. Or, si les avantages sont certains, les inconvénients le sont également ; en premier lieu se trouve une certaine rigidité provenant du caractère exclusif de la propriété, incluant une aversion à l'ubiquité, quasi génétique. Le droit de superficie DRCA, contraint quant à lui par l'épineuse question du *numerus clausus* des droits réels, n'a pas en revanche à se préoccuper de la question de l'exclusion du propriétaire. Dès l'origine, le droit réel est placé dans un statut d'infériorité vis-à-vis du droit de propriété, appelé à rester la matrice ultime de l'état « normal » de la propriété, état, que le temps contribuera irrémédiablement à faire renaître. Pour le *jus excluendi*, l'absence de symétrie avec le droit de propriété n'est pas seulement un non-sujet, c'est un argument venant corroborer sa thèse. Un droit de superficie non perpétuel provoque une certaine gêne pour la théorie de la propriété superficière, puisque la propriété du code, elle, est perpétuelle.

La doctrine accepte majoritairement le principe d'une propriété superficière limitée dans le temps¹¹²⁰, sans répondre franchement aux critiques développées par certains auteurs. Messieurs Mazeaud, par exemple, opèrent une distinction entre la propriété temporaire telle

¹¹²⁰ Voir par exemple P. Wallet, V° « Superficie », Rép. Immo., fév. 2000, §85 ou F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens » (8e édition), 2010, Dalloz, §953 p. 838.

qu'elle résulte du jeu d'une condition résolutoire, insérée dans le cadre d'une vente ou d'une donation, et celle du superficiaire dans le cadre d'un bail longue durée. Seule la première situation dans laquelle la fin de la propriété, via la réalisation de la condition indépendante de la volonté des parties, se traduit jusqu'à cet événement par un droit de propriété classique¹¹²¹. Dans la seconde situation, au contraire, le terme dérive de la volonté des parties et une partie des utilités de la chose se trouve retenue entre les mains du propriétaire, rendant délicate l'attribution d'un second droit de propriété.

Le droit de superficie DRCA s'articule, quant à lui, parfaitement avec une limite temporelle et en fait même une condition de sa raison d'être. La perpétuité étant du ressort exclusif du propriétaire, en priver le superficiaire est une conséquence mécanique et même essentielle de l'institution (cf. supra §403 et s.). Il en va de même pour les autres spécificités du droit de superficie comme l'encadrement de la destination du bien ou plus généralement de son usage. Bien-sûr, il est toujours possible de constater avec P. Malaurie et L. Aynès que la propriété superficiaire est une propriété : « ... assez spéciale : son usage est seulement la possibilité de construire ; elle échappe à l'usucapion et, est généralement éphémère »¹¹²² et, considérer qu'il s'agit là d'une différence touchant seulement au régime de la propriété et non à sa nature.

Dans l'hypothèse d'un droit de superficie démembrement de droit, la théorie du droit réel sur la chose d'autrui semble néanmoins avoir l'avantage en évitant de répondre à une question qui ne se pose pas. Un bref retour sur la problématique des clauses d'inaliénabilité doit permettre de s'en convaincre définitivement.

3. *L'inaliénabilité : illustration de l'intérêt du droit de superficie DRCA*

(427.) La clause d'inaliénabilité s'analyse en une restriction conventionnelle du droit de disposer du propriétaire¹¹²³. Suite à un courant jurisprudentiel ancien¹¹²⁴, le législateur est venu reconnaître cette faculté¹¹²⁵ en matière de libéralité à l'article 900-1¹¹²⁶ du Code civil.

¹¹²¹ H.-L. et J. Mazeaud, F. Chabas et F. Giantivi, « Leçons de droit civil », t. 2, 2e vol. « Biens: droit de propriété et ses démembrements », 8e éd. 1994, §1349-2 p. 106.

¹¹²² Ph. Malaurie, L. Aynès, « Les biens, Droit civil », 4e édition, Defrénois, 2010, §905 p. 291.

¹¹²³ R.-N. Schutz Inaliénabilité, Répertoire de Droit Civil Dalloz, octobre 1999 (dernière mise à jour : janvier 2013) §12, contra B. Mallet-Bricout, Recueil Dalloz 2010 p. 2183, Droit des biens, juillet 2009 - juillet 2010. L'auteure à propos de l'arrêt Civ. 3e, 23 sept. 2009, n° 08-18.187 analyse un pacte de préférence donnant priorité à une commune pour acheter à un prix défini un terrain que cette même commune avait cédé pour une opération d'accession sociale, considère En l'espèce, la clause contractuelle ne limite aucunement le pouvoir de disposition des propriétaires du terrain, qui restent libres de vendre ou de donner leur bien ... Cette clause reflète seulement une autolimitation de leur liberté contractuelle par les propriétaires qui ont accepté d'accorder un droit de priorité à leur cocontractant et de fixer par avance les éléments de détermination du prix de revente du bien objet de la clause. ».

¹¹²⁴ R.-N. Schutz, « Inaliénabilité », Rép. Droit Civil, oct. 1999 (dernière mise à jour : janvier 2013) §68, à propos du cheminement historique des clauses d'inaliénabilité.

¹¹²⁵ R.-N. Schutz, « Inaliénabilité », Rép. Droit Civil, oct. 1999 (dernière mise à jour : janvier 2013), §65.

Puis, cette possibilité a été étendue aux actes à titre onéreux, tout en faisant l'objet d'un contrôle de la Cour de cassation. Ce contrôle lui a donné l'occasion de rappeler que « le droit de disposer librement »¹¹²⁷ est une composante du droit de propriété devant, à ce titre, être protégé.

« L'extension »¹¹²⁸ de la restriction au droit de disposer suppose le respect d'une condition de durée, par ailleurs, la clause doit pouvoir justifier d'un intérêt sérieux et légitime¹¹²⁹. Ce courant jurisprudentiel maintenant bien établi¹¹³⁰, a été conforté pour une intervention législative sur un champ spécifique, qui est celui de la vente de logements sociaux¹¹³¹, tout en conservant son rang d'exception, au principe de la souveraineté du propriétaire¹¹³². La doctrine accueille favorablement cette restriction, encouragée notamment par le fait que les clauses d'inaliénabilité sont souvent la contrepartie de cession de terrains à bâtir dans des conditions privilégiées à des personnes accédant à la propriété, auparavant exclues du marché. Pour autant, comme le remarque H. Périnet-Marquet, l'approbation mérite d'être nuancée¹¹³³. En poursuivant sur cette thématique, on se rapproche en fait de celle du *numerus clausus* des droits réels et du dilemme qui avait surgi à propos de la position libérale de Laurent. Tant que la restriction est appréciée du point de vue du propriétaire qui cède, elle s'analyse comme un développement presque naturel des prérogatives de ce dernier, lui donnant un caractère positif pouvant même être assimilé à acte de saine gestion¹¹³⁴. Néanmoins, celui qui est appelé à subir la restriction, n'en est pas moins un propriétaire, comme un promoteur, aux prérogatives nettement amoindries, en dehors de toutes bases légales¹¹³⁵. Rappelons à ce propos que la clause d'inaliénabilité rend le bien insaisissable¹¹³⁶, ce qui, déjà en soi, représente une contrainte forte¹¹³⁷.

¹¹²⁶ Art. 900-1 Code civil : « Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige.

Les dispositions du présent article ne préjudicient pas aux libéralités consenties à des personnes morales ou mêmes à des personnes physiques à charge de constituer des personnes morales. »

¹¹²⁷ F. Zenati, « Caractère constitutionnel du droit de propriété », RTD Civ. 1996 p. 932, à propos Cass. civ. 1^e, 4 janvier 1995 : «... la liberté (de disposer) n'est pas inhérente à la disposition, mais constitue un caractère que lui impose l'ordre juridique ».

¹¹²⁸ A.-L. Thomat-Raynaud, « Clause d'inaliénabilité stipulée dans un acte à titre onéreux et droits des créanciers : un équilibre trouvé » Recueil Dalloz 2008 p. 963, §9.

¹¹²⁹ Cass. civ. 1^e, 31 octobre 2007, n° 05-14.238 ; Bull. civ. I, n° 337.

¹¹³⁰ Cass. civ. 3^e, 23 septembre 2009, n° 08-18.187.

¹¹³¹ Article L.443-12-1 du Code de la Construction et de l'Habitation

¹¹³² Cass. civ. 1^e, 13 décembre 2005, JCP E 2006. 2743, note Lamoureux : « Nullité d'un engagement de ne pas louer sans accord du prêteur immobilier ».

¹¹³³ JCP 2010. 336, n° 5, obs. H. Périnet-Marquet.

¹¹³⁴ CAA Nantes 3^eme chambre, 30 juin 2000, N° 00NT00040, Préfet de Vendée c. Commune de La Guyonnière, Une garantie conventionnelle est analysée comme une contrepartie empêchant la qualification de libéralité d'une mise à disposition de terrains.

¹¹³⁵ Il s'agit de l'exemple évoqué par H. Périnet-Marquet : « Or, à l'heure actuelle, aucun texte du Code de la construction ou du Code de l'urbanisme ne permet légalement à une commune d'imposer à un promoteur, lors de la délivrance du permis de construire ou postérieurement, que son programme en accession à la propriété soit destiné à des catégories différentes de personne et à des prix différents. La seule possibilité offerte par le Code de l'urbanisme est d'imposer un pourcentage de

Sous cet angle, la restriction apparaît toujours comme négative, comme une exception à la propriété, même si l'on peut supposer qu'elle a été la contrepartie d'un élément du prix de la transaction.

(428.) À l'évidence, la validité des clauses d'inaliénabilité reconnue par la doctrine et la jurisprudence pour la propriété, vaut en présence d'une superficie. Il est même probable que le droit de superficie encourage l'insertion de ses clauses dont le champ est extrêmement large¹¹³⁸.

Sans remettre en cause la souplesse offerte par les clauses d'inaliénabilité dans les actes à titre onéreux, il peut être souhaitable de souligner le risque d'érosion de la propriété que provoquerait leur développement. Dans cette optique, le concept de droit réel sur la chose d'autrui constitue, semble-t-il, une alternative intéressante. D'abord, le droit de superficie permet d'ouvrir assez librement les possibilités d'aménagement de ces clauses, sans risquer de contrarier le droit de propriété. Ensuite, cette qualification aurait le mérite de la clarté, en mettant en lumière la spécificité essentielle de la transaction, un droit réel assorti d'une condition. Cette configuration offrirait à chacune des parties une invitation à évaluer précisément les coûts et avantages procurés. Ce point, pourtant essentiel, est négligé dans l'hypothèse d'une restriction du droit de propriété. L'orientation du concept de propriété unitaire français va en effet avoir tendance à flouter les incidences de la restriction, pour ne se concentrer que sur la préservation du droit de propriété. Cette situation de restriction sera perçue comme exceptionnelle dans l'attente du retour à la normalité, et minorant la dérogation à la propriété. En se plaçant maintenant dans l'hypothèse d'un régime de propriété simultanée, comme celui de la *common law* et du *bundle of rights* ou *quiver of rights*¹¹³⁹, l'attention ne porte pas exclusivement sur l'unité de la propriété, mais sur ses composantes (*rights*) pouvant exister isolément. Ainsi, une vente assortie d'un pacte de

logements locatifs sociaux, ce qui est tout à fait différent. Un pacte de préférence imposé aux acquéreurs dans de telles conditions par une commune n'étant pas à l'origine propriétaire du terrain pourrait difficilement être considéré comme légal. »

¹¹³⁶ Cass. 1^{ère} Civ. 15 juin 1994, 92-12.139, Bulletin 1994 I N° 211 p. 153 : « Attendu qu'il résulte de ce texte que l'immeuble donné ou légué, affecté d'une clause d'inaliénabilité, ne peut faire l'objet d'une saisie tant que cette clause est en vigueur ; »

¹¹³⁷ Il s'agit-là d'un angle d'analyse qui ne sera pas développé. Cependant notons que l'insaisissabilité et la contrepartie naturelle de l'inaliénabilité, limiter l'une revient à limiter l'autre, et il s'agit d'un point de distinction entre les clauses d'inaliénabilité et l'inaliénabilité pure et simple. Par surcroît, pour certains auteurs la faculté de servir de gage à un tiers est un élément essentiel à la qualification du bien, P. Berlioz, « La notion de bien », L.G.D.J., 2007, voir en particulier §814 et suivants dont §832 « La conséquence essentielle de l'existence de cette clause est de retirer à cette chose la qualification de bien qu'elle avait auparavant. ».

¹¹³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 2005, RTD civ. 2006. 557, obs. Mestre et Fages, les auteurs évoquent la variété du contenu de ces clauses qu'ils finissent par qualifier de « sûreté négative ».

¹¹³⁹ Sous toutes réserves, la traduction la plus adaptée du terme *bundle of rights* pourrait être celle de faisceau de droits, notion notamment employée par Labbé qui parle de faisceau de droits solidaires Cass. req. 27 avril 1891, S. 1891. I. 369 ; addes C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §471 p.353 « la propriété, c'est le faisceau de tous les droits réels possibles sur une chose (art. 544). ».

préférence avec un rachat selon des conditions prédéfinies, sera perçue comme la rétention du droit de propriété, consistant à choisir l'acquéreur et à fixer librement, pour un temps donné ou perpétuellement, le prix. Ce droit (*right*) aura une existence propre, indépendamment du fait qu'il peut être intégré au faisceau de droits formant une entité unitaire, et cette existence, sera synonyme d'une valeur, d'un prix qui sera le fruit de l'évaluation coût, avantage de la prérogative.

Le droit réel sur la chose d'autrui, dans le respect du régime unitaire, offrirait ainsi un support pour une approche similaire. Le droit transmis n'est pas la propriété ce qui évite toute confusion et encourage à évaluer ce droit en tant que tel.

(429.) Dans le domaine de l'habitat, ce concept pourrait être une troisième voie entre propriété et location, ou entre la location HLM et location de droit commun. Le titulaire du droit réel pourrait jouir de prérogatives dans la conduite de la chose supérieures à celles d'un locataire, sans disposer de toutes celles de la propriété¹¹⁴⁰. Plutôt que de vouloir étendre le champ de la propriété en développant des situations dérogatoires complexes, comprenant une certaine insécurité, et dont l'appréciation peut être aléatoire, il serait sans doute plus pertinent d'opter directement pour une formule de non-propriété, comme le droit réel sur la chose d'autrui.

Laissons ici cette application spécifique du démembrement de droit et l'apport potentiel du droit de superficie DRCA sur ce champ, pour présenter l'intérêt de ce concept au regard des situations mettant en œuvre un droit réel, à l'origine duquel se trouve un droit personnel.

B. Le DRCA un concept expliquant la création d'un droit de superficie sur la base d'un droit personnel ?

(430.) Notre propos est à nouveau d'illustrer l'apport du concept de DRCA dans la perspective du droit de superficie. L'axe de réflexion concerne cette fois l'épineuse question de la transition entre un droit personnel et un droit réel que met en œuvre la problématique superficière. Le droit de superficie ubiquiste contrarie la *summa divisio* (1), comme le montre sans détour des exemples concrets (2). Or, la théorie renouvelée propose un cadre conceptuel permettant de sortir du choix cornélien entre le droit de superficie et la *summa divisio* (3), invitant ensuite à formuler quelques observations sur ce sujet (4).

¹¹⁴⁰ Dans cet exemple, le titulaire du droit réel serait l'usager du bien, mais rien ne s'oppose à ce qu'une perspective inverse puisse se mettre en place en fonction de l'équilibre de la situation.

1. La nature ubiquiste du droit de superficie un outil pour repenser la summa divisio droit réel droit personnel

(431.) Dans la situation du droit personnel, le lien sera d'abord tissé entre les deux sujets, le débiteur et le créancier. En réagissant par rapport au droit de superficie, le propriétaire du terrain et/ou de la construction originale sera obligé de mettre son bien à disposition du superficiaire en vue de la construction, en contrepartie de quoi, ce dernier s'engagera à payer un prix donné. On retrouve la figure à l'instant évoquée du droit personnel, sans pour autant que l'on puisse confondre les deux situations. Pour reprendre le raisonnement de Marcadé à propos de l'usufruit : « L'usufruit est le droit de jouir, et non pas seulement le droit de contraindre le propriétaire à faire jouir »¹¹⁴¹.

Ainsi, le droit réel, en dépit de la présence du propriétaire de la chose, organise une relation directe avec la chose. En présence du droit personnel maintenant, la configuration diffère, mais la chose n'est pas totalement absente. Dans le bail par exemple, dont Troplong a mis en avant le réalisme¹¹⁴², la première obligation du bailleur est celle de délivrer la chose¹¹⁴³.

Poursuivant ce schéma, dans l'hypothèse du droit de superficie, la proposition du droit réel pourrait se résumer par : le superficiaire dispose d'un droit direct sur la chose, supposant la souffrance du propriétaire. Celle du droit personnel correspondrait à : le superficiaire dispose du droit de contraindre le propriétaire de lui mettre à disposition sa chose. Dans la première proposition, le propriétaire aura une position relevant d'une obligation passive ou, pour reprendre F. Zenati et T. Revet, le droit de ne pas exercer son droit de propriété.

Au final, le trait distinctif du droit personnel repose donc bien sur le positionnement du propriétaire. Celui-ci est un obligé qui reste le maître de sa chose. Dans le droit réel, la place du propriétaire reste la pierre angulaire, mais ce propriétaire se soustrait à toute obligation en se privant d'une partie de sa chose. Cette privation engendre la faculté pour le bénéficiaire du droit réel d'établir un lien direct avec la chose, contrairement au créancier.

De la position du propriétaire naît une différence absolue entre ces deux droits, le droit personnel organisant une relation entre deux sujets, et le droit réel entre un sujet et une chose. Il s'ensuit naturellement la question de savoir si cette différence est aussi absolue qu'il n'y paraît.

¹¹⁴¹ V. Marcadé, « Explication théorique et pratique du Code civil », t. II, 5e éd., Paris, Cotillon, 1859, §578, p. 445, cité par M. Xifaras, « La Propriété : Étude de philosophie du droit », PUF, 2004, p. 104.

¹¹⁴² M. Troplong, « De l'Échange et du louage, commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code civil, Ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier, Troisième édition, Paris, 1859, §8 et suivants p. 60.

(432.) À s'en tenir à cette catégorisation, les deux mondes sont étrangers l'un à l'autre, mais il s'agit, à dire vrai, de la conséquence de la simplicité de la présentation ci-dessus exposée. Droit réel et droit personnel sont des concepts, ou des abstractions pour reprendre Locke¹¹⁴⁴, qui appartiennent, dans le cas présent, à la science juridique. Ces concepts ont pour fonction d'opérer un classement en catégorie, des droits représentant des prérogatives particulières¹¹⁴⁵. Ces abstractions regroupent donc des situations particulières dont elles sont l'émanation, et c'est même leur fonction ; elles sont un genre. Si, maintenant, l'effort d'observation porte sur les situations particulières que regroupent ces abstractions, certaines apparaîtront très proches du genre qui les représente, d'autres en seront plus éloignées. Signalons ici que la démarche de catégorisation contient une part d'aléas et d'imprécision importante¹¹⁴⁶.

Ainsi, dépasser l'idée abstraite possède plusieurs vertus. Sur le principe, pour reprendre à nouveau Locke : « définir par le genre, disais-je, est la voie la plus courte, on peut se demander je crois si c'est la voie la meilleure ; je suis certain au moins que ce n'est pas la seule et qu'elle n'est donc pas absolument nécessaire »¹¹⁴⁷. Concernant plus spécifiquement le droit de superficie, cela permet de mettre en exergue la diversité des situations et leur relative ressemblance par rapport aux genres auxquels elles appartiennent.

Or, en revenant à la distinction entre droit réel et droit personnel, à savoir le positionnement du propriétaire, dans l'une comme dans l'autre des catégories, des cas particuliers seront plus au moins proches du concept les représentant. Ainsi, il est possible de considérer qu'un droit de superficie droit personnel sera éloigné du modèle générique droit personnel. L'obligation pesant sur le propriétaire sera par exemple, d'une faible intensité et compensée par une plus forte « mise en service de la chose ». Cette situation, bien que relevant de la catégorie droit personnel, se trouvera éloignée du centre de gravité de cette catégorie, tout en s'étant rapprochée de la catégorie droit réel. À l'inverse, un droit de superficie droit réel pourra, tout en étant caractérisé par une chose au service du superficiaire, contenir un volet obligationnel développé. Le résultat sera identique à celui précédemment observé ; la situation bien que placée sous l'égide du droit réel pourra être considérée comme à équidistance du centre des deux catégories.

¹¹⁴³ M. Troplong, « De l'Échange et du louage, commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code civil, Ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier », Troisième édition, Paris, 1859, §159 p. 274 : « La première obligation du bailleur, c'est de délivrer au locataire la chose louée. ».

¹¹⁴⁴ C. Panaccio, « Textes clés du nominalisme. Ontologie, langage, connaissance », Poche, Vrin, 2012. p.277 ; John Locke, « Les termes généraux tiré de John Locke, Essai sur l'entendement humain [1690], Livre III, Chap.3, trad. Fr. J.- M. Vienne », 2e éd., Paris, Vrin, 2006, vol. II, p.45-65, et plus précisément p. 280 : « 9. Les natures générales ne sont rien d'autres que des idées abstraites ».

¹¹⁴⁵ On peut imaginer que des prérogatives intermédiaires existent, ex : le droit de construire, le droit d'occuper, etc. Seulement en bout de chaîne existera une prérogative unique ex : le droit de construire tel bâtiment sur tel terrain.

¹¹⁴⁶ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », Chemins philosophiques, Vrin, 2011, p. 27 et 28.

¹¹⁴⁷ C. Panaccio, « Textes clés du nominalisme. Ontologie, langage, connaissance », Poche, Vrin, 2012. p.277 ; John Locke, « Les termes généraux tiré de John Locke, Essai sur l'entendement humain [1690], Livre III, Chap.3, trad. Fr. J.- M. Vienne », 2e éd., Paris, Vrin, 2006, vol. II, p.45-65, p. 283.

Le droit de superficie en déjouant la *summa divisio* classique droit réel, droit personnel met de la distance entre le moyen d'appréhender une situation juridique et la situation elle-même, ou entre le genre et l'espèce. De la sorte, le moyen d'appréhender, c'est-à-dire le concept perd de son absolutisme, mais aussi de sa rigidité, ce qui permet d'accroître sa capacité à représenter son objet. Ce schéma est celui suivi par T. Lamarche dans un article sur le droit de superficie et la classification droit réel, droit personnel, déjà évoqué mais sur lequel il nous faut revenir brièvement.

(433.) T. Lamarche¹¹⁴⁸ en voulant recomposer la distinction classique droit réel, droit personnel desserre la perspective exclusive centrée sur l'espèce, qui vient d'être évoquée, étant précisé que cette tendance est renforcée par une propension à la rigidité de la *summa divisio* droit réel, droit personnel. Pour rappel (cf. supra §359), l'auteur conserve la démarche taxinomique de la science juridique, qui n'est rien d'autre d'ailleurs, que le prolongement du processus de conceptualisation¹¹⁴⁹, tout en ouvrant la perspective. La catégorisation classique est maintenue et avec elle, ses avantages¹¹⁵⁰. Dans le même temps, des situations plus complexes sont prises en compte. Alors que le droit de superficie, perturbateur par nature, défiait les théories traditionnelles jusqu'à la rupture, son énergie est ici canalisée en vue de l'amélioration du système.

Par ce procédé, le système de T. Lamarche devient à la fois plus et riche et plus solide. Quelques exemples, pris *in concreto*, suffiront à s'en convaincre.

2. Présentation de l'imperméabilité des catégories droit personnel droit réel

(434.) L'absence d'un cloisonnement total entre droit réel et droit personnel apparaît nettement au travers de la présentation de cas concrets.

Commençons par un droit de superficie droit réel consenti tour à tour via un bail emphytéotique et un bail à construction. Dans la seconde hypothèse, le superficiaire sera soumis à une obligation de construire sans que cela soit le cas pour le bail emphytéotique¹¹⁵¹, mais ce n'est pas tout. Le bail à construction pourra contenir des aménagements prévoyant par exemple, l'obligation pour le superficiaire d'obtenir une autorisation du bailleur pour de nouvelles constructions¹¹⁵², ou encore, limiter la destination des constructions¹¹⁵³, ce qui ne

¹¹⁴⁸ T. Lamarche, « L'accession différée : une nouvelle approche des grandes classifications », RTD Civ. 2006 p. 1.

¹¹⁴⁹ J.-L. Bergel, « Théorie générale du droit », 5^e Édition, Dalloz, 2012 §178 p. 236 : « La définition des concepts se prolonge en effet dans leur catégorisation ».

¹¹⁵⁰ F. Terré et P. Simler, « Droit civil, Les biens » (8e édition), 2010, Dalloz, §49 p. 60.

¹¹⁵¹ Cass. civ. 3^e, 28 mars 2002, obs. J.-L. Bergel, RDI 2003, p. 167.

¹¹⁵² Cass. civ. 3^e, 5 décembre 2007, n° 06-19.728 ; RDI 2008. 216, obs. C. Saint-Alary-Houin, pour une observation critique JCP 2008. II. 10102, obs. Vabres.

sera pas permis pour un bail emphytéotique¹¹⁵⁴. En dépit de ces différences, les deux droits de superficie seront qualifiés de droit réel, même si la thèse de la propriété superficière sera moins aisée à défendre dans la situation du bail à construction. Cette situation en raison des restrictions d'usage, aura tendance à se rapprocher du bail de droit commun.

Dans le bail à construction, aménagé contractuellement, le renoncement du propriétaire à exercer son pouvoir exclusif et en suivant le service réel fourni par la chose, est moindre que dans le bail emphytéotique, pour reprendre l'analyse de la théorie renouvelée de la propriété¹¹⁵⁵. Corrélativement, la sphère obligationnelle de la relation s'en trouve confortée parce que le superficiaire est obligé de respecter la destination définie contractuellement, mais aussi, parce que le propriétaire sera obligé de délivrer un bien susceptible de respecter cette destination. En encadrant l'usage de la chose, le propriétaire intervient directement dans la gestion de cette dernière, ce qui est source de responsabilité. Son renoncement, seulement partiel, est l'expression de sa liberté, ayant pour corolaire d'imposer une responsabilité au superficiaire. Dans le même temps, le superficiaire doit être libre d'assumer cette responsabilité, et pour cela, de disposer d'un espace suffisant pour que son libre arbitre s'épanouisse, faisant naître automatiquement une responsabilité incombant au propriétaire. L'ensemble respectant l'équilibre de principe entre liberté et responsabilité, véritable fondement de la propriété (cf. supra §12 et s.).

Dans l'hypothèse du bail emphytéotique, le propriétaire devra délivrer un terrain sans se préoccuper de son potentiel au regard de l'usage des constructions à venir et même, de la faculté de construire, le terrain pouvant se limiter à recevoir des plantations. Ces deux situations, bien que relevant toutes deux de l'espèce droit réel, font indéniablement apparaître des différences fortes.

(435.) En réagissant maintenant par rapport à un exemple partant d'un droit personnel, ces variations pourront à l'inverse, entraîner un glissement d'une espèce vers une autre.

Le point de départ du raisonnement sera un exemple avec la mise à disposition d'un terrain via un contrat de location contenant une clause prohibant toute construction, assortie d'une faculté de résiliation pour non-respect de ladite clause et, une seconde mise à disposition, via un prêt à usage, sans autre précision. Les droits consentis dans ces deux opérations s'analyseront en un droit personnel et ce caractère sera renforcé dans le commodat et sa gratuité¹¹⁵⁶.

¹¹⁵³ Cass. civ. 3e, 7 avril 2004, RDI 2005 p. 2 obs. C. Saint-Alary-Houin.

¹¹⁵⁴ Cass. civ. 3e, 13 mai 1998, Bull. civ. III, n° 101 ; RDI 1998, p. 697, obs. F. Collart-Dutilleul et J. Derrupé.

¹¹⁵⁵ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008, §292 p. 454.

¹¹⁵⁶ J.-R. Mirbeau-Gauvin, « Prêt », Rép. Droit Civil, sept. 2006 (dernière mise à jour : octobre 2014), §45.

Dans une phase opérationnelle, le locataire et le bénéficiaire du prêt bâtissent. Le locataire ne pourra pas se prévaloir d'un droit réel sur la construction. Un courant jurisprudentiel datant des années 60 attribue au locataire le droit d'accession sur les constructions en cours de bail mais, dans notre exemple, ce droit a été expressément retenu par le propriétaire¹¹⁵⁷. Les constructions appartiendront à ce dernier au fur et à mesure de l'incorporation des matériaux. Le bénéficiaire du prêt, lui, par contre, sera investi d'un droit réel¹¹⁵⁸ semblable dans son essence à celui dont aurait joui le preneur d'un bail à construction. De plus, notons que le commodat peut-être assorti d'une longue durée reposant sur le besoin à l'origine du prêt et, qu'il se transmet à cause de mort¹¹⁵⁹.

Ainsi, une situation, dont la nature personnelle du droit était considérée comme plus marquée que celle qui aurait prévalu pour un bail, se révèle contenir un droit réel¹¹⁶⁰, suite à l'action de construire, tout comme l'exemple précédent (entre deux droits réels) validait le principe d'un droit réel d'une intensité variable. Reste maintenant à voir comment la théorie renouvelée de la propriété peut contribuer à appréhender ce phénomène.

3. *L'apport du DRCA concernant la création d'un droit de superficie droit réel sur la base d'un droit personnel*

(436.) La théorie du droit de superficie DRCA offre-t-elle un cadre conceptuel expliquant une *summa divisio* en pratique relative, et plus précisément la création d'un droit réel, en l'occurrence de superficie, à partir d'un droit personnel ?

À ce stade, l'apport de l'exemple développé ci-dessus est faible. La différence des deux droits personnels, bien qu'incontestable, provient du choix de contrat initial. De plus, l'existence ou l'absence du droit de superficie s'explique par la présence ou l'absence d'un accord contractuel à ce propos. C'est pourtant cette seconde explication qui va mettre en exergue, non seulement la variation d'intensité des droits personnels, mais encore le passage du caractère personnel au caractère réel de la relation.

Initialement, la sphère des deux situations relevait de l'obligation, d'un lien entre deux personnes. Cette orientation aurait dû irradier l'ensemble des prérogatives ou utilités en découlant. Or, pour certains segments de ces droits, la nature de la catégorie s'avère

¹¹⁵⁷ Cass. civ. 1^{er}, 1er décembre 1964, Gaz. Pal. 3 février 1965 JCP 1965. II. 14213, note P. Esmein ; RTD civ. 1965. 373, obs. J.-D. Bredin ; et plus récemment Cass. civ. 3^e, 4 avril 2002, RTDC 2003 p. 114 ; Cass. civ. 3^e, 5 janvier 2012 n° 10-26.965 ; D. 2012. 217, 2129, obs. B. Mallet-Bricout.

¹¹⁵⁸ Tribunal civil de Tours, 4 août 1908, Gaz. Pal. 1908. II. 345, exemple d'un droit de superficie reconnu sur la base d'une mise à disposition verbale d'un terrain.

¹¹⁵⁹ J.-R. Mirbeau-Gauvin, « Prêt », Rép. Droit Civil, sept. 2006 (dernière mise à jour : octobre 2014).

¹¹⁶⁰ La jurisprudence majoritaire reconnaît non seulement qu'il s'agit d'un droit réel, mais le qualifie même de droit de propriété, Cass. civ. 3^e, 4 avril 2002, n° 01-70.06, Bull. civ. III. n° 82, D. 2002. Somm. 2508, obs. B. Mallet-Bricout, RTDC 2002. 114, obs. T. Revet.

insuffisante, comme pour le droit à l'accèsion des constructions. La volonté des parties pourra combler cette insuffisance et prolonger la dimension obligationnelle de base ; la clause prohibant les constructions en est une illustration. À défaut, et l'intérêt du processus réside ici, un autre type de relations va se mettre en place dans lequel, la chose va retrouver un rôle prépondérant. Le locataire va organiser une relation directe avec la chose. Cette dernière se met au service du locataire en raison de la souffrance ou de l'abstention du propriétaire. Il est important de noter que cette nouvelle relation n'élimine pas l'ancienne. Le cadre contractuel général, comme les aménagements particuliers perdurent. Ainsi, la durée de la mise à disposition restera la même, le droit de propriété sur le sol conservera le même titulaire, le loyer sera inchangé dans le cas d'un bail, etc. On est donc bien dans l'hypothèse d'un droit qui se développe sur la chose d'autrui, via la souffrance du propriétaire, conforme à la thèse du *jus excluendi*. Tout comme Ginossar avait démontré l'existence d'une dimension obligationnelle du droit réel, dont le périmètre peut varier, à l'exemple des aménagements conventionnels du bail à construction, une dimension réelle apparaît dans des relations relevant initialement d'un droit qualifié de personnel. Cette conclusion, qui repose sur une analyse de cas particuliers, valide, de surcroît, la proposition de T. Lamarche sans exclure la *summa divisio* classique. Elle renverse la perspective de Ginossar, pour suivre les traces du droit de superficie DRCA. Cet axe offre un éclairage intéressant sur l'articulation entre le droit de superficie, par nature mouvant et la distinction droit personnel, droit réel, empreinte d'une certaine rigidité.

L'apport de la thèse de F. Zenati et T. Revet, tient, donc, au maintien du lien juridique précédant le droit de superficie, et au développement du droit réel sur un espace de la chose que le propriétaire a accepté, au moins par abstention, de laisser vacant. Le rôle de la chose est essentiel, toutefois il ne peut éluder l'origine de la relation. Le droit, bien que personnel, contraint en quelque sorte le droit réel. Les obligations provenant du droit personnel initial, par exemple, la durée, mais aussi des obligations concernant la destination, le loyer, la propriété finale des constructions, l'impossibilité de louer sans autorisation, etc., demeureront et devront, de ce fait, être prises en compte. La perspective d'un détachement du droit de propriété, dans notre exemple : le droit de prêter ou louer, grevant le droit réel et empêchant la reconstitution d'un droit de propriété, se trouve ici validée.

Cette validation résulte de la capacité de la théorie renouvelée à expliquer comment le droit de superficie peut déjouer la *summa divisio* droit réel, droit personnel, sans remettre fondamentalement en cause cette distinction, ni déstabiliser la propriété. Le *jus excluendi* permet donc d'améliorer la problématique superficielle dans le cadre civiliste, appelant quelques observations d'ordre général.

4. *Observations sur le chevauchement droit personnel droit réel et le jus excluendi*

(437.) Souligner l'apport du jus excluendi concernant la *summa divisio* est important, mais demeure une question. Pourquoi cette évolution ? Pourquoi voir aujourd'hui des chevauchements, là où hier une distinction claire prévalait ? Pourquoi légitimer la relation entre le titulaire d'un droit personnel et la chose mise à sa disposition sur une dimension aussi essentielle que le droit d'accession ?

Historiquement et économiquement, il y a certainement un choix d'opportunité. Au 19^{ième} siècle, à la suite du Code civil, le moteur de la France était la grande bourgeoisie libérale. Après la Seconde Guerre, le propriétaire fut essentiellement perçu comme un rentier, l'acteur du développement économique et social est devenu le locataire, tant pour le milieu agricole que sur les territoires urbains (cf. infra supra). D'un point de vue philosophique, la justification est plus délicate à établir. L'ouverture à l'obligation du droit réel pourrait être fondée sur une démarche positiviste, c'est-à-dire la raison. L'idée d'une relation directe avec la chose par elle-même, a perdu de sa pertinence dans l'hypothèse de la propriété, la rendant encore plus improbable pour les autres droits réels¹¹⁶¹ qui maintiennent un lien par nature avec le propriétaire. Pour expliquer la situation inverse, la présence d'une relation réelle dans un cadre obligationnel, il est sans doute possible d'évoquer le droit naturel. Accorder, au locataire un droit direct sur la chose, revient à opérer un retour vers l'origine de la propriété.

L'homme a usé des choses l'environnant pour assurer sa survie puis, ou concomitamment, un processus d'acquisition s'est mis en place. À la base de ce processus se trouve le concept de l'occupation ou du travail, venant légitimer la propriété par l'homme du monde matériel. Pour le droit de superficie prenant place au sein d'un rapport établi d'abord entre deux individus, il serait possible d'arguer que cet accord modifie la relation de base entre la chose et son propriétaire, tout en offrant des espaces de liberté au nouvel usager de la chose. En mettant à disposition d'un autre sa chose, le propriétaire use de sa chose par l'intermédiaire d'un tiers et se prive à due concurrence des utilités cédées. C'est l'idée de souffrance développée par la théorie renouvelée de la propriété. Ce retrait prend place dans un cadre obligationnel qui structure la mise en service de la chose. Cependant, en l'absence d'une disposition particulière sur une dimension en lien direct avec le développement social, à l'instar de droit d'accession des constructions, un retour au processus originel va se mettre en place. Il n'éliminera pas le premier droit de propriété, empêchant la création d'un droit concurrent, et devra tenir compte des droits du propriétaire initial comme des engagements

¹¹⁶¹ C. Larroumet, « Droit civil, Les biens. Droits réels principaux », T. 2, 5e éd. Economica, 2006, §809 p. 484.

lui préexistant. Toutefois, le titulaire du droit personnel sera, concernant les constructions qu'il aura édifiées, dans une situation similaire à celle du premier occupant, c'est-à-dire en situation de se voir attribuer le fruit de son travail. Cette attribution justifiera le besoin du corps social de favoriser son développement.

Au terme de ce paragraphe, l'apport de la théorie du droit de superficie DRCA est une évidence. Elle dote, d'abord, le droit de superficie, - lorsqu'il correspond à un démembrement de droit-, d'une base conceptuelle solide et cohérente avec la propriété unitaire du code. Ensuite, elle contribue significativement à expliquer la création d'un droit de superficie à partir d'un droit personnel, qui représente un des nœuds gordiens de cette institution. Néanmoins, ces qualités sont insuffisantes pour légitimer une analyse exclusive du droit de superficie, voire annihilent la théorie du droit de superficie DRCA, quand elle se limite à cette perspective unique.

§4 Les limites du droit de superficie DRCA

(438.) La principale objection faite au droit de superficie DRCA est de ne pas tenir de la mutation orchestrée par la propriété d'un sol en volume. En conséquence, le cœur de la critique adressée au *jus excluendi* consistera à exposer comment la propriété du code développe naturellement une propriété volumique, capable d'ailleurs d'associer une superficie DRCA (cf. infra 624 et s.).

Pour autant, dès à présent, la qualification de DRCA dans une perspective exclusive sera rejetée, car non seulement elle se révèle incapable de prendre en compte une mutation considérable de la propriété foncière, mais en de plus en propose une vision régressive. En cantonnant, le droit de superficie à un bail, même à long terme, le DRCA replace le débat à l'origine du code, en proposant une approche encore plus fermée que celle de l'époque.

Plus de deux siècles sont passés depuis la promulgation du code. L'urbanisation et la ville verticale comptent parmi les bouleversements majeurs de cette période. Ignorer l'apport des travaux du doyen Savatier, écho dans le monde du droit de ces changements d'ampleur, n'est pas soutenable. La volonté d'un retour à une propriété originelle, même ayant pour ambition l'ouverture à l'incorporel, demeure sans incidence sur ce constat. Réduire le droit de superficie seulement à un bail est une position excessive. Pour plagier platement J-L Bergel,

il semblerait que la propriété renouvelée se soit laissée fasciner par le mythe de la rigueur jusqu'à trahir la réalité¹¹⁶².

Son rejet s'impose d'autant plus que la théorie du droit de superficie DRCA n'était pas conceptuellement incompatible avec la propriété du sol en trois dimensions. Elle l'aurait même renforcée ; la thèse du doyen Savatier, favorable à la propriété individuelle, peut aussi s'analyser en un retour au binôme droit, chose du Code civil. Aux côtés de la propriétaire fiduciaire (cf. supra §403), cette ouverture aurait accru le rayonnement de la théorie renouvelée de la propriété et cela d'autant plus, qu'elle annexait par ce biais la propriété immobilière, qui plus est, dans sa version moderne.

(439.) Quoi qu'il en soit, ce choix, n'est pas celui des tenants du *jus excluendi*. Cette dernière a même pris une posture inverse en excluant irrémédiablement la superficie de la sphère de la propriété, au motif d'écarter la propriété simultanée et l'hydre féodale dénoncée par F. Dumont. Ce faisant, elle tourne le dos au sol vertical au cœur de notre propos et s'oppose au sens de l'histoire foncière.

Deux aspects cristallisent l'échec de la propriété renouvelée.

Le premier tient au fait qu'en dépit de sa revendication, la théorie du droit de superficie DRCA n'offre pas les garanties suffisantes au respect de l'ordre public des biens, dont elle prétend être la gardienne (A). Le Second aspect, également lourd de sens, montre comment en refusant la propriété verticale, la théorie renouvelée de la propriété offre comme seule issue une appropriation collective (B).

A. Le droit de superficie DRCA : facteur de risque pour l'ordre public des biens

(440.) La notion d'ordre public des biens mériterait bien plus que les très modestes lignes qui vont suivre. La contenir à la question de la création des droits réels et son incidence sur le régime de la propriété comme le modèle d'organisation qu'il sous-tend, n'y change rien. C'est donc avec une ambition tout à fait mesurée que pour démontrer, l'échec du *jus excluendi* à protéger l'ordre public des biens, il sera établi la contribution de la propriété unitaire du code à cet ordre, ou dit autrement, en quoi l'abandon de cette forme d'appropriation des richesses bouleverserait l'ordre social (1). Puis une fois la ligne de démarcation tracée, succinctement, l'étape suivante consistera à expliquer en quoi le droit de

¹¹⁶² À propos du débat sur le fait de réduire le raisonnement juridique à une logique formelle J-L Bergel dit : « le droit ne peut pas se laisser fasciner par le mythe de la rigueur jusqu'à trahir la réalité. ». Cette remarque est justifiée au regard de l'analyse très exclusive du droit de superficie par la théorie renouvelée de la propriété, mais aussi, et ces deux aspects ont un lien, en raison de l'approche en partie positiviste du *jus excluendi*, reprenant encore les traces de Ginossar (Cf. Supra §390).

superficie DRCA échoue à respecter cet ordre. En choisissant la perpétuité comme clef du *numerus clausus*, la propriété renouvelée rompt le consensus de la propriété du code, bouleversant l'ordre qu'elle se proposait de conforter (2).

1. Essai de définition de l'ordre public des biens pour la création des droits réels

(441.) Cerner précisément la notion d'ordre public des serait bien trop ambitieux, puisque cela reviendrait à la définir, ce qui est chose ardue¹¹⁶³. Nous nous limiterons donc à dire que cet ordre peut s'entendre, comme l'équilibre d'ensemble fondé sur le corpus de règles constituant le droit des biens. Cet équilibre sert de structure au développement du corps social dans ses relations avec les choses, avec pour but d'en permettre son épanouissement.

L'ordre public s'apparente donc à une limite, nécessaire à la préservation du système dont il émane. Cette limite toucherait, entre autres, à la classification des biens (meuble, immeuble), la *summa divisio* droit personnel, droit réel¹¹⁶⁴ et bien sûr, au droit de propriété.

Dans le domaine des biens, l'ordre public aurait pour fonction d'éviter une dénaturation de la clef de voûte du droit des biens, susceptible d'avoir des conséquences directes sur le corps social. Toutefois, comme pour les autres questions, la limite de l'ordre public est loin de disposer de l'absolutisme que l'on pourrait imaginer. Âprement discuté et peut-être en repli¹¹⁶⁵, l'ordre public des biens est assurément une notion malléable, variant au gré du temps et des perspectives¹¹⁶⁶, ce qui rend ce concept difficile à étudier. Pour contenir *a minima* la difficulté, et tenter d'ébaucher une définition, il est nécessaire de revenir sur les risques que fait peser sur l'ordre public des biens, la libre création de droits réels (a). Puis, nous ferons le choix de développer le risque politique, qui puise sa source dans les transformations du mode d'appropriation du sol intervenues à la Révolution (b), dont la propriété civiliste est certainement une des transformations les plus marquantes (c).

¹¹⁶³ J. Hauser, J.-J. Lemouland, « Ordre public et bonnes mœurs », Rép. Droit Civil, mars 2004 (dernière mise à jour : janvier 2012) §1. Les auteurs considèrent que « l'ordre public est probablement l'une des notions juridiques les plus difficiles à définir ». Ils en donnent cependant plusieurs définitions dont celle de M. Malaurie « L'ordre public, c'est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité » et celle proposée par Planiol qui voit l'ordre public « toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi ». Les auteurs concluent en renvoyant à la notion d'intérêt général.

¹¹⁶⁴ J. Hauser, J.-J. Lemouland, « Ordre public et bonnes mœurs », Rép. Droit Civil, mars 2004 (dernière mise à jour : janvier 2012) §164 et suivants.

¹¹⁶⁵ J. Hauser, J.-J. Lemouland, « Ordre public et bonnes mœurs », Rép. Droit Civil, mars 2004 (dernière mise à jour : janvier 2012) §168.

¹¹⁶⁶ P. Leclercq, J.-Cl. Civil, V° « Biens. Ordre public et bonnes mœurs dans le droit des contrats », Fasc. Unique, Cote : 03,2011, §2.

a. Les risques liés à la libre création des droits réels

(442.) Notons en préalable que la question des risques liés à la libre création des droits réels concerne également la propriété de *common law* (cf. infra §531 et s.). Au regard de la création de droits réels dans le cadre de la propriété du Code civil, le risque de déstabilisation du système proviendrait de deux causes, une première politique et une seconde d'ordre économique.

W. Dross dans un commentaire d'arrêt, où il se prononce clairement en faveur de la libre création de droits réels¹¹⁶⁷, en mentionne trois. La troisième relèverait de la technique juridique et serait spécifique à la théorie renouvelée de la propriété. Cette spécificité développée par le *jus excluendi*, proviendrait de sa vision du droit réel, d'abord caractérisée par la souffrance du propriétaire et, non pas le lien direct sur la chose comme la doctrine classique (cf. supra). En réalité, cet aspect n'est que le développement de l'un des deux risques de la libre création de droits réels¹¹⁶⁸, le risque politique, le second étant de nature économique. La propriété renouvelée, en qualifiant le droit de superficie de droit réel, protège certes les prérogatives du propriétaire, mais il s'agit là d'une application particulière. Son dessein est plus vaste et vise la propriété en tant qu'institution. Pour F. Zenati et T. Revet, le seul mode d'appropriation assurant l'exclusivité du propriétaire sur sa chose est une propriété indivisible (*in solidum*), imposant le rejet de la propriété simultanée. Le point focal est l'exclusivité dont doit jouir le propriétaire ; la redéfinition des droits réels plus spécifique, qui respecte le principe d'exclusivité, en est seulement une conséquence.

La théorie juridique de la propriété renouvelée n'est donc que le corollaire du choix d'organisation de la relation de l'homme avec les choses du corps social, soit une propriété individuelle et exclusive. Or, ce choix correspond indiscutablement à un choix politique, et l'histoire de la France en est un illustre exemple.

(443.) Les deux causes à l'origine de la protection de la propriété s'opposant à la libre création de droits réels, sont connues de longue date ; Demolombe les avait parfaitement identifiées en son temps. L'auteur formule la problématique économique en indiquant : « la loi qui détermine et organise les droits réels, dont les biens seront susceptibles, intéresse ... le mode de transmission des biens, la sécurité des conventions ; »¹¹⁶⁹. En dépit de son caractère essentiel, ce point ne sera pas réellement discuté ici, car il constitue un sujet à part entière, relevant au moins autant de la science économique que juridique. Nous nous limiterons donc à de brèves observations.

¹¹⁶⁷ W. Dross, « L'ordre public permet-il que soit créé un droit réel perpétuel » RTD Civ. 2013 p. 141 : « Il est donc possible de tenir aujourd'hui la question pour réglée : oui, le propriétaire est libre de conférer à autrui n'importe quelle utilité offerte par son bien à titre de droit réel. ».

¹¹⁶⁸ Le terme politique est ici employé au sens étymologique premier de gestion de la cité ou de choix.

¹¹⁶⁹ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §515 p. 431.

Signalons d'abord qu'une partie de la doctrine considère ce débat comme clos, en raison de l'obligation de publicité foncière¹¹⁷⁰ tenant à la création de droit réel¹¹⁷¹. Il est certain que l'obligation de publication des droits répond assurément au risque évoqué. Néanmoins, il est loin d'être évident qu'elle suffise. La publicité foncière répond au coût représenté par la mise à disposition de l'information de l'existence du droit réel¹¹⁷². Cette information étant obligatoire, l'acquéreur n'aura pas à s'en inquiéter et au contraire la prendra en compte en toute transparence. Cependant, ce coût lié à l'obtention de l'information de l'existence d'un droit réel, n'est pas exclusif d'autres coûts se rattachant, cette fois, à la mise en œuvre des utilités démembrées ou de la chose objet du démembrement. Au regard, d'une approche systémique, il n'est pas, de surcroît, inutile de chercher à évaluer la création de droits réels. Offre-t-elle, par principe, une optimisation des utilités de la chose ? Ou, à l'inverse, la liberté totale de création est-elle synonyme d'une forme de sous-développement de cette chose ?

Ensuite, le débat n'est pas propre aux systèmes juridiques germano-romains. Il est également au cœur du questionnement des auteurs, qui sous l'empire de la *common law*, s'interrogent, eux aussi, sur l'opportunité de restreindre ou non la création de droits réels¹¹⁷³. Enfin, la nature de la propriété d'un système juridique donné, pourrait influencer les équilibres. Une propriété unitaire offre un cadre au sein duquel le démembrement est l'exception rendant, certainement, moins naturelle l'approche, notamment financière, des biens démembrés (cf. supra).

En complément de ce risque économique de l'absence de *numerus clausus*, Demolombe développa l'autre danger, qualifié de politique et disait : « les particuliers ne pourraient faire revivre aucun des anciens droits féodaux, non seulement - les services personnels, les corvées, etc., mais encore les

¹¹⁷⁰ Décret n°55-22 du 4 janvier 1955 Article 28.

¹¹⁷¹ W. Dross, « L'ordre public permet-il que soit créé un droit réel perpétuel » RTD Civ. 2013 p. 141 : « L'argument technique (que nous qualifions de cause économique) a pris le pas jusqu'en 1955 puisqu'avant la réforme de la publicité foncière, il n'était pas possible de publier un tel droit, ce qui le vouait à l'inopposabilité aux tiers donc à l'inefficacité. ».

¹¹⁷² Sur l'obligation d'information, il est intéressant de se référer au propos de Proudhon. Ce dernier, bien que favorable par principe au démembrement n'en souligne pas moins les inconvénients. Proudhon se livre en effet à une analyse économique à propos du démembrement. Il précise, à partir de l'exemple d'une maison, que le prix de la maison tronquée (démembrée) ne peut pas être le même que celui de la maison qui ne l'est pas imposant une information de l'acquéreur pour lui permettre d'apprécier justement la valeur du bien. J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 2, Dijon, 1839, §697 p. 296 : « Mais dans le cas de la vente il faut porter la prévoyance plus loin, parce qu'ici le consentement de l'acquéreur est nécessaire sur le montant du prix : il faut donc, pour que la négociation soit légitimement consommée, que l'acquéreur ait été instruit du véritable état des choses, attendu que le prix d'une maison tronquée ne peut être le même que celui d'un édifice entier; il faut donc alors donner à l'acheteur des instructions telles, qu'il ne puisse se plaindre d'avoir été induit en erreur ou surpris. ».

¹¹⁷³ W. Merrill and H. E. Smith, « *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle* », 110 *Yale Law Journal* (oct. 2000), p. 69 : « En autorisant un nombre important de différentes formes de droits de propriété, mais interdisant aux tribunaux de reconnaître de nouveaux, le numerus clausus établit un équilibre entre la prolifération des formes de droits de propriété, d'une part, et une rigidité excessive de l'autre. La prolifération est un problème parce que les tiers doivent déterminer les contours juridiques des droits de propriété afin d'éviter d'enfreindre les droits d'autrui et d'apprécier l'opportunité d'acquiescer ces droits et leur prix. Permettre la libre personnalisation de nouvelles formes de droits de propriété se traduirait par d'importants coûts externes pour les tiers, concernant l'évaluation des droits librement créés. », addes S. van Erp, « *A numerous quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future European property law ?* » adapted version of an essay published in a *Festschrift for Ewoud Hondius* ; H. Hansmann, R. Kraakman, « *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights* », (2002). *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 388* (http://lsr.nellco.org/harvard_olin/388)

redevances foncières perpétuelles. ». Dit simplement, la libre création de droits réels serait un moyen de faire revivre l'organisation sociale de l'Ancien Régime et sa propriété simultanée. Ces deux termes semblent irrémédiablement associés et pourtant, le lien entre propriété simultanée et féodalisme n'est pas organique. C'est pourquoi il mérite d'être analysé, même si à nouveau, le propos sera succinct.

b. Le risque politique en lien avec le mode de détention du sol

(444.) Le risque d'un retour au féodalisme en raison du choix d'une propriété simultanée nécessite d'être établi. Or, cette démonstration n'est pas faite.

En effet, si dire que la société féodale reposait sur un système de propriétés divisées, en l'occurrence le double domaine, relève de la vérité historique ; affirmer que la propriété simultanée suppose le féodalisme est tout simplement faux. Pour preuve, de nombreux pays, dont la première puissance économique mondiale, les États-Unis, connaissent une propriété divisée sans être une société féodale. Une question se pose donc, celle de savoir pourquoi le droit français se protégerait d'un risque qui semble être ignoré par d'autres pays pourtant proches par le niveau de développement, l'organisation sociale et politique, etc. qu'ils présentent ? L'expliquer suppose un retour sur le féodalisme, au moins rapide.

Ce terme recouvre en général l'organisation économique, politique et sociale ayant cours en France avant la Révolution française, même s'il s'agit d'un raccourci quelque peu simpliste¹¹⁷⁴. La société féodale se caractérise par une division par ordres comprenant : la noblesse, le clergé et le tiers état, doublée d'une soumission de ce troisième ordre au profit des autres, et en particulier de la noblesse, ordre dominant l'ensemble.

La situation de dépendance du tiers état, à laquelle mit fin la Révolution, était assise sur un système de soumission entre un seigneur (suzerain) et son vassal au sein duquel, la terre tenait une place fondamentale. Dans la société féodale, les seigneurs¹¹⁷⁵, membres de la noblesse, disposaient d'un domaine se décomposant en deux entités. La première était administrée directement par le seigneur alors que la seconde était, elle, mise à disposition, concédée, à des membres du tiers état, appelés

¹¹⁷⁴ Le féodalisme est né entre le 9^e et 10^e siècle et a été remplacé, ou concurrencé au 10^e par le pouvoir monarchique. Au-delà de la chronologie, il s'agit d'un système complexe, c'est pourquoi certains historiens parlent de féodalités au pluriel. L'un des ouvrages de référence en la matière est la société féodale de Marc Bloch (cf. supra infra). Pareillement, la détention de la terre est ici décrite au travers du système dominant, dit du double domaine. Ce dernier est sans aucun doute le mode d'appropriation du sol féodal sans être exclusif. La propriété allodiale exception au double domaine était aussi très répandue. Pour un exemple local de la propriété foncière de l'Ancien Régime voir : S. Vigneron, « La pierre et la terre. Le marché foncier et immobilier dans les dynamiques sociales du Nord de la France aux XVII^e et XVIII^e siècles », Presses universitaires du Septentrion, 2007.

¹¹⁷⁵ L'usage du terme seigneur a pour but de simplifier la présentation du système, mais ne doit pas masquer la diversité de la catégorie puisque la noblesse comprenait plusieurs composantes avec la noblesse de sang et la noblesse de robe. Celle-ci était par exemple composée de la bourgeoisie devenue noble sans même parler des terres détenues par le clergé. Par ailleurs, au fil du temps la bourgeoisie, en dehors de tout titre nobiliaire, devint propriétaire de très nombreuses terres exploitées sous le régime du double domaine.

roturiers. Depuis le haut Moyen Âge, le seigneur tirait donc un revenu de l'exploitation de son domaine en direct et via l'intermédiaire de son domaine concédé à des tiers¹¹⁷⁶. La concession était réalisée via des tenures, qui sont devenues perpétuelles au fil du temps. Le terme *tenure*, dérivé du mot *tenir* exprime bien l'idée de ces concessions. La tenure permettait au roturier de tenir la terre du seigneur, mais aussi au seigneur de tenir « son homme », le vassal à qui était confiée la terre. Ce schéma revient à l'étymologie de *tenir* : avoir un lien, être en relation, notamment de dépendance. La tenure comportait en effet, en plus de la mise à disposition du bien contre versement d'un revenu proche de ce que l'époque moderne connaît, des droits et charges au profit du seigneur. Ces droits et charges se traduisaient par des prérogatives matérielles, des corvées étaient imposées au tenancier, mais aussi politiques ou civiles. Le seigneur avait par exemple un droit de regard sur la succession du tenancier, voire son mariage, ou encore des droits de juger des conflits du ressort de la tenure.

À nouveau, il est important de souligner le caractère quelque peu réducteur de la présentation. Elle a néanmoins le mérite de montrer que la relation économique, dont l'importance alla en grandissant, n'était qu'une composante d'un ensemble bien plus vaste. Cet ensemble plus vaste était représenté par l'engagement de soumission du tenancier, lui-même symbolisé par la cérémonie de l'hommage.

La Révolution détruisit les ordres et mit fin aux privilèges (détenus par la noblesse et le clergé) dans la fameuse nuit du 4 août. Après avoir libéré les hommes des ordres qui conditionnaient leur statut, elle libéra les terres par les lois de 1791. Cet acte donna tout son sens à la notion de liberté, chère à la Révolution, même si la problématique des rentes foncières démontre que la libéralisation des terres fut un phénomène complexe au long cours (cf. supra §26). Au passage, signalons que la Révolution balaya également les droits communautaires qui constituaient une autre catégorie de droits grevant le sol¹¹⁷⁷. Ainsi, la société post-révolutionnaire organisa, au moins sur le principe, la détention de la terre entre des hommes libres de toute appartenance à un ordre et des terres libres de tous droits. Ce faisant, la détention de la terre se traduisait par une relation quasi exclusivement économique.

L'œuvre la Révolution fut donc d'abolir la féodalité, engendrant une mise à l'écart de la propriété de l'Ancien Régime, et surtout l'avènement d'un nouveau rapport aux choses.

¹¹⁷⁶ M. Bloch, « Les caractères originaux de l'histoire rurale française ». Tome I. (1952), Librairie Armand Colin, Paris, 1968, Un document produit en version numérique par Jean-Marc Simonet, bénévole, professeur retraité de l'Université de Paris XI-Orsay, dans le cadre de la collection: "Les classiques des sciences sociales", développée en collaboration avec la Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi, p. 91.

c. La nature de la propriété foncière pilier de l'ordre public des biens et la question des rentes foncières

(445.) Le Code civil rajouta une pierre à l'édifice révolutionnaire en jetant les bases de ce qui allait devenir une propriété exclusive, reposant sur la tête d'un seul individu. La pierre représentée par le Code civil au sein duquel la propriété possède une place privilégiée, pourrait bien être la clef du mouvement révolutionnaire. La propriété du code représente le moyen par lequel le corps social put écarter la société de l'Ancien Régime et jeter les bases *in concreto* d'une société nouvelle.

La propriété exclusive du code avait pour principal avantage d'éviter l'organisation éclatée de la propriété de l'Ancien Régime, tout en coïncidant parfaitement avec la nouvelle organisation sociale faite d'individus sans distinction et de terres libres.

En parallèle de l'instauration de ce régime de propriété en rupture avec le précédent, le législateur eut à se prononcer sur le maintien de la rente foncière perpétuelle, symbole du système de la division (cf. supra §26 et s.). Mode de détention de principe du sol sous l'ancien régime, la rente foncière consistait en la concession d'un domaine immobilier à un exploitant contre le versement d'une rente. Cette forme de propriété démembrée s'articulait très bien avec le double domaine et la propriété simultanée. En retour, l'image des rentes foncières était fortement attachée à la société féodale, et cela même si certaines d'entre elles étaient exemptes de tout lien féodal de sujétion.

Pour ces rentes, qui étaient le fait de la bourgeoisie, on parlait de féodalité contractante par opposition la féodalité dominante. Bien que distinctes en théorie, ces deux catégories étaient, en pratique, difficilement dissociables¹¹⁷⁸. C'est pourquoi quand l'heure de la Révolution arriva, sonnait de facto le glas de la noblesse comme de la féodalité dominante, les crédits rentiers fonciers- issus de la féodalité contractante, peinèrent à se démarquer avec netteté de leurs homologues « seigneurs ». Le flou juridique entre féodalité dominante et contractante, il faut le souligner, bénéficia aux tenanciers. Ces derniers virent là un moyen pour se débarrasser à bon compte d'une charge financière tout en se voyant attribuer la propriété de la terre, au détriment de leur ancien maître. Tout ceci se fit, avec l'assentiment, plus ou moins avoué, du législateur de la période intermédiaire et, dans une certaine confusion. En supprimant les rentes foncières liées à la féodalité contractante, le droit révolutionnaire mit de fait la féodalité contractante en grande difficulté. Faute de pouvoir se distinguer de la noblesse, la bourgeoisie dut composer pour faire valoir ses droits via une institution que le corps social rejetait sans discernement et à dessein¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁷ J.B. Brissaud, « Cours d'histoire générale du droit français public et privé », tome 2, 1904, Paris, §7 « Droits réels et charges foncières » p. 1318.

¹¹⁷⁸ H. Regnault, « Manuel d'histoire de droit français », 2ème éd., Paris, Sirey 1942, p. 215 et 216.

¹¹⁷⁹ E. Astrié, « Des rentes foncières dans le droit français et de plusieurs formes de revenus à Rome ». Thèse. Paris, 1853, §358 p. 515 : « On sait le réveil philosophique qui remplit le XVIII^e siècle; on sait quelles proportions prirent, vers sa fin, la haine d'un régime odieux et vieilli, et le besoin d'élever les institutions au niveau des progrès de l'esprit humain. Ces aspirations, longtemps contenues, se combinèrent, avec des besoins et des instincts

L'épisode, présenté de façon bien trop concise, illustre le processus long et extrêmement complexe au terme duquel, la Révolution française mit fin à l'Ancien Régime.

(446.) Sur la base du précédent des rentes foncières, où le droit fut dans l'incapacité de contenir les tensions politiques¹¹⁸⁰, les rédacteurs du code s'interrogèrent pour savoir si les rentes foncières devaient être maintenues, et si oui, dans quelles conditions. Au terme d'un débat d'anthologie, âpre et fondateur¹¹⁸¹, il fut décidé de les maintenir tout en les transformant radicalement. Radical n'est pas trop fort, puisque certains auteurs ont pu dire que le Code civil n'a finalement conservé des rentes foncières que des débris sans même les nommer¹¹⁸². La transformation fut effectivement profonde.

Avant la Révolution, la rente foncière s'analysait en un droit réel et même « une portion de la propriété, restait attachée au fonds aliéné, et formait une obligation de l'héritage lui-même. »¹¹⁸³. Cette rente ne pouvait être rachetée ; « Car en permettre le remboursement, c'eût été souffrir que le bailleur pût être exproprié, contre la règle *nemo cogitur suam vendere*. »¹¹⁸⁴. Les rédacteurs du code, eux, définirent ces rentes comme des biens meubles et rachetables, pour ne souligner que les principales caractéristiques de la réforme (cf. articles 529 et 530).

En refusant clairement de voir, comme c'était le cas avant la Révolution, dans les rentes foncières une forme de propriété immobilière, les rédacteurs du code scellèrent un compromis qui, assurément, fait depuis, office de borne pour l'ordre public des biens. Précisons à toutes fins utiles que ce compromis eut lieu par l'affirmation de la propriété du code, individuelle et exclusive. C'est en raison de l'avènement de ce nouveau mode d'appropriation que la suppression des rentes foncières fut décidée.

En résumé, la propriété du code apparaît comme une institution qui contribua à la mise à l'écart du mode d'appropriation de la terre de l'Ancien Régime. Cette propriété « nouvelle » se substitua au

économiques nouveaux ; elles éclatèrent à un jour donné; et, non contentes de faire table rase de tous les droits féodaux, symboles de barbarie, d'ignorance et d'oppression, elles voulurent anéantir encore tout ce qui aurait pu rappeler l'ancien ordre de choses-, réveiller les tristes souvenirs du passé, ou permettre à des hommes encore naïfs et inexpérimentés dans la liberté, de se replacer indirectement et à leur insu sous la domination de leur semblable.

Sans doute, la Constituante n'abolit pas les rentes foncières sans indemnité, comme elle avait fait pour le cens, la foi, la dîme, etc. ; elle déclara seulement « que toute rente foncière pourrait être rachetée ». Mais d'autres lois vinrent ensuite mutiler cette rente, de telle façon que, le droit du bailleur ou de ses successeurs ne pût plus devenir "en leurs mains une arme funeste, un moyen d'asservissement, un instrument de vexation ou d'exploitation contre le détenteur du fonds arrenté. ».

¹¹⁸⁰ Mais pouvait-il en être autrement ?

¹¹⁸¹ Voir notamment les procès-verbaux des séances qui se tinrent au Conseil d'État le 7 pluviôse an XII, et le 15 ventôse an XII.

¹¹⁸² E. Astrié, « Des rentes foncières dans le droit français et de plusieurs formes de revenus à Rome », Thèse. Paris, 1853, §295, p.125 « Le Code, en effet, n'a pas de nom, pour ce qu'il a conservé de l'ancienne rente foncière; il n'a pour désigner ce débris qu'une périphrase; et nous avons à regretter qu'un terme nouveau n'ait pas été créé pour rendre un nouvel ensemble d'idées. », l'auteur cite également Merlin qui considère « que le bail à rente (contrat par lequel on aliène un immeuble moyennant une rente), est maintenu et toujours licite, sous le Code; mais que la redevance qui est le produit de ce contrat n'est plus, à proprement parler, une rente foncière. », §376, p. 161

¹¹⁸³ E. Astrié, « Des rentes foncières dans le droit français et de plusieurs formes de revenus à Rome », Thèse. Paris, 1853, §313 p. 133.

¹¹⁸⁴ E. Astrié, « Des rentes foncières dans le droit français et de plusieurs formes de revenus à Rome », Thèse. Paris, 1853, §341 p. 144.

double domaine et à la propriété simultanée, comme le corrobore la transformation des rentes foncières, qui passèrent du statut de droit de propriété foncière démembrée, à un droit mobilier rachetable. En d'autres termes, faire revivre les rentes foncières d'antan, conduirait soit à la renaissance la propriété simultanée de l'Ancien Régime, soit à remettre en cause une des limites de l'ordre public des biens instaurées par le code.

Le lien entre le droit de superficie et la libre création des droits réels apparaît ici, puisque le droit de superficie, dans l'hypothèse d'une liberté totale de création des droits réels, peut très bien s'analyser en une rente foncière.

2. *Mode de propriété : jalon de l'ordre public des biens*

(447.) Valider le principe d'un risque touchant à l'ordre public des biens provenant de la libre création des droits réels, revient à faire clairement cause commune avec la théorie renouvelée de la propriété. Toutefois, concernant le traitement du risque que représente le droit de superficie, le choix sera fait de prendre le contre-pied du *jus excluendi*, car sa proposition se trouvera être paradoxalement en opposition avec l'ordre public des biens du code. S'en convaincre suppose de revenir sur le *numerus clausus* « renouvelé » fondé sur la perpétuité (a), et mettre à nouveau en avant (cf. supra §412 et s.), mais de façon circonstanciée, ses limites (b). Enfin, pour redonner du champ au sujet, une proposition répondant aux lacunes de celle de la théorie renouvelée de la propriété sera formulée (c).

a. Le *jus excluendi* ou un propriétaire maître du temps

(448.) Pour contenir le risque de contravention à l'ordre public des biens que représenterait le droit de superficie, la propriété renouvelée refuse au superficiaire un droit perpétuel. Pour F. Zenati et T. Revet, « La perpétuité constitue la conséquence temporelle du *jus excluendi*. ». En raison de quoi, la perpétuité d'un droit réel est inacceptable : « ... car l'ordre public des biens refuse la propriété divisée - négation de la propriété. »¹¹⁸⁵.

À ce stade, la position de la propriété renouvelée n'encourt aucune critique et sa filiation avec le code, relève de l'évidence. Le refus d'accorder la perpétuité à un droit réel empêche le superficiaire de constituer un droit de propriété et de se muer en rentier, tout ceci au préjudice du propriétaire initial. La proposition écarte la propriété simultanée au profit d'une propriété individuelle et exclusive. Le droit de superficie ne se transformera pas : « en une arme funeste, un moyen

¹¹⁸⁵ T. Revet, « Un nouveau cas de propriété divisée », RTD Civ. 2012 p. 553.

d'asservissement, un instrument de vexation ou d'exploitation contre le détenteur du fonds (arrenté) »¹¹⁸⁶.

Au cœur de la position de la théorie renouvelée de la propriété se trouve la notion de perpétuité et donc de temps (idem cf. supra §413 et s.). De l'attribution de la maîtrise du temps découle celle du droit de propriété, transformant le propriétaire en un maître du temps. Ce choix de faire du temps, le critère suprême fondant la propriété, ne peut rester sans conséquence sur ce qu'est la propriété. En disant le droit de superficie n'est pas un droit de propriété car il n'est pas perpétuel, la perpétuité devient le caractère central, identitaire de l'institution.

Corrélativement, la propriété peut s'écarter de l'exploitation proprement dite, de la chose dont les formes sont diverses : construire, planter, extraire, prêter, gager, donner à bail, découvrir un trésor, etc. Dans une hypothèse extrême, toutes les prérogatives portant sur toutes les parties de la chose peuvent être transmises au superficiaire, et le transfert peut couvrir une longue durée allant jusqu'à 99 ans. Sous réserve de respecter la non-perpétuité, un droit de superficie aussi vaste, n'altérerait pas le droit de propriété du détenteur initial. Le superficiaire reste, quoi qu'il arrive, simple titulaire d'un droit réel, alors que le sujet à l'origine du démembrement, conserve la propriété, elle, perpétuelle.

L'analyse dévoilerait ce qu'un auteur québécois F. Frenette, s'interrogeant sur le contenu de la propriété en allant au-delà de ses attributs classiques, a dénommé la *vis attractiva*¹¹⁸⁷, en référence à « l'arrière droit » de propriété de Vareilles-Sommières et à la notion de résiduaire de Ginossar. Le propriétaire pourrait tout, y compris transférer à autrui l'intégralité des prérogatives de sa chose sans perdre la propriété. La *vis attractiva* représenterait, - c'est du moins l'argument de F. Frenette -, la quintessence du droit de propriété, et par là, le « véritable » droit de propriété¹¹⁸⁸. Le *jus excluendi* s'inscrit fort bien dans ce schéma, sa spécificité résidant dans le fait d'avoir isolé l'attribut de la maîtrise du temps.

Pour autant, cette conclusion, parfaite en apparence, est structurellement viciée, en raison d'une approche unilatérale et inamovible de la problématique. À l'instar du raisonnement de Laurent sur le *numerus clausus*, F. Zenati et T. Revet refusent les effets produits par le démembrement. Ces auteurs demeurent centrés idéalement sur le propriétaire. Or pour rappel, le propre du droit de superficie est d'incarner l'ubiquité et la dualité. Avec lui les caractéristiques de la propriété apparaissent en plusieurs lieux à la fois, tout en perdant de leur pureté originelle. Dès lors,

¹¹⁸⁶ Note bas de page n°178, E. Astrié, « Des rentes foncières dans le droit français et de plusieurs formes de revenus à Rome ». Thèse. Paris, 1853, §358 p. 515.

¹¹⁸⁷ F. Frenette, « Du droit de propriété: certaines de ses dimensions méconnues », (1979) 20 C. de D. 439, p.446 « La *vis attractiva* est le principe moteur de la propriété, le droit en vertu duquel l'homme est autorisé à considérer une chose comme étant sienne, comme lui appartenant. Sur le plan juridique, cette puissance qualifie « la relation par laquelle une chose appartient à une personne » (citation de Ginossar) ».

¹¹⁸⁸ F. Frenette, « L'institution de l'emphytéose, Thèse, Ottawa, Canada, avril 1976, p.408, §349, « ... la "vis attractiva" juridique, élément de prime essence du droit de propriété ».

inévitablement une question surgit : qui est réellement le détenteur du fonds ? Ou, qui détient la propriété ?

- b. Rejet de la proposition du *jus excluendi* transformant le propriétaire en un maître du temps

(449.) La réponse de la propriété renouvelée, qui par un acte de volition transforme le propriétaire en maître du temps, n'est pas recevable. Pour ce faire, elle prend en effet le risque de déjouer l'équilibre, cher à la propriété du code, entre liberté et responsabilité.

Dans l'absolu, le parti-pris par la propriété renouvelée est confortable. Ce confort s'explique par la stabilité : est propriétaire, celui qui initialement a détenu la propriété, droit possédant l'exclusivité de la perpétuité. Le sujet détenant le maximum de prérogatives, le propriétaire, conserve ce statut au moins en théorie, en étant le seul à pouvoir se prévaloir de la perpétuité. Cependant, l'angle d'observation ignore les effets du démembrement. Dans le cas d'un transfert total pour une durée indéfinie, comment le propriétaire peut-il légitimer le maintien de la perpétuité et donc, le possible retour du bien dans son escarcelle ? Le seul moyen serait de le doter d'une prérogative supérieure à la somme de toutes les prérogatives, puisque celles-ci ont déjà été transférées. Cette prérogative se transforme en un avantage absolu inaccessible au superficiaire, en dépit du transfert à son profit de toutes les utilités de toute la chose. Cette configuration avec un sujet doté d'un avantage absolu, sans contact avec la chose, et un autre individu, en charge de la conduite de la chose, placé en situation d'infériorité par rapport à la première, n'est pas sans rappeler le système dénoncé par la propriété renouvelée : la féodalité. Le propriétaire ressemble à s'y méprendre au rentier de l'Ancien Régime.

Par ailleurs, comment justifier cet avantage absolu accordé au propriétaire initial ? Hormis la conservation du droit acquis, peu d'explications sont recevables. Arguer de l'unité de la chose s'entend difficilement, puisque transférer le droit de propriété au superficiaire est sans conséquence sur la chose. Celle-ci conserve son unité. Simplement, le droit de propriété est placé sur la tête du sujet disposant *in concreto* des utilités de la chose.

En ouvrant la perspective totalement, c'est-à-dire en ne se limitant pas à la situation du propriétaire à l'initiative du démembrement, mais en l'étendant au résultat de cette opération, considérer que le propriétaire initial a perdu la propriété lors du démembrement, apparaît moins perturbant que le sous-statut du superficiaire. Rappelons que le droit du propriétaire initial ne disparaît pas, ce qu'il perd c'est sa nature de droit de propriété, pour se conformer au régime des rentes foncières. De même, cette approche rebat les cartes dans un sens plus cohérent avec la trajectoire historique de la propriété du code. La situation du superficiaire du *jus excluendi*, n'est-elle pas celle des tenanciers du Moyen Âge ? Voire d'une période antérieure, celle à laquelle ces derniers conquièrent le droit de conserver leurs tenures pour une vie, pour deux vies, pour trois vies, et finalement à perpétuité ?

Avant la Révolution les tenures étaient en majorité perpétuelles¹¹⁸⁹. Et, « Si les baux à deux ou trois vies se sont mués en concessions perpétuelles, c'est que l'intérêt des deux parties coïncidait pleinement. Celui du tenancier est évident. Celui du seigneur foncier ne l'était pas moins dans les nouveaux terroirs : pour mieux attirer, retenir l'hôte, pour le pousser à remplacer sa cabane provisoire par une demeure et des bâtiments d'exploitation en dur, il fallait lui donner l'assurance que le tout, y compris les terres, resterait dans sa famille. »¹¹⁹⁰. L'avantage octroyé aux paysans était aussi un moyen d'assurer leur retour après une période de guerre ou son maintien dans des temps difficiles¹¹⁹¹.

Ainsi, le temps se révèle être plus attaché à l'individu qu'à son statut.

(450.) La perpétuité, écho à l'hérédité, a été l'un des éléments fondateurs du processus de formation de la propriété, qui a abouti au modèle de propriété du Code civil.

Prérogative forgeant la spécificité des tenanciers français par rapport à leurs homologues anglais par exemple, la perpétuité incarna l'aiguillon qui guida les juristes vers la propriété. M. Bloch explique fort bien la formation de ce mécanisme : « Dans la recherche du véritable propriétaire, la doctrine longtemps hésita. Mais dès le XIII^e siècle, il se trouva des praticiens, dès le XVI^e siècle des auteurs, comme l'illustre Dumoulin, pour reconnaître au tenancier cette qualité. Au XVIII^e siècle, c'est l'opinion commune. Les terriers eux-mêmes, sortes de cadastres établis par les administrations seigneuriales pour faciliter la perception des redevances, inscrivent couramment en tête de la colonne où ils portent les noms des possesseurs des terres soumises aux charges, ce mot fatidique de « propriétaires ». Mot lourd de sens en effet ; il confirmait et renforçait la notion de perpétuité, inhérente au droit réel que le tenancier traditionnellement exerçait sur sa maison et ses champs. »¹¹⁹².

Ainsi, en bornant les droits du superficiaire à trois générations, la propriété renouvelée côtoie peut-être « le monôme manquant » au triptyque classique (usus, fructus, abusus) ; elle prend surtout le risque d'un retour en arrière. Le code et sa propriété firent le choix : « ...de construire la liberté comme une garantie des libertés et plus précisément, de construire la propriété comme une garantie pour la liberté individuelle... [...] ...c'est-à-dire détachée de

¹¹⁸⁹ M. Bloch, « Les caractères originaux de l'histoire rurale française ». Tome I. (1952), Librairie Armand Colin, Paris, 1968, Un document produit en version numérique par Jean-Marc Simonet, bénévole, professeur retraité de l'Université de Paris XI-Orsay, dans le cadre de la collection: "Les classiques des sciences sociales", développée en collaboration avec la Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi, p. 97.

¹¹⁹⁰ Histoire de la France rurale, ouvr. coll. sous la dir. de Georges Duby et Armand Wallon, Tome 1, Seuil, 1975, « Le temps de la croissance » par Guy Fourquin, p. 499.

¹¹⁹¹ A. Petit, « La métairie perpétuelle en Limousin », Nouvelle Revue Historique de Droit, 1919, p. 365.

¹¹⁹² M. Bloch, « Les caractères originaux de l'histoire rurale française ». Tome I. (1952), Librairie Armand Colin, Paris, 1968, Un document produit en version numérique par Jean-Marc Simonet, bénévole, professeur retraité de l'Université de Paris XI-Orsay, dans le cadre de la collection: "Les classiques des sciences sociales", développée en collaboration avec la Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi, p. 156.

toute dépendance. »¹¹⁹³. Ce choix signifia aussi la fin des rentes foncières, parce que la liberté des uns ne pouvait pas être la dépendance des autres. Les difficultés de la féodalité contractante à conserver ses droits, n'étaient pas seulement le fait de l'opportunisme des tenanciers. Elles provenaient également du souvenir cuisant de la misère et des famines qu'endurèrent ces mêmes tenanciers au 18^{ème} siècle. C'est pourquoi la propriété du code ne put être, et continue à ne pas pouvoir être, un retour en arrière. Au contraire, le consensus social qui la fonde, sous-tend une projection vers l'avenir, projection dont l'envie de détenir le sol fut un catalyseur puissant.

Or, la théorie renouvelée de la propriété en faisant du propriétaire non plus le maître de sa chose, mais celui du temps, pousse l'avantage du propriétaire à l'extrême et, met à mal ce compromis fondateur, au nom de la liberté d'un propriétaire idéalisé¹¹⁹⁴.

La perpétuité étant passée de la conséquence temporelle du *jus excluendi*, à celui du *jus excludendi* lui-même, la propriété nouvelle s'expose aux critiques adressées hier à la féodalité, avec d'ailleurs, la même suspicion d'inefficacité économique. Le propriétaire se mue en un rentier éloigné de sa chose, dont le seul statut lui assure une rémunération sans autre contrepartie.

Pire, en raison de la relation d'asservissement qu'elle organise, elle n'ouvre comme perspective que la propriété simultanée, qu'elle s'attache pourtant à combattre. S'opposer à la propriété simultanée, c'est-à-dire octroyer la propriété à celui qui assure *in concreto* le développement de sa chose, équivaldrait à prôner une forme de grande propriété à l'anglaise dotée de l'absolutisme de la propriété du code, pour maintenir les détenteurs des droits réels en dehors de la propriété.

Eviter ce choix impossible, passe par la question : comment attribuer la propriété ? Pour ensuite, pouvoir dire qui est le propriétaire.

- c. Tentative de complément de la propriété renouvelée ou le maintien d'une perpétuité caractère du droit de propriété

(460.) Invalider la proposition de la théorie renouvelée de la propriété est une première étape nécessaire, mais insuffisante. Cela d'autant plus qu'un retour à la liste limitative de l'article 543 n'est pas envisageable.

¹¹⁹³ J. Carbonnier, « Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur », 10e édition, Broché, 2001, p. 345.

¹¹⁹⁴ Sur la question de la réintroduction de la féodalité par la voie contractuelle, voir M. Xifaras, « La Propriété : Étude de philosophie du droit », PUF, 2004, p. 79 : « Le problème est éminemment politique : si le trait caractéristique de la féodalité est le domaine divisé (la superposition d'un domaine utile et d'un domaine direct), a-t-on le droit de réintroduire la féodalité (la division du domaine) dans le droit des biens par le moyen du contrat, ou en quelque sorte, et pour parodier la Jacqueline de Molière : « Et s'il me plaît à moi d'être inféodée ? Troplong répond par l'affirmative. Ici encore, la dispute porte sur le louage de chose et plus précisément encore sur le louage à ferme, mais on voit combien l'analogie avec le louage d'industrie et de services est stimulante. On peut, certes, interpréter la défense du principe de l'absolue liberté de convenir comme un signe de libéralisme ; le contexte de la dispute incite cependant à la prudence : ce libéralisme-là défend un régime antérieur à la Révolution française. » Notons que l'auteur ne s'applique pas à lui-même le conseil de prudence qu'il prodigue puisque sa thèse prône une forme de propriété simultanée.

En cas de démembrement, F. Zenati et T. Revet attribuent invariablement la propriété à l'auteur de ce démembrement, acceptant qu'il ne conserve rien d'autre que la perpétuité. Notons au passage que par ce glissement, la perpétuité est passée de la qualité de caractère de la propriété à celui d'attribut. Pour préserver le statut du propriétaire initial, la théorie renouvelée fait abstraction de la réalité de la chose au mépris des droits du superficiaire et cela, quelle que soit la situation. C'est là, le reproche de fond qui est fait au *jus exluendi*.

Accorder la perpétuité au seul propriétaire s'entend parfaitement dans le cadre du code, encore faut-il que le propriétaire soit en mesure de faire valoir d'autres prérogatives plus positives tenant à la mise en valeur de la chose. À défaut, un autre que lui pourra apparaître plus légitime à l'octroi de ce droit, faisant dériver le débat vers l'interrogation ci-dessus évoquée : qui est le propriétaire du fonds ?

Comment résoudre cette épineuse question ? Les deux options en débat sont synthétiquement les suivantes :

(i) octroyer la propriété au superficiaire et au propriétaire initial, présente une certaine cohérence, cela d'autant plus, qu'en faisant de la durée, le critère ultime de la propriété, on se détourne de la chose elle-même. L'enjeu principal devient la teneur de la prérogative et la propriété de droits paraît donc toute proche. La question du *numerus clausus* est ici moins prégnante, car le régime de base de la propriété est celui de la division. L'avantage du système vient de sa souplesse, puisque le droit suit le développement de la chose. Inconvénient majeur, il s'agit d'une propriété simultanée.

(ii) Autre option : Faire appel au droit naturel en considérant que « les droits sont éternels et le temps ne devrait avoir aucun effet sur le patrimoine de l'homme »¹¹⁹⁵ ? Louis XVI lui-même argua, face à ses conseillers, lui demandant la fin des droits féodaux, que cela reviendrait à méconnaître les droits de propriété de la noblesse de droit naturel¹¹⁹⁶. C'est aussi d'une certaine manière, l'option de la perspective classique d'un *numerus clausus*, assis sur une interprétation limitative de l'article 543 du Code civil. Le modèle de la propriété du code est évidemment respecté. Parallèlement, le système est d'une grande rigidité, rendant difficile l'intégration du droit de superficie. Par ailleurs, la « troisième » du *jus exluendi*, qui se fonde sur la perpétuité, n'est pas une alternative, comme nous venons de le voir.

La problématique est assurément complexe et explique la difficulté de la doctrine à la trancher (Cf. supra). Pour dépasser le dilemme entre d'une part, le maintien de la propriété unitaire élément structurant du droit des biens, et le besoin d'adaptation incarné par le droit de superficie, d'autre part, l'esprit du code et sa propriété semblent être la piste à suivre, rendant possible une quatrième option.

¹¹⁹⁵ T. Lamarche, « L'imprescriptibilité et le droit des biens » : RTD civ. 2004, §1 p. 403.

¹¹⁹⁶ E. Chénou, « Les démembrements de la propriété foncière en France, avant et après la Révolution », Recueil Sirey, 1923.

(461.) Les brèves observations à venir n'apportent pas une réponse absolue à la problématique de la création des droits réels. Il s'agit simplement de poser quelques jalons pour ne pas se limiter à une critique de la thèse de la propriété renouvelée, mais au contraire à la développer. L'objectif est de disposer d'un droit de propriété en cohérence avec le développement de la chose, tout en respectant la propriété du code un homme, une chose, fondement de l'ordre public des biens.

La combinaison de ces deux cibles suppose un compromis, c'est pourquoi l'esprit de la propriété du code sera notre guide, puisqu'elle est elle-même le fruit d'un compromis.

La première étape consiste à définir le principe forgeant ce compromis entre le droit de démembrer sa chose et l'ordre public des biens. En l'occurrence, le principe sera d'accorder une pleine liberté au propriétaire en matière de création de droits réels sur sa chose. De la sorte, est confirmée l'attribution complète des prérogatives de la chose au propriétaire, lui en assurant le monopole. Cette liberté se traduira par une faculté de démembrement, totale. Néanmoins, cette liberté sera bornée par la responsabilité du propriétaire. *A minima*, cette responsabilité consistera à ne pas contrevenir à l'équilibre de l'institution garantissant sa liberté, à savoir la propriété et plus exactement une propriété unitaire.

La seconde étape doit permettre de développer le principe sus-énoncé, ce qui suppose d'isoler les critères emportant la responsabilité du propriétaire. Au titre de ces critères se trouvera la durée, mais pas exclusivement, et dans une perspective différente de celle de la propriété renouvelée. Différente, car la perpétuité sera bien le caractère d'une propriété unitaire, sans être attribuée de façon absolue au propriétaire initial. À elle seule, la perpétuité n'emportera pas la propriété. Pour conserver la propriété et jouir de son principal attribut, la liberté vis-à-vis de sa chose, le propriétaire devra être en mesure en plus, de faire valoir certaines responsabilités, vis-à-vis du développement de cette chose.

Si tel n'était pas le cas, la liberté du propriétaire se limiterait à contraindre le superficiaire ce qui serait sans doute nuisible à l'ensemble. Ainsi, le propriétaire, ayant transféré la totalité des prérogatives qu'il possédait sur la chose, dans une perspective de long terme, sera relégué au rang de créancier rentier. La posture est donc plus restrictive, mais aussi plus souple que celle de la théorie renouvelée de la propriété. Ici, le propriétaire sans contact avec la chose, autre que la maîtrise du temps, ne peut plus prétendre à la propriété. Son droit est devenu un droit de créance et d'une créance rachetable, conformément à la définition des rentes du Code civil.

Le droit de disposer du propriétaire n'est pas amputé et c'est même sa mise en œuvre qui aboutit au transfert de propriété. Le propriétaire initial démembre sa chose au gré de ses intérêts et en toute liberté. Simplement, s'il va jusqu'à un démembrement tel que son droit résiduel soit devenu comparable au rentier de l'Ancien Régime, alors, il ne peut plus se prévaloir du droit de propriété.

Cette prérogative est transférée au superficiaire, qui pourra à son tour jouir de tous les attributs de la propriété¹¹⁹⁷.

La structure de la propriété du code est respectée car l'opération met toujours en présence un droit attribué exclusivement sur une chose. Il ne s'agit pas non plus d'un moyen détourné de collectiviser la propriété à laquelle peut conduire l'analyse de l'étendue de l'imprescriptibilité du droit de propriété¹¹⁹⁸. Les deux protagonistes sont des sujets privés qui s'opposent sur l'attribution de la propriété d'un bien et le juge, au cas par cas, ne fait que de les départager en indiquant celui qui a réellement en charge le développement de la chose. La décision est conforme à l'esprit du code, puisque la propriété ne peut être que l'apanage d'un seul.

(462.) En guise de conclusion, signalons que l'hypothèse décrite d'une liberté limitée par le respect du modèle de propriété du code, pourrait s'articuler avec la proposition de refonte du livre II de l'association Capitant.

L'avant-projet n'aborde pas directement le *numerus clausus* des droits réels mais répond indirectement à la problématique¹¹⁹⁹. D'abord, il offre une théorie de la propriété large, intégrant la propriété collective et de nombreuses opportunités de démembrement, en créant y compris un droit de jouissance spéciale (cf. infra §768 et s.). Ensuite, l'ensemble des dispositions du livre II peuvent être interprétées comme étant d'ordre public¹²⁰⁰, sous réserve de la version définitive de la proposition¹²⁰¹. Le dispositif représente donc un ensemble fermé comprenant de nombreux modes d'appropriation en complément de la propriété unitaire, cette dernière demeurant la référence. La proposition est aussi compatible avec celle d'auteurs étrangers évoquant la notion de quasi-*numerus clausus*¹²⁰².

Permettre la libre création de droits réels sans dénaturer la propriété, représente un moyen d'accompagner le changement impulsé par le droit de superficie. Cependant, contrairement à la proposition de la théorie renouvelée de la propriété, celle à l'instant formulée, assure la conservation du cadre fondamental de la propriété sans risque de déstabilisation. L'objectif d'un compromis entre liberté et responsabilité est donc atteint, permettant un lien avec le concept de propriété systémique (cf. supra §12 et s.).

La critique du *jus excluendi* en présence d'un droit de superficie démembrement de droit qui vient d'être dressée, s'accompagne d'un second reproche tout aussi puissant. En présence d'un droit de

¹¹⁹⁷ Précision importante : financièrement, l'opération est neutre puisqu'on peut estimer que la valeur du droit démembré, plus celle du droit de créance (rachetable) correspondra à la valeur de la chose, en cas par exemple d'une cession totale.

¹¹⁹⁸ T. Lamarche, « L'imprescriptibilité et le droit des biens » : RTD ci. 2004, §7 p. 407.

¹¹⁹⁹ Contra F. Zenati-Castaing, « La proposition de refonte du livre II du Code civil Etude critique », RTD Civ. 2009 p. 211 §6 et 22.

¹²⁰⁰ J-L Bergel, « Du numerus clausus des droits réels ? » RDI 2010 p. 409

¹²⁰¹ Voir sur ce point, B. Mallet-Bricout, L. D'avout, «La liberté de création des droits réels aujourd'hui » Recueil Dalloz 2013 p. 53.

superficie dans l'optique d'un découpage vertical du sol, la thèse de la théorie renouvelée de la propriété s'avère également déficiente.

B. Le droit de superficie DRCA : facteur de fragilisation de la propriété individuelle

(463.) À cette étape, la contestation du droit de superficie DRCA se réfère à des situations pratiques dans lesquelles le sol est développé verticalement, soit une propriété foncière volumique. Il est essentiel de rappeler que cette configuration n'est pas celle de la propriété renouvelée, qui réfute ce cas de figure en se rattachant au principe d'un sol unitaire. C'est donc d'abord, ce postulat qui est dénoncé, même si l'exposé portera sur ses conséquences. Pour être recevable, la critique engage à démontrer comment le principe de l'unité peut-être mis en échec pour le dessus (cf. infra §624 et s.), comme cela a été fait pour le dessous (cf. supra §188 et s.).

Le droit de superficie DRCA s'oppose à ce que le titulaire d'un volume détienne sur celui-ci, un droit de propriété. Toutefois, ce refus n'empêche pas en pratique, le découpage vertical du sol et, le *jus excluendi* doit prendre en compte cette organisation inhérente à l'existence et au fonctionnement de l'ensemble immobilier volumique. Or, ce fonctionnement va mettre en exergue la faiblesse du droit de superficie DRCA. En dehors de la qualification de droit réel, il n'offre au détenteur d'un volume, que le recours à la propriété collective, là encore, en contradiction avec son objectif premier. L'examen des deux options envisageables pour le développement du sol vertical, avec (1) et sans un propriétaire foncier distinct (2), confirme le propos à des degrés différents.

1. Division verticale dotée d'un propriétaire foncier distinct

(464.) Face là l'hypothèse de la division verticale d'un fonds de terre, articulé avec un propriétaire foncier unique, la proposition du DRCA n'est pas satisfaisante sur le principe (a). Elle pose notamment des difficultés d'ordre économique (b), et dans le cas d'un abandon de la propriété foncière (c).

a. Le DRCA une hypothèse trop restrictive

(465.) Le schéma sur lequel nous réagissons, est celui d'un terrain appartenant à un sujet A sur lequel est développé des volumes B, C, D, etc., individualisés et distincts de A. Dans

¹²⁰² S. van Erp, « A numerous quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future European property law ? » adapted version of an essay published in a *Festschrift for Ewoud Hondius*.

l'hypothèse du droit de superficie DRCA, seul A sera propriétaire B, C et D seront titulaires d'un droit réel.

Première observation : alors que la démarche volumique correspond à une volonté d'individualisation, puisque B, C et D auraient pu envisager une entité commune, le droit de superficie DRCA est un frein à cette aspiration du fait du maintien du lien de dépendance avec A. L'explication tient bien sûr à l'attribution de la propriété individuelle au profit de A. La raison d'être de cette formule est évidente et correspondra éventuellement à l'organisation de nombreux projets. Simplement, cette configuration devient pour le droit de superficie DRCA un horizon unique et indépassable.

Ensuite, se pose la question récurrente de savoir sur quoi porte le droit de propriété de A. Dans certaines hypothèses, il conservera des droits sur le dessous et le dessus non construit, ou encore des prérogatives sur l'usage des volumes, donnant ainsi, une certaine cohérence à la théorie du droit réel sur la chose d'autrui. À l'inverse, il est des situations dans lesquelles A ne retiendra aucune prérogative, situation classique, les droits à construire ou à exploiter portant sur le dessus et le dessous non utilisés, seront attribués à tous les volumes ou seulement à certains. Dans une telle hypothèse, le seul moyen pour A de légitimer sa propriété, sera d'arguer de la perpétuité de son droit imposant ainsi une borne temporelle aux titulaires des volumes B, C et D.

Là encore, le schéma n'est pas critiquable en soit, ce qu'il l'est, c'est l'impossibilité pour B, C et D de rompre ce lien de dépendance, et pire encore, de le subir au nom du système. En procédant de la sorte, on retombe dans les travers évoqués à l'instant, c'est-à-dire, se voir attribuer le droit de propriété car ce droit est perpétuel, sans apprécier, *in concreto*, l'organisation des utilités de la chose (cf. supra §440).

b. *Le DRCA source d'un déséquilibre économique*

(466.) Toujours dans le cadre du scénario décrit ci-dessus, se posera une autre question, celle de la valeur économique de la propriété de A. La rétention de la durée devra, au moins sur le principe, représenter une valeur, minorant la valeur des droits de B, C et D. Si le cumul de la valeur des droits de B, C, D équivalent à la valeur du bien dans son ensemble, alors la présence de A ne s'explique pas économiquement. Rappelons à cet effet, que la théorie économique considère que sur le long terme ou le très long terme, il n'y a pas de différence entre location et accession, en raison du jeu de l'érosion monétaire. Dans l'hypothèse de l'absence d'une valeur économique, le maintien obligatoire de A relèverait donc du choix politique ou moral, à savoir celui d'imposer un lien de dépendance à B, C et D.

Poursuivons encore le développement. L'hypothèse proposée sous-entend que A dispose, et continuera à disposer, au moins d'un intérêt à se prévaloir de sa propriété. Face à des volumes dont le prix a été payé en une seule fois sans précision de durée, A sera désigné comme le propriétaire au moins en raison de la perpétuité de son droit. L'intérêt de A consistera donc à attendre le terme du contrat pour à nouveau disposer de sa chose. L'hypothèse est, rappelons-le, celle de la *vis attractiva* ou de « l'arrière » droit de propriété, mais aussi de la rente foncière de l'Ancien Régime (cf. supra §448). Au terme de cette longue durée, par exemple 99 ans, A retrouvera sa propriété libre de tous droits réels et, pourra en jouir comme il l'entend. Concomitamment, les détenteurs des volumes verront leurs droits disparaître. Or, à nouveau se pose une question d'ordre économique. En effet, si le prix des volumes correspondait à la valeur de cession de la propriété, alors A récupérerait un bien pour lequel il a déjà reçu l'équivalent du prix. En d'autres termes, A, lorsque les droits réels prendront fin, sera redevenu propriétaire plein et entier de sa chose et aura conservé l'acquis du prix initial. Il aura en équivalent valeur deux biens et les détenteurs des volumes aucun.

Ce résultat aurait pu advenir dans l'hypothèse d'un bail, la somme cumulée des loyers pouvant même dépasser la valeur de la propriété initiale. L'opération sanctionne alors un développement positif pour A. Le principe n'est donc pas ici en cause, ce qui l'est, c'est l'impossibilité de sortir de ce schéma. Par un acte de volition, la théorie renouvelée de la propriété ramène irrémédiablement les titulaires des droits sur les volumes au statut de locataire, sans que ces derniers puissent y échapper. Au prétexte que leur chose provient d'un développement vertical et non horizontal du sol, les détenteurs des volumes ne peuvent pas accéder au statut de A, au droit de propriété.

c. Le DRCA une solution inadaptée en cas d'abandon de la chose

(467.) Indépendamment de cet aspect économique, imaginons un instant que le propriétaire abandonne sa chose, à qui reviendrait-elle ? La réponse la plus vraisemblable est : la collectivité.

Ainsi, toujours au regard du cas pratique qui vient d'être énoncé, cela signifierait que B, C et D deviendraient titulaires d'un droit de la chose de la collectivité en cas d'abandon de A. Sur le fond, l'issue n'appelle aucune remarque, il s'agit de la simple application de la règle d'attribution des *res derelictae*. Simplement, l'événement met à nouveau en exergue le statut d'infériorité des détenteurs des volumes. L'impossibilité d'accéder à la propriété les confine à demeurer dépendants. Dans notre hypothèse, en dépit de leur rôle au regard du

développement de la chose, la propriété leur échappe au profit d'un tiers. Le fait que le tiers soit la collectivité ne modifie en rien la problématique pour les détenteurs de volumes.

Et, à nouveau, Il semble difficile de proposer une alternative. Peut-il y avoir prescription de la part des volumes ? Difficile de l'imaginer. L'objet de la prescription porterait concrètement sur un droit de propriété limité à sa part résiduelle, en l'occurrence la maîtrise du temps, ce qui n'est pas sans poser nombre de questions. Ensuite, quel volume pourrait y prétendre ? Celui du dernier niveau de sous-sol parce qu'il est au contact avec le sol naturel ? Celui du milieu car il est, peu ou prou, au niveau de ce que fut le sol avant développement ? Ou encore, le dernier niveau, car il offre le potentiel de développement le plus fort ? La portée de ces questions n'est pas neutre, car elles reviennent à attribuer la propriété à l'un des volumes, mais seulement à celui-là. Ou alors, s'agirait-il d'une prescription de tous les volumes ? Elle déboucherait alors, comme dans l'exemple de la *res derelictae*, sur une propriété collective. Prenant le risque de la lourdeur, il paraît nécessaire de préciser le propos. La question n'est pas celle de la propriété collective, mais l'impossibilité de la propriété individuelle.

La propriété collective visée dans cet exemple est plus restreinte que la précédente et correspondrait à une indivision entre tous les détenteurs de volumes, ce qui est notre seconde hypothèse à savoir, la division verticale, sans propriétaire foncier distinct.

2. *Division verticale sans propriétaire foncier distinct*

(468.) Plaçons-nous maintenant dans l'hypothèse d'un développement sans propriétaire distinct ; contrairement à l'exemple précédent A n'existe pas.

B, C et D procèdent par eux-mêmes au développement volumique. Une fois les volumes réalisés se pose un problème de fond (au propre avec un s comme au figuré sans s) ; les volumes ont besoin d'un « autrui » pour être titulaire d'un droit relevant du fonds de cet « autrui ». En d'autres termes, ils n'auront d'autres solutions, sauf à attribuer à l'un d'eux le droit de propriété avec les conséquences évoquées à l'instant, que de conserver une forme de propriété collective. Certes, cette propriété pourra être portée par une personne morale, sans pourtant faire disparaître les droits concurrents de B, C et D.

Il est capital de s'arrêter sur ce point, en relevant au passage combien le droit de superficie DRCA heurte la propriété volumique. Le développement vertical de B, C et D s'est traduit, pour reprendre en substance la définition de D. Sizaire¹²⁰³ qui sera précisée ultérieurement (cf. infra 640 et s.), par la réalisation de fractions d'immeubles distinctes horizontalement sans parties communes. Les relations entre ces fractions sont organisées via un jeu de

servitudes maintenant le caractère exclusif de chaque unité, dans le droit fil de la logique du code. En présence d'équipements communs et même d'espaces communs, une entité pourra être créée, mais, il s'agit là seulement d'une option, pas d'une obligation¹²⁰⁴. Cette dimension collective est même l'exception face à la règle, qui est l'individualisation des volumes, comme peut l'être la mitoyenneté dans la propriété foncière classique. À l'inverse, pour la théorie du droit de superficie DRCA, l'entité indispensable regroupant la propriété foncière de B, C et D n'est pas l'exception. Elle représente le principe de la propriété ayant vocation à rayonner sur l'ensemble.

En revenant à l'origine de la propriété volumique qui est, notamment, de favoriser une démarche plus individualiste que celle émanant du statut de la copropriété (cf. infra §637 et s.), on s'aperçoit que la propriété renouvelée prend le contre-pied de cette orientation.

En matière de copropriété, il n'est pas douteux que les parties communes représentent un élément essentiel¹²⁰⁵. La dimension collective est donc intrinsèque et incontournable. Le copropriétaire ne peut en faire abstraction et c'est même la caractéristique principale de ce statut. Néanmoins, en parallèle, il pourra se targuer de disposer d'un véritable droit de propriété sur son lot. Le détenteur d'un volume pourra seulement, lui, prétendre à un droit réel sur la chose d'autrui, auquel pourra s'ajouter un droit indivis.

Conclusion Chapitre III : La thèse du droit réel sur la chose d'autrui (DRCA)

(469.) Au terme de cet exposé sur le droit de superficie DRCA, une évidence apparaît. La théorie de la propriété renouvelée est une thèse puissante et dotée d'une certaine cohérence¹²⁰⁶. Néanmoins, le *jus excluendi* échoue dans sa négation d'un fait social majeur, le développement du sol en trois dimensions.

Contrairement aux deux autres théories refusant également la propriété superficière (cf. supra §351 et s. et §368 et s.), la propriété renouvelée pouvait conceptuellement s'approprier cette évolution. Elle fit pourtant le choix de s'enfermer dans une démarche empreinte d'hégémonie fondée sur le concept du droit réel sur la chose d'autrui. Présentant un intérêt certain pour le développement du sol vertical en présence d'un bail à long terme, elle ne parvient pas à soumettre la superficie ou sa

¹²⁰³ D. Sizaire, « Division en volumes et copropriété des immeubles bâtis », JCP, éd. N, I, p. 323.

¹²⁰⁴ C. Atias, « Guide de la propriété en volumes immobiliers », Point de droit, Edilaix, 2012, §12 p. 11.

¹²⁰⁵ A. Piedlièvre, « le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », Mélanges De Juglart, éd LGDJ 1986 p. 58.

¹²⁰⁶ J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », RTDC 2014 p. 763 : « La doctrine française s'escrime depuis au moins deux siècles à rechercher la définition de la propriété dans l'attirail technique qu'elle a elle-même construit, sans grand succès (même si l'on peut par exemple préférer la cohérence de la doctrine de Frédéric Zenati aux contradictions de la doctrine dite classique). »

version moderne : le volume. Pire, en faisant de choix d'ignorer le volume, la propriété subjective pensant se renforcer, sort fragilisée de cet épisode.

Pour ouvrir le débat, et parce que les mots ont un sens, il est intéressant de relever que le terme autrui, au rôle central dans la thèse du jus *excludendi*, signifie l'autre ou les autres « par opposition au moi locuteur et en exclusion de ce moi »¹²⁰⁷. Philosophiquement, il est possible de le rattacher à l'existentialisme de Sartre, au cœur duquel se trouvent les rapports entre l'individu et le monde. Autrui exprime le monde, source d'angoisses et de conflits pour l'individu, qui finit par revenir au travers « d'autrui » sur lui-même.

La perspective de la propriété du code est plus binaire. Sans exclure les autres, que l'on retrouve dans la seconde partie de l'article 544, l'individu, le locuteur est seul face au monde ou plus modestement à sa chose. Le droit réel ne prend pas place sur la chose d'autrui, mais sur celle du locuteur, le propriétaire. Le détour par le concept la chose d'autrui, représente peu d'intérêt quand il a pour but d'exclure le sujet central, tout ou plus complique-t-il la bonne compréhension des relations entre les différents protagonistes.

Conclusion Titre I : Les rejets purs et simples de la propriété volumique

(470) Les thèses du droit de superficie droit personnel, droit réel « classique », ou DRCA, chacune à sa manière s'oppose à l'accès à la propriété de la chose superficie ou volume pour protéger le droit de propriété d'une éventuelle dénaturation. C'est le spectre du partage de la chose qui hante ces théories, et les pousse à une posture défensive. Le droit ne pouvant s'émanciper d'une évolution au terme de laquelle le sol est perçu en trois dimensions, ces théories n'appréhendent leur sujet, au mieux, que partiellement.

La théorie renouvelée de la propriété de F. Zenati et T. Revet aurait pu, par les concepts novateurs qu'elle développe comme sa volonté d'inclure le monde incorporel dans le champ de la propriété, au moins jeter les bases d'une propriété d'un sol en volume. Au lieu de cela, le *jus excludendi* a fait du rejet de la propriété superficielle une condition de validité de son modèle de propriété, allant jusqu'à en appeler à la garantie de la Constitution. En conséquence, le droit de superficie se retrouve confiné à un statut indépassable de bail long terme. Ce choix débouche sur un propriétaire idéal, distant, à un moment ou un bien nouveau, le volume, devient réalité, réalité que le droit est contraint d'appréhender dans les pas du doyen Savatier.

Avant de développer les contours de ce bien nouveau, il nous faut examiner les théories qui acceptent une appropriation superficielle, en s'écartant toutefois de la propriété du Code civil.

¹²⁰⁷ Centre National de Ressources Textuelles et lexicales, Portail lexical, lexicographie, entrée « autrui ».

Titre II : LES REJETS RELATIFS DE LA PROPRIÉTÉ VOLUMIQUE

(471.) Le développement vertical du sol est un phénomène social puissant. Il traduit même une évolution irréversible. L'urbanisation qui a vu l'homme bâtir à des hauteurs et des profondeurs toujours plus grandes, ne va pas cesser. La pression démographique aidant, la vision foncière horizontale d'antan appartient à l'histoire, même si elle demeure porteuse d'avenir, sous réserve d'accepter de n'être plus qu'une vérité parmi d'autres. Dans ces conditions, le droit ne pouvait se contenter d'ignorer ce phénomène, en rejetant simplement le principe d'une propriété verticale.

En parallèle de ce courant, c'est donc développé une autre tendance acceptant l'idée d'un sol, qui ne serait pas seulement une surface, mais également un volume, et par là divisible dans le sens de la hauteur. Au sein de ce second courant, une scission peut-être opérée entre les auteurs assimilant le sol volume au sol surface traditionnel, et les auteurs considérant que seul le sol surface répond aux canons de la propriété du code. Les premiers appartiennent à l'école de la théorie moniste, qui sera développée en troisième partie. La position des seconds, tenants de la thèse dualiste, par contre va retenir dès maintenant notre attention. Nous détaillerons notamment comment cette thèse a opéré pour construire une propriété capable de s'adapter à un sol appréhendé verticalement, sans répondre au critère de la propriété civiliste.

Une autre option permettant d'arriver au même résultat sera également exposée. Il s'agit du modèle de la propriété simultanée, qui prévaut par exemple dans les pays de *common law*. Avec ce modèle, l'appréhension du sol volumique n'a pas seulement lieu « à côté » de la propriété du code, mais dans un univers conceptuel différent. Thèse dualiste et propriété simultanée ont ainsi en commun d'entretenir une relation antagonique avec la propriété du code, même si c'est à des degrés différents. C'est cette affinité qui explique leur regroupement au sein du même titre, étant précisé qu'il aurait été envisageable de consacrer un titre à chacune de ces options. La propriété simultanée aurait aussi pu être traitée complètement à part, même si nous le verrons, l'opposition frontale entre propriété civiliste et simultanée n'a guère de sens aujourd'hui.

Notre choix s'étant porté sur un traitement conjoint des deux problématiques, nous débuterons par la présentation de la thèse dualiste (chapitre I), pour ensuite examiner la propriété simultanée ou la propriété de droits (chapitre II).

Chapitre I : La thèse dualiste : une propriété *sui generis*

(472.) La thèse dualiste est populaire auprès des juristes actuels, tout en correspondant à un courant doctrinal ancien, pouvant remonter jusqu'à Proudhon. Cet auteur, contemporain du code, développait une pensée très imprégnée du modèle de propriété de l'ancienne France, et notamment des différents droits d'usage coutumiers, qui s'appliquaient à la terre.

Cette propriété, plus proche de la division que de l'unité, ne se retrouve pas sous la plume des auteurs modernes de la thèse dualiste. Néanmoins, ces derniers partagent avec le célèbre jurisconsulte du début du 19^{ième}, l'analyse faisant du droit de superficie un droit dual qui ne peut pas se confondre avec la propriété du code. Cette propriété qui ne parvient pas à se hisser au niveau de son modèle, comporte une faille théorique rédhibitoire, du propre aveu de ses promoteurs, comme il en sera fait état ultérieurement. Ce défaut de conception quasi génétique justifie la mise à l'écart de la thèse dualiste pour deux raisons. D'abord, cette thèse comme celle de la théorie renouvelée de la propriété est inapte à rendre compte du développement vertical du sol synonyme d'une propriété pure et simple. Ensuite, et cette fois contrairement au jus excluendi, la thèse dualiste ne permet pas d'expliquer le droit de superficie démembrement de droit, pire la propriété *sui generis* qu'elle sous-entend, contrarie le modèle de la propriété du code. Ce constat, sévère, doit être relativisé par le caractère pragmatique de la thèse dualiste, toutefois sans incidence sur le fond de cette orientation.

L'analyse de la thèse dualiste suppose tour à tour l'examen de la position de J.B.V. Proudhon pour elle-même, et pour comprendre sa contribution au courant dualiste (Section 1), puis l'exposé détaillé des ressorts de la thèse dualiste par elle-même (section 2).

Section I : Le concept de propriété superficielle selon Proudhon

(473.) L'ambition n'est pas de chercher à présenter une théorie de la propriété chez Proudhon, étant précisé que la remarque concerne J.-B. Victor Proudhon et non Pierre-Joseph Proudhon pour lequel M. Xifaras a déjà esquissé une réponse sous ce même angle¹²⁰⁸. Pour éviter toute confusion, Pierre-Joseph sera ici mis de côté au seul profit de

Jean-Baptiste-Victor. Néanmoins avant de sceller la séparation, précisons que l'approche des deux auteurs, aux opinions diamétralement opposées bien que contemporains, se rejoint sur un point. Si avec M. Xifaras, on accepte la contribution de Pierre-Joseph quant à la contestation du dogme de la propriété¹²⁰⁹, Jean-Baptiste-Victor paraît quant à lui se placer en amont du culte du propriétaire développé au 19^{ième} siècle par la doctrine. Il ne faut pas se méprendre sur cette proximité de vues. Jean-Baptiste-Victor est un fervent défenseur de la propriété ; lorsqu'il aborde le vol, ce n'est pas comme résultante de la propriété ou la propriété elle-même, contrairement à son homonyme. Pour Jean-Baptiste-Victor, le vol est un crime perpétré contre le propriétaire, que l'institution propriété contribue justement à marginaliser, favorisant de la sorte un développement harmonieux de la société¹²¹⁰.

La propriété de Proudhon -Jean-Baptiste-Victor, et il ne s'agira plus désormais que de celui-ci, se place dans la perspective du Code civil, sans ignorer le droit antérieur à la Révolution. Ainsi, l'auteur aborde très naturellement le droit de superficie avec les autres droits d'usage, comme le révèle son traité en neuf tomes parus entre 1823 et 1827¹²¹¹. À ce propos, il faut souligner le « mauvais » traitement réservé ici à Proudhon en lui attribuant seulement la « paternité » de la thèse dualiste. Sa place serait plutôt dans le chapitre à suivre, qui sera consacré à la propriété simultanée (cf. infra §531 et s.), tant le concept de Proudhon est proche ce modèle. Cependant, la structure de son analyse du droit de superficie rappelle nettement la thèse dualiste, rendant l'association avec celle-ci inévitable. De plus, l'éclairage de Proudhon permet de saisir la fragilité conceptuelle de la thèse dualiste, car contrairement à cette thèse la propriété superficière de Proudhon répond à un modèle de propriété compatible avec une propriété foncière divisée. Ainsi, Proudhon évite la contradiction de la thèse dualiste (cf. infra §513 et s.).

Cette approche spécifique explique pourquoi en amont de l'analyse du droit de superficie de Proudhon (§2), il convient de tracer à grands traits sa vision de la propriété qui en constitue la base (§1).

¹²⁰⁸ M. Xifaras, « Y a-t'il une théorie de la propriété chez Proudhon ? », in R. Damien et H. Touboul, Proudhon, figure de la modernité, numéro spécial de Corpus, Paris, Fayard, 2005, pp. 229-282.

¹²⁰⁹ M. Xifaras, « Y a-t-il une théorie de la propriété chez Proudhon ? », in R. Damien et H. Touboul, Proudhon, figure de la modernité, numéro spécial de Corpus, Paris, Fayard, 2005, p. 281 « Ce consensus politique a pour socle la définition dogmatique de l'institution, comme droit absolu d'une personne sur une chose matérielle. Il faut savoir gré à Proudhon d'avoir, par son Premier mémoire, rompu le consensus politique en osant affirmer l'injustice de la propriété... ».

¹²¹⁰ J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 1, Dijon 1839 §36 et suivants par exemple §64, p. 63 : « L'orgueil qu'inspire la fortune légitimement acquise; cette voix unanime qui, signalant le vol sous le nom de BASSESSE, le proscriit comme le plus déshonorant des crimes » et en guise de conclusion du paragraphe §65, p.66 « Concluons donc qu'en général c'est la probité, -la moralité, l'industrie, les lumières, l'esprit d'ordre, l'amour de la tranquillité publique, l'amour du travail, se rattachent également à la propriété ».

¹²¹¹ J.-B. Victor Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Dijon : 1823-1827, Tome 1 à 9.

§1 La propriété chez Proudhon : une qualification ouverte

(474.) La propriété vue par Proudhon est en quelque sorte une thèse de compromis entre la propriété divisée de l'Ancien Régime, et la propriété unitaire du code. Ce trait constitue l'intérêt et la difficulté de cette théorie de la propriété.

L'auteur s'exprime bien entendu sous l'empire du Code civil, mais l'analyse est empreinte d'empirisme et de pragmatisme qui la rapproche de la propriété simultanée. Le droit de superficie ubiquiste est un révélateur parfait de cette théorie, entre la période ante et post révolutionnaire, propice à la transition. L'époque à laquelle s'exprime Proudhon voit la Révolution finalement assimilée par le corps social. Cependant, d'autres mutations d'ampleur, par exemple économiques, surgissent amenant elles aussi des transformations profondes, qui vinrent interroger les acquis de la Révolution, dont la propriété.

Le paragraphe qui va suivre est bien insuffisant pour rendre compte de l'apport de la pensée de Proudhon, qui revêt d'ailleurs une certaine modernité. L'époque actuelle connaît également des changements qui conduisent à interroger ou réinterroger certaines institutions, dont ... la propriété.

Pour se limiter à la thèse de Proudhon, nous verrons que le modèle de propriété de cet auteur, s'analyse comme une thèse charnière (A), illustrant l'hypothèse d'une mutation du concept de propriété intervenue au cours du 19^{ième} (B).

A. La propriété de Proudhon, une thèse pragmatique entre l'Ancien Régime et la société nouvelle

(475.) La propriété développée par Proudhon (1758-1738) est parfaitement en prise avec son époque, tout dépassant allègrement cette époque.

Le concept relève du droit naturel¹²¹² et a pour fondement le travail, même si l'occupation¹²¹³ n'est pas oubliée. Assez classiquement, l'auteur, dans une approche au moins inspirée d'Aristote (cf. infra §727), voit la propriété comme le trait d'union entre l'homme et son créateur. « L'HOMME est le roi de la nature : tous les autres êtres sont destinés à son service ou à son usage, suivant le décret du Créateur. »¹²¹⁴.

¹²¹² J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 1, Dijon 1839, §23 p.21 : « Le droit de propriété a son fondement dans la loi naturelle, qui en a décrété le principe. ».

¹²¹³ J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 1, Dijon 1839, §31 p.29.

¹²¹⁴ J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 1, Dijon 1839, p. 4 Introduction. Cette phrase, y compris l'usage des majuscules symbolise à merveille l'idée selon laquelle Dieu mit la Terre à disposition des hommes, comme le rapport de soumission de l'homme envers la nature.

Naturellement, la propriété foncière occupe une place de choix dans ce tableau. Elle « commande donc un respect tout particulier, puisqu'elle est la source de tant d'avantages; »¹²¹⁵. Ce classicisme dans l'approche du concept de propriété, conforme à la pensée de Locke, ne doit cependant pas masquer la finesse de l'analyse de Proudhon.

Tout en soulignant que la propriété relève de la loi naturelle, l'auteur indique très clairement que le propriétaire tient ses prérogatives de la loi. Proudhon met ainsi l'accent sur le second mouvement de l'article 544¹²¹⁶, et ce, dès la publication du code. L'auteur opère de la sorte un compromis entre droit naturel et droit positif¹²¹⁷. De même Proudhon, très tôt, mentionne la limite imposée au propriétaire en raison des relations qu'il entretient avec son voisinage et indique : « c'est qu'en usant et disposant de ce qui nous appartient, nous devons éviter tout ce qui pourrait nuire à nos voisins... »¹²¹⁸. La propriété de Proudhon envisage également le démembrement du droit de propriété, en exposant dans le détail les éléments de la propriété immobilière (cf. infra 473 et s.). Enfin, l'auteur met en avant les contraintes à dimension publique, et notamment l'impôt, pouvant venir contenir le droit du propriétaire.

Proudhon procède à cette analyse exhaustive du concept de propriété à une époque éloignée dans le temps de la nôtre, mais aussi au regard de la relation tissée entre l'homme et les choses. Bien que postérieure au code, la propriété à l'époque de Proudhon n'était pas encore absolue et unitaire, et encore moins une propriété sociabilisée telle qu'elle nous apparaît aujourd'hui.

C'est là toute la particularité et l'intérêt de la pensée de Proudhon. L'auteur bâtit une propriété presque « moderne », c'est-à-dire tout à la fois unitaire, pouvant être divisée et reconnaissant la limite de la loi. De plus, chose remarquable, la proposition intervient dans un contexte, où le modèle de propriété ne s'était pas encore affirmé, et restait très influencé par la propriété simultanée de l'Ancien Régime.

(476.) Lorsque Proudhon parle de « propriété », le terme est au singulier tout en évoquant des situations bien plus diverses, que ce que recouvre la propriété moderne.

Sous la plume du jurisconsulte, le concept de propriété n'a pas encore opéré sa mue, qui interviendra dans la seconde partie du 19^{ième}. Le terme de « propriété » utilisé par Proudhon est semblable à celui que nous connaissons, tout en possédant une variation de sens

¹²¹⁵ J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 1, Dijon 1839, §75 p. 78.

¹²¹⁶ J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 1, Dijon 1839, §14 p. 16.

¹²¹⁷ J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 1, Dijon 1839, §33 p. 31 : « Cependant, quoique le droit de propriété ait son fondement primordial dans la loi naturelle, il faut bien observer que c'est de la loi civile que la propriété emprunte ses caractères; ».

¹²¹⁸ J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 2, Dijon 1839, §638 p. 214.

significative, à l'image du terme copropriété évoqué ci-après. L'auteur, par exemple, fait référence au critère de perfection de la propriété, sur lequel nous reviendrons longuement (cf. infra §723 et s.). Ainsi, quand Proudhon parle de propriété, au-delà du fait qu'il vise plutôt l'objet que la prérogative, qui elle serait le *dominium*¹²¹⁹, il se réfère à deux situations ; là où le juriste moderne n'en voit qu'une seule. Pour Proudhon, comme pour ses contemporains : « Le droit de propriété ou le domaine peut être plus ou moins parfait ou imparfait. Le domaine est parfait entre les mains de celui qui jouit de sa chose dégagée de toute charge envers des tiers. »¹²²⁰. Suivant cette première observation, l'auteur se fait plus précis et dit : « Le domaine est imparfait lorsque la chose est affectée de la charge de restitution, comme cela a lieu dans le cas de substitution fidéicommissaire; ou qu'elle est grevée de quelques droits réels envers des tiers : tel est le cas où un fonds est grevé d'un droit d'usage ou d'usufruit, ou de quelques autres servitudes plus ou moins graves, ou même frappé d'hypothèques envers les créanciers du propriétaire ».

Le droit de propriété « imparfait » correspond selon cette définition à un droit, privé de certaines prérogatives. Présentée de cette façon, la propriété de Proudhon pourrait s'avérer très proche du concept classique. La propriété imparfaite ne serait en définitive qu'un état subséquent de la propriété parfaite. Une propriété en attente de perfection, à l'image de la nue-propriété pendant la durée de l'usufruit.

Ce n'est, semble-t-il, pas l'interprétation à privilégier. Le droit de propriété imparfait, tel que Proudhon l'envisage, est une propriété par elle-même. L'absence d'un ou plusieurs attributs du faisceau constituant la propriété parfaite, dite aussi pleine, n'a pas d'incidence sur la qualification de propriété. Ensuite, la propriété proudhonienne s'applique aussi aux attributs démembrés pris isolément, sans qu'il y ait besoin d'une référence à une propriété parfaite originelle. Allant même plus loin, Proudhon considère que le droit de propriété peut s'appliquer à l'usufruit, une servitude ou bien encore une créance, et même un droit civique¹²²¹. Cette extension considérable du domaine de la propriété transcende la distinction

¹²¹⁹ J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens ; considérés principalement par rapport au domaine privé, Tome 1, Dijon 1839, p.8, Introduction.

¹²²⁰ J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété : ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 1, Dijon 1839, §13 p. 15.

¹²²¹ J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 1, Dijon 1839, §11 p. 14 : « Le droit de propriété s'applique à toutes les choses soit mobilières soit immobilières, soit corporelles soit incorporelles, qui appartiennent aux uns privativement aux autres. Un droit de créance est un droit de propriété, parce qu'il n'appartient qu'à celui qui en est le créancier. Un droit de servitude est un droit de propriété foncière dans les mains du maître du fonds dominant, parce qu'il n'y a que lui qui ait la faculté légale d'en user. Un droit d'usufruit ou d'usage est un droit de propriété pour l'usufruitier ou l'usager, parce qu'il leur appartient à l'exclusion de tous autres. La liberté individuelle, les qualités personnelles de l'homme, les facultés que la loi lui accorde pour être électeur ou éligible dans nos assemblées politiques, sont aussi des droits de propriété, et de la propriété la plus rigoureuse. »

entre les biens corporels et incorporels,¹²²² sans remettre en cause une nature de propriété attribuée indistinctement.

Le concept de propriété parfaite et de propriété imparfaite coexistent donc chez Proudhon sans lien de hiérarchie, ni réflexe d'exclusion de l'une par rapport à l'autre, ce qui diffère singulièrement du concept actuel de propriété.

B. La propriété de Proudhon : un concept transitoire pour une période transitoire

(477.) Le modèle de propriété de Proudhon rend compte d'un mouvement (1) qui contribua à l'évolution du concept de propriété vers la propriété civiliste plus « absolue » (2).

1. La propriété de Proudhon entre absolu et division ou imperfection et perfection

(478.) La propriété de Proudhon s'inscrit dans une vision de la propriété qui n'est pas propre à l'auteur. Cette propriété se caractérise par sa dimension transitoire, exprimée notamment par les notions de propriété parfaite et imparfaite, se retrouve chez d'autres auteurs.

Toullier, par exemple, est particulièrement explicite quand il dit : « On divise la propriété en deux espèces : propriété parfaite, propriété imparfaite. Elle est parfaite, lorsque le propriétaire n'est gêné dans l'exercice d'aucun des droits qu'elle renferme, lorsqu'aucun de ces droits n'en a été détaché ; imparfaite, lorsqu'il est gêné dans cet exercice, lorsque quelques-uns de ces droits en ont été détachés. La propriété est plus ou moins imparfaite, suivant l'étendue, l'importance et le nombre des droits qui en ont été détachés. »¹²²³. L'auteur ajoute : « Chacun de ces droits, ainsi détachés et conférés à une tierce personne, est une portion de la propriété parfaite ; c'en est un démembrement. Une fois détaché, ce droit devient lui-même, pour celui qui l'a acquis, une véritable propriété qu'il ne peut plus perdre sans son fait. »¹²²⁴. La perspective est ici claire, c'est le rattachement à un sujet de droit qui fait naître la propriété, quelle que soit la nature de la chose, objet de ce rattachement. Il s'ensuit naturellement une grande diversité des objets de propriété, transcendant notamment les catégories biens corporels, biens incorporels. La conséquence pour la propriété est

¹²²² J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens ; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 1, Dijon 1839, §320 p. 356 : « Une chose corporelle ne peut être solidairement ni dans le domaine, ni dans la possession de plusieurs ... tandis que la même créance peut appartenir solidairement à plusieurs, comme la même dette peut aussi solidairement peser sur plusieurs. ».

¹²²³ C.-B.-M. Toullier, « Le droit civil français suivant l'ordre du Code, Nouvelle édition, augmentée en Belgique », t. II, Bruxelles, 1845, p. 23 §92.

¹²²⁴ C.-B.-M. Toullier, « Le droit civil français suivant l'ordre du Code, Nouvelle édition, augmentée en Belgique », t. II, Bruxelles, 1845, p. 23 §93.

qu'elle n'est pas l'espèce unique, mais le genre comprenant deux espèces, la propriété parfaite et la propriété imparfaite.

Cette idée se retrouve également chez Merlin de Douai, qui ne parle pas de propriété parfaite et propriété imparfaite, mais de propriété absolue ou solidaire dans le sens de propriété unie (in solidum), et de propriété partiaire, à propos de la distinction droit de superficie servitude¹²²⁵ (cf. supra §375 et s.). Pothier déjà, en se penchant sur ce qu'il dénommait : « Le droit de domaine de propriété » disait : « L'imperfection du droit de propriété peut aussi priver le propriétaire d'une partie des droits que nous avons dit être renfermés dans le droit de propriété, lesquels n'y sont renfermés que lorsque la propriété est une propriété pleine et parfaite. ».

Il serait aussi possible de citer Duranton, même si chez cet auteur, on voit poindre un glissement vers le concept du droit de propriété absolu. Ce dernier évoque ainsi l'idée d'une propriété pleine ou moins pleine, mais seulement comme alternative à l'idée selon laquelle : « on peut avoir sur les biens ou un droit de propriété plein et absolu, ou un droit de jouissance, ou bien simplement des services fonciers à prétendre. »¹²²⁶. Duranton formule ensuite cette observation : « Mais les auteurs considèrent la propriété sous un autre rapport. Ainsi, disent-ils, on divise le domaine en domaine plein et en domaine moins plein. ».

Cette double citation résume assez justement la distinction entre la propriété de Proudhon et celle qui sera développée au cours de la seconde partie du 19^{ième}. La référence au droit plein et absolu se rattache à la propriété classique, tandis que le domaine plein ou moins plein rappelle l'ancienne France, formalisant parfaitement la transition entre ces deux modèles de propriété.

2. *La propriété de Proudhon : étape charnière de l'évolution de la propriété*

(479.) La réflexion sur la propriété proudhonienne, entre perfection et imperfection, s'achèvera ici, puisque le propos était seulement de présenter l'environnement de la définition de la nature du droit de superficie de Proudhon. Les concepts de propriété parfaite et imparfaite seront quant à eux repris à différentes étapes de notre propos, et notamment lors de la réflexion sur la distinction entre le droit et son objet en troisième partie (cf infra §738) Une distinction droit, chose, imparfaite pour des propriétés imparfaites à l'image de la propriété volumique). En guise de conclusion de notre bref tour d'horizon de la propriété proudhonienne, trois observations méritent d'être formulées (a) (b) (c).

¹²²⁵ M. Merlin, « Recueil alphabétique des questions de droit ». Tome deuxième, Paris, 1827, Biens nationaux, §I, p.31.

a. Les accents de modernité de la propriété proudhonienne

(480.) La première observation concerne la modernité du modèle de propriété porté par Proudhon.

Comment, en effet, ne pas faire le parallèle entre la perception de Proudhon de l'objet de la propriété, et la tendance actuelle à l'ouverture totale de la notion de bien ? Il est, par exemple, très tentant de voir la reprise, au moins partielle, de l'analyse du bien de Proudhon, dans la décision de la Cour européenne de 2006,¹²²⁷ qui accepta de protéger au titre de la propriété un intérêt simplement éventuel. On retrouverait ainsi une notion de bien, ou objet de propriété, proche de celle entendue par tout un chacun. Ce bien recevrait une acception plus large que celle de la science juridique « classique », chère, par exemple, à Demolombe, ne visant que les objets corporels¹²²⁸. Le droit se mettrait en réserve au profit du fait social. De même, un parallèle avec la théorie renouvelée de la propriété apparaît presque comme une évidence. La propriété des créances est le point de contact le plus voyant, mais pas le seul. La distinction entre le droit de propriété et son objet, qui apparaît lorsque Proudhon qualifie le domaine de maîtrise sur la propriété, ou l'objet du domaine, n'est pas sans rappeler les concepts de propriété subjective et de propriété objective (cf. supra §396). Notons pour être exhaustif, que Toullier s'exprime sur ce sujet en des termes encore plus explicites : « ...la propriété (est) la qualité que l'on conçoit dans la chose même, en tant qu'on la considère comme appartenant à telle ou telle personne, exclusivement aux autres. Et, par le domaine, ils entendent le droit de disposer à notre gré de ce qui nous appartient, tirait qu'ils regardent comme l'effet de la propriété; de sorte que, selon eux, le domaine est attaché à la personne, au lieu que la propriété est attachée à la chose même. Ainsi domaine et propriété seraient deux termes corrélatifs ; l'un serait le droit actif de disposer, l'autre une qualité passive qui suit toujours la chose, et la soumet à la disposition du propriétaire. »¹²²⁹. Toullier met ici à nouveau en évidence, l'idée de rattachement de l'objet de propriété à un individu comme critère de base de l'appropriation.

¹²²⁶ A. Duranton, « Cours de droit français : suivant le Code civil », Tome quatrième, 1844, §265 p. 206.

¹²²⁷ CEDH, 16 février 2006, Osman c/ Bulgarie à propos de droits sur des constructions légères protégés en raison de leur durée. Pour une analyse de cette décision voir : Ch. Quezel Ambrunaz, « L'acception européenne de bien en mal de définition » : D. 2010, p. 2024. Voir également sur cette problématique CEDH, 6 octobre 2005, Maurice c/ France ; Draon c/ France, 1513/03 et 11810/03, D. 2006. 1200, obs. H. Gaumont-Prat.

¹²²⁸ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §540 p. 460 : « Le mot propriété, dans son acception la plus générale, exprime le pouvoir souverain et absolu qui appartient à une personne sur un bien quelconque, corporel ou incorporel, et qui le lui rend propre. Mais dans son acception spéciale et technique, le mot propriété ne s'applique qu'au droit de la personne sur les objets corporels... ».

¹²²⁹ C.-B.-M. Toullier, « Le droit civil français suivant l'ordre du Code », Nouvelle édition, augmentée en Belgique, t. II, Bruxelles, 1845, p. 21 §82.

Une telle approche ouvre considérablement le spectre de la propriété en annexant le monde incorporel. Toutefois, cette propriété très large marque une différence nette avec la propriété moderne, conduisant à la seconde observation.

b. L'articulation de la propriété proudhonienne avec la théorie classique

(481.) En acceptant la propriété proudhonienne comme un concept transitoire de propriété, il faut en conclure que ce concept évolue, et, chose plus surprenante, a évolué sous l'empire du code, qui lui, est resté identique.

La limitation de la propriété au monde tangible ne serait peut-être pas antérieure au code, et le fait de juristes médiévaux, comme l'enseignent les auteurs de la théorie renouvelée de la propriété¹²³⁰. La dichotomie pourrait avoir pris place postérieurement à la codification, ou à tout le moins, avoir connu un développement notable à cette période. Dans ce « nouveau » calendrier, la propriété que l'on rattache au code, c'est-à-dire un droit absolu sur une chose corporelle, n'aurait pas été concomitante à la publication du code. Ce dernier en serait seulement le terreau à partir duquel le concept a été développé. Par suite, le mouvement de jurisprudence favorable à la propriété superficielle du 19^{ième}, pourrait donner lieu à une interprétation plus transversale. Par exemple, la célèbre affaire de l'arrêt Caquelard¹²³¹, synonyme non pas d'une propriété espèce unique, mais d'une propriété genre comprenant plusieurs espèces incluant la propriété superficielle, répondrait aussi à une position doctrinale, que l'on peut imaginer majoritaire. Cette hypothèse s'inscrirait dans la droite ligne des propos d'A.-M. Patault, qui considère que le retournement du mouvement de jurisprudence soutenant la propriété partiaire, s'est effectué à partir de la seconde moitié du 19^{ième}¹²³². Dans ce scénario, l'avènement d'une propriété absolue serait le produit de la doctrine et de la jurisprudence, sur la base d'un texte resté le même, l'article 544 du Code civil datant de 1804. En d'autres termes, la propriété du code aurait connu des évolutions très importantes, allant jusqu'à des variations dans sa nature.

La mutation du concept de propriété au début du 19^{ième} siècle, dont les travaux de Proudhon font état, n'est sans doute pas le fruit du hasard. Cette période est elle-même une période de transition, ce qui donne une teneur spécifique à la propriété proudhonienne.

¹²³⁰ F. Zénati-Castaing, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété » : RTD civ. 1993, p. 318.

¹²³¹ D.P. 1834. I. 118 ; S. 1834. I. 205.

¹²³² A.M. Patault, « La propriété non exclusive du XIX^e siècle, histoire de la dissociation juridique de l'immeuble », Rev. d'hist. du dr. 1988, p. 228 et s. « Deuxième moitié du XIX^e siècle : La propriété dissociée ».

c. La spécificité du concept de propriété chez Proudhon : le pragmatisme

(482.) Le concept de propriété chez Proudhon reste fortement marqué par la propriété simultanée, comme l'étude du droit de superficie du paragraphe à venir le démontrera. Ce modèle de propriété, différent de la théorie de la propriété classique, rend délicate l'interprétation de la pensée de Proudhon.

En effet, le caractère transitoire du propos de l'auteur empêche de rattacher telles ou telles prises de position au cadre analytique classique, faisant que ces dernières conservent une part de flou. Par de nombreux aspects, Proudhon développe une approche empirique, pragmatique dérogeant aux schémas civilistes habituels, tout en plaçant son analyse dans le cadre du Code civil. Il en découle une certaine complexité. Par exemple, Proudhon se prononce sans ambiguïté pour un droit de superficie, droit de propriété. Or, son concept de propriété reste adossé à un modèle de propriété simultanée. D'ailleurs, la propriété superficielle de Proudhon est toujours une propriété imparfaite, qui n'est pas l'égale de celle du maître du fonds (cf. infra §494). Cette propriété superficielle imparfaite dans la perspective de Proudhon, dont le concept de propriété est extrêmement large, n'appellera pas de remarque. En revanche, au regard du concept de propriété moderne, cette propriété présentera des particularités fortes, susceptibles de remettre en cause sa nature de propriété. Nous laisserons ici ce débat relevant directement du concept de propriété et de son histoire, pour revenir au cas de son pygmalion : le droit de superficie, ce qui sera un autre moyen de mettre en exergue la particularité des propositions de cet auteur.

§2 Le droit de superficie propriété de Proudhon

(483.) La spécificité du concept de propriété chez Proudhon, empreint de simultanéité, et aussi d'une certaine complexité, se retrouve dans son analyse du droit de superficie.

Ainsi, au concept de propriété parfaite et imparfaite répond celui du droit de superficie intégral et parfait ou partiel et imparfait. Dans une perspective classique, ce second concept touchant au droit de superficie, aurait pu suivre une logique différente de celui concernant la propriété, emportant une distinction quant à la nature du droit de superficie. Le droit de superficie parfait et intégral semblait, en effet, naturellement relever de la propriété, puisqu'il est possible à tout le moins de le placer sous l'égide de la propriété imparfaite. À l'inverse, pour le second, cumulant non seulement le fait d'être imparfait mais aussi partiel, cette nature semblait plus difficilement acquise. Il n'en sera rien. Tous les cas de figure du

droit de superficie, mèneront Proudhon à la propriété, conformément à son modèle de propriété, permettant une qualification extrêmement large de la propriété, décrit ci-dessus. L'analyse de l'objet du droit de superficie pouvant conduire à une dissociation de cet objet, dans le but de permettre au propriétaire l'exclusivité de sa chose, n'a donc ici pas d'intérêt. L'important pour la propriété superficière de Proudhon, n'est pas une chose réservée à un seul, mais seulement des prérogatives délimitées. Le droit de superficie sera toujours un droit de propriété (A) y compris un droit imparfait et partiel. Dans le même temps, ce droit de propriété répond à la définition de la propriété de Proudhon, une propriété partiaire (B).

A. Une superficie propriété indépendamment de l'objet du droit de superficie

(484.) La propriété proudhonienne attache peu d'importance à la chose, et se concentre plutôt sur le droit. Cette orientation lui permet de conclure à un droit de superficie propriété. En sa qualité de propriété, le droit de superficie est un élément du patrimoine de son titulaire¹²³³, peut être revendiqué¹²³⁴, ou encore est susceptible d'être vendu, partagé, légué, hypothéqué¹²³⁵, ou encore « perpétuellement transmissible aux héritiers de tous les degrés du superficière. »¹²³⁶. En résumé, le droit de superficie réunit tous les attributs de la propriété foncière¹²³⁷, et cela, que le droit de superficie soit considéré comme intégral et parfait (1) ou partiel et imparfait (2).

1. Le droit de superficie intégral et parfait est une propriété imparfaite

(485.) Proudhon propose une vision très aboutie de la superficie, rappelant même par certains aspects le volume immobilier moderne, mais cette vision doit être replacée dans le contexte de propriété de cet auteur, différent de la propriété classique centrée sur la chose. En première analyse, il est possible de voir dans l'approche du sol de Proudhon, les prémices de la propriété en trois dimensions. Dans : « ...les attributs et avantages de la propriété

¹²³³ J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3724 p. 557.

¹²³⁴ J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3725 p. 557.

¹²³⁵ J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3728 p. 558.

¹²³⁶ J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3728 p. 559.

¹²³⁷ J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3729 p. 559.

foncière ...»¹²³⁸, Proudhon inclut, par exemple, la propriété de l'espace. Cette analyse du sol va bien au-delà du sol physique que l'on peut fouler au pied. L'auteur indique par exemple : « Le domaine qui s'applique à la superficie, n'est pas borné seulement au matériel du fonds : il s'étend ou plutôt il s'élève plus haut, et comprend aussi la maîtrise de l'espace aérien qui est au-dessus, et dont il constitue la partie fondamentale. C'est là ce que nous trouvons exprimé positivement par l'article 552 du Code civil »¹²³⁹. L'usage de l'adverbe « positivement » est éclairant sans que sa portée doive être exagérée. Proudhon évoque surtout la dimension défensive de la propriété foncière, en rappelant la faculté d'interdire l'empiètement en hauteur d'un fonds contigu. De plus, l'espace aérien sur lequel le propriétaire exerce ses prérogatives ne va pas jusqu'aux cieux, mais est limité par l'utilité réelle dont il est possible de se prévaloir¹²⁴⁰.

Pour poursuivre l'analyse de l'objet du droit de superficie, Proudhon expose plusieurs situations pratiques, riches d'enseignements. Selon lui, par exemple, la pièce d'un bâtiment peut déborder verticalement sur un fonds voisin, ou à l'inverse être rattachée à un fonds voisin mettant en échec le principe de l'accession du sol. Pour Proudhon, ces imbrications relèvent de la propriété¹²⁴¹. Toujours sur ce registre, avant d'exposer les situations relevant d'un démembrement de droits (usufruit, emphytéose, bail à domaine congéable, etc.), Proudhon livre ce qu'il dénomme une « observation générale » et dit : « ...nous invitons le lecteur à ne pas perdre de vue: c'est que, comme un fonds de terre peut être partagé par tranches verticales, en adjugeant à l'un la portion qui est à droite ou du côté de l'orient, et à l'autre la portion qui est à gauche ou du côté de l'occident, de même on peut aussi diviser un fonds de terre par tranches horizontales, en accordant à l'un, pour sa part, la couche superficielle du sol qui en constitue la surface, et en cédant à l'autre la couche intérieure qui est au-dessous, et qui est recouverte par la couche de surface. ».

Ce fonds de terre divisible en tranches renvoie aux immeubles en copropriété et à la mine, pour lesquelles Proudhon utilise le terme de « vraie propriété immobilière »¹²⁴². La division en tranches rappelle bien sûr le volume immobilier. Pourtant, le parallèle paraît délicat, Proudhon semblant d'abord s'intéresser au droit de propriété, ce qui d'ailleurs est cohérent

¹²³⁸ J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 2, Dijon 1839, reprise partielle du titre chapitre XXII p. 284.

¹²³⁹ J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 2, Dijon 1839, §689 p. 287.

¹²⁴⁰ J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 2, Dijon 1839, §689 p. 287 : « Cependant le droit de propriété ne doit s'appliquer ici qu'à l'espace aérien qui peut comporter quelque utilité réelle pour le fonds de surface: car, en étendant cet espace à une hauteur infinie, ou jusqu'aux astres, il est bien certain que, dans cette partie supérieure, il n'est la propriété d'aucune créature humaine. ».

¹²⁴¹ J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 2, Dijon 1839, §696 et 697 p. 296.

¹²⁴² J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 2, Dijon 1839, §704 p. 310.

avec le concept de propriété divisé auquel se rattache l'auteur. La notion de division correspond à une indication avant tout pratique, visant à localiser le champ des prérogatives de chacun.

C'est pourquoi tout en rappelant les limites de cette proposition, la vision de Proudhon sera rattachée à la thèse dualiste. L'auteur se concentre, en effet, sur le rattachement à l'individu, le droit, indépendamment de son objet pouvant être qualifié de propriété parfaite ou imparfaite. La division de la chose n'est pas vraiment un sujet pour Proudhon. D'ailleurs, les divisions dans le sens de la hauteur sont qualifiées d'imparfaites, car elles imposeraient des parties communes et indivises¹²⁴³.

(486) Selon la propriété proudhonienne, le caractère imparfait du droit de superficie n'est pas douteux, sans produire d'effets particuliers quant à sa nature, comme le rappelle l'exemple de la mine.

Pour mémoire, Proudhon n'est pas classé dans les auteurs reconnaissant la propriété minière (f. supra §190). Au terme de l'analyse de Proudhon, la mine relèverait des propriétés de la France de l'Ancien Régime, soit le double domaine, le concessionnaire disposant du domaine utile et l'État du domaine direct,¹²⁴⁴ en cohérence avec la propriété divisée de l'auteur. Proudhon indique à ce propos : « ...la propriété des mines est loin d'être une propriété parfaite. »¹²⁴⁵. Merlin de Douai ne disait pas autre chose, quand il évoquait les immeubles divisés par étage. L'auteur, distinguant entre l'individu propriétaire d'un seul étage et celui disposant des trois éléments d'un fonds, considérait que le premier n'était pas pleinement propriétaire en comparaison du second¹²⁴⁶.

À ce stade un sentiment de perplexité serait légitime, à l'image de l'interrogation d'E. Barreau sur la position de Proudhon en matière de propriété minière¹²⁴⁷ (cf. supra §219 et s.). Ce sentiment peut cependant être dépassé aisément. Pour cela, il suffit de substituer une approche structurale, dans laquelle, seule l'analyse de la mine importe, par une approche contextuelle. Ainsi, la nature de la mine est appréciée au regard de celle plus large de la propriété de Proudhon. Or, la propriété proudhonienne comprend indistinctement des propriétés parfaites et imparfaites.

¹²⁴³ J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 2, Dijon 1839, §699 p. 298 : « Mais de quelque manière que les divers étages d'une maison viennent à se trouver, séparément l'un de l'autre, dans le domaine de deux ou d'un plus grand nombre de maîtres, ce partage par tranches horizontales n'est toujours qu'imparfait, attendu que tout ce qui constitue les parties essentielles du corps superficiaire du bâtiment, reste nécessairement commun et indivis entre eux ».

¹²⁴⁴ J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 2, Dijon 1839, §456 p. 770.

¹²⁴⁵ J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété: ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 2, Dijon 1839, §443 p. 768.

¹²⁴⁶ M. Merlin, « Recueil alphabétique des questions de droit ». Tome deuxième, Paris, 1827, Biens nationaux, §I, p.31

Ce faisant percevoir le droit de superficie comme une propriété imparfaite, ne modifie en rien sa nature. La mine qui correspond à la moins imparfaite des deux catégories de droit de superficie, le droit de superficie parfait et entier, est donc une propriété, mais aussi les superficies relevant de l'autre catégorie.

2. *Le droit de superficie partiel et imparfait est une propriété imparfaite*

(487.) Comment s'articulent les deux catégories de superficies au regard de la propriété? La seconde catégorie de droit de superficie, le droit de superficie partiel et imparfait, est-elle plus imparfaite que la précédente ? La prudence est de mise, car le flou du contour des deux catégories de droit de superficie rend difficile une telle interprétation (cf. infra), mais d'une certaine façon, peu importe.

Proudhon proposant une propriété extrêmement ouverte allant jusqu'à la propriété de créances, l'objet de la propriété ne requiert pas les mêmes conditions que dans la perspective de la propriété civiliste classique. Alors que cette dernière a besoin d'un objet permettant l'exclusivité du propriétaire, la propriété de droits de Proudhon n'a pas à tenir compte de cette contrainte. L'important n'est pas tant la chose matérielle que les droits détenus par chacun des protagonistes. Dans la propriété de Proudhon, l'exclusivité porte sur les prérogatives respectives du superficiaire et tréfoncier. Par exemple, sur une parcelle, l'un aura droit au petit-bois, l'autre aux arbres de hautes futaies, celui-ci à la première coupe, celui-là à la seconde, etc.

La chose ne disparaît pas du schéma, sans jouir de l'intensité que nécessite la propriété unitaire, qui se fonde sur cette chose pour assurer l'exclusivité du propriétaire. Chez Proudhon, l'exclusivité n'investit pas réellement la chose, ce qui importe, c'est l'exclusivité des prérogatives synonyme d'un effort de délimitation, mais la chose elle-même peut être le réceptacle de droits concurrents, c'est-à-dire la propriété simultanée qui sera examinée au chapitre suivant. Fort de cette perspective, on comprend mieux l'une des interrogations de Proudhon à propos des « mélanges de droits » pratiqués dans certaines régions de montagne au terme desquels : « On attribue exclusivement à l'un des frères le droit de couper perpétuellement le bois qui croîtra dans un pré-bois¹²⁴⁸, et à l'autre celui d'y faire pâturer ses bestiaux en tout temps de l'année. »¹²⁴⁹. Et le jurisconsulte poursuit en s'interrogeant : « Cette hypothèse a fait naître la question de savoir si celui qui a la superficie en bois, peut,

¹²⁴⁷ E. Barreau, « Étude sur le droit de superficie en droit romain et en droit français », Thèse pour le doctorat, Nantes, 1889, p. 171.

¹²⁴⁸ Pâturage situé sur un flanc de montagne à l'emplacement d'un bois communal. Définition TILF.

¹²⁴⁹ J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3720 p. 552.

après ses exploitations, interdire à l'autre le pâturage dans ses coupes... ? ». Proudhon répond finalement en disant : « L'affirmative sur cette question nous paraît incontestable; car la superficie est une véritable propriété... »¹²⁵⁰.

Investir le superficiaire d'un droit de propriété, revient à lui octroyer d'abord un droit, celui par exemple de couper telle variété d'arbres de tel champ. Le champ ou fonds de terre demeure, sans être couplé à un sujet exclusif, comme l'envisage la théorie classique de la propriété. De même, l'objet de la propriété de Proudhon n'est pas une « *proprietas* », dotée de la qualité d'être propre à un seul individu comme l'indique le *jus excluendi* (cf. supra §389 et s.).

(488.) Avec cette comparaison propriété proudhonienne versus « *proprietas* », réapparaît, en contrejour, le dilemme de la propriété renouvelée. Il est intéressant de revenir sur cette limite du *jus excluendi*, car elle permet, par opposition, de montrer celle de la propriété proudhonienne.

Contrairement à Proudhon, qui accepte la propriété du concessionnaire d'une mine tout en l'assimilant à un vassal de l'autre propriétaire que serait l'État, ou la propriété du titulaire d'un simple droit de seconde coupe, F. Zenati et T. Revet refusent toute idée de propriété de droits immobiliers. Le propriétaire doit être le seul à bénéficier des utilités de la chose en toute exclusivité. C'est pourquoi la chose appropriée (propriété objective) s'interdit à tous les autres, et ne peut supporter deux droits de propriété. Cette approche pour être cohérente aurait dû, ou pu, conduire la théorie renouvelée à la propriété superficière via la dissociation de l'immeuble. Au lieu de cela, le *jus excluendi* privilégie le concept de droit réel sur la chose d'autrui, marginalisant la superficie et aboutissant à une position contradictoire (cf. supra §483 et s.). La propriété renouvelée refuse, en effet, au droit de superficie, à la fois la propriété de droits sur le mode de Proudhon, et la propriété volumique, pour laquelle la superficie est un immeuble par nature. Notons au passage que confronté à la mine de 1810, le concept du droit réel sur la chose d'autrui aurait eu bien des difficultés à définir le titulaire du droit réel ou le propriétaire du fonds¹²⁵¹. Pour revenir plus directement à notre sujet, nous dirons que la propriété renouvelée rejette la propriété superficière, sans distinguer entre division de la chose et démembrement du droit de propriété. Or, Proudhon se place dans une situation strictement inverse. L'auteur retient la nature de propriété pour ses concepts, quel

¹²⁵⁰ J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3721 p. 552.

¹²⁵¹ On peut effectivement légitimement se demander, comment la propriété renouvelée aurait développé sa thèse sous l'empire de cette loi (loi de 1810). Le concessionnaire aurait-il été le bénéficiaire du droit réel, pour laisser la titularité de de la propriété à l'occupant de la surface, laissant ouverte la question du statut de l'État ? A l'inverse, l'Etat aurait-il été désigné propriétaire faisant du concessionnaire et de la surface des simples locataires ?

que soit le profil de la superficie, que cette dernière soit partielle et imparfaite, ou intégrale et parfaite.

Ainsi, la position de Proudhon sur le droit de superficie est très cohérente, dès lors qu'elle est articulée avec son concept de propriété, révélant le prix de cette cohérence. Le concept de propriété, qui en est à la base, doit être en mesure de retenir la nature de propriété indépendamment de la chose objet de la superficie. L'analyse du droit de superficie à laquelle se livre Proudhon confirme cette hypothèse.

B. Une propriété superficière ayant les traits d'une propriété partiaire (ou divisée)

(489.) Définir la propriété superficière selon Proudhon, passe par la présentation du contenu des prérogatives du superficiaire, et la question du lien avec la propriété du sol. Dans cette présentation, deux aspects doivent être mis en avant.

Le premier revient à la distinction d'un droit parfait, imparfait et intégral, partiel. Toutefois, dans la perspective de Proudhon, faite de pragmatisme, suivant une analyse au cas par cas, le processus de catégorisation est d'abord d'ordre pratique, déjouant une taxinomie stricte. In fine, pour l'analyse du contenu des droits de superficie, le pluriel sera de mise, confirmant l'appartenance de la propriété superficière de Proudhon à un modèle de propriété partiaire (1).

Le deuxième aspect qui doit être mentionné est le droit sur la propriété du sol que reconnaît Proudhon au superficiaire. Ce lien sur le sol est aussi le signe de la propriété simultanée. Cependant, il symbolise aussi le lien entre la pensée de Proudhon et la thèse dualiste moderne, qui considère qu'à la base de la superficie se trouve un droit sur le sol (2).

1. Une définition empirique du contenu du droit de superficie

(490.) Pour Proudhon, le droit de superficie est une modification de la propriété et plus précisément du droit de propriété (le domaine)¹²⁵². L'approche confirme un droit de superficie perçu comme un démembrement, ou une décomposition du droit de propriété, et non une division de l'objet. Il en découlera une grande variété de droits de superficie,

¹²⁵² J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3718 p. 547. On retrouve la même idée dans le traité du domaine de propriété, Proudhon y parle du droit de superficie comme d'une qualité ne relevant pas de l'œuvre de la nature, mais de l'institution humaine. J.-B. Victor Proudhon, « Traité du domaine de propriété : ou de la distinction des biens; considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 2, Dijon 1839, §704 p. 309.

rendant difficile le principe d'une catégorisation, y compris en reprenant les critères utilisés par Proudhon, l'étendue (ou contenu) de la superficie et sa perfection.

La distinction entre les droits de superficie parfaits et entiers, et les droits de superficie imparfaits et partiels, rend difficile une vision d'ensemble de l'institution. Ces catégories fondées sur l'étendue et la perfection des superficies, ne présentent pas vraiment d'intérêt au regard de la nature de ces droits, dans la logique de Proudhon. Tous les droits de superficie sont considérés comme des propriétés, pour mémoire, la propriété reçoit chez l'auteur une définition très large pouvant aller jusqu'au droit de créance (cf. supra §475 et s.). Dans la perspective de Proudhon, le critère de l'étendue (a) et celui de la perfection (b) visent d'abord à décrire une superficie prise isolément, induisant une portée relative de ces critères (c).

a. Le critère de l'étendue du droit de superficie droit de propriété de Proudhon

(491.) Concernant l'étendue du droit de superficie, Proudhon indique : « La concession du droit de superficie peut être intégrale ou partielle. Elle est intégralement faite, lorsque, ne renfermant aucune restriction ni limitation, elle est conçue en termes généraux, de manière à embrasser tous les édifices et superficies du fonds, c'est-à-dire non seulement tout ce qui est bâti ou implanté à main d'homme, mais encore tout ce qui croît sur le sol en bois ou autres productions. Elle n'est que partiellement établie, lorsqu'elle ne porte nominativement que sur quelques-uns de ces genres de superficies ; »¹²⁵³.

Selon cette définition, le caractère intégral ou partiel tiendrait au fait que le droit de superficie emporte tout ou partie des superficies. L'approche est, semble-t-il, essentiellement pratique, puisque n'est pris en compte que l'attribution des superficies, prises dans un sens matériel, ex : les plantations et constructions versus seulement l'une des deux catégories, ou toutes les plantations versus une seule catégorie de plantation (ex : arbres). En revanche, assez étrangement, l'étendue du droit de superficie ne tiendrait pas compte de la durée du droit, ni de son contenu (droit de transmettre, d'hypothéquer, de disposer, etc.).

Ainsi, l'étendue de la superficie allant d'un droit intégral à un droit partiel, possède un intérêt limité dans une perspective civiliste classique. Tout au plus renseigne-t-elle sur l'utilité objet du droit de superficie prise concrètement, et le second critère, lui, comporte une part de flou encore plus importante.

¹²⁵³ J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3720 p. 551.

b. Le critère de la perfection du droit de superficie propriété de Proudhon

(492.) À propos de la perfection, Proudhon se fait encore moins précis. La démarche de l'auteur semble d'abord répondre à une logique relevant de la propriété simultanée, telle qu'elle existait avant la Révolution. L'analyse est à nouveau essentiellement empirique, basée sur des situations concrètes, réfractaires par nature à une perspective systémique.

Proudhon, par exemple, évoque au titre d'une superficie parfaite le cas de la maison séparée en étages, tout en indiquant que cela serait contraire à l'ordre naturel des choses¹²⁵⁴. A contrario, l'auteur semble dire que le partage donnant lieu à l'attribution à un copartageant de la maison et l'autre le sol serait un partage imparfait, sans donner plus de détails, ni faire le lien avec le droit de superficie. Le seul moment où l'auteur vise un exemple précis de droit de superficie imparfait, c'est à l'issue de la présentation du bail à domaine congéable¹²⁵⁵. Toutefois, les caractères aboutissant à l'imperfection n'apparaissent pas clairement, même si la faculté de congédier le domanier, moyennant indemnité, est certainement la source principale d'imperfection visée par l'auteur¹²⁵⁶. D'ailleurs, à propos de cette faculté de congédiement du bail à domaine congéable, Proudhon fait une remarque éclairante : « Ce contrat (le bail à domaine congéable) est un acte mixte dans lequel la convention de louage prédomine, en ce que la vente des édifices et superficies est résoluble. ». Ainsi, le véritable critère retenu par Proudhon pour jauger de l'imperfection du droit de superficie pourrait relever de la distinction : contrat de louage versus contrat de vente. Un rapprochement vers le bail serait signe d'imperfection, tandis que l'assimilation avec la vente tendrait à la perfection. Néanmoins, contrairement à la théorie classique, il n'y aurait pas véritablement de rupture entre ces deux pôles.

Le traitement de la notion de durée confirmerait cette interprétation. Sur ce sujet, Proudhon précise que le droit de superficie, consenti à bail, doit être d'une certaine durée, car il correspond essentiellement à un droit réel, droit : « ... qui ne peut être l'effet d'un bail

¹²⁵⁴ J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3719 p. 548.

¹²⁵⁵ J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3724 p.556 : « En laissant de côté la superficie imparfaite qui se trouve établie par les baux à convenant des domaines congéables, dont on vient de parler; et en rentrant dans les règles du droit commun, l'on doit dire que la superficie ne consiste pas seulement dans un droit incorporel, comme le droit d'usage, mais qu'elle est un immeuble réel et physique, puisqu'elle comporte une dominité qui s'applique à des objets matériels, sans être bornée à la faculté de percevoir seulement quelques fruits ou revenus. ».

¹²⁵⁶ Proudhon donne une définition assez précise du bail à domaine congéable qui serait constitué de trois éléments, la rétention de la propriété foncière par le bailleur, l'acquisition des superficies contre paiement d'une redevance et, la faculté de résilier le bail à tout moment contre paiement d'une indemnité (expliquant le nom de bail à domaine congéable). Les deux premiers éléments étant constitutifs du droit de superficie, seul le dernier est véritablement spécifique au bail à domaine congéable et serait de nature à caractériser l'imperfection. J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3723 p.555

ordinaire, à moins qu'il n'y ait mélange de quelques clauses de vente; »¹²⁵⁷. La perpétuité est donc indéniablement une caractéristique essentielle à l'analyse d'un droit pris *in concreto*, sans que cette perpétuité soit le schéma unique, et, encore moins, puisse revendiquer être le trait ultime emportant la qualification de propriété.

Tout comme pour l'étendue, le critère de la perfection ne permet d'élaborer pas une catégorisation stricte. Il donne une orientation qui peut être, le cas échéant, relativisée.

c. La relativité des critères du droit de superficie propriété de Proudhon

(493.) Cette approche pragmatique de Proudhon, dans laquelle l'effort de classification est essentiellement relatif, est bien différente de celle des juristes « modernes ».

Il suffit, pour s'en convaincre, en continuant à réagir sur la notion de temps, de songer à la propriété subjective, allant jusqu'à faire du temps un attribut du droit de propriété (cf. supra §448). Pour les tenants de cette thèse, la perpétuité est indissociable de la propriété, et seule la propriété est susceptible d'en jouir. L'observation ne vaut pas simplement pour le *jus excluendi*. Contrairement à la théorie classique, la propriété proudhonienne ne voit pas exclusivement dans le bail un droit personnel et la vente un transfert de droit réel, l'ensemble étant adossé à une *summa divisio* clivante et rigide. Les catégories donnent simplement des indications, des orientations susceptibles d'être aménagées. Par exemple, un droit de superficie pourrait s'accommoder d'un bail ordinaire au regard de la durée, sous réserve d'être agrémenté de quelques-uns des caractères de la vente, opérant une sorte de compensation. Autre exemple, en revenant au critère précédent de l'étendue avec un droit de superficie intégral ou partiel, il semble que le bail à domaine congéable soit d'abord intégral, c'est-à-dire vise toutes les superficies ; cela reviendrait donc à créer une autre catégorie, le droit de superficie imparfait et entier, laissant à penser qu'une quatrième catégorie (droit de superficie parfait et partiel) existerait. Le droit de superficie perpétuel portant sur certaines essences d'arbres plantés sur des terrains communaux¹²⁵⁸ pourrait répondre à cette catégorie. Dans le schéma de Proudhon, catégories et distinctions existent sans toutefois avoir la rigueur et la netteté de la perspective civiliste. Cette propriété proudhonienne n'est pas sans rappeler la propriété de *common law* anglaise dans laquelle la *summa divisio* droit réel, droit personnel existe, tout en étant relative (cf. infra §577 et s.). Cette ressemblance est sans aucun doute la marque de la propriété simultanée, que l'on retrouve aussi dans le second élément de la définition du droit de superficie de Proudhon.

¹²⁵⁷ J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3720 p. 551.

¹²⁵⁸ J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3722 p. 553.

2. *La participation à la propriété du sol signe d'une propriété duale et simultanée*

(494.) C'est le second élément de la définition du droit de superficie de Proudhon. En complément de son analyse intrinsèque visant à subdiviser le droit de superficie entre parfait et intégral ou imparfait et partiel, l'auteur conçoit le droit de superficie comme un ensemble composé de la « dominité » (droit sur le sol) et la superficie proprement dite ; l'ensemble forme la propriété superficière¹²⁵⁹, en complément de la foncialité détenue par le maître du fonds. Ce schéma n'est pas sans rappeler la thèse dualiste (a) (cf. infra §472 et s.), même, si concernant Proudhon ce schéma ne se détache pas d'une propriété partiaire (b).

a. La structure commune entre la propriété superficière de Proudhon et la thèse dualiste

(495.) La structure de l'analyse du droit de superficie de Proudhon correspond à celle de la thèse dualiste moderne.

Le parallèle entre Proudhon et la thèse dualiste apparaît clairement lorsque l'auteur dit : « Il faut remarquer encore que la superficie comprend elle-même deux choses constitutives de sa nature propre. Elle comprend d'abord la construction qui est incorporée au fonds, et les produits que la nature fait naître sur le sol, soit en fruits naturels, soit en fruits industriels. Elle comprend, en second lieu, une participation au droit de propriété du sol même, parce que c'est là qu'est le fondement sans lequel la superficie ne pourrait exister réellement, ni même être conçue en idée. ». De même, lorsque Proudhon décrit plus précisément encore le droit de superficie, il y a bien une référence à une entité duale, évoquant d'ailleurs la distinction corporel, incorporel. Ainsi, pour l'auteur la superficie « est un immeuble réel et physique », qui « ne consiste pas seulement en un droit incorporel », ou cette superficie dispose d'« une existence propre et indépendante », c'est « de tout autre héritage que de celui qui lui sert de fondement »¹²⁶⁰. Les deux choses constitutives du droit de superficie de Proudhon - c'est-à-dire les choses incorporées au fonds, comme une construction, et une participation au droit de propriété, correspondent au pattern de la thèse dualiste.

La dualité du modèle n'empêche pas au droit du superficiaire sur le fonds de terre de jouir d'un positionnement particulier, voire d'une certaine primauté. En présence, par exemple d'une surface vierge de construction, ou de fruits naturels ou industriels, le droit de superficie tient simplement en une participation au droit de propriété du sol. D'ailleurs

¹²⁵⁹ J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3719 p. 549 : « Il faut, dans la constitution du droit de superficie, distinguer deux choses qui sont la foncialité qui reste au propriétaire, et la superficie qui cède au superficiaire. ».

¹²⁶⁰ J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3724 p. 556 et 557.

Proudhon indique : « Le superficiaire se trouve associé bien avant dans la dominité du fonds, puisque, d'une part, il en a toute la jouissance, et que, d'autre côté, il a aussi un droit de participation à la propriété du sol ». Contrairement à la thèse dualiste, Proudhon ne se pose pas vraiment la question de la nature de ce droit sur le sol, puisque le droit de superficie, quelle que soit sa configuration, est une propriété, dotée de tous les attributs de la propriété (cf. supra §484 et s.).

Sans partager la perspective de la thèse dualiste, le droit de superficie de Proudhon est donc bien dual en distinguant entre la chose superficiaire et une participation à la propriété du sol. Toutefois, cette participation s'inscrit dans un contexte différent de celui de la théorie classique.

- b. Le droit de participation à la propriété du sol (dominité) se distingue de la foncialité du maître du fonds rappelant le modèle de propriété simultanée

(496.) Le droit sur le sol du superficiaire chez Proudhon doit, pour être compris, prendre en compte l'influence du modèle de propriété de cet auteur, une propriété simultanée. Ce contexte va, à nouveau, entraîner une approche empirique, au terme de laquelle le droit de superficie s'analysera en un droit de propriété, dont la portée sera toutefois contrainte par le maître du fonds.

Cet environnement d'une propriété simultanée déjoue l'analyse civiliste classique. Le propos de Proudhon n'est pas l'élaboration d'un système de propriété supposé réserver l'exclusivité d'une chose à un seul. L'attribution de la propriété n'a pas le même sens que pour la théorie civiliste classique, puisqu'encore une fois, l'effort d'analyse est réalisé au regard des droits de superficies pris isolément, et qualifiés systématiquement de propriétés. Néanmoins, si la propriété superficiaire est sans nul doute une propriété, elle ne serait pas totalement assimilable à celle du titulaire de ce que Proudhon appelle la foncialité.

En première approche, le droit sur le sol du superficiaire formerait, au moins dans certaines hypothèses, une copropriété avec le propriétaire du fonds. Ce dernier conserverait les mines et le droit au trésor¹²⁶¹, comme vraisemblablement les prérogatives ne relevant pas de la superficie. De même, lorsque Proudhon examine le droit de cantonnement - la faculté de mettre un terme au droit de superficie par un partage entre superficiaire et tréfoncier-, cette option de partage apparaît légitime, car le droit de superficie présente une indivision dans la propriété du sol¹²⁶², au moins dans certains cas¹²⁶³. On trouve trace de cette copropriété du

¹²⁶¹ J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3731 p. 562.

¹²⁶² J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3737 p. 574.

sol, par exemple, dans l'arrêt Caquelard¹²⁶⁴. Il s'agit d'une propriété organisant : « un concours de propriétaires et les limites respectives de leurs droits », émanant de : « modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible »¹²⁶⁵. Pour le dire plus simplement, une propriété simultanée de droits portant sur une même chose. Seulement, il ne faut pas s'y tromper. Le terme de copropriété doit, comme le terme propriété qu'il contient, être interprété dans le contexte de la propriété simultanée. Or, cette copropriété, contrairement au sens moderne du terme, ne signifie pas un droit de propriété équivalent pour chacun des propriétaires. La propriété superficière conservera, sur le principe, une certaine affectation ou spécialisation. Proudhon l'indique clairement quand il parle de la cause de la possession, du droit de superficie comme d'autres droits réels, eux aussi propriétés : « Les droits de l'emphytéote, de l'usufruitier, de l'usager et du superficiaire, sont semblables en ce sens que nul d'entre eux ne peut se changer à lui-même la cause de sa possession vis-à-vis du maître du fonds... »¹²⁶⁶. Ainsi, le superficiaire est à la fois propriétaire de son droit tout en étant l'obligé du maître du fonds, ce qui est bien différent du concept moderne de propriété.

Le droit de superficie de Proudhon, ayant à sa base une participation dans la propriété du sol, ne peut être détaché de la propriété simultanée, partiaire ou cisailée, pour reprendre l'expression de Merlin de Douai. L'analyse ou la division de l'objet du droit de propriété telle que l'envisage la propriété volumique (cf. infra §624 et s.) n'offre pas d'intérêt dans ce schéma.

Chez Proudhon, la propriété superficière s'articule autour de la propriété d'un droit, démembrement du droit de propriété du sol, et doit, pour ne pas perdre son sens, être entendue dans le contexte d'une propriété partiaire. Sortie de ce contexte, la reprise du concept de Proudhon perdra en cohérence, comme en atteste la thèse dualiste moderne du droit de superficie. Cette dernière conserve un droit dual, tout en concluant à la propriété du droit de superficie, mais se trouve confrontée au modèle du concept de propriété moderne bien différent de celui de la propriété de Proudhon.

¹²⁶³ J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3741 et 3742 p.578 à p. 579

¹²⁶⁴ Autre exemple, l'arrêt : Cass. req. 5 nov. 1866, S. 1866. I. 441, parle également de copropriété du sol.

¹²⁶⁵ D.P. 1834. I. 118 ; S. 1834. I. 205.

¹²⁶⁶ J-B-V Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Tome 8, 1825, Dijon §3732 p. 563.

Section II : La thèse dualiste moderne

(497.) La thèse dualiste moderne reprend l'analyse du droit de superficie de Proudhon, considérant que ce dernier est constitué d'un droit sur le sol, et de la propriété des superficies distincte de celle du sol. Cette thèse présente, pour le moins, un certain sens du compromis. Elle supporte, en effet, le principe d'une reconnaissance de la propriété superficière sans encourir les critiques opposées à la thèse moniste, et en particulier l'impossibilité matérielle d'une division verticale, en raison de la force de la pesanteur. Cet avantage repose sur l'acceptation d'un préalable à la propriété des superficies : une participation à la propriété du sol. Ainsi, le droit de superficie comprendrait tout à la fois, une chose matérielle appropriée exclusivement par le superficiaire et un droit réel sur le sol. Avec cette figure, la thèse dualiste, rencontre la thèse moniste sur la dimension propriété superficière, tout comme elle est compatible avec les thèses d'une superficie droit réel, comme celle de la théorie renouvelée de la propriété (cf. supra §389 et s.). Pour ce faire, c'est-à-dire pour que le droit de superficie soit un droit réel, une seconde condition doit cependant être remplie. Contrairement à l'analyse de Proudhon, le droit sur le sol de la thèse dualiste n'est pas un droit de propriété, il n'y a pas « de participation au droit de propriété du sol » pour reprendre l'expression de Proudhon, dans la superficie dualiste. Le sol est la propriété du tréfoncier, le superficiaire, lui, ne disposera que d'un droit de planter ou construire, provenant de la propriété foncière, mais n'emportant pas un droit de propriété pour son bénéficiaire.

Cette configuration aboutit obligatoirement à un modèle de propriété qui déroge à celui de la propriété du code, un modèle de propriété *sui generis*, conduisant à s'interroger sur l'articulation entre ces deux modèles (§2). Auparavant, il convient d'examiner dans le détail les caractères de la thèse dualiste moderne (§I).

§I Les caractères de la thèse dualiste moderne

(498.) La thèse dualiste, bien que minoritaire, peut se prévaloir de nombreux soutiens. Le ralliement déclaré de certains auteurs, conduit naturellement à les citer, pour les autres, leur affiliation à cette théorie relève de l'interprétation. Cela emporte une certaine subjectivité, notamment pour les auteurs anciens, avec le risque de mésestimer le contexte et le sens des prises de position de ces auteurs, dont l'exemple de Proudhon montre l'importance (cf. supra §473 et s.).

Pour appréhender la thèse dualiste, une frontière peut être tracée entre les différents auteurs qui la défendent. Cette frontière s'articule avec le renouveau du droit de superficie et la théorie des volumes immobiliers, puisque le point de pivotement est représenté par la « contre-proposition » aux travaux du Doyen Savatier, à savoir la théorie de G. Goubeaux, formulée dans un article resté célèbre (A). Face à ce premier courant, un second qui en serait le prolongement, animé par des auteurs plus contemporains, peut-être identifié (B).

A. L'acte fondateur d'un sol « entre abstraction et réalisme »

(499.) Avant tout, il convient de souligner l'importance de la position de G. Goubeaux dans le débat sur la question superficière, même si cette position n'a pas pour ambition de fonder un courant spécifique.

L'usage même du terme théorie ou thèse est contestable. Le propos de l'auteur s'analyse d'abord en une solution de compromis, optant pour le maintien du sol vu par la théorie classique sans ignorer le volume immobilier, comme le titre de son article le laisse transparaître¹²⁶⁷. G. Goubeaux présente un raisonnement conduisant au rejet de la propriété volumique, mais seulement après s'être interrogé sur les implications de l'avènement du volume immobilier et propose, non pas une réponse absolue, mais des « éléments de discussion »¹²⁶⁸. Au titre de ces éléments, l'auteur évoque la dimension « personnelle » qu'impose le développement vertical, « la relation directe du sujet de droit avec l'objet se complique de rapports personnels au sein d'une communauté de propriétaires. Le contenu du droit est donc affecté par la détermination particulière de son objet ». Inversement, G. Goubeaux pointe l'évolution du sol matière vers l'abstraction¹²⁶⁹, le potentiel de l'article 552 pour la conceptualisation du volume ou encore, la nécessaire évolution du droit concernant l'appropriation du dessus, rejoignant sur ces points les vues du doyen Savatier. Son propos a davantage pour objectif de relativiser l'abstraction à laquelle conduirait le volume, qu'un rejet pur et simple de ce concept. Néanmoins, quand vient le moment de se positionner, G. Goubeaux prend clairement ses distances avec la propriété volumique¹²⁷⁰, et cela,

¹²⁶⁷ G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière : Études A. Weill » : Dalloz, Litec 1983, p. 279.

¹²⁶⁸ G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière : Études A. Weill » : Dalloz, Litec 1983, p.281, §4.

¹²⁶⁹ G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière : Études A. Weill » : Dalloz, Litec 1983, p. 282, §6 et suivants.

¹²⁷⁰ G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière : Études A. Weill » : Dalloz, Litec 1983, p. 289, §17 : « Entre les deux systèmes, propriété de l'espace et propriété de la terre, des plantes et des bâtiments, est-il vraiment important de choisir ? Nous le pensons et nous croyons que ce choix est fait clairement par le droit positif. (Sous-entendu celui de la propriété de la terre). ».

particulièrement lorsqu'elle a pour effet d'écarter totalement la propriété foncière classique faite de matière. Toujours pour préciser l'ambition de l'auteur, il faut indiquer que ce dernier n'évoque pas explicitement, ou même indirectement, la thèse dualiste. C'est la teneur de son raisonnement qui lui vaut le rattachement à ce courant.

Quel est ce raisonnement ? Pour le cerner, le choix sera fait d'isoler les inconvénients motivant G. Goubeaux à écarter la thèse du volume(1), puis la proposition de l'auteur(2).

1. Une critique classique de la propriété volumique renvoyant à la corporalité

(500) Le reproche central formulé par G. Goubeaux à l'encontre du volume immobilier, est somme toute très classique puisqu'il s'agit essentiellement de l'argument de la matérialité.

Pour cet auteur, le sol est au moins en partie composé, et cela, de façon irréductible, de matière : « Le terrain ne peut être envisagé indépendamment de la matière qui le constitue, car il faut bien une assise à la construction ! Certes, on ne retient alors de « la terre », matière objet de propriété, qu'une qualité : celle de support d'un édifice. Mais il est absolument impossible d'en faire abstraction. ». Cette conclusion n'empêche pas G. Goubeaux de constater la dimension abstraite du sol. L'auteur pointe, en particulier, ce qui a été longuement exposé en première partie (cf. supra §140 et s.), le caractère abstrait de la délimitation du sol : « Le découpage d'une parcelle de la surface du globe terrestre, que traduit l'appropriation du terrain, permet toujours de déterminer l'objet du droit. C'est assurément grâce à ce mode de délimitation géométrique que le sol peut subir toutes les transformations matérielles inimaginables, sans perdre son identité.»¹²⁷¹. Simplement, la matérialité demeure indépassable et constitue l'élément déterminant du sol. Or, cette matérialité fait défaut à l'espace se trouvant au-dessus du sol naturel, ce qui rend contestable la notion de « propriété du dessus »¹²⁷².

« Le défaut de matérialité » du dessus est donc bien l'argument central de la critique de G. Goubeaux. C'est aussi sa principale fragilité, puisque ce faisant l'auteur opte pour une reprise de la matérialité selon Gaius en contradiction avec la perception moderne de la matière (cf. supra §45 et s.). À partir de cette critique de principe tenant à la nature du dessus, G. Goubeaux va mettre en lumière plusieurs autres travers de la propriété volumique, qui en découlent directement.

¹²⁷¹ G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière : Études A. Weill » : Dalloz, Litec 1983, p. 286 §12.

¹²⁷² G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière : Études A. Weill » : Dalloz, Litec 1983, p. 287 §13.

(501.) Sur la base de la question de la corporalité G. Goubeaux va adresser plusieurs critiques au volume immobilier.

L'auteur évoque ainsi la problématique de la perpétuité. Selon G. Goubeaux, le volume serait, au mieux, constitué : « ... d'infrastructures ou superstructures » dont la permanence ne peut souffrir la comparaison avec le sol qui est lui, rien de moins, que la planète Terre,¹²⁷³ méconnaissant au passage l'enseignement tiré de la mine et des investissements (cf. supra §190 et s.). Derrière l'argument de l'auteur se trouve la question de la matérialité, puisque le reproche fait au volume, serait le fait d'être constitué de matière, mais d'une matière artificielle, qui plus est, périssable. Au contraire, le sol serait la matière première ou la première des matières, donc forcément éternel.

G. Goubeaux mentionne également la problématique récurrente de la prescription¹²⁷⁴. Dans la théorie classique, cette dernière suppose un acte matériel que le volume. Or, la consistance du dessus, rendrait impossible une prescription supposant des actes matériels.

Toujours autour du thème de la matière, mais sous un jour plus inattendu et nouveau, G. Goubeaux revient sur la problématique de la propriété de droits, versus propriété d'une chose matérielle. Dans cette seconde hypothèse, il indique que si des restrictions sont apportées à la propriété, c'est sur le versant droit de propriété (limitation des prérogatives du propriétaire), sans que l'objet de la propriété soit altéré. La matérialité faisant défaut au volume : « Il y aurait donc nécessairement cumul d'une limitation de l'objet de la propriété et des restrictions affectant les prérogatives des propriétaires »¹²⁷⁵.

Autre critique de même inspiration, G. Goubeaux souligne le caractère perturbateur du volume au regard de la règle de l'accession. La propriété volumique tendrait à substituer une accession fondée sur la notion d'incorporation à un phénomène d'appropriation relevant d'un espace (cf. infra §502). L'accession ne sanctionnerait plus le développement matériel d'une chose, mais l'inclusion de cette chose dans un espace donné. « Aussi, en cas, d'empiètement partiel d'une construction sur le terrain d'autrui, il faut décider que la portion d'ouvrage excédant les limites du fonds du constructeur appartient au propriétaire subissant l'empiètement, puisqu'elle occupe un espace appartenant à celui-ci. »¹²⁷⁶.

G. Goubeaux évoque enfin la question de la limite en hauteur du sol, reprenant la problématique de la distinction entre le droit de propriété et l'objet de ce droit. L'auteur considère que le volume induit la définition d'une limite tenant à la chose et, il est vrai que

¹²⁷³ G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière : Études A. Weill » : Dalloz, Litec 1983, p. 289 §18.

¹²⁷⁴ G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière : Études A. Weill » : Dalloz, Litec 1983, p. 292 §21.

¹²⁷⁵ G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière : Études A. Weill » : Dalloz, Litec 1983, p. 290 §19.

le Doyen Savatier s'était ouvertement prononcé en faveur de cette solution (cf. *infra*). Pour G. Goubeaux, cette approche permettant l'établissement de limites basses et hautes du sol, serait en opposition avec notre système juridique, qui organise une limitation des pouvoirs du propriétaire et pas de la chose. L'auteur cite l'exemple de l'articulation entre Plafond Légal de Densité et les articles 544 et 552¹²⁷⁷. Il ne convient pas ici de répondre à cette critique, signalons simplement, comme cela a déjà été mentionné en première partie, et sera redéveloppé en troisième partie, que les limites hautes et basses du sol, ne diffèrent pas de la délimitation longueur, largeur du sol qui est de l'essence de la propriété civiliste (cf. *supra* §104 et s.).

Pour finir, signalons que pour ces deux dernières critiques (l'empiètement et la limite en hauteur), l'argumentation ne porte plus seulement sur la dimension matérielle. Cette dernière reste présente puisque l'opposition droit (immatériel), chose (matérielle) y renvoie, comme la règle de l'incorporation. La dimension matérielle est cependant complétée par un autre élément. Plus diffus que l'argument sur la matérialité, il s'agit de la difficulté de faire de l'espace, un objet de propriété, soit une privatisation d'une *res communis*. Pour G. Goubeaux, le propriétaire dispose d'un droit de propriété conforme à la doctrine classique. Toutefois, en parallèle, l'auteur insiste sur la nécessité d'un exercice raisonnable de ce droit. Le propriétaire peut user pleinement de sa chose, en l'occurrence le sol, mais sans excès, presque dans la limite de ses besoins. La perspective n'est à l'évidence pas celle de la propriété fonction sociale, tout en attestant d'une réelle tendance à une forme de responsabilité sociale. Cette dernière transparaît en filigrane dans la proposition de l'auteur, visant à établir « la propriété de la terre », au détriment de la propriété volumique.

Ce dernier aspect, comme l'argument principal de l'auteur correspond aux critiques classiques de la propriété superficielle. Pour G. Goubeaux, cette position, fondée sur une perception de la matérialité, elle aussi classique, est cohérente avec la défense du concept « classique » de la propriété, c'est-à-dire une propriété s'appliquant seulement aux choses corporelles.

2. *La propriété des choses individualisées : ouverture vers la thèse dualiste*

(502.) À la proposition de la propriété d'un volume immobilier, G. Goubeaux oppose la propriété de choses individualisées. L'auteur conforte par là le cœur de sa position, c'est-à-dire une propriété s'appliquant à des choses corporelles.

¹²⁷⁶ G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière : Études A. Weill » : Dalloz, Litec 1983, p. 291 §20.

La solution permet aussi à l'auteur de limiter le rayonnement de la propriété quant à son objet et de dire : « L'air n'est à personne, et il serait, au demeurant, impossible de définir la limite supérieure de cette propriété du dessus. La conception ancienne selon laquelle la propriété s'étend usque ad coelum est purement chimérique, et le droit positif n'a jamais admis la division de l'espace atmosphérique en couches superposées, la propriété privée étant limitée à celle qui serait la plus proche du sol »¹²⁷⁸.

Quelles sont les choses individualisées dont parle G. Goubeaux ? La réponse est simple, ce sont les arbres, la terre, les plantes, les bâtiments pour le dessus. « De même, « la propriété du dessous » concerne des choses situées dans le sous-sol et qui, en raison de leur individualité pourraient faire l'objet de propriétés distinctes : galeries souterraines, canalisations, nappes d'eau... »¹²⁷⁹. Ces choses sont le produit des prérogatives du propriétaire, et qui se trouvent singularisées par le droit de construire, de planter, fouiller, par exemple. C'est donc le résultat matériel de la mise en œuvre du droit qui est constitutif de la propriété et non l'espace. Avant construction, le propriétaire foncier ne peut revendiquer que le sol terre. Un terrain planté d'un arbre est une propriété faisant apparaître une dimension verticale, mais seulement tant que l'arbre est en place. Le sens de l'article 552 dans sa référence au-dessous et dessus, n'a pas pour effet de définir l'objet de la propriété foncière en trois dimensions. « Le texte dans sa substance vise essentiellement des prérogatives du propriétaire ».

En conséquence, G. Goubeaux se prononce en faveur de la conservation de la vision traditionnelle du sol, synonyme : « d'une géométrie plane, utilisée pour la désignation des parcelles et l'établissement du cadastre » et rejette concomitamment : « la géométrie de l'espace »¹²⁸⁰.

(503.) Dans la pensée de G. Goubeaux, les choses individualisées signent indiscutablement un retour de la propriété des choses corporelles, sans toutefois verser dans l'absolutisme comme les thèses refusant le principe d'une propriété superficière. Le concept de choses individualisées est compatible avec une propriété verticale, mettant en avant le lien entre le propos de cet auteur et la thèse dualiste.

Le droit de construire ou celui de planter, par exemple, sont les attributs du propriétaire faisant que : « Les choses fixées au-dessus comme celles incluses dessous appartiennent, en

¹²⁷⁷ G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière : Études A. Weill » : Dalloz, Litec 1983, p. 293 §22.

¹²⁷⁸ G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière : Études A. Weill » : Dalloz, Litec 1983, p. 287 §13.

¹²⁷⁹ G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière : Études A. Weill » : Dalloz, Litec 1983, p. 287 §14.

principe... » au propriétaire. Cependant, ce principe supporte la preuve contraire sur le fondement de l'article 553. Ainsi : « ... un bâtiment ou une portion de bâtiment, une dalle de béton, des garages souterrains... sont des choses pouvant parfaitement faire l'objet de propriétés distinctes. »¹²⁸¹. De la sorte, le volume, une fois construit ou incorporé, c'est-à-dire devenu une chose individualisée, peut tout à fait être le réceptacle d'un droit de propriété. Cet aspect est important, car il représente le trait d'union entre la théorie de G. Goubeaux, et l'objet de ce chapitre, la thèse dualiste.

Pour le démontrer, revenons de façon synthétique sur le cheminement proposé par l'auteur : le propriétaire est le titulaire de l'ensemble des prérogatives se rapportant au sol. Ces prérogatives peuvent être détachées au profit d'un tiers et faire naître un droit de propriété nouveau, au profit de ce tiers, une fois que le droit en question s'est traduit matériellement par la réalisation d'une chose individualisée. Un énoncé encore plus schématique, aboutit à dire que la situation correspond : en premier lieu, à un droit détaché du droit de propriété du sol, et, en second lieu, un droit de propriété sur un second bien né de la mise en œuvre de la prérogative initiale. Or, ces deux droits ne sont rien d'autre que les deux éléments constitutifs de la thèse dualiste.

L'article de G. Goubeaux ne relativise donc pas seulement la thèse du volume immobilier, mais se rattache au courant dualiste, dont il est assurément, *a minima*, l'un des éléments structurants, reconnu comme tel¹²⁸².

La proposition d'une propriété immobilière « de choses individualisées » conceptualisée par G. Goubeaux et reprise par la thèse dualiste est critiquable, notamment parce qu'elle ne rend pas compte de la portée de la propriété du fonds de terre. Toutefois, avant de procéder à la critique de la proposition de la thèse dualiste, il faut poursuivre sa présentation pour en discerner toutes les facettes.

B. Les traits saillants de la thèse dualiste

(504.) En complément de la proximité entre le propos de G. Goubeaux et de la thèse dualiste, il a été question à la section précédente de la reprise de la définition du droit de superficie de Proudhon, par cette thèse. Bien que réelle cette double influence mérite d'être précisée.

¹²⁸⁰ G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière : Études A. Weill » : Dalloz, Litec 1983, p. 281 §4.

¹²⁸¹ G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière : Études A. Weill » : Dalloz, Litec 1983, p. 288 §15.

¹²⁸² Voir par exemple P. Berlioz, « La notion de bien », L.G.D.J., 2007, p.411 §1331 ; W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010, §74 ; M.C. de Lambertye-Autrand, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Biens. Classification tripartite des immeubles. Immeubles par nature », Fasc. 20, Cote : 03,2007 §56.

La reprise de la définition de Proudhon porte plus sur la lettre de la définition, que son esprit. La doctrine dualiste se réclame d'une propriété exclusive et absolue, conformément à la doctrine moderne. Ce concept de propriété se distingue de toute idée d'un concours de propriétaires sur une même chose, contrairement à la propriété de Proudhon.

Une fois cette limite rappelée, il est indispensable de développer la relation qu'entretient la thèse dualiste avec le concept de propriété, et plus précisément la propriété d'un objet corporel (1), pour comprendre la problématique de la thèse, en préalable de son rejet. Il est aussi essentiel d'approfondir le sens donné par les auteurs dualistes à la référence de l'article 553, qui fait le lien entre les deux éléments constitutifs de la thèse dualiste (2).

1. La formation de la thèse dualiste

(505.) La limite à l'instant évoquée concernant le lien entre Proudhon et la thèse dualiste, pourrait être généralisée. D'une certaine façon, seuls les auteurs ayant expressément formulé leur rattachement à telle théorie ou telle autre pourraient y être associés. Les auteurs antérieurs à la théorie en question en seraient, par principe, exclus. Rigoureuse, cette option éviterait de mettre face à face des thèses appartenant à des périodes, parfois très éloignées dans le temps les unes des autres, et relevant de contextes bien différents, susceptibles de créer des distorsions majeures. Toutefois, cette rigueur serait aussi synonyme de pauvreté. En dépit de limites certaines, le lien entre Proudhon et la thèse dualiste est éclairant. De même, les propos de Planiol et Ibled, qui seront également considérés comme relevant de la thèse dualiste, permettront de mettre en lumière l'importance du concept de propriété unitaire pour cette théorie, au prix, il est vrai, de choix sujets à caution.

Les points de vue de M. Planiol et C. Ibled seront donc présentés (b), et avec eux le choix d'une propriété corporelle de la thèse dualiste (c), qui en représente le fondement (a).

a. Fondement et éléments constitutifs de la thèse dualiste

(506.) En dépit des limites, touchant à la légitimité des auteurs supportant la thèse dualiste, s'arrêter sur les dénominateurs communs à ces auteurs est riche d'enseignements. La thèse dualiste fait par exemple apparaître un fondement qui lui est propre, en complément d'un certain sens du compromis, propice, il est vrai, aussi, à une tendance à la confusion.

Le premier aspect valant aux auteurs dualistes de figurer dans le présent chapitre consiste à faire choix de la propriété comme mode de détention de la superficie. Cet élément distingue ces auteurs des thèses voyant seulement dans la superficie un droit réel ou personnel. Notons cependant, que certains auteurs, par exemple, soutenant l'hypothèse d'un droit de superficie

droit personnel, limitent leur point de vue à la superficie avant construction ou plantation (cf. supra §351 et s.).

Le second aspect, lié au premier, est qu'en dépit de ce choix, les auteurs dualistes ont une vision restreinte de la dissociation de la superficie. La propriété est limitée à l'immeuble directement objet du droit de superficie, le bâtiment, l'arbre, etc. Les auteurs dualistes opèrent une distinction entre le développement du sol (la superficie) et le sol lui-même, qui demeure la propriété du tréfoncier. Ce second élément sépare la thèse dualiste de la thèse moniste, voyant quant à elle, dans la superficie une chose unique (cf. infra §624 et s.).

Cette divergence fondatrice s'appuie sur un double argument. Premièrement, les auteurs dualistes refusent de voir dans un volume non construit ou planté une chose appropriable. C'est la conséquence de l'obligation d'un objet matériel du droit de propriété. Le second argument est la nécessaire relation entre le sol et la superficie en raison de l'attraction terrestre. Cette dimension a été soulignée, non sans ironie, par D. de Lataulade et A. Bocquet¹²⁸³, pour qui la superficie repose obligatoirement sur le sol et ne tient pas accrochée au ciel par des fils invisibles.

Ainsi donc, au cœur de la thèse dualiste se retrouve le sempiternel critère de la matérialité et son corollaire, un droit de propriété investissant une chose corporelle. Cette observation, d'une grande banalité, présente un intérêt au regard de la genèse de la thèse dualiste. Sur la base de ce schéma, la thèse dualiste s'articulerait bien avec un concept d'une propriété corporelle, différent de la propriété proudhonienne pour laquelle ce choix est bien plus relatif (cf. supra §473 et s.). De plus, la corporalité de la propriété en raison de son importance pour la thèse dualiste mérite d'être développée.

b. La thèse dualiste répond au concept d'une propriété unitaire

(507.) Préciser le lien entre un concept de propriété corporelle et la thèse dualiste, passe par un retour aux origines de cette thèse. Pour cela, il convient de se positionner préalablement à l'avènement du volume immobilier et à la prise de position de G. Goubeaux qui lui a fait écho.

Sans que la liste n'ait aucune ambition d'exhaustivité, deux auteurs méritent d'être mentionnés en support de notre propos. Le premier est M. Planiol. L'auteur reconnaît sans ambages la propriété superficielle, propriété qu'il limite explicitement aux bâtiments : « les bâtiments peuvent appartenir à un autre qu'au propriétaire du sol, ou, ce qui revient au même, que le superficielle en est le propriétaire »¹²⁸⁴. Planiol se fait encore plus précis, puisque dans

¹²⁸³ D. de Lataulade et A. Bocquet, « L'avenir du bail à construction », *Gaz. Pal.* 1974.1, doctr. 439.

¹²⁸⁴ M. Planiol, « *Traité élémentaire de droit civil* », Paris, Tome 1, Paris, 1904, §2525 p. 806.

une note en bas de page, il donne la définition de superficie en disant : « Le mot « superficie » ne désigne donc pas la surface géométrique du sol, mais les objets qui se trouvent sur le sol. » en se référant au droit romain¹²⁸⁵. La référence à la matérialité est des plus nettes et s'articule avec la vision exclusivement corporelle de la propriété prônée par l'auteur. Le caractère dual du droit de superficie n'est pas affirmé comme le ferait la doctrine moderne adhérant à la thèse dualiste, mais le raisonnement de Planiol est tout à fait comparable.

L'opinion du second auteur, C. Ibled, dont l'angle d'observation est, il est vrai, spécifique au droit de superficie, est encore plus explicite. C. Ibled débute l'examen de la nature du droit de superficie par un exposé de la solution retenue par le droit romain, et dit : « Ce droit était à Rome un droit réel prétorien, qui consistait à user et à jouir à perpétuité et durant un laps de temps assez, de bâtiments construits ou à construire sur le terrain d'autrui ». L'analogie avec la réglementation du Code civil est quasi parfaite, sous réserve de la règle *superficie solo cedit*, qui ne souffrait pas d'exception en droit romain. Cela conduit l'auteur, au terme de sa thèse, à reprendre peu ou prou son interprétation de la superficie romaine dans le contexte civiliste moderne. C. Ibled ne voit dans l'article 553 qu'une exception sans réelle incidence sur le principe de la nature du droit de superficie romain. Classiquement, C. Ibled relie le centre de gravité du droit de superficie à la corporalité. Dans sa présentation du droit romain, il souligne le lien entre propriété et corporalité, via la possession. Le propos est lourd de sens puisque l'auteur critiquant la division romaine des droits entre des choses incorporelles et corporelles, dit : « Cette division était d'ailleurs contraire à la réalité des choses, puisque pas plus que les autres droits celui de propriété ne peut être possédé. Ce que l'on possède c'est l'objet même du droit »¹²⁸⁶. Puis, sur la base de cette première observation, il indique que le droit de superficie incorporel se traduit par « une quasi possessio ou juris possessio ». La raison de ce choix est simple « ... si l'on accordait la corporis possessio au superficiaire, il faudrait admettre l'existence conjointe de deux possessions in solidum sur la même chose, celle du dominus soli et celle du superficiaire, ce qui est contraire au principe de la loi 915 (par. 5, D. Commodati vel contra) d'après laquelle plusieurs personnes ne sauraient posséder la même chose ni en avoir la propriété *in solidum*. »¹²⁸⁷.

Lorsque C. Ibled reprend son propos sous l'empire du Code civil, il ne modifie pas fondamentalement son approche, même si le droit de superficie accède dans ce contexte à la propriété. La base du raisonnement de l'auteur reste identique : la propriété doit avoir un objet corporel pour éviter une propriété *in solidum*. C. Ibled précise donc : « Dans notre ancienne jurisprudence française, on a souvent distingué le domaine direct et le domaine

¹²⁸⁵ M. Planiol, « Traité élémentaire de droit civil », Paris, Tome 1, Paris, 1904, p.806 note bas de page n°1.

¹²⁸⁶ C. Ibled, « Le droit de superficie en droit français », Sirey, 1931, §5 p. 20.

¹²⁸⁷ C. Ibled, « Le droit de superficie en droit français », Sirey, 1931, §5 p. 21.

utile, mais aujourd'hui nous considérons le droit de propriété en lui-même, dans sa nature juridique, et non au point de vue des différents objets auxquels il peut s'appliquer. Le code ne reconnaît pas plusieurs espèces de propriété, mais une seule, celle qu'il définit par l'art. 544. ». L'accent est mis sur l'unité de la propriété, mais au-delà, la démonstration reste identique avant et après le code. Le code reconnaissant une seule espèce de propriété, une même chose ne peut appartenir à deux personnes, à défaut, cela recréerait la situation de l'ancienne France, soit le double domaine avec une propriété utile et une propriété directe. Sous la plume de C. Ibled, la nature de la propriété ne souffre plus d'équivoque. Le droit de propriété est une espèce unique, s'appliquant à des choses tout aussi uniques, des choses réelles, entendues dans le sens de corporelles. C'est pourquoi le droit de superficie, chez C. Ibled, pour être une propriété, doit porter sur une chose corporelle, comme le disait déjà Planiol.

c. La thèse dualiste : une propriété superficielle corporelle

(508.) Le modèle de propriété unitaire de M. Planiol et C. Ibled, leur impose, pour retenir une propriété superficielle, de disposer d'un objet de droit corporel.

Cette conclusion est confirmée, en reprenant le raisonnement de C. Ibled là où nous l'avons laissé. À l'issue de l'étape qui vient d'être décrite, C. Ibled devrait logiquement se rallier à l'idée d'un droit de superficie droit réel ou de *jus in re* spécial¹²⁸⁸, sur l'exemple du droit romain. Dans le cadre du code, ce choix est évidemment impossible. C'est pourquoi juste après avoir défini la propriété comme une espèce unique, l'auteur poursuit par : « Il est également certain que l'on peut être propriétaire d'une maison sans l'être du terrain sur lequel elle repose, cela résulte notamment de l'Art. 553... »¹²⁸⁹. Cette seconde observation apparemment anodine s'oppose en réalité à la première partie de la proposition de l'auteur, une propriété espèce unique. L'option de l'article 553 met C. Ibled face à un dilemme, qui est ni plus ni moins l'une des grandes questions du droit de superficie. Accepter la propriété superficielle revient, en effet, à rejeter la propriété espèce unique, puisque le droit de superficie, dans sa vision droit de construire, est une chose incorporelle, comme l'enseigne le droit romain. Faire de cette chose incorporelle un objet de propriété, suppose une propriété *in solidum* d'une même chose, soit une propriété genre connaissant des droits de propriété espèces, en fonction des objets auxquels ils s'appliquent. Conséquemment, le résultat de cette approche revient à qualifier de propriété la superficie, qui pourtant, selon le droit romain, n'est pas une propriété.

¹²⁸⁸ C. Ibled, « Le droit de superficie en droit français », Sirey, 1931, §4 p. 19 : « la superficie forme un *jus in re* spécial ».

¹²⁸⁹ C. Ibled, « Le droit de superficie en droit français », Sirey, 1931, §17 p. 71.

Pour sortir de cette circularité, C. Ibled va s'appuyer sur le critère de la corporalité. On retrouve la trace de cette approche lorsque l'auteur donne la définition du droit de superficie : «...que tout le monde reconnaît...» [...] «... comme étant : un droit de propriété portant sur une plantation ou un édifice, dont le tréfonds, le dessous appartient à un autre propriétaire. »¹²⁹⁰. La solution de C. Ibled peut être synthétisée comme suit : le droit de superficie incorporel est un droit réel, et le droit de superficie corporel est lui, un droit de propriété. Ces deux options sont des séquences successives de la même opération. Ainsi, en réagissant par rapport à un droit de superficie portant sur une construction, le droit de construire sera un droit réel et, le bâtiment construit via la mise en œuvre de ce droit, une propriété. Le droit de superficie de C. Ibled composé de deux éléments reprend alors clairement l'architecture de la théorie dualiste.

La proximité entre des auteurs comme M. Planiol ou C. Ibled et la thèse dualiste fondée sur la structure interne du droit de superficie, c'est-à-dire la présence de deux éléments constitutifs, valident la proposition d'une thèse dualiste antérieure au volume immobilier. La démonstration a également pour intérêt de mettre en exergue le préalable indispensable d'une propriété unitaire corporelle, mais ce n'est pas tout.

Elle révèle aussi un autre aspect identitaire de la thèse dualiste, l'articulation avec l'article 553, outil de transition entre la superficie droit réel, et la superficie propriété.

2. *L'article 553 référence de la thèse dualiste pour un droit (seulement) réel sur le sol au profit du superficiaire*

(509.) Lier la thèse dualiste à l'article 553 du Code civil mérite quelques précisions liminaires. Le parallèle pris isolément n'a que peu d'intérêt, et doit, pour gagner en consistance, être mis en perspective avec un autre binôme constitué par la thèse moniste et l'article 552 Code civil. Les deux schèmes expriment bien la problématique superficiaire dans le code, et seront d'ailleurs réutilisés pour fonder la propriété volumique (cf. infra §718 et s.), même si la jurisprudence actuelle ne permet pas une délimitation précise des champs de ces deux articles¹²⁹¹.

¹²⁹⁰ C. Ibled, « Le droit de superficie en droit français », Sirey, 1931, §19 p. 79.

¹²⁹¹ Voir sur ce point W. Dross J.-Cl. Civil, V° «Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010, §53 ; Cass. civ.3^e, 6 mars 1991, Héliou Le Comte c/ Commune de Chaudefontaine, D. 1991.IR. 95 : « d'autre part, (attendu) qu'aux termes de l'article 552 du Code civil, la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous ; qu'aux termes de l'article 553 du même code, toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain sont présumés faits par un propriétaire à ses frais et lui appartenir si le contraire n'est pas prouvé, sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment ; que les dispositions de l'article 553 ont pour effet, par exception à la règle générale posée par l'article 552, d'ouvrir au véritable propriétaire d'une construction, de plantations ou d'un ouvrage la possibilité de prouver son droit de propriété à l'encontre du propriétaire du terrain sur lequel se situent les constructions, plantations ou ouvrages, mais non de permettre de conférer la propriété du sol à un autre que le propriétaire du terrain ».

Dans le contexte de la thèse dualiste, il convient de souligner l'association de cette thèse avec l'article 553 (a), qui implique sinon un rejet de l'article 552, à tout le moins un rôle secondaire de cet article (b).

a. Le choix de principe de l'article 553 du Code civil de la thèse dualiste

(510.) La référence à l'article 553 est une constante chez les auteurs se réclamant de la thèse dualiste, sans être exclusive d'un recours à l'article 552.

Par exemple, pour commencer par les auteurs qui viennent d'être identifiés comme « précurseurs » de la thèse dualiste, C. Ibled s'y réfère directement quand il dit : « ... cela résulte notamment de l'Art. 553... ». De même, M. Planiol analyse le droit de superficie comme une exception au principe de l'article 553¹²⁹² (cf. point précédent).

Toutefois, si l'article 553 représente la clef de la thèse dualiste, la position n'est pas incompatible avec une combinaison incluant l'article 552, en raison de sa double constitution. Sur la dimension démembrement du droit de propriété du sol, le droit de construire ou de planter, c'est l'article 553 qui prévaut. En revanche, sur la dimension, droit de propriété de la construction ou de la plantation, l'article 552 devient légitime. La thèse dualiste s'oppose à une division de la chose « sol », du fait de son unité, mais reconnaît l'individualité du bâtiment ou du dessus, par la notion des choses individualisées.

Le sens de l'article 552 dans le contexte de la thèse dualiste n'est pas assimilable à celui de la thèse moniste. Pour la première, la division de l'objet ressemble fort à une addition ; c'est l'opération de construction qui génère « la division » de la propriété immobilière entre le sol et le bâtiment, par exemple. Le droit de propriété naît de la construction, du surgissement d'une chose matérielle. Le droit sur le sol sert seulement de support, sans, à lui seul, pouvoir engendrer la propriété. Dans la thèse dualiste, le point focal est d'abord représenté par un démembrement du droit de propriété du sol. Ce démembrement va se traduire par le détachement d'une prérogative détenue initialement par le propriétaire foncier, soit une exception au droit d'accession. Cette prérogative va ensuite être transmise au superficiaire sous la forme d'un droit réel, pour maintenir le schéma d'une propriété unitaire. C'est seulement, dans un second temps, que sur la base de ce droit réel, prendra place un droit de propriété se référant non plus à la chose « sol », mais à la chose « superficie ». Le processus est conforme à la perspective défendue par le professeur Goubeaux (cf. supra §499). La

¹²⁹² M. Planiol et G. Ripert, « Traité pratique de droit civil français », Tome 3, Les biens par M. Picard, 2ème éd., LGDJ 1952, §314 p. 330 : « le droit de superficie déroge à ce principe (553), en séparant la propriété des superficies de celle du sol. ».

propriété superficière relève alors du principe de l'accession fondée sur l'incorporation d'une chose à une autre, non l'incorporation d'une chose à un espace¹²⁹³.

Ainsi, la thèse dualiste entretient bien un lien particulier avec l'article 553 du Code civil, en référence à la première « pierre » superficière, le démembrement d'une prérogative de la propriété foncière. Ce constat explique le recours de cette disposition par nombre d'auteurs dualistes, sans que cela signifie un rejet de l'article 552.

b. Le rôle subséquent accordé à l'article 552 du Code civil par la thèse dualiste

(511.) La thèse dualiste repose d'abord sur l'article 553, synonyme d'un démembrement du droit de propriété, une exception au principe de l'accession, et pas une division de la chose fondée sur l'article 552. Cependant, la faveur accordée à l'article 553 ne se traduit pas par la mise à l'écart de l'article 552, mais par une articulation entre les deux articles, donnant à cette seconde disposition un rôle seulement complémentaire.

La combinaison dualiste est composée de deux éléments, sur la base du premier d'entre eux, le propriétaire du sol démembre son droit via l'article 553, mais la prérogative de l'article 552 lui reste exclusivement réservée. P. Malaurie et L. Aynès résument parfaitement cette orientation, en disant que le droit de superficie est une exception à la règle *superficie solo cedit*, au principe de l'accession¹²⁹⁴, reprenant au passage le point de vue de C. Ibled. Ainsi, pour ces auteurs l'article 552 établit un principe selon lequel le propriétaire se voit attribuer tous les développements de la chose. W. Dross confirme le propos en disant que l'article 552 réserve « au seul propriétaire le droit de construire sur le fonds (C. civ., art. 552, al. 2 et 3) »¹²⁹⁵. En raisonnant par analogie, on voit apparaître le lien de parenté entre ce droit réservé et le concept de monopole d'exploitation développé par J.-P. Bertrel¹²⁹⁶.

En se plaçant du côté du superficière, le constat est semblable. Les prérogatives superficières ont comme socle la disposition de l'article 553. C'est par la libre disposition d'un droit réel, qu'il y a exception, ou neutralisation, du principe formulé à l'article 552, qui demeure l'apanage du propriétaire foncier. Cette dérogation transforme le principe de cette règle en une simple

¹²⁹³ G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière » : Études A. Weill : Dalloz, Litec 1983, §20 p. 290 et 291 cf. note bas de page n°71 : «...la seule incorporation au sol inclut la matière de l'espace approprié. L'acquisition par accession doit donc être immédiate. Elle est automatique, comme une conséquence du phénomène physique de l'incorporation » [...] « Au contraire, si la propriété est conçue, le droit ayant pour objet seulement un terrain comme portant seulement sur des choses, le droit ayant pour objet un terrain ne s'étend pas naturellement à des objets différents, plantes ou construction fussent-ils incorporés au sol ; (...)L'accession immobilière n'est pas alors une évidence, mais elle ajoute une pièce au régime de la propriété...L'article 553 du Code civil présente d'ailleurs le principe de l'accession immobilière comme une présomption simple. ».

¹²⁹⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, « Les biens », Droit civil, 4e édition, Defrénois, 2010, §900 p. 287.

¹²⁹⁵ W. Dross, J.-Cl. Civil, V° «Art. 554 à 555 », Cote : 05, 2010, §52.

¹²⁹⁶ J.-P. Bertrel, « Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie » : RTD civ. 1994, p. 737 s.

présomption. L'exception est dès lors, tantôt qualifiée de « brèche ouverte »¹²⁹⁷, « de base légale »¹²⁹⁸, « d'assise solide »¹²⁹⁹ ou encore « d'une application de la réserve posée à la fin de l'article 553 »¹³⁰⁰, mais toujours selon un schéma bien particulier.

La pierre angulaire du raisonnement ne tient pas, ou ne tient pas seulement, à la règle voulant qu'un principe soit suivi d'une exception. La spécificité de la thèse dualiste réside dans la portée de l'exception. Cette dernière ne met pas en échec la réservation, ou monopole du propriétaire, en lui retirant une partie de l'espace qui lui était précédemment attribué. L'exception au droit du propriétaire demeure sans effet sur l'objet de la propriété (le sol). Elle se limite au droit d'accession incluant le résultat de la mise en œuvre du droit, ex : le droit de construire et la construction qui en est issue.

Au terme de l'article 553, la règle *superficie solo cedit* est mise en réserve, mais l'objet de la propriété, le sol demeure acquis au seul propriétaire foncier. La raison en est simple et a déjà été exposée. La propriété superficière ne peut conduire à une propriété *in solidum* avec la propriété du sol. C'est pourquoi elle doit s'articuler obligatoirement avec un autre objet corporel que le sol (cf. supra §508).

(512.) J.-P. Bertrel développe précisément ce point d'une propriété fondée sur une exception au d'accession. L'auteur distingue deux présomptions au sein de l'article 553 et conforte la prédominance de cette disposition pour la thèse dualiste.

Selon l'auteur, la première permet à un autre que le propriétaire de se voir attribuer le droit de construire et la seconde, que la propriété des constructions édifiées lui soit attribuée. Cette dualité de la dérogation à l'article 553 : « ... fait apparaître implicitement que ce droit subjectif est un droit complexe, comprenant : un droit de construire (ou de planter) sur le sol d'autrui, et un droit de propriété sur les constructions (ou plantations), une fois que celles-ci ont été édifiées. »¹³⁰¹. Corrélativement, l'auteur rejette le concept de propriété d'un volume sur la base de l'article 552 conformément à la thèse moniste. L'idée de l'objet d'une propriété foncière se concrétisant en un cône, divisible est « un postulat erroné ». Il se rallie à la position de G. Goubeaux en disant « la propriété du dessus se réduit, dans le Code civil, essentiellement au droit de construire ou de planter sur le fonds et de devenir, par accession, propriétaire des constructions ou plantations une fois celles-ci édifiées »¹³⁰².

C. Berlioz, un autre soutien de la thèse dualiste allant dans le même sens, pourrait être cité : « On ne peut donc estimer que la formule de l'article 552 du Code civil ... signifie que le cube d'air situe

¹²⁹⁷ J.-P. Bertrel, « Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie » : RTD civ. 1994, p. 737 s.

¹²⁹⁸ J.-P. Bertrel, « Les ensembles immobiliers complexes » - Droit et Patrimoine – Novembre 1994 - p. 48.

¹²⁹⁹ C. Larroumet, « Droit civil, Les biens. Droits réels principaux », T. 2. 5e éd. Economica, 2006, §754.

¹³⁰⁰ P. Berlioz, « La notion de bien », L.G.D.J., 2007, §1317.

¹³⁰¹ J.-P. Bertrel, « Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie » : RTD civ. 1994, p. 737 s.

au-dessus du sol s'unit à celui-ci. Cette disposition ne vise que les constructions et plantations qui sont susceptibles d'être faites sur le terrain, comme le démontrent le second alinéa de cet article ainsi que l'article 553 du même code. C'est pourquoi la superficie ne consacre pas la dissociation de ce cube d'air du sol qu'il surplombe »¹³⁰³.

Ainsi, l'article 553 serait bien l'une des clefs du droit de superficie duale, une exception à l'article 552, dont le principe resterait acquis au seul propriétaire de la chose « sol ». Le déploiement de la prérogative du superficiaire, venant du droit réel sur le sol, se traduit bien par un droit de propriété, cette propriété se limite strictement aux superficies, constructions et plantations.

Cette proposition pouvant être efficacement étayée par les textes, entraîne néanmoins une question lourde de sens. Pourquoi ? Pourquoi, cette différence de traitement entre le propriétaire du sol et le propriétaire superficiaire, puisqu'ils sont tous deux propriétaires ?

§II La critique de la thèse dualiste ou l'impossibilité d'une propriété sui generis

(513.) La question à l'instant posée est quelque peu synthétique et doit être précisée. Les auteurs de la thèse dualiste reconnaissent bien en effet la propriété de la superficie. Pour autant, cette reconnaissance ne se traduit pas par une assimilation de cette propriété au modèle de l'article 544.

Cet autre modèle de propriété, que certains auteurs qualifient de *sui generis*, terme que nous reprendrons, fait instantanément naître une interrogation : peut-on avoir deux propriétés ? Et si oui : quel serait le fondement de cette propriété ? Entraînant d'autres interrogations surgissent : s'il existe deux types de propriété peut-on envisager une troisième propriété ? Ou encore, s'il existe des propriétés au pluriel, quel est le sens de la propriété au singulier ?

À ces questions complexes, une réponse simple pourrait être formulée en se référant au sens des mots, et plus particulièrement à celui du mot *sui generis*. Selon le TLFi (Trésor de la Langue Française Informatisé) *sui generis* dans son sens commun signifie ; « D'un genre propre, spécifique, qu'on ne peut comparer à d'autres. », et dans un sens juridique : « Dont la nature singulière empêche un classement dans une catégorie déjà connue ». Par l'intermédiaire de cette seconde signification, une réponse peut-être apportée. Une propriété *sui generis* est une propriété singulière dont la nature diffère de celle de la catégorie propriété. Or, la propriété du code est une catégorie espèce, y compris pour les auteurs dualistes qui refusent une propriété *in solidum* au superficiaire. Autrement dit, la propriété

¹³⁰² J.-P. Bertrel, « Les ensembles immobiliers complexes » - Droit et Patrimoine – Novembre 1994 - p. 47.

sui generis, face à une catégorie contenant plusieurs espèces, n'aurait été qu'une espèce supplémentaire, voire une espèce « divers », sans remettre en cause la catégorisation de principe.

Cependant dans le cas qui nous préoccupe, une propriété unique, le schéma est tout autre. Il reviendrait, face à une catégorie composée d'une espèce unique, à introduire une autre, une seconde espèce, espèce qualifiée de *sui generis*, remettant en cause la catégorie espèce devenue une catégorie genre. La propriété *sui generis* introduit un choix qui peut s'énoncer comme suit : soit la catégorie propriété est un genre contenant plusieurs espèces, c'est dire deux *a minima*, soit la propriété *sui generis* n'est pas une propriété, validant ainsi le principe catégorie espèce. Nous retiendrons cette seconde hypothèse, signant le rejet de la propriété *sui generis* et avec elle, celui de la thèse dualiste. Ce rejet sera forcément total. La thèse moniste, qui sera soutenue dans le chapitre à venir, est simplement par nature, inconciliable avec la thèse dualiste, contrairement à la thèse du droit de superficie droit réel sur la chose d'autrui (cf. supra §389 et s.). Dans cette dernière hypothèse, ce qui a été rejeté, c'est l'option d'une perspective absolue et exclusive, serait-on tenté de dire, du droit de superficie droit réel sur la chose d'autrui. À l'inverse, la théorie de la propriété renouvelée, dans une optique non exclusive, s'accommode parfaitement avec la propriété superficière moniste, et même la renforce en développant le champ du droit de superficie, sans « forcer » la théorie moniste. Une telle combinaison n'est pas possible avec la thèse dualiste, sauf à souscrire à la contradiction, à l'instant dénoncée.

Ce rejet sans appel de la thèse dualiste, thèse de compromis, ancienne et toujours soutenue en doctrine, impose de détailler précisément les motifs à la base de cette exclusion. Cet exposé viendra en complément de l'incompatibilité de principe entre propriété *sui generis* et la propriété du code présentée brièvement ci-dessus.

Pour préciser les motivations de la thèse dualiste, il faut revenir sur les composantes de l'alternative à la propriété volumique, proposée par la thèse dualiste. Le premier élément, le droit sur la chose d'autrui, - point de départ de la thèse dualiste-, se révèle en fait indépassable et incompatible avec la propriété du code (A). Le second élément, les choses individualisées qui concrétisent la propriété superficière, va, quant à lui, apparaître doublement insatisfaisant. D'abord, les choses individualisées ne se traduiront pas toujours comme un objet distinct de celui de la propriété foncière (B). Ensuite, en dehors du droit de superficie, les choses individualisées opèrent une telle réduction de l'objet de la propriété foncière, qu'elles ne sont pas en mesure de représenter le sol (C). Toutefois, avant de

¹³⁰³ P. Berlioz, « La notion de bien », L.G.D.J., 2007, §1325.

critiquer la thèse dualiste, il est souhaitable de mettre en avant l'intérêt qu'elle peut présenter (Observations préliminaires).

Observations préliminaires : Une propriété de compromis

(514.) En dépit de la démonstration du bien-fondé du rejet de la thèse dualiste, il n'en demeure pas moins indispensable d'évoquer les qualités intrinsèques de cette théorie.

La première a déjà été soulignée en partie. Elle consiste dans le fait que la thèse dualiste représente une solution de compromis. Compromis entre la thèse du droit de superficie droit réel et la thèse moniste d'abord, puisque la superficie dualiste conclut à la propriété superficière, tout en reconnaissant à la base du processus un droit sur le sol, un droit réel sur la chose d'autrui.

La thèse dualiste organise ensuite un compromis avec le concept de propriété. Elle est en effet, un trait d'union entre la propriété de droits, expliquant son assimilation à la définition du droit de superficie de Proudhon, et la propriété d'une chose corporelle. D'une certaine façon, elle facilite la réception de la propriété superficière dans le schéma d'une propriété corporelle, empreinte d'absolutisme, dont les rapports avec le droit de superficie ont toujours été houleux. En centrant le droit de propriété sur la chose individualisée (cf. supra §502), la théorie dualiste écarte la perturbation que le droit de superficie opère sur la chose, en la dédoublant. La figure correspond à celle de la propriété traditionnelle un droit, une chose. Par ailleurs, le sol n'est pas non plus frappé d'ubiquité, puisque le droit de superficière sur le fonds ne s'analyse pas en un droit de propriété.

Ainsi, tout en ne condamnant pas la propriété de droits, la thèse dualiste renforce le concept d'une propriété corporelle en acceptant la propriété superficière, même si en réalité elle ne fait que reporter le problème et échoue dans ce domaine, comme nous le verrons dans le paragraphe à venir.

Ce sens du compromis se retrouve également dans la mise en œuvre de la superficie dualiste et représente la seconde qualité de la thèse dualiste. Grâce au concept de la propriété *sui generis*, il est possible, au moins de prime abord, d'avoir deux propriétés, sans donner le sentiment que la constitution de la propriété superficière se fasse au détriment de la propriété foncière originelle. Cette approche pragmatique permet d'accorder la propriété au superficière en contournant, ou plus précisément en repoussant, les discussions théoriques attachées au concept de propriété.

(515.) Un raisonnement très similaire induisant le concept de propriété *sui generis* se retrouve dans certaines décisions de jurisprudence, dont nous dirons quelques mots, même si un rattachement de ces arrêts à la thèse dualiste est fragile.

Par exemple, l'arrêt du 7 avril 2004¹³⁰⁴ valide une clause limitative des prérogatives d'un superficiaire dans le cadre d'un bail à construction. Ce contexte spécifique doit être souligné, car c'est sur la base de la réglementation du bail à construction que les juges reconnurent la validité de la clause litigieuse¹³⁰⁵, supportés en cela par la doctrine¹³⁰⁶. Cependant, il n'en demeure pas moins que la question de fond reste celle de la propriété superficiaire. D'ailleurs, l'auteur du pourvoi avait fondé sa demande sur les dispositions du CCH définissant le bail à construction, mais également les articles 544 et 1131 du Code civil. Il faisait grief à l'arrêt de première instance, de limiter l'usage de la chose objet du bail à construction, alors que ce dernier : « confère au preneur la pleine propriété des immeubles qu'il s'engage à édifier ». Dit autrement, la question soumise aux juges, qui se sont bien gardés d'y répondre, était : peut-on dans le cadre de l'article 544, y compris en présence d'un aménagement contractuel express, accepter la limitation des prérogatives du propriétaire ? Une réponse simple serait de dire avec les théoriciens du *jus excluendi*, le preneur à bail à construction n'est pas propriétaire, mais titulaire d'un droit réel. L'argument est solide, et c'est là l'un des intérêts de la théorie renouvelée de la propriété. Dans le même temps, il suppose un préalable de taille, qui est de nier la propriété superficiaire (cf. supra 410 et s.). Cette hypothèse sera ici exclue, puisque le propos est la thèse dualiste. À l'inverse il sera considéré, pour les besoins de la démonstration, que les juges ont reconnu la validité de la clause limitative, tout en acceptant la propriété du superficiaire sur les constructions. Implicitement, au moins, l'arrêt accorde au superficiaire une propriété conforme à l'article 544, susceptible d'être aménagée ou limitée. Cette limitation ou aménagement, tout en respectant le principe d'une propriété exclusive, soit le droit positif, recommande de s'en éloigner. Ainsi, tant que le propriétaire superficiaire conserve l'essentiel de la direction de sa chose, une exception au principe de l'exclusivité est envisageable. Le raisonnement est très éloigné de l'exclusivité « scientifique » de la théorie renouvelée. Il n'en demeure pas moins

¹³⁰⁴ Cass. civ. 3^e, 7 avril 2004, n° 02-16.283 ; Bull. civ. III, n° 70 ; confirmation Cass. civ. 3^e, 13 mai 1998, Bull. civ. III, n° 101 ; RDI 1998, p. 697, obs. F. Collart-Dutilleul et J. Derrupé.

¹³⁰⁵ « Mais attendu qu'ayant énoncé à bon droit que s'agissant des droits et obligations des parties, les articles L. 251-1 à L. 251-9 du code de la construction et de l'habitation, relatifs au bail à construction, opèrent une distinction entre les dispositions supplétives de la volonté des parties et celles qui, déclarées d'ordre public, s'imposent aux parties nonobstant toute stipulation contraire, la cour d'appel, qui a exactement retenu qu'à l'exception des dispositions visées par l'article L. 251-8, les parties conservaient entière leur liberté contractuelle et pouvaient, dans le silence de la loi, insérer une clause imposant des restrictions à l'activité du preneur, a pu en déduire que la commune de Marseille, qui n'avait fait qu'appliquer la convention en opposant un refus au changement d'activité du preneur, n'avait commis aucune faute contractuelle ; ».

¹³⁰⁶ Cass. civ. 3^e 7 avril 2004 RDI 2005 p. 22, obs. C. Saint-Alary-Houin.

très efficace en pratique en raison de sa flexibilité. L'approche s'apparente à une définition *bottom up* de la propriété superficière¹³⁰⁷.

Ainsi, par l'intermédiaire du concept de propriété *sui generis*, la propriété perd de sa rigidité et épouse plus facilement les divers cas de figure issus de la pratique, ce qui revient à accepter un certain flottement du concept de propriété. Ce pragmatisme complète bien le sens du compromis de la thèse dualiste, et représente la grande qualité de cette dernière. Elle pourrait permettre à la thèse dualiste de perdurer, à un moment où le contenu du concept de propriété perd en netteté, rendant délicat son maniement *in concreto*.

Cette qualité pratique se traduit néanmoins par de fortes contradictions théoriques. L'envers du compromis de la thèse dualiste a, en effet, pour corollaire une incompatibilité rédhibitoire avec le concept de propriété du *jus excluendi*, mais aussi avec la doctrine classique, fondant son rejet.

A. Une propriété conditionnée par le droit sur le sol d'autrui

(516.) Le droit sur le sol représente le trait distinctif entre la thèse dualiste et la thèse moniste. Ce caractère de la thèse dualiste a également pour ambition de faire barrière à un droit de propriété qui s'analyserait en une propriété de droits, sans y parvenir (1). La perpétuité, attribut traditionnel de la propriété, n'est pas en mesure de remettre en cause ce constat (2).

1. Le droit sur le sol synonyme d'une propriété simultanée et non exclusive

(517.) Pour la thèse dualiste, le droit de superficie est une propriété, constituée à sa base par un : « droit réel accessoire du droit de propriété du sol »¹³⁰⁸. Cette spécificité la différencie de la thèse moniste, tout en la rapprochant du droit de superficie droit réel sur la chose d'autrui. Elle met aussi en lumière une autre différence plus profonde encore, portant sur le concept de propriété lui-même.

¹³⁰⁷ Notons que dans l'affaire du 7 avril 2004 réputer la clause non écrite aurait conduit le preneur, ou plus exactement le successeur du preneur original, à disposer d'un terrain sans contrainte quant à son usage sur une durée de près d'un demi-siècle, alors que le bail avait été conclu pour la construction d'un complexe à usage d'aquarium fermé par mesure administrative pour des raisons de sécurité. La liberté d'usage prônée par le preneur pouvait donc apparaître comme un avantage indu au regard de la convention initiale, qui plus est après que l'usage initialement prévu n'est pas donné lieu au résultat escompté.

¹³⁰⁸ P. Wallet, *Superficie*, Répertoire immobilier Dalloz, §2, §23 et suivants, en particulier §27 : « Le droit de superficie est, en premier lieu, un droit de construire ou de planter sur le sol d'autrui, prérogative tirée de la propriété du sol, et, en second lieu, un droit de propriété des ouvrages ou végétaux. »

Dans sa vision, d'un droit de superficie « droit réel accessoire », la thèse dualiste reprend la dialectique de la théorie renouvelée, tout en parvenant à une conclusion diamétralement opposée. Comme cela a été indiqué, dans un second temps, les auteurs dualistes valident le principe d'une propriété superficière. Le droit réel accessoire sur le sol de la théorie dualiste, représente le trait d'union indispensable entre le sol et la superficie évitant des bâtiments suspendus au ciel, pour reprendre la célèbre image. Il est donc une condition indispensable de la propriété dans cette perspective, mais peut également s'analyser comme un obstacle à une propriété superficière. Cette critique justement mise en avant par les tenants de la théorie renouvelée de la propriété (cf. supra §405), n'est pas contestable.

Initialement, la thèse dualiste analyse le droit de superficie en un droit réel accessoire. Or, il semble bien le demeurer. Le droit de propriété reconnu ultérieurement sur les superficies corporelles ne modifie en rien cette nature originelle. La propriété superficière s'entend bien comme un droit nouveau, concomitant à la construction ou à la plantation. Néanmoins, ce droit nouveau ne fait pas disparaître le droit sur le sol, ce dernier étant même la condition sine qua non du premier. La disparition du droit sur le sol rendrait inepte la théorie dualiste et réintroduirait la problématique de l'arrimage des superficies au firmament. La propriété superficière dualiste s'analyse infailliblement comme un droit de propriété affecté d'un droit réel sur la chose d'un autre. Ce constat est partagé par les tenants de la thèse dualiste eux-mêmes, qui traitent cette spécificité en disant que la propriété superficière est une propriété différente ou *sui generis*. Ce faisant, les auteurs dualistes ne font en réalité que déplacer le problème, s'exposant ainsi à une critique rédhitoire de leur proposition (cf. infra §526 et s.). Le droit à la base de la superficie perdure une fois la superficie existante matériellement, et constitue un élément essentiel de l'ensemble. Le droit influe sur la nature de cet ensemble, sur le second élément de l'ensemble - le droit de propriété superficière- pris isolément, et pas seulement sur la propriété du sol.

Concernant le droit de propriété portant sur le bien superficière, le droit sur le sol représente une condition préalable et indispensable. Plus explicitement, le droit sur le sol forme la propriété du bien superficière. Or, le droit de propriété, dont la caractéristique la plus saillante est l'exclusivité, ne peut justement pas proclamer qu'il est exclusif dans cette hypothèse de la thèse dualiste, puisqu'il est conditionné par un droit sur le sol, limité par celui d'un autre.

Au surplus, il faut se souvenir que la nature de ce droit sur le sol du superficière est variable. Le plus souvent, il s'agira d'un droit réel, disposant d'une assise sinon compatible au moins cohérente avec la propriété, mais le droit de superficie s'entend aussi d'un droit

personnel sur le sol, à l'exemple des baux, voire d'une simple tolérance¹³⁰⁹. Dans cette dernière hypothèse, le droit de superficie sera une propriété tolérée. Bien entendu, le superficiaire pourra se prévaloir d'un droit de propriété sur la partie construction ou plantation, sans remettre en cause la contrainte tenant au droit sur le sol. Cette contrainte, synonyme de non-exclusivité pourra porter sur la durée du droit (bail longue durée), la qualité du bénéficiaire du droit (ex : accordée dans un cadre familial) ou la superficie elle-même (ex : restrictions d'usage ou touchant à la configuration du bâtiment). Le droit sur la superficie est donc soumis aux contraintes du droit sur le sol, sans pouvoir s'en départir. Le droit sur le sol n'est pas seulement à l'origine du droit de superficie, il en est l'énoncé, l'axiome.

Bien que se référant à un cas concret, l'exemple développé ci-dessus est extrême et simpliste. Il n'en met pas moins en avant, la quasi-impossibilité de conclure dans cette hypothèse, à une propriété superficière conforme à l'article 544, en raison de l'obligation préalable à toutes superficies d'un droit de construire. Aussi, si l'on retient l'hypothèse de la propriété, cette propriété doit inclure un droit de construire, dont l'étendue variera en fonction des circonstances.

La vertu de l'exemple ne s'arrête cependant pas là, car la situation évoquée ci-dessus est porteuse d'un autre enseignement, en intégrant la durée à la problématique.

2. La perpétuité est une réponse relative à la non-exclusivité

(518.) L'une des parades au raisonnement qui vient d'être développé sur les conséquences du préalable « droit sur le sol » consiste, en quelque sorte, à consolider ce droit. L'un des moyens utilisés est de considérer ce droit sur le sol comme perpétuel¹³¹⁰. La démarche se solde pourtant par un échec en ne parvenant pas à une assimilation totale de la propriété superficière avec la propriété de l'article 544 du Code civil.

Le recours à la perpétuité aboutit bien à parfaire le droit de propriété et à affirmer son exclusivité. Le flou entre ce qui est la propriété et ce qui n'est pas, se réduit considérablement. La perpétuité se dresse comme une barrière entre le propriétaire du sol et le superficiaire, ce dernier ne souffrant plus de concurrence dans la direction de sa chose, qui est sienne, sans risque de retour ou d'immixtion du propriétaire foncier dans le temps. S.

¹³⁰⁹ Par exemple : Cass. civ., 15 juin 1953, D.1953 p. 613 ; Cass. civ., 29 février 1956, Bull. civ. I n° 85.

¹³¹⁰ Voir notamment W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 543 », Fasc. unique Cote : 11,2010, §18.

Ravenne voit dans la perpétuité un moyen de parfaire la propriété superficière¹³¹¹. Cependant, la démarche présente deux fragilités.

La première vient de la difficulté à apprécier la portée du caractère perpétuel. La perpétuité est sans conteste l'un des apanages de la propriété et tend à faciliter l'analyse du droit de superficie en un droit de propriété. Dans le même temps, elle n'est pas suffisante, car il faut le rappeler, il est ici question d'un droit et non d'une chose. La consistance de la chose, objet de ce droit, doit aussi être prise en compte. La nature de propriété s'entend comme s'agissant d'un droit de construire sur un terrain destiné à cet effet. En revanche, qu'en serait-il pour un droit de seconde coupe d'herbe, ou d'un droit de ramassage de petit-bois, d'un droit de ramassage du petit bois mort ou portant sur certaines espèces, et seulement à certaines périodes de l'année, etc. ? La perpétuité est envisageable pour ces droits, et elle leur était d'ailleurs souvent associée dans la France de l'Ancien Régime. Sous l'empire du Code civil, elle demeure un indicateur fort de propriété, sans pouvoir prétendre avoir la portée d'un droit de construire sur un terrain constructible urbain.

D'autre part, les auteurs évoquant la perpétuité développent ce caractère, non pas concernant le droit réel accessoire sur le sol, mais le droit de propriété. W. Dross offre à nouveau un bon exemple de cette tendance. Or, permettre à l'objet du droit de propriété superficière d'accéder à la perpétuité, alors qu'il est organiquement fondé sur un droit temporaire voire précaire, ne change rien au caractère temporaire ou précaire de l'ensemble du dispositif.

Deuxième point de fragilité, l'acception du terme perpétuité, caractère de la seule chose superficière corporelle, se distingue de la perpétuité, caractère de la propriété du sol. Pour le sol, la perpétuité signifie que ce terrain va demeurer ma propriété à tout jamais, y compris si je n'en fais pas usage ou si je décide de le vendre. Le terme théorique de cette propriété est celui de la planète Terre. On retrouve ici la notion d'imprescriptibilité. Il y a bien sûr le cas des terrains emportés par la mer ou un fleuve susceptible de faire disparaître l'objet de la propriété, mais pas le droit de propriété, comme le rappelle le cas des terrains exondés, illustré par la célèbre affaire de l'étang Napoléon¹³¹². La perpétuité offre au propriétaire la possibilité de planter ou construire sur son terrain, arracher les plantations, démolir les constructions, ne rien faire ou procéder à ces opérations cumulativement ou alternativement, et même replanter ou reconstruire lors de la réapparition de son terrain, disparu pour une longue durée.

¹³¹¹ S. Ravenne, « Les propriétés imparfaites : contribution à l'étude de la structure du droit de propriété », Thèse, 2007 §58 p.54. L'auteur qualifie le droit de superficie perpétuel, même s'il considère qu'il existe un certain flou sur le fondement de cette propriété §61 p. 56.

¹³¹² Cass. plénière 23 juin 1972, (Société *** c. Directeur général des Impôts), n° de pourvoi: 70-12960.

Qu'en est-il de la perpétuité de la chose corporelle superficière ? Toujours selon W. Dross¹³¹³, la perpétuité serait, une durée limitée « à la durée de vie » des superficies dans leur dimension corporelle (les constructions ou les plantations), contrairement à « la perpétuité véritable ».

Ainsi, bien que perpétuelle, la propriété du droit de superficie ne parvient pas à compenser totalement la spécificité de cette propriété, même si elle renforce indéniablement le droit de superficie. Par ailleurs, un doute apparaît quant au contour exact de cette perpétuité.

(519.) La question de la définition de la durée du droit de superficie qui vient d'être abordée mérite quelques précisions. Ces précisions seront forcément brèves et se limiteront à deux aspects : la difficulté à identifier la chose à laquelle renvoie la durée du droit de superficie, et le parallèle avec la perpétuité de la propriété du sol.

Concernant la chose à laquelle réfère la notion « de durée de vie » de W. Dross citée ci-dessus, il faut remarquer que si pour certaines superficies l'application de cette notion n'appelle pas de remarque – exemple : un bâtiment ; il en va différemment pour d'autres. Quel est l'objet de la durée de vie de la superficie seconde coupe d'herbe ou de la coupe des arbres de haute futaie ? S'agit-il de la durée de vie des plantations entendues nominativement, par exemple : cet arbre de 10m de hauteur situé à tel endroit, ou parle-t-on de l'espèce, tous les arbres de haute futaie de la forêt, existants ou à venir ? Dans le premier cas, au fur et à mesure de la récolte des arbres, objet du droit de superficie, celui-ci va s'amenuiser et finir, en tout état de cause, par disparaître au fil de la régénérescence naturelle de la forêt. Dans le second cas, tant que la forêt restera forêt, le droit de superficie perdurera. Le cas du bâtiment, à priori évident, peut aussi faire naître des interrogations : supposons qu'une construction superficière soit entièrement détruite par un incendie, mais une reconstruction sur la base des fondations de l'immeuble, voire une reconstruction à l'identique, est réalisable ; va-t-on alors considérer que l'objet superficiaire a disparu ou bien, que la reconstruction s'apparente à un redéveloppement ? Il n'est pas utile de poursuivre en discutant la notion de redéveloppement, assimilable parfois à une réhabilitation de grande ampleur, pour montrer la difficulté à fixer la notion de durée. Cette difficulté répond au flou de l'objet auquel se rapporte cette durée, qui dans la conception dualiste ne peut se soustraire de la dimension prérogative, qui en est à sa base.

¹³¹³ W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 543 », Fasc. unique Cote : 11,2010, §18 : « Encore que cette perpétuité est en principe limitée par la durée de vie des plantations ou des constructions. Leur destruction entraîne la perte de l'objet du droit de propriété et donc du droit lui-même (Voir G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière », Études A. Weill, p. 279 s. n° 18). La véritable perpétuité n'est acquise que dans la théorie développée par Savatier... ».

W. Dross répond à cette limite, puisque selon l'auteur, comme nous venons de la voir à l'instant, il y aurait deux perpétuités, la perpétuité superficielle et la perpétuité de la propriété du sol, qui seule serait « une perpétuité véritable ». Seulement, cette distinction fait surgir une nouvelle question qui est : pourquoi la perpétuité du superficielle n'est pas une perpétuité véritable, pour reprendre le terme utilisé par W. Dross ?

L'explication classique est : le sol ne périt pas, les superficies si, comme l'a souligné G. Goubeaux (cf. *infra*). Cette explication, séduisante de prime à bord, est cependant contestable. Ce point a déjà été évoqué pour le droit de superficie droit sur la chose d'autrui, mais doit être repris ici. Pourquoi parler de perpétuité de l'objet corporel de la superficie, puisque de toute façon le référent ultime de la durée superficielle émane du droit sur le sol ? Le droit du superficielle, y compris pour la durée, dépend du droit sur le sol, l'existence de la superficie est secondaire. On conçoit la disparition du droit de superficie en cas de disparition du droit sur le sol. Inversement, on imagine plus difficilement un effet semblable en fin de vie des constructions ou plantations. Subsiste en effet la question de la présence de racelles ou de quelques pierres provenant des fondations pouvant être assimilées à des choses individualisées, synonymes d'objet superficielle. D'autre part, et surtout, la fin de la superficie en cas de disparition de la chose matérielle est d'ores et déjà une éventualité liée au droit sur le sol. Ce dernier peut en effet limiter la construction à la vie d'un bâtiment, ou de deux, à une génération d'arbres ou plusieurs, mais dans ce cas, la limite temporelle ne tient pas à la qualité de l'immeuble ou de la plantation. La limite est intrinsèque au droit sur le sol et s'impose au dispositif superficielle, puisque venant contraindre les prérogatives sur la chose corporelle.

Alors, pourquoi cette notion de perpétuité « pas véritable » ou artificielle pour qualifier une situation qui ne relève pas de la perpétuité ? Plusieurs réponses peuvent être formulées : parce qu'il y a une propriété véritable dotée d'une perpétuité véritable primant la propriété superficielle, parce que la notion répond à celle de la propriété *sui generis*, une propriété « pas véritable ». Cette hypothèse est cohérente et d'un certain point de vue satisfaisante. Toutefois, elle repousse à nouveau le problème vers le concept de propriété. Par ailleurs, autre enseignement fondamental, la perpétuité à elle seule ne traite pas le problème posé par le droit sur le sol dans la thèse dualiste.

D'ailleurs, cette thèse ne fonde pas la définition de la propriété superficielle sur la perpétuité, mais sur la présence d'un objet corporel, la chose individualisée, qu'il convient maintenant d'examiner dans le détail.

B. L'impossible individualisation des choses objet de la propriété superficière dualiste

(520.) La propriété superficière dualiste repose sur l'existence d'un objet corporel, c'est-à-dire des choses individualisées, qui vont justement s'avérer délicates à individualiser. Ce défaut d'individualisation pose, comme pour la durée, mais sous un autre angle, la question de la distinction entre l'objet superficiel et la chose individualisée (1). La difficulté tient également au formatage du droit sur le sol de la chose individualisée, dont les contours matériels ne rendent pas compte (2).

1. Les choses individualisées distinctes de l'espace superficiel

(521.) Quand le professeur Goubeaux se réfère à la notion de chose individualisée, il le fait dans une vision sol versus construction ou plantation, avec en arrière-plan le schéma d'un propriétaire construisant ou plantant sur son fonds (cf. supra §516 et s.).

L'individualisation est la traduction de la distinction du droit entre l'immeuble par nature sol et l'immeuble par nature bâtiment ou arbre. L'opération est essentiellement conceptuelle sans qu'il soit nécessaire d'aller beaucoup plus avant. Simplement, en réagissant sur la base du droit de superficie, cela n'est plus suffisant. L'individualisation conceptuelle de la science juridique doit pouvoir être vérifiée *in situ*. En cas de mise en présence de deux propriétés, la question de leur limite respective se pose. Il devient nécessaire de pouvoir, y compris très concrètement sur le terrain, dire ce à quoi correspond l'objet de la propriété foncière et l'objet de la propriété superficière. Or, trouver cette limite est loin d'être évident, même si le terme de chose individualisée semble nous conduire vers un objet parfaitement déterminé, y compris dans sa singularité.

Pour le démontrer, le propos sera illustré de quelques exemples, du simple au complexe, recoupant partiellement la distinction entre le droit de superficie avec la division de l'objet du droit ou du droit lui-même. Il s'agit de distinguer entre les droits de superficie renvoyant à une chose précise (a), et les superficies plus diffuses, tels les anciens droits d'usage (b), en revenant, pour ces derniers, à une décision de 1873 (c).

a. L'individualisation des superficies se référant à une chose précise

(522.) Pour une construction, ou partie d'une construction comme un étage, un tunnel, et même une mine, la distinction *in concreto* entre l'immeuble par nature sol et l'immeuble par nature tunnel sera assez simple, au moins sur le principe.

Les limites matérielles du tunnel ou de la mine seront perçues comme celles de l'objet de la propriété superficière, permettant une individualisation des deux propriétés. Néanmoins, cette netteté s'effiloche rapidement comme l'avait déjà démontré l'exemple de la mine, tout comme la problématique de la distinction entre propriété du minerai et propriété de l'espace contenant le minerai (cf. supra §269 et s.). Un tunnel, une construction, une mine, etc. sont perçus en eux-mêmes comme des espaces et leur autodélimitation apparaît assez évidente, sans toutefois être absolue. L'extraction du minerai de la mine suppose la maîtrise d'un espace distinct de celui occupé par le minerai. Une partie du minerai peut aussi être inexploitable, car servant à délimiter la mine sur ses flancs, son toit ou son sol, vis-à-vis d'autres mines. Se pose ici la question de savoir, si le flanc, toit, etc. sont partie prenante de la chose mine. Se rencontrent même des situations dans lesquelles une mine peut être composée de plusieurs types de minerais, donnant lieu à des concessions différentes, rendant encore plus délicate l'individualisation.

Dans le sens de la verticalité, la propriété superficière est confrontée à des contraintes semblables à celles du propriétaire parcellaire. Les cas d'extension d'un bâtiment ou d'un tunnel au-delà de leurs limites physiques originelles le démontrent. La propriété d'une maison de plain-pied renseigne peu sur les limites d'un immeuble de grande hauteur ; or, il est envisageable qu'un droit de construire permette de passer de l'un à l'autre. De même, l'extension d'un tunnel en profondeur modifie la limite de la propriété superficière et donc le risque de débordement. Pour mémoire, la jurisprudence refuse le droit au propriétaire superficière d'un tunnel, le percement d'un nouveau tunnel sous le premier, sans une nouvelle indemnisation¹³¹⁴.

Ainsi, même dans l'hypothèse simple de ces immeubles par nature, l'individualisation de l'objet de la propriété superficière est malaisée. La coïncidence entre la limite de la chose corporelle et la propriété superficière est très imparfaite, prouvant que, limite de la chose corporelle et objet de la propriété superficière, sont distincts. La raison tient au fait que nous sommes en face de deux choses ayant chacune des limites propres.

L'individualisation de la chose superficière n'est en fait possible, seulement accidentellement, lorsque ces deux choses, droit et objet du droit se confondent. Se trouve ainsi à nouveau démontrée l'impossibilité pour la superficie dualiste de s'émanciper du droit sur le sol, et, par là, de celle d'individualiser la chose, objet du droit de superficie.

¹³¹⁴Cass. civ. 3^e 20 novembre 1996, JCP éd. N. 1997, 4010, p.141, Chron. H. Perrinet-Marquet : « Chaque tranche du sol a, en quelque sorte, sa valeur propre, indépendante du fait que son utilisation potentielle ait pu être gravement obérée par une précédente percée. ».

b. L'individualisation des superficies se référant à une chose diffuse tel un usage

(523.) L'exemple de l'arbre ou plus encore des plantations, comme les anciens droits d'usage, confirme la conclusion, de l'impossibilité de disposer de choses corporelles superficielles individualisées.

Imaginons une forêt plantée d'arbres correspondant à l'objet d'une propriété superficielle. Il ne fait aucun doute que l'exploitation de cette forêt nécessite un droit exclusif sur un espace dépassant l'étendue de chaque arbre pris isolément. L'éventualité plus probable de la présence d'autres droits, ex : droit de chasse, est sans incidences sur le besoin de déborder des superficies elles-mêmes. L'abattage des arbres supposera une emprise au sol momentanée, dépassant les arbres. Par ailleurs, si pour la partie aérienne les contours de l'arbre vont d'eux-mêmes, il en va différemment du dessous. Un droit de superficie portant sur des arbres emporte-t-il le droit de creuser une grotte, voire de la traverser ?

Là encore, ces choses bien qu'individualisées, renseignent peu sur la limite du droit de superficie.

Cela est encore plus vrai lorsque le droit de superficie consiste en une prérogative, qui ne vise pas une chose spécifique. C'est le cas d'un droit de superficie du type seconde coupe d'herbe, par exemple. Dans cette hypothèse, l'individualisation interviendra lors de la récolte, c'est-à-dire au moment où la chose corporelle passera de la catégorie de bien immobilier à bien mobilier. Avant, l'individualisation portant sur la partie supérieure de l'herbage et, la distinction entre la partie racinaire de la plante et le reste, paraît très hasardeuse.

Cette question a été débattue en doctrine à l'occasion d'un arrêt de 1873, qui en dévoile parfaitement l'enjeu. L'absence d'individualisation de l'objet superficiel fragilise grandement la propriété superficielle, qui se doit d'être individuelle pour être exclusive. « L'empreinte énergétique de la propriété individuelle » comme le disait Demolombe, ne se forme pas. La délimitation de l'objet de la propriété foncière opérée par le bornage, qui sert de révélateur à la propriété, est non seulement absente, mais ne peut pas prendre place. La propriété individuelle faisant défaut, la situation se traduit en une forme d'indivision ou un concours de propriété.

Le risque de confusion avec la propriété du sol survient en l'absence d'une individualisation nette de la propriété superficielle, soit une coïncidence stricte entre droit et chose. Pour s'en convaincre définitivement, il est possible de poursuivre la discussion autour de l'arrêt de 1873.

c. L'apport de la décision de 1873 sur la problématique de l'individualisation des superficies

(524.) Labbé dans son commentaire de l'arrêt de 1873,¹³¹⁵ conteste toute idée d'indivision, sans démontrer concrètement l'individualité des choses corporelles, objet du droit de superficie.

Selon lui, en dépit du maintien du droit entre le sol et la superficie, qui assure au sol un retour à une propriété unitaire en cas de disparition de la superficie, et empêche l'objet du droit de superficie d'être totalement distinct du sol, « ... il ne faut pas conclure à la communauté, à l'indivision ... »¹³¹⁶. Son argumentaire repose essentiellement sur l'exemple des maisons à étages, soit des superficies se délimitant par elles-mêmes, ou alors en acceptant l'hypothèse d'une indivision, et plus précisément l'idée de l'indivision forcée.

Un autre commentateur¹³¹⁷ de ce même arrêt, offre un point de vue quelque peu différent, en réagissant, non plus sur l'exemple d'une maison à étages, mais sur la superficie en cause : « la propriété de la futaie née ou à naître d'une forêt ». L'auteur valide l'idée d'une séparation idéale de cette propriété superficielle découpée horizontalement, tout en précisant : « ... mais il est impossible de déterminer matériellement jusqu'où pénètre dans le sol la propriété superficielle, à quel endroit précis finit la superficie et commence le tréfonds ». Cet auteur prend ensuite grand soin à détailler son argument, dont la citation in extenso paraît nécessaire : « Ce plan idéal (la découpe horizontale du sol) pourrait tout ou plus se concevoir si le superficielle recueillait la totalité des produits dont les racines appartiendraient au tréfoncier... Cette hypothèse est elle-même irréalisable, car les racines font partie des arbres, ce qui implique l'indivision. En tout cas, il est loin d'en être ainsi en l'espèce. Non seulement le tréfoncier qui ne possède pas les racines de certains arbres, perçoit les herbes et autres plantes ligneuses, mais, en outre, il a sur les arbres un droit de propriété indéterminé. Ce droit comprend les arbres de diverses essences non déterminées et qui sont éparses dans la forêt, tandis que celui du superficielle est limité aux résineux et aux hêtres. Il résulte de cette situation une promiscuité de propriété et de jouissance qui, suivant les hasards de la végétation, peut procurer à l'une ou à l'autre des parties un revenu plus ou moins considérable. ».

Cet auteur conclut en disant : « Il n'y a donc aucune analogie entre un droit de superficie ainsi constitué et le cas où les étages d'une maison sont possédés par des propriétaires

¹³¹⁵ Sirey 1874. I. p.457 note Labbé.

¹³¹⁶ « La réunion sur une même tête du droit de superficie et de la propriété du sol entraîne l'extinction du droit de superficie et le retour de la propriété du sol à la plénitude de ses attributs. Mais de ce que l'objet du droit de superficie n'est pas naturellement distinct et séparable de l'objet du droit de propriété foncière, il ne faut pas conclure à la communauté, à l'indivision. ».

différents ». Concernant le premier cas de superficie, l'auteur opte pour une propriété partiaire. Ce constat, considérant que le droit de superficie de l'affaire de 1873, conduit à la propriété simultanée constitue la critique qu'adresse la théorie de la propriété renouvelée à la thèse dualiste, même si la portée des avis diffère. L'auteur du commentaire ne prend pas position au regard du droit de superficie en général, mais seulement pour un type de droit de superficie. Notons cependant, que la proposition, distinguant en fonction des différents droits de superficie, paraît la plus pertinente en ce qu'elle infirme celle de la thèse dualiste et insère une nuance de taille par rapport à la théorie de la propriété renouvelée. Nous mettrons un terme à cette réflexion, qui reprend notre propos de fond, pour revenir plus directement au sujet de ce paragraphe, à savoir l'individualité des choses superficielles corporelles.

En effet, le point de vue du commentateur, venant contredire Labbé, se fonde sur l'impossible individualisation de l'objet corporel du droit de superficie pour conclure à la propriété partiaire. Signalons au surplus, incidemment, que la proposition du droit réel sur la chose d'autrui aurait été aussi une option acceptable.

À ce stade, il apparaît donc clairement que le concept de chose individualisée de la théorie dualiste est invalide. Cela se vérifie, premièrement, pour les choses se délimitant par elles-mêmes dans la mesure où leurs limites matérielles ne coïncident qu'accidentellement avec celles de l'espace de la propriété superficielle. Et, pour certaines choses superficielles, à l'image de l'arrêt de 1873, l'individualisation n'est pas envisageable.

2. Les contours de la chose superficielle proviennent d'abord du droit sur le sol

(525.) La difficulté à délimiter les choses individualisées se confirme également pour les choses se délimitant par elles-mêmes, tel le tunnel ou l'étage d'une maison, soulignant le biais qu'implique le recours à la chose corporelle de la thèse dualiste.

Pour le comprendre, il faut revenir à l'exemple de l'étage d'une maison dont les limites vont essentiellement correspondre à celles de l'espace superficielle. La chose étant individualisée, elle remplirait donc son rôle d'objet de la propriété superficielle. Pourtant, rapidement une difficulté va apparaître. Cet objet bien que matériel, n'aura pas une portée égale à celle d'une propriété classique. Le droit de superficie pourra contenir une limitation, par exemple de durée ou d'usage. Ainsi, le droit de superficie s'entendra d'un droit proche d'un usage d'habitation. Et là encore, s'agissant d'une maison, il y aura coïncidence entre la limite de la prérogative du droit de superficie et son objet, mais cette limite est accidentelle. La maison est avant tout un bâtiment, et ce bâtiment, ou un étage de ce bâtiment, pourrait être utilisé à

¹³¹⁷ D.P. 1873. I. 249.

d'autres usages que l'habitation. La restriction de la propriété superficière est extérieure à la chose. La configuration du bâtiment en tiendra compte, mais s'impose d'abord à elle. Dès lors, associer la propriété superficière à la corporalité de la chose est trompeur. La combinaison laisse à penser, que la naissance de la propriété débute avec la matérialisation de l'objet corporel superficiaire, alors que cet objet est d'abord le prolongement du droit de construire un immeuble à usage d'habitation, un droit sur le sol d'autrui, disposant d'une configuration spécifique. En d'autres termes, même en acceptant la concomitance entre le périmètre matériel de l'objet superficiaire et l'espace superficiaire, une seconde source de biais touchant à la prérogative apparaît, sur laquelle la corporalité n'a pas de prise. La propriété de l'espace volumique produirait un résultat identique. Simplement, la corporalité ne serait pas une source de preuve de la propriété, imposant de s'intéresser alors aux conséquences de la limite de la prérogative, avec comme modèle la propriété de l'article 544. En conclusion, il semble bien que le point de vue de Labbé, et avec lui la thèse dualiste, doivent être rejetés. La proposition de la thèse dualiste, qui a pour point de départ un droit sur le sol d'autrui ne réussit pas à s'affranchir de ce carcan. L'arrivée d'une chose corporelle, via le concept de la chose individualisée, qui semble jeter un pont vers la propriété du code, ne modifie pas cette donnée fondamentale. L'analogie entre les deux situations est fortuite et ne peut donner lieu à règle générale. L'explication de ce constat tient à la reprise par la thèse dualiste du postulat de la définition de Proudhon (cf. supra §483 et s.). Le recours à la propriété de droits, même confortée par la corporalité de l'objet superficiaire, ne permet pas d'arriver à la propriété du code, dont le point de départ est celui de la propriété d'une chose.

D'autre part, non sans ironie, cet échec jette une ombre sur la propriété foncière, car la notion de choses individualisées, qui échoue à démontrer la propriété superficière, se fonde sur l'exemple de la propriété foncière. Réinterroger le concept des choses individualisées à propos de la propriété foncière elle-même, ouvre un nouvel horizon.

C. Le refus de la propriété d'un espace contrarie la propriété foncière

(526.) Finalement, que ce soit sous l'angle de la prérogative (cf. supra §516) ou sous l'angle de l'objet de la propriété (cf. supra §520), la thèse dualiste semble échouer. Son choix d'opérer un compromis, pouvant être perçu comme un avantage, constitue un handicap à la définition d'une position fondant incontestablement la propriété superficière dualiste. La propriété *sui generis*, véhicule du compromis, minimise les contradictions, sans les écarter réellement. Par ailleurs, la propriété *sui generis* n'a de sens qu'en partant de la propriété

foncière du code, cadre référentiel premier de la thèse dualiste (1). Or, dans ce contexte, les choses individualisées apparaissent également comme incapables d'incarner l'objet de la propriété foncière (2).

1. *La propriété sui generis repose sur la propriété de l'article 544*

(527.) Les promoteurs de la thèse dualiste ne s'offusquent guère, et acceptent même, l'imperfection de leur propriété superficière. Cette acceptation est rendue possible grâce au concept de propriété *sui generis*. Se distinguant par sa nature de la propriété de droit commun, il est loisible à cette propriété d'accepter des entorses aux canons de l'article 544, allant, y compris, jusqu'à défier le principe de l'individualisme ou de l'exclusivité, sous réserve toutefois de conserver ce cadre.

C'est pourquoi tout en œuvrant à la construction d'une propriété superficière, ses promoteurs, actuels comme plus anciens, soulignent la particularité de cette propriété qui n'en est pas une. W. Dross, cela vient d'être évoqué, qualifie, par exemple, la durée de la propriété superficière d'artificielle. J.-P. Bertrel parle lui de : « drôle de propriété » à propos des superficies réalisées, il est vrai sur le domaine public, ne pouvant être assimilées au : « véritable droit de propriété répondant à la définition qu'en donne l'article 544 de notre Code civil. »¹³¹⁸. De même, C. Ibled après avoir qualifié la superficie romaine de : « jus in re » spécial,¹³¹⁹ voit la division superficière sous l'empire du Code civil comme une dérogation à l'état normal de la propriété, l'unité. Labbé, quant à lui, va bien plus loin en parlant de la propriété superficière ou *sui generis* comme d'« un démembrement accidentel de propriété », « contraire à l'esprit de notre législation », peut-être même : « une inconséquence législative »¹³²⁰.

La dérogation au principe s'entend d'autant mieux, chez ces auteurs, que le principe, la propriété foncière unitaire, finit toujours par supplanter l'exception, la propriété superficière. La démonstration pourrait s'arrêter là. Simplement, l'objectif de la thèse dualiste est d'arriver à une propriété superficière, soit d'abord une propriété sur la base de la propriété du sol, une propriété ayant pour objet un corps. C'est pourquoi elle utilise la notion de choses individualisées. Pour les auteurs soutenant cette théorie, l'existence de ces choses est la marque de la propriété, entraînant la concrétisation de la propriété superficière. Or, cela a été démontré, les choses individualisées s'avèrent contradictoires à plusieurs égards, invalidant la conclusion d'une propriété superficière. Par l'intermédiaire du concept de

¹³¹⁸ J.-P. Bertrel, « Les ensembles immobiliers complexes » - Droit et Patrimoine – Novembre 1994 - p. 44 à 55.

¹³¹⁹ C. Ibled, « Le droit de superficie en droit français », Sirey, 1931, §4 p. 19.

¹³²⁰ Cass. 16 décembre 1873, S.1874 I. 457, note Labbé.

propriété *sui generis*, ces contradictions ne seraient que le signe d'une propriété superficielle, dérogatoire, appelée à revenir à l'unité, la propriété foncière.

La propriété foncière est donc indispensable à la propriété *sui generis*, même si la première ne peut pas supporter l'existence de la seconde (cf. *supra*).

(528.) La durée artificielle du droit de superficie étaye l'idée d'une propriété de droit commun indispensable à la propriété *sui generis*. Le terme de la superficie dotée d'une durée artificielle coïncidera avec le retour d'une propriété foncière unitaire, dotée de « la perpétuité véritable ».

Dans ce sens, une dérogation au principe de propriété ne soulève pas de difficulté, la propriété finit par s'imposer en raison de « sa vraie perpétuité ». Il en va de même pour les choses individualisées, difficilement individualisables. L'éventuel conflit à propos de telle ou telle superficie est bien réel, mais sera relativisé par le retour de l'ensemble, dans le patrimoine du propriétaire foncier. L'interrogation sur la propriété de l'herbe, en présence d'un droit de seconde coupe, ou de telle variété d'arbres, qui ne comprendrait pas les racines, est sans conséquence sur le modèle dualiste. Selon cette thèse, la disparition de l'herbe ou des plantations entraîne un retour à la propriété du sol. Les défauts supposés de la propriété superficielle s'estompent en raison de la présence de la propriété foncière. La propriété « exception » du superficielle, qui va disposer de cette plantation ou de cette construction, peut exister sans se préoccuper de ce qui l'entoure, puisque son environnement est un sol approprié, faisant office de propriété par défaut, et cela, par définition. La propriété du sol est la matrice, dont tout procède et à laquelle tout revient ; car, encore une fois, l'objet de la propriété du sol contrairement à la propriété superficielle ne disparaît pas, et ne peut pas disparaître.

Pour autant, les choses individualisées, si elles concrétisent la propriété superficielle, elles sont, d'abord et avant tout, l'apanage de la propriété. Se pose donc la question de savoir si l'incohérence des choses individualisées atteint la propriété ? Et, la réponse est positive.

2. *La propriété foncière ne peut être limitée aux choses individualisées*

(529.) En limitant la propriété aux choses individualisées, la thèse dualiste modifie en profondeur la notion de propriété foncière, même si ce n'est pas son dessein.

La problématique posée par les choses individualisées se présente d'une façon sensiblement différente pour la propriété foncière. D'abord, le propriétaire étant seul sur la parcelle, le risque de conflit sur une plantation ou une construction avec un autre propriétaire n'existe pas. Ensuite, à l'image de G. Goubeaux, les auteurs dualistes reconnaissent la dimension surface du sol.

Néanmoins, la chose individualisée est le véritable objet de la propriété, et non l'espace, qui n'en est que l'accessoire (cf. supra). La thèse dualiste s'oppose ici frontalement à la propriété de l'espace du doyen Savatier, qui selon G. Goubeaux : « ... persiste à confondre la propriété et ce sur quoi elle porte. »¹³²¹. Or, il semble bien que l'on puisse retourner la critique à son auteur. Si la thèse dualiste donne une définition précise de l'objet de la propriété immobilière, elle s'avère, en définitive, trop étroite et finalement inconsistante.

En réduisant la propriété superficielle aux choses individualisées, cette dernière se coupe, non seulement de la dimension espace du sol, mais plus simplement de la dimension surface, la parcelle en deux dimensions. En se focalisant sur la chose individualisée, qui ne sera le plus souvent qu'une partie de la parcelle, le reste est occulté. Pour la propriété superficielle, cette question est réglée par la propriété foncière. Pour cette dernière, la réponse est bien moins aisée. La propriété d'un terrain planté d'arbres aura pour objet les arbres, qui s'étendront, on peut l'imaginer, de la plus profonde des racines, à la plus haute des branches. Au-delà de ses arbres, qui pourraient être réduits à un seul spécimen, la question se pose de savoir sur quoi porte la propriété foncière, l'herbe ?

L'exemple d'une construction ne modifierait pas la difficulté, sauf à réagir sur un terrain totalement construit, ce qui n'est qu'une éventualité. La propriété d'une parcelle serait réduite ici à un arbre et de l'herbe. La proposition surprend et semble rendre faiblement compte de la perception de la propriété d'un champ.

Pire, que se passe-t-il, s'il y a ni construction, ni plantation, ni herbager. Quel est l'objet de la propriété ? La réponse serait la terre, les cailloux ? Dans ce cas, un autre problème surgit, peut-on dire que la terre soit une chose individualisée¹³²² ? On le voit, plusieurs difficultés se posent ici. Celle des limites en profondeur, notamment, s'arrête-t-on à la terre arable ? La couche superficielle de l'écorce terrestre, etc. Ensuite, il y a la problématique de l'individualisation de la matière proprement dite. Les contours d'un arbre, d'une construction, voire de l'herbe suivront ceux de la chose elle-même. Il en va bien autrement pour la terre, et c'est même le cœur de la difficulté du bien immeuble par nature sol (cf. infra §756 et s.).

Sauf à délimiter la chose individualisée terre en fonction de la composition géologique de chaque veine de terre ou tel rocher, qui de toute façon ne correspondra quasi jamais avec le parcellaire, la terre ne peut se délimiter par elle-même. La délimitation de la terre lui est extérieure, elle résulte d'un système de mesurage faisant intervenir la géométrie (cf. supra 104 et s.). De proche en proche, on arrive à un double constat bien connu (cf. supra).

¹³²¹ G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière » : Études A. Weill : Dalloz, Litec 1983, §23 p. 293.

¹³²² Nous nous plaçons ici en dehors de la terre après extraction ou de la terre polluée.

D'abord, le sol, disons brut sans constructions, ni plantations, pour être objet d'appropriation, doit être une chose matérielle, individualisée ; ensuite, cette individualisation est étrangère à la chose, puisqu'elle est le fait de l'homme. En d'autres termes, l'individualisation du sol relève d'un concept immatériel par principe, en l'occurrence le bornage ou le mesurage. L'existence de l'objet de la propriété foncière est conditionnée par sa dimension immatérielle, qui se trouve être une opération mathématique, relevant de la géométrie. Or, cette règle faisant du sol un bien à mi-chemin entre matériel et immatériel s'impose sans appel à la thèse dualiste.

Apparaît au travers de cette démonstration, l'incohérence finale de la thèse dualiste ; le concept de chose individualisée ne peut prétendre représenter l'objet de la propriété foncière. L'objet de la propriété foncière, le sol, est une chose par elle-même, c'est-à-dire une matière et une étendue. La chose individualisée, étant une chose, est aussi matière et étendue, qui ne se confond cependant pas avec le sol, sauf accidentellement. Le concept de chose individualisée traduit en fait une variation d'intensité d'usage du bien sol. Une plantation ou une construction concrétise des prérogatives majeures de la propriété du sol, comme planter, construire, sans pouvoir s'arroger le monopole de représentation de l'objet de la propriété foncière étendue.

Retenir la thèse dualiste reviendrait à faire du sol de la matière quelconque, oubliant que cette matière a pour particularité d'être une partie d'un ensemble plus vaste. C'est ce lien qui lui donne sa qualité principale d'être immeuble.

Ainsi, les choses individualisées ne se confondent pas sur le principe avec l'objet de la propriété foncière, le sol, qui est *a minima* une surface, sans même parler du sol volume. Le concept dualiste échoue également à fonder la propriété superficière. La marge de manœuvre ouverte par la notion de propriété *sui generis*, susceptible de contenir les contradictions et dérogations à la propriété du code, ne convainc pas, puisqu'elle revient à nier le propre des choses individualisées, leur individualité même.

Conclusion chapitre I : la thèse dualiste: une propriété *sui generis*

(530.) La thèse dualiste se rattache à la vision traditionnelle de la propriété, un droit ayant pour objet un corps. Elle partage cette caractéristique avec les théories analysant le droit de superficie en un droit personnel ou un droit réel. Comme ces dernières, la thèse dualiste réserve exclusivement le schéma de la propriété du code à la propriété foncière, qui demeure la référence ultime et indépassable. Néanmoins, contrairement à ces thèses dont la propriété renouvelée est l'exemple le plus abouti, loin de nier tout accès du superficiaire à la propriété,

la thèse dualiste établit une propriété superficielle. Cette propriété, bien que fondée sur la matérialité, se distingue de la propriété classique. Sa constitution duale, dont le premier élément est un droit sur le sol d'un autre, se révèle être un obstacle infranchissable à l'analogie entre les deux propriétés.

Le concept de propriété *sui generis*, qui institutionnalise la différence s'avère être un piètre remède. Sur le principe, il ne parvient pas à briser l'unicité de la propriété du code, qui en est la caractéristique identitaire. Par ailleurs, sa mise en œuvre nécessite le recours aux choses individualisées, alternative à la propriété volumique de la thèse moniste. Or, les choses individualisées, si elles répondent bien à la nécessité de matérialité du sol, sont, contre toute attente, difficilement individualisables. Au surplus, elles échouent à rendre compte de l'étendue du sol, en la confondant avec celles des objets superficiels, alors que ces étendues ne coïncident qu'accidentellement.

Ainsi, la thèse dualiste contredit les théories rejetant la propriété superficielle, sans parvenir à fonder une propriété superficielle cohérente avec les canons de l'article 544.

La reprise de la définition de Proudhon énonçant un droit de superficie composée d'un droit sur le sol et la propriété des superficies est fortuite. La propriété de Proudhon, qui s'apparente à une propriété de droits, se distingue de la propriété corporelle de la théorie dualiste. Cependant, cette dernière en dépit de l'octroi du droit de propriété sur les superficies, demeure conditionnée, formatée par le droit sur le sol d'autrui.

Finalement, la thèse dualiste, thèse de compromis, ne réussit pas à forger ce compromis ; elle se retrouve en difficulté vis-à-vis de l'ensemble de ses contradicteurs : la propriété renouvelée, car elle reconnaît la propriété superficielle, la propriété de droits, car elle opte pour une propriété corporelle, la propriété du code, car elle lui préfère une propriété *sui generis*, et, enfin, la thèse moniste puisqu'elle refuse la propriété d'un espace.

La thèse dualiste en faisant le choix de la corporalité du code se restreint à cet horizon, qui plus est se limite à deux dimensions. La propriété de droits, que nous allons examiner maintenant, fait le choix inverse. Elle s'affranchit de la matérialité, et avec elle du modèle de propriété du code.

Chapitre II : La propriété de droits ou la propriété simultanée

(531.) La propriété dont il sera question dans le présent chapitre diffère fondamentalement des théories précédemment exposées. Ces dernières, bien que s'opposant, n'avaient pas pour but de remettre en cause le modèle de propriété du code : une propriété individuelle et exclusive. D'ailleurs, les arguments développés par ces théories, le sont en écho et sous l'égide du concept de la propriété du code. Certaines refusent la propriété superficielle dans le but de ne pas « pervertir l'institution » comme la thèse personnaliste. D'autres, se prononcent en faveur d'une intégration dans le champ de la propriété dans le but de l'étendre, à l'image la thèse dualiste (cf. supra §472 et s.).

La thèse du droit réel sur la chose d'autrui, issue de la propriété renouvelée, peut sembler déroger à cette règle, puisqu'elle organise la propriété de choses incorporelles. Il n'en est rien, au contraire. La distinction essentielle qu'elle introduit à propos du concept de propriété, en dépit de nombreuses implications, n'a pas pour effet d'organiser une opposition fondamentale à la théorie classique de la propriété.

Les deux écoles peuvent être considérées comme appartenant à la même famille de pensée. Si l'on s'en tient aux biens corporels, une forte analogie existe entre les deux approches, notamment à propos du caractère exclusif de la propriété. Certes, l'exclusivité des professeurs Zenati et Revet possède une intensité certainement plus forte que celle de la théorie classique, mais la démarche est similaire. Dans les deux cas, ce qui importe, c'est de réserver à un individu donné toutes les utilités d'une chose corporelle donnée. Même si cela est un peu réducteur, la théorie renouvelée peut être analysée dans ce contexte comme un développement, de la propriété classique, développement qui semble d'ailleurs bénéficier d'un soutien durable de la doctrine¹³²³.

D'autre part, l'approche que retient le *jus excluendi* dans sa volonté d'intégrer le monde immatériel, se démarque sur le principe de la théorie classique, par cette extension contraire à la nature corporelle de la propriété traditionnelle. Toutefois, la méthode de la propriété renouvelée qui tend à réifier les choses idéelles, rejoint l'attachement matérialiste du code, formalisant l'approche conjointe des deux courants.

¹³²³ Voir dernière thèse en date sur le sujet J. Laurent, « La propriété des droits », LGDJ-Lextenso éd., Bibliothèque de droit privé, 2012.

Le propos n'est pas de gommer les différences entre théorie classique et *jus exclusi*, mais plutôt d'établir leur lien de filiation. Ce faisant apparaît une autre ligne de démarcation sans doute plus fondamentale, entre la propriété du code et le mode d'appropriation, objet de ce chapitre, la propriété simultanée. Cette dernière développe un univers différent de celui du code. La propriété simultanée est assise sur la dématérialisation du sol réel, qui devient une chose incorporelle distincte.

Dans ce modèle de propriété, l'objet de la propriété est une chose idéale, qui s'analyse en un droit, dont le référent est à la base indirectement, une chose tangible, le sol. La perspective est donc inverse à celle de la propriété renouvelée, qui organise elle aussi, une propriété de droits. Simplement, ce droit a pour support une chose incorporelle sans référent dans le monde tangible (ex : un brevet).

Par ailleurs, le débat soulevé par la propriété simultanée ne peut pas être assimilé aux discussions exposées au titre précédent (cf. *supra* §351 et s.). Les problématiques ne se situent pas au même niveau. Jusqu'à maintenant les enjeux portaient sur l'intégration ou non du sol en trois dimensions dans le modèle de propriété du code. Dans le second, c'est directement la nature du modèle de propriété qui est discutée, avec comme hypothèse, le remplacement de la propriété du code par la propriété simultanée, décalant à l'occasion, notablement notre perspective centrée sur le passage d'une propriété horizontale à une propriété volumique.

(532.) Ce constat concernant la spécificité de la propriété simultanée entraîne la question de savoir pourquoi cette voie sera empruntée.

La principale explication vient de la relation qu'il est possible de tisser au sein du trio constitué par la propriété du code, la propriété simultanée et la propriété superficielle ou volumique. Schématiquement, la propriété simultanée correspond au modèle de l'Ancien Régime, abandonné par le Code civil et, contre lequel le concept civiliste de la propriété s'est construit. La propriété superficielle, elle, serait l'élément perturbant dans l'avènement de la propriété du code face à la propriété simultanée. Cet avènement s'est en effet, traduit par l'élaboration d'un concept de propriété arc-bouté sur la chose corporelle, contenant les effets de la perturbation du droit de superficie, susceptible d'organiser un retour vers une propriété simultanée. M. de Vareilles-Sommières disait à ce propos : le « ... démembrement de la propriété est donc un néologisme inspiré aux modernes par une vague réminiscence du droit féodal »¹³²⁴. C'est pourquoi en faisant du droit de superficie, un droit de propriété,

¹³²⁴ M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété » : RTD civ. 1905, §82 p. 448.

resurgit la question, à priori résolue, de la nature de l'objet de la propriété, ou le débat entre la propriété d'un corps (code) et la propriété d'un droit (simultanée).

Analyser la propriété simultanée, c'est analyser le contre-modèle de la propriété du code et en comprendre les rouages. Cela permet de s'arrêter sur les mécanismes, en particulier celui de la division, dans une perspective d'ouverture vers la propriété superficielle. Dans une vision plus défensive, la démarche offre l'opportunité de suivre les traces de la propriété du code qui a souhaité rompre avec la propriété simultanée. Cette étape est un préalable indispensable à la proposition d'une propriété volumique aboutissant à une division du sol dans le sens de la hauteur, mais conforme à la propriété du code (cf. infra §624 et s.).

L'exercice n'est pas cependant sans limites. En abordant plus ouvertement l'antagonisme : propriété du code versus propriété simultanée, le risque est grand de s'engager dans ce débat, délaissant le sujet de la propriété volumique. La discussion peut même tendre à assimiler la question du développement vertical du sol avec celle du modèle de la propriété, qui la dépasse. Ces risques ne seront pas totalement écartés, mais à tout le moins maîtrisés.

L'analyse qui suit mettra inévitablement en parallèle les deux systèmes de propriété, en donnant l'avantage à la propriété du code. Pour autant, la propriété simultanée ne sera pas rejetée totalement. La dimension de la propriété partielle, donc collective, susceptible d'être compatible avec la propriété du code sera préservée, sans toutefois être développée.

Le rejet consistera à refuser le choix de la propriété simultanée pour obtenir la divisibilité du sol valant rejet de la propriété du code, puisque notre objectif est d'établir l'inverse, une propriété verticale compatible avec l'article 544. L'axe de notre propos restera donc bien la division et son corollaire, la dématérialisation du sol et les implications de ces options sur le concept de propriété.

(533.) Pour fonder le rejet d'une propriété simultanée, induisant la dématérialisation de la chose tout en couvrant largement les questions qu'elle soulève, dont la propriété collective, deux pistes seront privilégiées. La première consistera à revenir sur les ressorts théoriques actionnés par la propriété simultanée, ce qui conduira à l'examen de la notion de bien et de personne dans ce contexte (Section 1). La seconde, plus pratique, sera l'opportunité d'une mise en perspective comparée de la propriété anglaise mettant en œuvre une propriété simultanée. Suivra l'exposé de la proposition de S. Vanuxem. L'auteure reprend en effet ce modèle de propriété, tout en développant une proposition, qui outre son originalité et sa consistance, revisite nombre de débats suscités par la relation qu'entretient l'homme avec le sol (Section 2).

En préalable, des précisions d'ordre général seront apportées à la mise en perspective de la propriété du code, versus propriété simultanée (Section préliminaire).

Section préliminaire : La propriété du Code civil versus la propriété simultanée

(534.) Historiquement, le point de vue civiliste s'oppose à la propriété simultanée, qui représente le passé féodal. Cependant, cette vision longtemps structurante du droit des biens a perdu de sa force, semble-t-il, à juste titre. D'ailleurs, à bien y regarder, ces deux modèles appartiennent au même univers. Tous deux se rapportent au monde occidental, soit un monde sédentaire basé sur le libre-échange, et, par conséquent, sont confrontés à des enjeux similaires.

C'est pourquoi le rapport entre la propriété du code et la propriété simultanée peut être envisagé en sortant du registre de la confrontation (§1). Dans une telle perspective, les différences persistent ; elles ne sont toutefois plus source de conflit, mais d'émulation (§2).

§1 Des modèles de propriété différents sans être opposés

(535.) L'opposition frontale entre la propriété civiliste et la propriété simultanée est bien trop simpliste. Ces modèles sont distincts, et il est bon de comprendre la logique respective de ces deux modèles (A). Pourtant, il est encore plus essentiel de signaler leur culture commune venant de leur finalité (B).

A. Les différences « culturelles » entre la propriété civiliste et la propriété simultanée

(536.) Traditionnellement, la propriété simultanée renvoie à la propriété qui avait cours avant la Révolution, relevant donc maintenant de l'histoire, ou au modèle de propriété développé dans les pays de *common law*. Ces deux références seront souvent utilisées et, notamment le modèle de la propriété anglaise. Cela n'entraîne aucune conséquence quant à la représentativité de ces propriétés, et d'autres modèles auraient toute légitimité à être cités. Enfin, notons que le modèle de propriété simultanée sera appréhendé globalement et les termes de propriété divisée, propriété de droits ou encore propriété partiaire, cisailée seront utilisés indistinctement. Toutefois, ce parti-pris est sans incidence sur les différences

évidentes qui existent entre, par exemple, la propriété coutumière de l'Ancien Régime et la propriété anglaise pour s'en tenir à ces deux exemples.

Cette propriété simultanée quelque peu théorique, donc, est souvent utilisée par la doctrine française comme contre-exemple de la propriété du code, voire le modèle à éviter, et les développements passés et à venir de notre propos ne dérogent pas à cette règle. Il est certain que des oppositions existent entre les deux systèmes. Un portrait à grands traits, prenant le risque de l'imprécision, pourrait dépeindre la propriété simultanée comme un modèle de propriété divisée, collective, plutôt synonyme de grande propriété, fondée initialement sur un système féodal, renvoyant à un État privé monarchique. Collectif s'entend ici au sens générique, c'est-à-dire une propriété acceptant plusieurs propriétaires pour une chose unique. Ce sens est plus large que la propriété du type communautaire, généralement égalitaire. Les propriétaires peuvent disposer de droits complémentaires, concurrents, et même hiérarchisés comme dans le cas du double domaine. Ce sens diffère aussi de la propriété collectiviste, dans laquelle le référent est l'État ou une entité en relevant. A l'inverse, la propriété civiliste serait unitaire, individualiste, plutôt favorable à la petite propriété, et adossée à un État plus développé, plus autonome vis-à-vis des intérêts privés.

Ces caractères doivent cependant être appréciés avec beaucoup de précautions. La propriété du code par exemple a été perçue, en particulier au 19^{ème}, comme contribuant à l'accumulation des richesses, s'accommodant d'un suffrage censitaire au profit des grands propriétaires terriens. D'autre part, l'État pensé par les rédacteurs du code, était un État minimaliste. En dépit de cette inclination, il n'en demeure pas moins, en parallèle, une tendance du code à démocratiser la propriété du sol, et en suivant l'idéal de la petite propriété (*aurea mediocritas*)¹³²⁵, comme le disait le doyen Carbonnier.

À ce premier niveau de comparaison s'ajoutent des divergences juridico-philosophiques. La propriété simultanée serait plus pragmatique, s'articulant avec un fonctionnement du bas vers le haut (*bottom up*), dans lequel la coutume serait la source naturelle de droit. Les *common lawyers*, par exemple, s'ils ne nient pas l'approche conceptuelle du droit, gardent une certaine distance, pour ne pas dire plus, par rapport aux grands concepts, et en tout premier lieu celui de propriété¹³²⁶. Les civilistes, eux, seraient plus propices à une démarche rationaliste se rattachant à loi comme seule source légitime du droit, dont le code est l'expression emblématique. Ce rationalisme civiliste, pouvant aller jusqu'au dogmatisme, le droit civil s'accommode aisément d'une analyse de haut en bas (*top down*), au terme de laquelle, le concept a pour objet de régir l'intégralité d'une problématique donnée. Il résulte

¹³²⁵ J. Carbonnier, « Droit civil (Thémis), Tome second les biens et les obligations », PUF, Paris, 1956, p. 87.

¹³²⁶ Kevin Gray, Susan Francis Gray, « Elements of Land Law », fifth edition, Oxford, 2009 1.1.11 p.6; 1.5.1 p. 86 : « L'insaisissable concept de propriété ».

de cette approche civiliste une certaine cohérence, lisibilité, et précision avec en contrepartie, un risque de rigidité.

Le travail de doctrine du 20^{ième}, à propos du concept de propriété émaillé des discussions autour de la nature du droit de superficie, illustre la méthode civiliste, avec ses avantages et ses inconvénients, toutefois distincte de la propriété simultanée.

B. La culture commune entre la propriété civiliste et la propriété simultanée

(537.) En s'en tenant à une description sommaire des deux modèles de propriété, un antagonisme certain apparaît. Pourtant, une telle analyse apparaît bien vite comme limitée.

En réagissant par exemple sur le sujet au cœur de notre propos, la division de la propriété, il est assez naturel de conclure que la propriété simultanée est propice à cette division. Par principe, cette propriété permet la mise en place de nombreux modes de détention du sol, alors que la propriété civiliste du sol va s'opposer à la division. Cette dernière va même combattre une appropriation divisée dans le but de privilégier son unité. Ainsi, la conclusion s'impose, la propriété simultanée est synonyme de division et la propriété civiliste d'unité. Simplement, aussi évident soit-il, ce constat peut-être très rapidement remis en cause. La propriété du code est unitaire, mais possède une autre facette, celle d'encourager la petite propriété. Dans cette seconde perspective, la propriété simultanée correspond plutôt à un modèle de grande propriété. Ainsi, une nouvelle conclusion pourrait être formulée au terme de laquelle la propriété du code serait propice au partage de la propriété, et la propriété simultanée encline à la concentration. Sans développer ni étayer cette seconde conclusion, on voit qu'elle est de nature à relativiser la première. En acceptant ce second parallèle entre grande et petite propriété, une troisième conclusion pourrait être envisagée. Cette dernière consisterait à dire : la propriété simultanée favorise la division de grandes propriétés, et la propriété civiliste l'unité de petites propriétés.

Dans cette perspective : une propriété du code s'appliquant à de petites propriétés, et une propriété divisée à de grandes propriétés, l'antagonisme entre les deux modèles n'est plus de mise. Au contraire, les deux propriétés apparaissent plutôt comme deux alternatives à un processus similaire. Les différences entre les deux modèles demeurent, sans être réduites à une opposition frontale et manichéenne, permettant un face-à-face plus productif.

§2 La propriété simultanée un cadre référentiel seulement concurrent de la propriété civiliste

(538.) La propriété simultanée présente une finalité proche de celle du modèle civiliste. Loin d'en être l'antithèse, elle est plus simplement une concurrente, un modèle alternatif. Cette concurrence est source de perturbation (B), mais aussi d'enrichissement (C) concernant la division de l'immeuble (A).

A. La propriété simultanée : un modèle de division pertinent pour la propriété civiliste

(539.) Dans la perspective de la propriété du sol, d'un point de vue civiliste, pourrait-on rajouter, la principale caractéristique de la propriété simultanée, tient à sa division, par opposition à l'unité de la propriété du code. Cette différence majeure dans le fonctionnement des deux modèles, qui sera longuement abordée, soulève la question de la matérialité du sol, pilier de la propriété foncière du code.

La division de la propriété simultanée est, en effet, intimement associée avec la dématérialisation de ce bien. La conceptualisation du sol en régime de propriété simultanée a pour but d'éloigner le concept de bien de la chose matérielle, ou à tout le moins, de s'en détacher, comme le démontre la propriété anglaise (cf. infra §577 et s.). L'objet de la propriété n'est donc pas la chose sensible, mais un support idéal, prenant la forme d'un droit ou d'une prérogative. Le droit civil procède très différemment, puisqu'au contraire, il va chercher à calquer les contours de son concept de bien sur la chose matérielle. Par exemple, la distinction meuble, immeuble se fonde sur l'essence de ces biens, et l'immeuble ou le meuble de référence sera l'immeuble ou le meuble qui par sa nature, relève de ces catégories. Conséquemment, la divisibilité du sol sera contrainte par ces caractéristiques matérielles, telles que le droit les appréhende.

La propriété simultanée, elle, ne connaît pas cette limite puisque son objet immatériel, distinct du bien corporel, est divisible indépendamment des qualités physiques de ce bien. Recourir à la perspective de la propriété simultanée pour diviser le sol dans le sens de la hauteur, conduit inmanquablement au succès. En appliquant la propriété simultanée au sol, celui-ci devient divisible en dehors de toutes références au sol perçu comme un corps. La limite n'est plus la matière de la chose, mais celle de l'esprit ouvrant par principe les possibilités de division très larges. La divisibilité peut viser, par exemple, seulement l'usage, en distinguant un droit présent, d'un droit à venir. Elle peut aussi porter plus directement sur

la chose avec un droit sur le sous-sol et un droit sur le sol et le dessus, ou encore un mélange des deux : un droit sur le sous-sol à venir et un droit sur le sol actuel.

Néanmoins, si la solution de la propriété simultanée facilite la division de l'objet de la propriété foncière, et l'établissement de la propriété verticale, elle possède un revers. La propriété simultanée signifie en effet, la remise en cause de la propriété corporelle du code.

B. La propriété simultanée : un modèle de division perturbant pour la propriété civiliste

(540.) La propriété simultanée sous-entend la dématérialisation du sol s'opposant en cela par principe, frontalement, au modèle de la propriété du code. À nouveau, cette opposition « frontale » ne doit pas être exagérée. De nombreuses voies de passage, similitudes, objectifs communs existent entre les deux modèles.

En doctrine, des auteurs se rattachant à la propriété du code ont développé des thèses proches de la propriété divisée. Proudhon, et sa propriété encore imprégnée des canons de la propriété coutumière, en est le premier exemple (cf. supra §472 et s.), mais pas le seul. De nombreux auteurs du 19^{ième} ou du début du 20^{ième} siècle évoquèrent cette propriété, au moins comme élément complémentaire de la propriété du code. Colin et Capitant¹³²⁷, pour se limiter à eux, s'y réfèrent clairement, même si cela était à titre d'exception, en disant : « Une modalité curieuse, et assez rare d'ailleurs, du droit de propriété se rencontre parfois qui est la suivante. Une même chose appartient à plusieurs propriétaires. Mais elle n'est pas en état d'indivision. En effet le droit des propriétaires, au lieu de porter sur une quote-part abstraite, idéale, consiste en ce que chacun ait droit à des produits différents de la même chose ».

D'autres auteurs, plus prosaïquement, ont emprunté cette voie, pensant faciliter la divisibilité du sol comme Marty,¹³²⁸ ou rendre le sol plus fonctionnel tel Ch. Goyet¹³²⁹. De même, certaines analyses de la propriété superficielle utilisent la propriété divisée comme référence¹³³⁰. Le doyen Savatier, lui-même, s'est rapproché par certains aspects de la

¹³²⁷ Colin et H. Capitant, «Cours élémentaire de droit civil français», t. I, conforme au programme de première année, 1914, Paris p. 781.

¹³²⁸ J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie » (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979.

¹³²⁹ Ch. Goyet, « Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire », 1983, LGDJ.

¹³³⁰ C. Caron et H. Lécuyer, « Le droit des biens », Dalloz, 2002 p.52 : « Ce droit (de superficie) suppose la superposition de deux propriétés distinctes : le tréfoncier est propriétaire du sous-sol et de la surface du sol, alors que le superficiaire est propriétaire de ce qui est au-dessus du sol, qu'il s'agisse de constructions ou de plantations. Certes, il s'agit de la coexistence de deux droits de propriétés. Mais il en demeure pas moins que le droit de superficie, autre qu'il entraîne la reconnaissance du domaine éminent et du domaine utile, rend de facto assez inutile le caractère exclusif du droit de propriété pour le propriétaire de la surface du sol et du sous-sol. ». Pour un exemple plus ancien : A. Weiss, « Des droits de superficie en droit français et en droit romain », Thèse, Strasbourg, 1853.

propriété divisée en transformant le sol en cubes d'air incorporels (cf. infra §626 et s.). La tendance en faveur de la simultanéité dépasse d'ailleurs la propriété foncière, et même la propriété privée stricto sensu¹³³¹.

L'examen de la doctrine montre incontestablement une certaine perméabilité entre la propriété du code, même si chaque propriété possède une logique et sans doute un univers propre. Cette relation entre ressemblances et différences, rend délicate une analyse croisée, comme des jugements trop tranchés. L'étude de la propriété simultanée représente cependant une aide indispensable à la compréhension du modèle de propriété du code, qui dispose ainsi d'un alter ego propice à l'introspection.

C. La propriété simultanée : un concurrent invitant simplement au dépassement

(541.) Une propriété simultanée analysée comme un autre modèle de propriété et non comme l'antithèse de la propriété du code peut contribuer utilement à enrichir cette dernière.

La propriété simultanée offre notamment l'opportunité d'un retour à la période révolutionnaire durant laquelle se forgea la propriété du code, en réaction à la propriété de l'Ancien Régime, qui était une propriété divisée. Sans avoir pour ambition de remettre en cause les acquis de la Révolution, ce retour expose le détail du processus ayant conduit à la propriété du code et améliore sa compréhension. L'exercice est certes, aussi, déstabilisant, car il suppose d'interroger, voire de défier, les principes et concepts fondateurs du code, les plus établis. De plus, la comparaison engage la propriété civiliste à s'interroger sur sa capacité à appréhender les besoins des individus dans leur relation avec le sol, ce qui inclut sa faculté de division. Or, nous l'avons vu, si le Code civil a été l'opportunité du développement d'un sol mathématique, le sol surface, facilitant une division du sol, cette division est seulement horizontale (cf. supra §104 et s.). Ainsi, se pose la question de savoir comment la propriété civiliste, dont l'un des mécanismes fondateurs a été la division horizontale du sol, peine à envisager une division verticale, alors que la propriété simultanée, elle, y parvient. Ici, la propriété n'est plus une menace pour la propriété du code, mais une invitation à l'introspection et à l'adaptation. Cette approche conduit à s'interroger sur le développement du sol en trois dimensions, et la réponse de la propriété civiliste à ce phénomène, c'est-à-dire un sol divisible dans le sens de la hauteur (cf. infra §624 et s.).

Ainsi perçue, la propriété simultanée n'est ni le signe d'une perte de la propriété du code, appelant un rejet sans appel de la simultanéité, ni ne représente son salut, obligeant le

¹³³¹ L. Janicot, J.-F. Lafaix, « Le juge administratif, le contrat et la propriété des biens de retour », RFDA 2013 p. 513.

modèle civiliste à se renier. La propriété simultanée est seulement un mode d'appropriation alternatif à celui du code, dont l'examen, même bref, ne saurait attendre.

Section I : Aspects théoriques de la propriété simultanée

(542.) Privilégier le principe d'une propriété foncière corporelle civiliste, c'est, bien sûr, rejeter celui d'une propriété de droits simultanée, mais cela contraint avant tout à éclairer précisément ces deux concepts, ce qui conduit à la notion de biens et de personne.

L'extension de l'analyse à la personne, dans une réflexion sur la propriété peut surprendre puisque la notion est aujourd'hui éloignée du droit des biens (§3). Sa dimension patrimoniale est pourtant indéniable, comme le montrent les débats fondateurs qui agiterent la doctrine au tournant du 20^{ième} siècle. La seconde notion, « plus attendue », est celle de bien, qui sera examinée sous l'angle classique de sa définition (§2). Pour engager le propos, les choses seront appréhendées sous un angle plus particulier, le bien objet de propriété, avec pour objectif d'explorer le sujet de la propriété collective ou plus précisément communautaire (§1).

§1 Précisions sur l'objet de la propriété simultanée

(543.) La notion de propriété de droits est générique, et sans doute trompeuse. Elle concerne par exemple la propriété portant sur une chose sans référent dans le monde tangible et la propriété dont l'objet dispose d'un référent réel. La première propriété, celle des choses idéelles (cf. thèse du jus excluendi par exemple §389 et s.) est en dehors du sujet comme cela a été signalé en introduction. Elle l'est aussi, puisqu'il sera considéré que le sol existe en dehors de notre esprit, et sera alors appréhendé comme tel.

Concernant la seconde, la propriété simultanée de choses matérielles, comme pour le sol, une distinction s'avère, là encore, nécessaire.

Plusieurs approches sont envisageables à propos de la chose sol, objet de propriété (A). L'une de ces approches ne serait pas exclusive d'un sol s'incarnant dans un bien matériel, et, une cohabitation pourrait exister entre le sol perçu comme un corps et un sol dématérialisé. Grâce à cette distinction, le sol corporel est toujours accessible au sujet pour la mise en

œuvre d'une propriété conforme au code. Cette distinction aurait pour intérêt de rendre possible l'intégration d'une propriété collective dans le modèle de propriété du code (C), ouvrant la voie à un retour de la propriété communautaire (B).

A. Les différentes approches de l'objet de la propriété simultanée

La dématérialisation de la propriété divisée peut s'opérer via deux processus, excluant (1) ou pas (2) le sol corporel.

1. La dématérialisation exclusive d'un sol corporel

(544.) La première approche possible vis-à-vis du sol correspond à une dématérialisation de cette chose, qui est ainsi transformée directement en une, ou plus exactement, plusieurs choses incorporelles.

Dans cette hypothèse, le sol – chose tangible –, ne peut plus être approprié, seule la chose incorporelle le représentant, peut être objet de propriété. Cette chose incorporelle, tout en reproduisant le sol, selon divers points de vue, se distingue du sol. À défaut, elle se confondrait avec la chose ce qui ôterait tout intérêt à la dématérialisation (de l'objet référent).

Il y a dématérialisation dans le sens où l'objet de la propriété et le sol sont dissociés. La chose appropriable prend différentes formes, se décomposant en différentes fractions. Elle peut correspondre à certains usages du sol, par exemple : le droit d'habiter, de louer ou à certaines modalités, par exemple : la chose est transmissible limitativement à certaines personnes (ex : une transmission à cause de mort est limitée aux descendants du premier degré). Par définition, ce sol incorporel sera divisible sans limites et ces choses, fractions idéelles du sol, faisant chacune l'objet d'une appropriation exclusive, sont appropriables simultanément ou alternativement. Ici, la seule propriété envisageable est une propriété de droits. Le sol corporel se trouve conceptuellement en dehors du champ de la propriété. Le seul moyen de retrouver cette chose est d'envisager une approche globale de toutes les choses matérielles représentant le sol, ce qu'empêche, par principe, la dématérialisation du sol dont il est question ici. Il est évident qu'en pratique, les prérogatives détenues par le sujet finiront par porter sur la chose, qui organisera des relations sensibles avec le monde tangible. L'immeuble sera, par exemple, destiné à être occupé par le propriétaire du droit, puis son héritier dans le cas d'une succession.

Simplement, le droit organise cette propriété dématérialisée sans utiliser comme référent pour l'objet de propriété, la chose tangible, mais un autre concept substitutif.

2. *La dématérialisation non exclusive d'un sol corporel*

(545.) Dans le second processus, la dématérialisation du sol s'entend de la création d'une chose incorporelle sans remplacement de la chose corporelle.

Cette dernière continue d'exister en tant qu'objet d'appropriation. La chose corporelle sol et la chose incorporelle coexistent. La seconde chose est une entité venant se surajouter au sol sans exclure ce dernier.

Dans ce système, la propriété du sol, chose corporelle, peut s'articuler avec propriété du code et celle d'une chose incorporelle avec une propriété de droits.

D'une certaine façon, en réagissant schématiquement, le droit des biens anglais illustre les deux processus brièvement décrits, permettant au système d'afficher une grande résilience. La théorie de l'*estate* est un exemple d'une chose incorporelle se substituant au sol. Le concept du trust est, lui, une entité supplémentaire qui ne fait pas disparaître, ou pas forcément, l'objet premier de la propriété immobilière (cf. infra §577 et s.). Ce parallèle avec le droit des biens anglais est fragile, et, encore une fois, le sol associé à l'*estate* ou au *trust* sera le réceptacle final de la démarche d'appropriation. Cependant, ces deux illustrations permettent d'éclairer les deux approches aboutissant à la dématérialisation du sol.

Ces deux processus renvoient aussi aux deux concepts, le concept de bien et celui de personne, qu'interroge la perspective d'une propriété divisée. Dans le premier cas, à l'exemple de l'*estate*, le point focal de la perspective simultanée du rapport d'appropriation est plutôt le bien, alors que dans le second, le *trust*, c'est la notion de personne qui primerait. Cette problématique rejoint à bien des égards celle de la propriété collective, qui également repose sur une détention divisée ou partagée d'un bien objet. Il y est donc nécessaire d'en dire quelques mots, notamment au travers de la propriété communautaire, d'autant que la distinction qui vient d'être opérée à propos de la définition du sol, objet de propriété, ouvre des perspectives.

B. La propriété simultanée et la propriété collective

(546.) Le passage d'un sol corporel à une chose incorporelle débouche sur la problématique de la division d'un fonds de terre.

Soustraites des contraintes du monde matériel, les choses idéelles peuvent être découpées par la seule intervention de l'esprit. Ensuite, de la divisibilité naît la question de la collectivisation de la propriété, puisque plusieurs sujets sont en situation de se partager un même bien. Le code, fondé à l'origine sur un individualisme idéal, qui a enfanté la non moins idéaliste propriété de l'article 544, écarte, par principe, la propriété collective. Dans

les situations où plusieurs sujets ont des droits concurrents sur un bien, le code va encourager l'individualisation par la division du bien, et si cela est possible, ou la fin de la propriété concurrente.

Dans un sens opposé, la propriété simultanée tend à exclure la propriété individuelle et unitaire. L'existence de droits concurrents complexifie une appropriation individuelle, celle-ci ne portant au mieux que sur une partie de la chose. En cas de dématérialisation de la chose elle-même, les fractions de la chose « sol » seront les seuls objets d'appropriation. Sur cette base, une propriété unifiée du sol supposera une appropriation cumulée de toutes les fractions se rapportant au sol, qui demeureront une addition de quotités sans former un tout, ce tout n'existant pas.

Pour faire le lien avec la propriété de l'Ancien Régime, cette situation est celle du double domaine. Le sol est constitué de deux choses incorporelles : le domaine direct et le domaine éminent, qui, en principe, ne peuvent pas fusionner. Les deux domaines supposent une chose divisée et donc l'impossibilité pour le propriétaire de disposer de toutes les utilités de la chose, cette chose n'étant, dès l'origine, qu'une partie du bien.

La propriété divisée, par la dématérialisation du sol, est proche de la propriété collective, étant précisé que collectif ne signifie pas une propriété étatiste, mais seulement partagée entre plusieurs individus.

(547.) La propriété du code fonctionne dans une logique strictement opposée, puisqu'elle part de l'octroi de toutes les utilités de la chose au propriétaire. S'illustre ici, l'opposition entre la propriété simultanée synonyme de division et collectivisation, et la propriété du code caractérisée par l'unité et l'individualisme.

Historiquement, ce schéma a été l'une des grandes questions de la Révolution française. La propriété individuelle, unitaire, du code a remplacé la propriété simultanée, divisée, de l'Ancien Régime, et cela, avec l'assentiment du corps social. Le reproche central adressé à la propriété divisée était d'asseoir via la terre, une hiérarchisation de la société, qui a été conceptualisée par la théorie de double domaine. La propriété féodale n'est pas le seul modèle de propriété divisée. La propriété communautaire, qui existait aussi sous diverses formes avant la Révolution, est un autre modèle. Cependant, tout comme la soif de la période révolutionnaire de fonder une société nouvelle, n'avait pas été propice au discernement entre féodalités dominante et contractante (cf. supra §27 et §445) ; la Révolution n'a pas réservé non plus un sort très enviable à la propriété communautaire¹³³². Double domaine et propriété communautaire ne furent combattus ni pour les mêmes raisons ni avec la même

¹³³² G. d'Avenel, « La Propriété foncière de Philippe Auguste à Napoléon », *Revue des Deux Mondes* T.115, 1893, p. 800.

intensité, mais cédèrent tous deux face à l'individualisme du moment, dont le code est l'expression¹³³³.

Sans entrer dans la problématique du traitement des biens communaux, la dualité de la propriété prérévolutionnaire doit être signalée, car elle n'est pas sans résonnance actuelle. Si le double domaine et l'organisation féodale relèvent définitivement du passé, la propriété communautaire, elle, donne lieu à un mouvement de résurgence vaste et puissant. Les travaux de l'économiste politologue américaine E. Ostrom (1933-2012) témoignent en particulier de cette tendance, qui dépasse les frontières de l'hexagone.

Plus largement, l'hypothèse d'une propriété simultanée du sol, en dehors d'un couplage avec une hiérarchie sociale et politique, est concevable. C'est pourquoi le rejet de la propriété de droits d'une chose corporelle à laquelle nous concluons, n'entraînera pas celle de la propriété collective de type communautaire, donc de la propriété simultanée dans son ensemble.

C. Une propriété communautaire compatible avec la propriété du code

(548.) L'hypothèse retenue ici est celle d'une propriété collective sans dématérialisation du sol¹³³⁴. Elle sera jugée compatible avec la propriété du code, sans que cela soit démontré, à l'exception des quelques précisions qui vont suivre.

La propriété de droits, sans dématérialisation du sol ne remet pas en cause la notion d'immeuble par nature. Le binôme sujet, chose, fondement de la propriété du code, n'est plus la seule option, mais peut toujours être mis en œuvre. Le bien demeure accessible immédiatement à une appropriation individuelle, conforme à la vision classique de l'article 544 du code. L'immeuble par nature « sol » demeurant une chose corporelle, l'objet de la propriété de droits relèvera d'une autre entité. Cette entité s'analysera comme une copropriété au sens générique ou communauté de propriétaires. C'est cette entité qui serait appropriée entre différents sujets selon diverses modalités. Cet objet de propriété idéal engendrerait alors des fractions de sol, à géométrie variable.

¹³³³ À propos des biens communaux voir L. Le Gall, « Nadine VIVIER, Propriété collective et identité communale. Les biens communaux en France 1750-1914, Paris, Publications de la Sorbonne, 1998, 352 p. », Ruralia [En ligne], 07 | 2000, mis en ligne le 22 janvier 2005, consulté le 20 janvier 2014. URL : <http://ruralia.revues.org/184>, : « Les communaux — dont la définition reste fluctuante même après la mise au point de l'article 542 du Code civil — attirent l'attention, non parce qu'ils sont l'objet habituel de chicanes et de conflits portés devant les tribunaux, mais parce qu'ils sont à la croisée d'ambitions contraires et d'idées nouvelles. Dans un XVIII^e siècle marqué par la montée de l'individualisme, physiocrates, agronomes, influencés par le modèle d'une agriculture anglaise conquérante et tournant le dos à la propriété communale, dénoncent des biens qui riment tant, à leurs yeux, avec l'évident archaïsme des sociétés villageoises. ».

¹³³⁴ C'est-à-dire la seconde option développée au paragraphe qui précède « Dans la seconde option, la dématérialisation du sol est synonyme de la création d'une chose incorporelle sans entraîner de substitution avec la chose corporelle. ».

Ainsi, le sujet serait copropriétaire d'une entité incorporelle organisant la propriété simultanée d'une chose corporelle. Dans ce contexte, le bien devient une copropriété ou un bien communautaire en raison de l'appropriation collective. Il n'est cependant pas communautaire par nature. D'autre part, le droit de propriété pourrait être qualifié d'exclusif, en s'en tenant à l'objet de propriété, qui n'est lui-même qu'une partie de la chose, donnant ainsi tout son sens à la dénomination de propriété partiaire.

À l'issue ou en l'absence d'une période de détention par une propriété divisée de ce bien, une appropriation individuelle peut reprendre ses droits. Certes, les deux propriétés sont insusceptibles d'être mises en œuvre en même temps, puisque la même chose serait alors exclusivement appropriée par des sujets différents, collectivement et individuellement.

Toutefois, soulignons-le ici à nouveau, le retour à la figure de base de la propriété du code, un sujet, un fonds de terre, demeure la règle et n'a pas la même portée. La propriété unitaire portant sur la chose disposera d'une exclusivité s'appliquant à l'ensemble de la chose et, pas seulement à une quote-part comme la propriété partiaire. Contrairement à la propriété simultanée portant sur une chose incorporelle, du type double domaine ou franc tènement / *radical title* (cf. infra §577 et s.), se substituant au sol, la chose unitaire demeure la référence du modèle. La somme des fractions de la chose revient toujours à la chose elle-même, qui demeure le fondement du modèle.

Dans la configuration d'une propriété simultanée, reposant sur une communauté de propriétaires ou une copropriété, la clef du système est l'entité organisant la propriété collective. L'effort de conceptualisation doit porter sur cet aspect. Le cœur du processus correspond aux modalités du partage du bien entre les sujets, n'imposant en rien une dématérialisation du sol.

Décaler, le processus de dématérialisation préserve le bien de la vision du code, et ouvre des pistes d'intégration de la propriété communautaire. Il serait pourtant trop réducteur d'en rester là, car l'approche de la propriété simultanée interroge, bien au-delà de cette perspective, la notion de bien.

§2 La propriété simultanée et le concept de bien

(549.) La propriété de droits suppose une propriété dont l'objet est un droit, c'est-à-dire une chose idéelle. À l'inverse, la propriété du code, selon la théorie classique, s'entend d'une chose corporelle. On peut même étendre cet axiome à la théorie renouvelée, puisque la propriété de droits qu'elle propose, concerne seulement les choses incorporelles, et encore,

en les objectivant. La qualification de droit réel du droit de superficie retenue par F. Zenati et T. Revet démontre cette orientation (cf. supra §389 et s.).

La distinction ontologique de ces deux modes d'appropriation est largement entendue, notamment en raison de sa dimension historique qui renvoie à la Révolution. Il n'est cependant pas inutile de signaler la proximité de ces deux systèmes. Lorsque l'on souligne la différence de l'objet des deux propriétés, la distinction est réelle, sans être absolue. Dans les deux cas, il existera un bien sur lequel une prérogative va s'exercer. De même, la prérogative est un attribut commun. Les mécanismes sont proches et pourtant, une distinction de fond persiste puisqu'un mode de propriété semble résolument attaché à la corporalité du bien, alors que l'autre est d'abord empreint d'incorporalité.

Cette question pourrait bien dépasser la vision que le droit pose sur les biens et rejoindre celle plus métaphysique des philosophes, qui est : De quoi est constituée la réalité, l'univers ? Et, la philosophie peine tout autant que le droit à formuler une réponse absolue à cette problématique.¹³³⁵ Certains, comme Descartes, tenants du dualisme, scindent le monde entre matière et esprit. D'autres défendant la thèse opposée, le monisme, réduisent le monde à l'une ou l'autre de ces entités, ou encore acceptent la différence entre mondes physique et psychique, tout en considérant qu'elle renvoie à une substance unique, sans se prononcer sur la nature de celle-ci, le monisme neutre¹³³⁶ (cf. supra §45 et s.).

Ce débat philosophique n'a pas à être poursuivi ici. En revanche, il est nécessaire de revenir sur le choix entre un objet de propriété matériel ou immatériel, souvent en référence à la philosophie, et au moins à la philosophie du droit. Ce retour conduit à interroger le concept de bien matériel du code, en le confrontant au bien incorporel de la propriété de droits.

Or, la réflexion qui s'ouvre sur une matérialité évidente des biens corporels se révèle être une source de confusion (A) vis-à-vis du processus de conceptualisation opéré par le droit qui impose une médiatisation (B). Néanmoins, ce concept de bien corporel s'avère être aussi une source de différenciation nécessaire entre le monde physique et celui de l'esprit (C). Plus prégnante encore, la corporalité des biens du code dévoile la finalité de celui-ci, à savoir, façonner un modèle de propriété individuelle et exclusive (D).

¹³³⁵ Robinson Howard, « *Dualism* », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/dualism/>.

¹³³⁶ C. Demonque, E. Clément, L. Hansen-Love, P. Kahn, « La philosophie de A à Z », Hatier, Paris, 2011, entrée : « monisme ».

A. *Le matérialisme des biens du code source de confusion*

(550.) Vouloir comparer la propriété de droits et le droit de propriété du code, par le biais de l'objet de ces propriétés respectives, revient à s'interroger sur ce qu'est un bien. Or, la question est déjà réputée ardue en dehors de toute comparaison ;¹³³⁷ nous n'aurons donc pas l'outrecuidance de vouloir en faire le tour.

Le code se contente d'établir une taxinomie des biens. La notion a donné lieu à de nombreuses définitions par la doctrine, qui ont évolué au fil du temps. Il serait vain de dresser un inventaire entre le bien, chose appropriable, le bien, chose évaluable, ou plus récemment le bien, objet de garantie, ou encore le bien, prérogative dotée d'une certaine ancienneté de la cour EDH.¹³³⁸ À tout le moins, pouvons-nous nous en tenir, au mieux, à une forme de compromis en creux. Le bien, y compris dans son acception juridique, est une notion polysémique susceptible de variations dans le temps¹³³⁹ et l'espace,¹³⁴⁰ en fonction des directions prises par l'homme dans la recherche de son bien-être. Cette définition, large et consensuelle, éclaire peu en retour la particularité de la notion de biens en régime de propriété simultanée, mais au contraire rajoute un niveau de difficulté.

Pour tenter d'éviter ce travers, l'approche sera plutôt de chercher à analyser comment le droit regarde les choses, plutôt que de conceptualiser le résultat du regard porté par le juriste sur les choses. Dans cette démarche, il sera utile de comparer la propriété du code avec la propriété anglaise de la *common law*, qui est une propriété de droits.

(551.) Pour commencer, il faut s'arrêter à nouveau (cf. supra) sur la dimension réaliste, dans le sens matérialiste du code en matière de droit des biens. On retrouve trace de ce réalisme dans la *summa divisio* meuble, immeuble, puisque sont immeubles, le sol ou les biens s'y

¹³³⁷ Pour un exemple récent de réflexion sur la notion de bien, P. Berlioz, « La notion de bien », L.G.D.J., 2007, Préface L. Aynès du livre de P. Berlioz : «... la notion de bien est difficile à saisir... ».

¹³³⁸ CEDH, 6 octobre 2005, Maurice c/ France ; Draon c/ France, 1513/03 et 11810/03, D. 2006. 1200, obs. H. Gaumont-Prat. « le temps écoulé a fait naître l'existence d'un intérêt patrimonial du requérant à jouir de la maison, lequel était suffisamment reconnu et important pour constituer un « bien » au sens de la norme exprimée dans la première phrase de l'article 1 du Protocole n° 1 » Dans cet arrêt la Cour EDH reconnaît clairement la qualité de bien à un droit doté de certaines qualités comme celle de l'ancienneté, mais à un droit non protégé et même combattu par la réglementation interne. Il s'agissait en l'espèce du droit sur des constructions légères dépendant du domaine public maritime et édifiées en contradiction avec la réglementation interne, soit un bien situé en dehors du commerce. Preuve en est faite, un bien de la Cour EDH ne sera pas forcément un bien en droit interne, ce qui aboutit à reconnaître un critère de territorialité dans l'élaboration d'un bien. Cela n'a rien de choquant sur le fond en raison de principe d'autonomie de droit de l'ordre européen, mais met en exergue la contingence de la notion de bien. Voir également Ch. Quezel Ambrunaz, « L'acception européenne de bien en mal de définition » : D. 2010, p. 2024.

¹³³⁹ H. Périnet-Marquet, « Regard sur les nouveaux biens », JCP 2010, étude 1100, p. 2071.

¹³⁴⁰ Pour un exemple extranational Article 1 du Protocole 1 de la CEDH « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

apparentant. Le bien type est donc celui ayant pour référent la planète, premier élément du monde réel.

La liste des biens de l'article 517 le rappelle également, puisqu'elle contient des choses prises isolément dans une vision nominaliste : fonds de terre, immeuble, racines, etc., même si ces choses restent des catégories. Néanmoins, ce réalisme est trompeur, car il tend à confondre le monde du droit et le monde réel. Comme le soulignent C. Caron et H. Lécuyer : « La notion de bien est une construction de l'esprit, indispensable au droit, à l'instar du concept de personne, pour appréhender – ou façonner- le réel. ».¹³⁴¹ Les deux mondes sont donc distincts ; l'image métaphorique du « capuchon gris » l'exprime à sa manière, en représentant le concept de bien des juristes et recouvrant les choses, du doyen Carbonnier.¹³⁴² Ce capuchon, faut-il le rappeler, ne se limite pas à un simple inventaire « du mobilier du monde » labellisant dans l'ordre juridique, les choses du monde tangible.

La démonstration n'est plus à faire, le calque des choses du droit ne coïncide pas avec le monde réel. De nombreuses différences existent : les hommes soumis au régime de l'esclavage, étaient vus par le droit comme des choses ; Les *res derelictae* perdent le statut de bien du fait de leur abandon, tandis que certains biens nouveaux¹³⁴³ doivent patienter pour quitter « le monde bariolé », et avoir l'honneur de porter « le gris uniforme ». Ces exemples non exhaustifs démontrent la subjectivité du droit liée à la lecture du monde par le législateur, qui peut être qualifiée de politique.¹³⁴⁴

P. Amseleck dans son introspection du monde des règles confirme ce point, en introduction de son propos sur l'interprétation du droit. L'auteur indique notamment : « nos rapports au monde extérieur sont médiatisés »¹³⁴⁵, même s'il met en garde contre : « un usage syncrétique de la vision ». Selon lui, le monde objectif : « la chose en soi », n'existe pas sans le sujet qui la regarde, ce qui immédiatement introduit de la subjectivité,¹³⁴⁶ rejoignant le constat de B. Russel exposé à propos de la matérialité (cf. supra §45 et s.). Ainsi, le droit par les dispositions relatives aux immeubles par nature, ne consiste pas seulement à conceptualiser juridiquement le monde.

Les règles ne se résument pas : « à de simples opérations de qualification ou dénomination consistant à surajouter artificiellement des étiquettes fabriquées par l'esprit de l'homme au

¹³⁴¹ C. Caron et H. Lécuyer, « Le droit des biens », Dalloz, 2002, p. 14.

¹³⁴² J. Carbonnier, « Droit civil (Thémis), Tome second les biens et les obligations », PUF, Paris 1956, p. 46 « Le droit a recouvert le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien, cette abstraction ».

¹³⁴³ H. Périnet-Marquet, « Regard sur les nouveaux biens », JCP 2010, étude 1100, p. 2071.

¹³⁴⁴ M. Fabre-Magnan, « Propriété, patrimoine et lien social », RTD Civ. 1997 : §18 : « Au fur et à mesure des découvertes et de l'évolution de la société, il peut apparaître juste et opportun de protéger de nouveaux biens ou, plus exactement, les personnes à l'origine de ces nouvelles créations. La décision de réserver ces biens est alors un choix de politique au sens large du terme ».

¹³⁴⁵ P. Amselek, « Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général », Armand Colin, Paris, 2012, p. 441.

mobilier du monde ».¹³⁴⁷ D'autres philosophes du droit, soutiennent, il est vrai, une opinion différente. Dans une approche normative, ces auteurs voient dans la science juridique un « simple » mécanisme d'interprétation officielle du monde¹³⁴⁸. Le droit aurait ici un rôle neutre, ce dont on peut légitimement douter.

B. Le matérialisme des biens du code un « habillage conceptuel » en écho à la peinture figurative

(552.) Conceptualiser le monde réel emporte une vision de ce monde, le produit de l'opération, le concept, est donc distinct de son objet sauf à considérer que sujet et objet se confondent. Ce point a déjà été abordé en première partie (cf. supra §45 et s.). Ici, la perspective est enrichie d'une comparaison entre le droit et la peinture, permettant d'évoquer les types de relations envisageables entre le sujet ou concept et l'objet à conceptualiser. La peinture figurative et la peinture abstraite sont par exemple deux relations à l'objet, emportant chacune à leur manière une vision de l'objet (2), donc distinctes de l'objet (1).

1. La nécessaire distinction entre « l'habillage conceptuel » et l'objet de cet habillage

(553) S'immiscer dans le débat du rôle du droit dans la conceptualisation du monde réel n'est pas sans risque. Il est pourtant nécessaire d'en apprécier les tenants et aboutissants pour avancer dans notre quête concernant l'approche des juristes de la notion de bien.

Pour cela, il convient de souligner un point de convergence du débat, c'est la médiation avec le monde extérieur. Revendiquée par P. Amseleck, elle est également présente lorsque le rôle du droit est analysé comme l'étiquetage du mobilier du monde. Quelle que soit la portée de l'étiquetage, une forme d'intervention, une médiation ne peut être niée.

Le philosophe B. Bachelet, en s'interrogeant sur la notion d'espace¹³⁴⁹, approche la question de la médiation du monde réel, mais dans le domaine de l'art, et plus précisément de la

¹³⁴⁶ P. Amseleck résume sa pensée en utilisant un exemple imagé évocateur « Une photographie n'est pas la retransmission d'une vue de la réalité : elle est une vue de la réalité, produite par l'appareil photographique ».

¹³⁴⁷ P. Amseleck, « Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général », Armand Colin, Paris, 2012, p. 442.

¹³⁴⁸ P. Amseleck mentionne notamment C. Grzegorzcyk et le cite « ce que nous appelons la qualification juridique, est une opération d'attribution du sens ou de la valeur à un objet quelconque. Elle s'opère selon un schéma : un certain X compte désormais comme Y juridique... », toujours selon Grzegorzcyk « Notre thèse centrale peut s'énoncer comme suit : le droit est une interprétation autoritaire de la réalité, attribuant à ses éléments des statuts ou propriété... le droit est une herméneutique officielle du monde ». P. Amseleck, « Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général », Armand Colin, Paris, 2012, p. 441.

¹³⁴⁹ B. Bachelet, « L'Espace », Paris, PUF, Que sais-je n° 3293, 1998.

peinture. Or, un parallèle peut être fait avec la conceptualisation qu'opère la science juridique, lorsqu'elle transforme les choses en biens.

Bachelet commence par évoquer l'avènement, à l'époque de la Renaissance, de la perspective dite légitime (*costruzione legittima*), qui fut érigée au rang de dogme¹³⁵⁰. À propos de Brunelleschi peintre-architecte (1377-1446), qu'il identifie comme fondateur de la perspective légitime, l'auteur précise : « celui-ci,[...], cherche et trouve des règles de projection de figures pour que celles-ci donnent la même impression sur le tableau que dans la réalité. ». B. Bachelet revient ensuite sur la contestation de la règle de la perspective, en donnant la définition du tableau proposée par un peintre, Maurice Denis (1870-1943) : « un tableau, avant d'être un cheval de bataille, une femme ou une quelconque anecdote, est essentiellement une surface plane recouverte de couleurs en un certain ordre assemblées. ». B. Bachelet explicite le sens du propos en disant : « Cette définition en forme de truisme révèle, et en fait proclame, que le tableau est un espace qui rompt ses liens avec l'espace référentiel, qu'il soit pensé comme physique ou comme mathématique...maintenant la chose est dite et désormais, que la peinture reste figurative ou qu'elle s'éloigne un peu ou beaucoup de la figuration, elle ne fait plus que des tableaux qui, comme les mythes selon Lévi-Strauss, s'expriment entre eux. »¹³⁵¹.

Selon le propos de B. Bachelet, le peintre est seulement un interprète de la nature et pas l'interprète, même lorsqu'il est animé de l'intention de reproduire cette nature le plus strictement possible, selon la méthode la plus adéquate.

(554.) Quels sont les enseignements susceptibles d'être tirés de ce détour par la théorie de la peinture ? Nous en dénombrons plusieurs.

Commençons par la réduction du tableau à : «une surface plane recouverte de couleurs ». Le droit peut, lui, être résumé à des mots constituant des phrases, regroupées dans des textes, les lois, les codes, etc. Ce matériel juridique est le résultat de la production mécanique de règles de conduite traduisant la dimension normative du droit, comme le peintre (re)produit un paysage ou un sujet à l'aide d'une toile et de couleurs. Les étiquettes posées sur le mobilier

¹³⁵⁰ B. Bachelet, « L'Espace », Paris, PUF, Que sais-je n° 3293, 1998, p. 86 : « la perspective curviligne, ou angulaire, est considérée comme « naturelle » par ce que notre regard, binoculaire, parcourt un champ qui est une calotte de sphère. La perspective plane encore dite « artificielle », est celle que la peinture va prendre comme obligatoire, à la renaissance, sous le nom de *costruzione legittima*... nous pouvons voir dans cette dénomination une sorte de dogme naissant qui va exclure tout autre construction picturale comme légitime. ».

¹³⁵¹ B. Bachelet, « L'Espace », Paris, PUF, Que sais-je n° 3293, 1998, p. 101, citation du passage complet : « En 1890, Maurice Denis, peintre d'un petit groupe s'appelant « les Nabis », rédigeant le manifeste Définition néo-traditionalisme, énonce une formule qui restera célèbre pour caractériser la peinture moderne de Seurat à nos jours. « se rappeler qu'un tableau, avant d'être un cheval de bataille, une femme ou une quelconque anecdote, est essentiellement une surface plane recouverte de couleurs en un certain ordre assemblées ». Cette définition en forme de truisme révèle et en fait proclame que le tableau est un espace qui rompt ses liens avec l'espace référentiel, qu'il soit pensé comme physique ou comme mathématique...maintenant la chose est dite et désormais, que la peinture reste figurative ou qu'elle s'éloigne un peu ou

du monde n'échappent pas à ce processus.¹³⁵² La traduction du droit ou la reproduction du peintre, emporte une opération de médiatisation, et par là d'abstraction, puisqu'un article de loi ou une toile ne peuvent être confondus avec l'objet qu'ils sont censés interpréter, représenter ou référer.

Pour dire les choses plus simplement, il serait possible de mentionner que le juriste, quand il appréhende le monde réel, le fait au travers de concepts, qui sont des œuvres de l'esprit¹³⁵³ et pas le monde tangible lui-même.

Ce premier aspect, qui pourrait laisser à penser à une simple transposition, doit impérativement être complété. Toujours en référence à la définition de B. Bachelet, la surface plane est recouverte de couleurs : « en un certain ordre assemblées ». À l'évidence l'ordre dans lequel les couleurs sont disposées sur une toile à son importance, sans même parler du choix initial des couleurs, de leurs qualités, de la taille ou forme de la toile, etc. C'est pourquoi B. Bachelet en déduit : « le tableau (en rupture avec la perspective de la renaissance) est un espace qui rompt ses liens avec l'espace référentiel ». P. Amseleck à propos du droit, dit d'une façon assez similaire : « qualifier des objets,[...] c'est les subsumer sous des concepts,[...] c'est leur donner un habillage conceptuel forgé par notre esprit : entre le fait brut et le fait qualifié, il y a cet intermédiaire de l'habillage[...]qui emporte une certaine vision du monde. ».¹³⁵⁴

La vision du monde du peintre de B. Bachelet, pour en revenir à la peinture, sera différente, ou exprimée différemment, selon que l'on se place dans l'hypothèse d'un tableau figuratif, impressionniste ou encore abstrait. Toutefois, dans les deux cas, il y aura bien une distinction entre l'objet de référence et son interprétation picturale.

2. La nature de l'habillage voire l'absence d'habillage ne remet pas en cause la distinction entre le concept et son objet

(555.) Une représentation figurative, réaliste par principe, d'une chose du monde tangible ne remet pas en cause : « l'habillage conceptuel », pour reprendre l'expression de P. Amseleck, auquel procède l'auteur de cette représentation. C'est même là tout son intérêt.

beaucoup de la figuration, elle ne fait plus que des tableaux qui, comme les mythes selon Lévi-Strauss, s'expriment entre eux. ».

¹³⁵² P. Amselek, « Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général », Armand Colin, Paris, 2012, p. 444 fait le parallèle entre le propos de C. Grzegorzczuk et l'école normativiste de Kelsen. Il cite plusieurs exemples attestant, selon Kelsen, le rôle purement mécanique du droit « un homme, revêtu d'une robe et assis sur un siège surélevé, prononce certaines paroles à l'adresse d'un homme placé devant lui. Selon le droit ce processus extérieur signifie qu'il vient d'être rendu un jugement ».

¹³⁵³ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », Chemins philosophiques, Vrin, 2011.

¹³⁵⁴ P. Amselek, « Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général », Armand Colin, Paris, 2012, p. 445.

D'ailleurs, B. Bachelet mentionne les discussions autour de la vraie perspective qui ont agité la Renaissance, prouvant que la légitimité de cette interprétation est elle-même source d'une interprétation. De même, l'auteur cite l'exemple des colonnes des temples doriques légèrement cintrées pour corriger la vue de l'homme qui courbe les lignes droites, amenant à la conclusion suivante : « L'espace figuré est à la fois vérité et mensonge. »¹³⁵⁵.

Là encore, le rapprochement avec le droit est naturel. Lorsque le Code civil, et derrière lui le législateur, dit à l'article 518 que : « Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature », ou à l'article 519 que : « Les moulins à vent ou à eau, fixés sur piliers et faisant partie du bâtiment, sont aussi immeubles par leur nature. ». Le législateur ne met pas seulement : « des étiquettes sur le mobilier du monde ». Il impose : « une vision du monde », qui est « un habillage conceptuel ». Cet habillage réaliste illustre certainement une convention historique renvoyant aux fondements du corps social, une société sédentaire, agraire et commerçante.

Le détachement avec le cadre référentiel est alors plus difficile à cerner, tout en étant indéniable.

(556.) Une autre source permet de confirmer ce constat. Également empruntée à la philosophie, elle concerne la réflexion sur la nature de la relation existant entre un concept et les unités qui en dépendent.

C. Panaccio aborde ce point dans son ouvrage « Qu'est-ce qu'un concept »¹³⁵⁶. L'auteur fait état de trois types de relations : la ressemblance, la causalité et la finalité¹³⁵⁷. Il qualifie la relation de la ressemblance, de classique, puisqu'elle fut chronologiquement la première. Selon l'auteur par ressemblance, il faut entendre ressemblance physique. Ainsi, pour reprendre son exemple, tous les animaux ressemblant physiquement à des chevaux peuvent légitimement être représentés par le concept de cheval. Cette relation de la ressemblance a été soutenue initialement par Aristote, puis par des penseurs médiévaux, tel G. D'Ockham disant : « ... que les concepts généraux dans l'esprit sont des « similitudes » des choses extérieures... »¹³⁵⁸. Or, cette notion de ressemblance traduit l'idée selon laquelle la conceptualisation est une opération consistant à transposer la réalité, au même titre que la peinture de la Renaissance le faisait via la « *costruzione legitima* ». Comme la perspective légitime, la ressemblance a pour défaut de restreindre la relation concept, sujets à l'apparence, masquant la médiation du sujet dans l'acte de subsumer le monde réel.

¹³⁵⁵ B. Bachelet, L'Espace, Paris, PUF, Que sais-je n° 3293, 1998, p. 87 et 88.

¹³⁵⁶ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », Chemins philosophiques, Vrin, 2011.

¹³⁵⁷ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », Chemins philosophiques, Vrin, 2011 p. 39 : « l'approche classique (la ressemblance), l'approche informationnelle (par la causalité) et l'approche téléosemantique (par la finalité). ».

¹³⁵⁸ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », Chemins philosophiques, Vrin, 2011 p. 40.

C'est pourquoi C. Panaccio, dans une logique proche de celle retenue par B. Bachelet à propos de l'évolution de la peinture, considère que la relation de ressemblance comme insuffisante¹³⁵⁹ à expliquer, au moins seule, la relation concept, sujets. Il relativise pareillement la relation de causalité, et retient la finalité comme fondement des concepts.

Si l'on se place maintenant dans la perspective du juriste, le raisonnement est similaire. La perception physique, du cadre référentiel par le juriste (soit la relation de ressemblance), y compris empreinte d'un souci de réalisme extrême ou d'objectivité, ne remet pas en cause la médiatisation. Les concepts juridiques, comme les concepts en général, sont plus que : « des similitudes spirituelles des choses extérieures ». Le souci de précision à propos de la fixation des moulins de l'article 519 dénote, par-delà le détail technique, une orientation visant à qualifier certains immeubles et pas d'autres, d'immeubles par nature.

Pareillement, assimiler la forêt, perçue comme une parcelle de terre plantée d'arbres, à un fonds de terre appropriable, c'est-à-dire un immeuble par nature, emporte une certaine vision du monde. Une forêt pourrait aussi être appréhendée comme un élément indispensable à la vie sur terre, de tous les individus. Cette chose bien qu'appropriable individuellement, grâce entre autres à sa délimitation, serait soustraite de la sphère de la propriété pour se rapprocher des *res communis*. En l'état actuel, ce classement d'une forêt en *res communis* se fonderait sur l'effet de loi, qui est le fondement pour certains immeubles. Cependant, dans une vision, disons plus pessimiste de l'environnement, une forêt pourrait se voir qualifiée de *res communis* par sa nature, car indispensable à l'humanité. Cet exemple démontre qu'un fonds de terre, avec des caractéristiques physiques identiques, peut être conceptualisé différemment.

Pour reprendre à nouveau, l'image du doyen Carbonnier du capuchon gris (Cf. Supra §551), l'absence de cet accessoire de mode peut aussi traduire une démarche positive. Ainsi, indépendamment du type de conceptualisation, la distinction avec entre le concept et son objet s'impose.

C. Le matérialisme des biens du code source de différenciation et de représentation

(557.) Si le concept n'est qu'une représentation de l'objet auquel il réfère, le concept de bien du code ne peut être le bien.

¹³⁵⁹ C. Panaccio « Qu'est-ce qu'un concept », Chemins philosophiques, Vrin, 2011 p. 42.

Le fonds de terre est seulement une représentation du sol. Sur la base de ce constat, le bien civiliste est contraint de s'inscrire dans un rapport d'altérité (1), et d'abandonner toute idée d'absolutisme (2). Néanmoins, une fois la relativité acceptée, le concept d'un bien corporel du code conserve sa capacité à représenter son objet, soit pour le fonds de terre, une portion du sol (3).

1. Le concept de bien civiliste et le rapport à l'altérité

(558.) La nécessaire distinction concept, objet est lourde de sens pour le droit, puisque le bien civiliste est construit pour être la chose, en prenant garde de ne pas laisser de distance entre ce concept et son objet.

C'est l'autre enseignement que l'on peut tirer de l'analyse de B. Bachelet disant : « ... que la peinture reste figurative ou qu'elle s'éloigne un peu ou beaucoup de la figuration, elle ne fait plus que des tableaux qui, comme les mythes selon Lévi-Strauss, s'expriment entre eux. ».

Après avoir constaté le phénomène de médiatisation, il faut conclure que tout comme le peintre, le législateur, ou reprenant l'expression de P. Amseleck le « jurisdisseur », ne fait plus que des lois, des règles, dont l'éventuelle proximité avec le monde réel ne change pas la nature. De cette nature naît une obligation de dialogue, une mise en concurrence avec d'autres concepts, d'autres règles, d'autres propositions. Aucun d'entre eux ne peut s'extraire de l'échange au prétexte que les autres règles, ou propositions seraient par principe contre nature, ou contraire à la nature des choses. La notion de biens du Code civil, reflet fidèle du monde tangible, ne déroge pas à la règle.

Ce constat est perturbant pour la théorie classique du droit des biens et la propriété. Cette dernière est d'abord une évidence dont la capacité de dialogue se limite souvent au rejet des autres, sur la base d'un argument absolu, qui serait le rapport individualiste aux choses de la nature humaine. Pareillement, les choses seraient des biens, dès lors qu'elles seraient matériellement appropriables. Avec la montée en puissance de l'immatériel, cet axiome est devenu contestable sans que le mécanisme du rejet puisse être d'une quelconque utilité, en raison de l'importance du phénomène. Pire encore, le bien de référence, le sol, voit sa matérialité remise en cause.

Cela signifie-t-il la mise au rebut de la vision des biens du code ? La proposition est pour le moins sujet à caution.

2. Le passage du statut d'axiome à axiomatique particulière du concept de bien

(559.) Toujours sur la base de la démonstration de B. Bachelet, portant sur l'espace géométrique, le concept du bien corporel du code : « ... a (lui aussi) perdu de sa divinité dès

lors qu'il n'est plus engendré que par une axiomatique particulière. »¹³⁶⁰. Toutefois, cette axiomatique particulière peut demeurer pertinente, voire disposer d'une place centrale, dès lors que l'on réagit vis-à-vis du monde tangible. À défaut, le risque serait de passer d'un monde exclusivement matériel à un monde réductible au seul esprit.

Si l'on accepte la révélation de Descartes et l'existence de l'homme en tant qu'être fait de chair et de sang, autrement dit de matière, le monde matériel, ne serait-ce que pour des raisons physiologiques, demeure incontournable. C'est pourquoi R. Libchaber a raison de dire que les choses matérielles constituent *a minima* : « ... le monde extérieur, en tant qu'il peut être appréhendé ... »¹³⁶¹. Si l'homme, entité physiologique, existe, alors il n'est pas douteux que la matière qui lui est extérieure soit nécessaire pour répondre à ses premiers besoins : se nourrir, s'abriter, se vêtir, etc. Le monde tangible constitue un élément significatif du monde appropriable par l'homme, et ne doit pas être systématiquement confondu avec le monde idéal.

La proposition consiste à maintenir la perception de la propriété civiliste des choses corporelles, en tant que corps, et d'éviter un renversement complet du système par une généralisation de l'immatériel.

Toutefois, ce maintien suppose d'entériner le passage du concept de bien corporel du code, du statut d'axiome - énoncé comme évident-, à « une axiomatique particulière ». De cette façon, la notion est simplement relativisée, mais peut être maintenue. Par ce maintien, le concept du bien matériel classique servirait de référence au système civiliste, sans rejeter le monde de l'incorporel.

Reste à tirer les conclusions d'un tel changement, c'est-à-dire ne plus se contenter de dire que l'approche matérielle des choses sensibles est la plus pertinente, car il s'agit de choses matérielles. L'approche matérialiste du code doit se justifier, dès lors qu'elle accepte la diversité des approches et un droit d'inventaire : « entre vérité et mensonge », en raison de la rupture avec le cadre référentiel.

3. *La capacité du concept de bien à représenter son objet*

(560) Plusieurs justifications au concept matériel des biens du code, sont sans doute envisageables. Toutefois, les repères philosophiques de C. Panaccio sur les concepts en général, peuvent être repris utilement pour justifier le recours à un concept matérialiste des biens du monde sensible.

¹³⁶⁰ B. Bachelet, « L'Espace », Paris, PUF, Que sais-je n° 3293, 1998, p. 96.

¹³⁶¹ R. Libchaber, V° « Biens », Rép. Civ. Septembre 2009 (dernière mise à jour : septembre 2011) §4.

Avant de développer ce point, une précision liminaire peut être formulée. Si l'on prend l'exemple du sol, en disant que la pertinence d'un concept matérialiste du sol doit pouvoir être démontrée, cela signifie inversement que la dématérialisation doit satisfaire à la même exigence. Or, le sol dématérialisé auquel a recours le droit des biens anglais, par exemple, peut difficilement réussir cette démonstration. Au contraire, une évolution, au moins partielle, du système vers un objet de propriété plus unitaire peut être observée, laissant entrevoir le concept de sol du code (cf. infra §577 et s.). Pareillement, la proposition de S. Vanuxem, autre modèle de dématérialisation du sol, visant à abandonner un sol matière au profit d'un sol lieu (place ou milieu) relèverait de la nature de la Terre, ou de fractions de la Terre, rappelant à nouveau le sol civiliste (cf. infra §599 et s.).

Pour revenir à la perspective de C. Panaccio et aux différentes propositions qu'il formule comme fondement de la relation concept, sujets, la relation de la ressemblance est un premier argument en faveur d'une conception matérialiste. Elle est certes insuffisante, sans pouvoir totalement être dépassée. La relation de ressemblance doit même pouvoir être établie. L'auteur parle à ce propos d'une exigence sémantique pour la représentation conceptuelle des objets extérieurs¹³⁶². La démarche des rédacteurs du code satisfait « naturellement » à ce critère, puisque leur volonté était de reprendre *in extenso* le monde tangible dans le droit. La liste des sujets, relevant du concept d'immeuble par nature, comme les fonds de terre, les terrains, les bâtiments, les arbres ou encore les moulins sur piliers, confirme l'analogie. Si l'on accepte de définir l'immeuble comme bien sensible se caractérisant par sa fixité (cf. supra §84 et s.), l'exigence sémantique de la ressemblance est plus que respectée. De même si l'on décline, en analysant le concept de fonds de terre visant les terrains, les prairies, les champs, les vignes, etc., la conceptualisation sur la base de la ressemblance orchestrée par le code apparaît tout aussi prégnante.

L'explication du respect du critère de la représentation physique de l'appareillage conceptuel tient à la vision matérialiste du code. C'est parce que, seuls les corps pouvaient être sujets de propriété, que le code se limite à la conceptualisation du monde sensible, et encore en prenant garde de rester centré sur une approche objective. Pour les rédacteurs du code, le moulin n'est pas un lieu où faire de la farine, mais un bâtiment fait de pierres, briques « fixé(es) au sol par des piliers ». L'observation pourrait confiner à la tautologie, si elle ne représentait pas un lien vers la relation que C. Panaccio retient pour expliquer, la relation concept, sujets, c'est-à-dire la finalité. Selon l'auteur : « nos concepts d'une manière ou

¹³⁶² C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », *Chemins philosophiques*, Vrin, 2011, p. 13 « Certains concepts au moins doivent représenter d'une façon ou d'une autre des objets extérieurs, comme le concept de cheval. ».

d'une autre sont normés », et la relation entre le concept et les sujets qui en dépendent : « est une affaire de droit »¹³⁶³.

Ainsi, le concept matérialiste du bien, en complément de la relation de ressemblance, doit se fonder sur un but qui lui a été assigné, ce qui invite à s'interroger sur cette seconde relation.

D. Le matérialisme : la finalité du concept des biens du code

(561.) La matérialité du concept de bien du code est inséparable du modèle de propriété civiliste. Ces deux concepts se répondent et s'articulent ensemble. De plus, la finalité du concept d'un bien matériel n'est autre qu'une propriété individuelle et exclusive (1), et cette finalité peut difficilement relever de la nature des choses (2).

1. La finalité du concept d'un bien matériel : une propriété individuelle et exclusive

(562.) L'objectivation des biens du code a sans doute à voir avec une démarche mimétique ses rédacteurs vis-à-vis du monde extérieur, mais pas seulement.

La volonté de retranscrire directement le monde de la nature dans le monde du droit, voire d'assimiler les deux, n'est pas douteuse, encourageant ainsi une certaine confusion (cf. supra §45 et s.). Les références nombreuses, parfois naïves, à la vie quotidienne, souvent paysanne, ne laissent guère de place au doute. Néanmoins, cette orientation ne doit pas masquer l'ambition principale du concept de bien matérialiste, qui est d'attribuer aux propriétaires le maximum de prérogatives dans la gestion de sa chose.

En objectivant le monde sensible, le code prend ouvertement position pour une approche minimaliste du législateur et de l'État, seules entités, au demeurant, à pouvoir contraindre, obliger le propriétaire. Le but assigné au concept de bien est la liberté du propriétaire. L'histoire a démontré, par ailleurs, que cette liberté n'a pas empêché une montée en puissance de l'État et une sociabilisation de la propriété. Cependant, ces changements n'ont pas affecté le lien direct du propriétaire avec le bien objet de sa propriété, en raison de la structure du concept de bien. Derrière cette figure de l'individu en rapport immédiat avec son bien, se profile le caractère unitaire du bien, clef de l'exclusivité du droit de propriété. À l'inverse, la propriété de droits déconnectée de la chose, va être synonyme de division et de concurrence.

¹³⁶³ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », Chemins philosophiques, Vrin, 2011, p. 42.

En opérant un retour à la période antérieure au code, le modèle de base du système d'appropriation d'un bien était alors le double domaine. La propriété d'un fonds de terre s'entendait de la détention du domaine utile, le domaine éminent étant attribué à un autre sujet. La finalité du concept de double domaine était de traduire dans le monde des choses l'organisation féodale et/ou aristocratique de la société. Les prérogatives du propriétaire du domaine utile, comme éminent d'ailleurs, devaient se conformer à cette structuration du monde des choses. L'objectif assigné au bien matériel du code est strictement opposé. La matérialité traduit : « la liberté dans l'ordre des biens » pour reprendre la formule consacrée. Le sujet est laissé seul face à sa chose, dont la définition même, doit être objective.

Le propriétaire d'un fonds de terre, par exemple, pourra en vertu de l'article 544, mettre en œuvre des prérogatives, dans la seule limite des caractéristiques matérielles du bien, et des lois et règlements s'y appliquant. Dans tous les cas de figure, ce propriétaire conserve la possibilité d'accéder à son bien qui demeure dans sa forme la plus objective, un fonds de terre. Le caractère matériel du bien du code destiné à l'objectiver, s'articule avec le schéma de la propriété civiliste organisant « un tête-à-tête » entre le bien et son propriétaire, dont il est l'un des rouages. Il en irait autrement dans l'hypothèse d'un droit de construire, de cultiver ou d'habiter, d'une tenure ou d'une chose « place », comme le propose S. Vanuxem. Il est d'ailleurs essentiel de souligner que le concept de bien du code ne s'oppose pas à l'objectif plus étroit de ces concepts, mais les supplante, permettant au libre arbitre du sujet de jouer pleinement à tout moment.

Ainsi, la finalité du concept de bien est parfaitement cohérente avec sa dimension corporelle. En optant pour des choses incorporelles, le bien est redéfini idéalement en dehors des contraintes du monde réel. Or, cette définition pose d'abord la question de la finalité du concept le représentant, qui vraisemblablement ne sera plus la liberté du propriétaire, ou tout au moins, plus seulement.

En complément, de l'analyse de la finalité du concept matériel du bien du code, un aspect plus philosophique vaut d'être mentionné, à défaut d'être développé. Il s'agit de comprendre comment la finalité des concepts s'établit.

2. *La finalité des concepts entre convention linguistique et nature*

(563.) Toujours en référence à C. Panaccio, un concept est une représentation mentale à laquelle une fonction est assignée. Toutefois, deux processus peuvent prétendre déterminer la

norme contenue dans le concept. Ces processus s'articulent avec la nature du concept¹³⁶⁴. À cet effet, l'auteur distingue les concepts lexicaux, des concepts qu'ils qualifient de naturels¹³⁶⁵.

Les premiers concepts seraient construits à l'aide de mots, du langage, celui-ci constituerait la condition préalable à l'acte de conceptualisation d'un sujet. En d'autres termes, le langage conditionnerait notre pensée, et nos représentations nous seraient imposées par le sens des mots¹³⁶⁶. Dans cette hypothèse, le concept, et donc sa finalité, sont extérieurs à l'homme et sont de nature conventionnelle. « La signification des mots est (alors) parfaitement arbitraire », ¹³⁶⁷ pour reprendre Locke. La problématique n'est, bien sûr, pas nouvelle et, réactive le vieil antagonisme entre les connaissances innées et celles que l'homme acquiert par l'expérience. Depuis, que Locke, dans son ouvrage « l'Essai sur l'entendement humain » ¹³⁶⁸ a pris ouvertement position contre le concept d'idées innées, sans parvenir totalement à écarter cette éventualité¹³⁶⁹, le débat perdure.

C. Panaccio prend acte de ce questionnement, et souligne avec force la portée des concepts linguistiques, tout en notant l'existence de concepts naturels. Ceux-ci, contrairement aux concepts linguistiques, seraient internes au sujet. Leur formation relèverait de la téléosémantique, « selon laquelle l'extension des représentations en question tient pour chacune à la fonction qui est naturellement la sienne dans notre vie mentale. » ¹³⁷⁰, dans une approche évolutionniste¹³⁷¹. L'auteur cite l'exemple de la représentation de la mère¹³⁷² qui se forme chez le jeune enfant comme la personne le protégeant, le nourrissant, etc. Il ne s'agit pas bien entendu d'une idée innée, au sens où le sujet aurait, dès sa naissance, une idée précise du concept de mère lui permettant de reconnaître la sienne. Simplement, il dispose par lui-même, naturellement, des facultés pour développer ce concept, le langage, élément externe, n'intervenant qu'à posteriori.

¹³⁶⁴ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », Chemins philosophiques, Vrin, 2011, p. 51 : « L'important pour notre propos est que la valeur sémantique de ces représentations, qu'elles soient linguistiques ou mentales, découle directement de ce à quoi elles doivent servir, par convention ou par nature. ».

¹³⁶⁵ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », Chemins philosophiques, Vrin, 2011, p. 52.

¹³⁶⁶ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », Chemins philosophiques, Vrin, 2011, p. 55.

¹³⁶⁷ J. Locke, « Essai sur l'entendement humain », Livre III, chapitre II, § 8, p. 244 : « La signification des mots est parfaitement arbitraire. », « Oeuvres de Locke et Leibnitz, contenant l'Essai sur l'entendement humain revu, corrigé et accompagné de notes par M. F. Thurot », Paris, 1839.

¹³⁶⁸ J. Locke, « Essai sur l'entendement humain », Livre I « Des notions innées », Chapitre premier « Qu'il n'y a point de principes innés dans l'esprit de l'homme », p. 2, « Oeuvres de Locke et Leibnitz, contenant l'Essai sur l'entendement humain revu, corrigé et accompagné de notes par M. F. Thurot », Paris, 1839.

¹³⁶⁹ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », Chemins philosophiques, Vrin, 2011, p. 62. L'auteur ne se prononce pas en ce sens, mais mentionne le recours à la notion d'idées premières de Locke. Pour de plus amples développements sur le sujet voir V. Cousin, « Cours de l'histoire de la philosophie au XVIIIe siècle, histoire de la philosophie du XVIIIe siècle », Tome II, École sensualiste Locke, en particulier p. 317 et s.

¹³⁷⁰ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », Chemins philosophiques, Vrin, 2011, p. 64.

¹³⁷¹ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », Chemins philosophiques, Vrin, 2011, p. 66.

¹³⁷² C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », Chemins philosophiques, Vrin, 2011, p. 50.

C. Panaccio conclut donc en disant : « Le plus probable, par conséquent, et que nous disposions au fil de notre existence de deux sortes de concepts : ceux dont le contenu représentationnel est hérité de la signification d'unités linguistiques extérieures, et ceux qui se sont formés naturellement en nous sans le concours du langage »¹³⁷³.

La proposition invite à s'interroger bien entendu sur la nature du concept de bien matérialiste du code, et, au regard des développements qui précèdent, à désigner la catégorie des concepts linguistiques.

Le langage dont il est question est bien entendu celui des juristes, des « jurisdiseurs ». Le concept du bien civiliste est donc parfaitement arbitraire. D'ailleurs, d'autres systèmes juridiques ne le reconnaissent pas, et il n'a pas toujours prévalu en droit civil français. Le sol corps pourrait sans doute, lui, être qualifié de concept naturel, mais le sujet est tout autre. Ce même concept repris par la science juridique dans le but d'en faire un objet de propriété, dont la corporalité sert la liberté du propriétaire, ne peut plus être un concept naturel. Le seul moyen d'arriver à cette conclusion serait de voir dans la propriété du code elle-même un concept naturel, ce qui n'est pas soutenable.

Après être remontée à la source de la notion de bien pour comprendre le façonnage du sol unitaire de la propriété du code versus le sol divisé de la propriété simultanée, la problématique doit être abordée sous un autre angle : le sujet. Ce sujet, ou personne, est également un élément permettant d'organiser une relation d'appropriation unitaire ou divisée du sol nécessitant de poursuivre notre investigation.

§3 Le concept de personne : l'autre clef de la propriété simultanée

(564.) Sous l'angle de la propriété, le concept de personne de la science juridique conduit à la distinction classique personne physique, personne morale. Une attention particulière sera portée à ce second terme.

Toutefois, le premier ne doit pas être négligé. Historiquement, la personne physique représente le sujet originel. D'autre part, sans cette personne, l'inclination en faveur du dualisme¹³⁷⁴ du code risquerait d'être passée sous silence. Or, la *summa-divisio* est une technique chère au droit français. Elle se retrouve dans le couple, personne versus bien, ou

¹³⁷³ C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », *Chemins philosophiques*, Vrin, 2011, p. 57.

¹³⁷⁴ Dualisme est employé dans un sens de la philosophie métaphysique, C. Demonque, E. Clément, L. Hansen-Love, P. Kahn, « La philosophie de A à Z », Hatier, Paris, 2011. Entrée : Dualisme : « Théorie selon laquelle le monde est formée de

droit réel versus droit personnel, mais encore au travers de la distinction matière, abstraction, rappelant également le modèle cartésien, et la division entre l'âme et le corps.

Cette tendance se vérifie pour le couple personne physique, entité corporelle originelle, et la personne morale relevant de l'abstraction, puisqu'elle est composée de plusieurs personnes. L'addition de deux personnes ou plus, constituant la personne morale, n'aboutit pas à une super personne, mais seulement à un groupe se référant à deux personnes. Dans une perspective patrimoniale, la distinction personne physique, personne morale est corrélée avec celle de la petite propriété versus grande propriété, ou encore propriété individuelle, propriété collective.

Ce second aspect nous ramène à la problématique propriété unitaire, propriété divisée (cf. supra §534 et s.). Ainsi, la personne physique serait associée avec une petite propriété, individuelle et unitaire, alors que la personne morale serait plutôt synonyme de grande propriété, collective et divisée. Le raisonnement dévoile, derrière la figure de personne ou de sujet de droit, celle plus spécifique du propriétaire, qui intéresse directement le droit des biens.

Ce droit des biens sera évidemment celui du code, et partant de là, le propriétaire s'incarnera plus facilement dans la personne physique (A), qui lui servira même de mètre étalon. La personne morale se verra, elle, attribuer le prestigieux statut de propriétaire avec beaucoup plus de retenue, notamment en raison de ses accointances avec la propriété collective (B). Seule sa conversion à l'individualisme lui permettra de devenir, un propriétaire à part entière, et peut être même le nouveau propriétaire (C), même s'il n'est pas certain que cette conversion soit exclusive d'une dimension collective de la personne morale.

A. La personne physique : personne par excellence et propriétaire modèle

(565.) Avec la Révolution, l'homme devient l'élément clef du corps social. Simplement, cette position lui impose de se sociabiliser pour jouer le rôle qui lui est dévolu. L'homme est conditionné pour devenir un individu, sujet de droit (1). Cette entorse à l'idéal révolutionnaire, doit, cependant, aussi, être relativisée, par la situation du sujet de l'Ancien Régime (2).

deux substances indépendantes l'une de l'autre et de nature absolument différente : l'esprit et la matière ou, chez Descartes, l'âme et le corps. ».

1. *L'individu sujet de droit ou l'homme parfait de la Révolution*

(566.) En guise d'introduction, il est possible de dire que le sujet propriétaire est un être humain, individué, mais aussi : « ... tel qu'il est pris en considération par le droit ». La formule vient du doyen Carbonnier pour qui : « ... une théorie générale des personnes physiques devrait être une théorie juridique de l'homme. »¹³⁷⁵. Cet auteur rappelait également le statut particulier de la personne physique, au travers de l'un de ses formules fait de la personne physique : « la personne par excellence ».

Ce privilège est clairement à mettre à l'actif de la Révolution française, et s'inscrit dans l'avènement de « l'homme nouveau »¹³⁷⁶. Pour arriver à ce résultat, la Révolution, puis dans son sillage le Code civil, définirent l'homme comme un individu. Cet être à part entière, transcendant le groupe, est même, l'un des apports essentiels de cette période. Individu s'entend ici en tant qu'être ayant une entité propre, mais aussi en tant qu'unité de base indépassable d'un ensemble plus vaste, en l'occurrence le corps social. Non sans idéalisme, l'individu révolutionnaire se confondait avec l'homme à l'état de nature, dont Rousseau avait vanté les vertus, comme le rappelle l'article 1 de la DDHC de 1789 : « les hommes naissent libres et égaux en droits. ». Notons toutefois que la déclaration concerne le citoyen autant que l'homme. Dans le monde des choses, cet homme pris isolément devint le référent suprême par l'intermédiaire de la propriété¹³⁷⁷. Ce lien direct ne se limita pas à la propriété. Plus généralement, l'individu incarna le modèle du sujet de droit, c'est-à-dire la personne bénéficiant de droits subjectifs reconnus et garantis par la collectivité.

Ainsi, la Révolution, en partant de l'homme, glissa vers l'individu puis un sujet de droit.

(567.) Le doyen Carbonnier fait état de cette idée d'évolution entre l'homme (à l'état de nature) et le sujet de droit. Selon l'auteur, l'individu idéal révolutionnaire fut aussi, et surtout, tel que le droit positif le façonna. L'homme à l'état de nature dut se sociabiliser (laissant à penser que la nature de l'homme est de se muer en un être social).

Le propriétaire fut, il est important de le souligner, d'abord un citoyen¹³⁷⁸ et non un homme, ou pas seulement. L'article 8 du Code civil¹³⁷⁹ confirme le recentrage de l'homme vers le citoyen, tout comme il révèle l'indécision concernant l'abolition de l'esclavage, qui fut

¹³⁷⁵ J. Carbonnier, « Droit civil (Thémis), Tome premier, Introduction à l'étude du droit et du droit civil », PUF, Paris 1956, p.166.

¹³⁷⁶ J. Laurent, « La propriété des droits », LGDJ-Lextenso éd., Bibliothèque de droit privé, 2012, §10 p. 10.

¹³⁷⁷ Propriété qui est d'ailleurs le second droit naturel imprescriptible de l'homme après la liberté et avant la sûreté et la résistance à l'oppression, cf. article 2 de la DDHC de 1789 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. ».

¹³⁷⁸ A propos du rapport entre propriété et citoyenneté voir M. Xifaras, « La Propriété : Étude de philosophie du droit », PUF, 2004, § 7.2. : « L'élévation du propriétaire », p. 85 et plus particulièrement p.88, 89 et 91

définitivement acquise, seulement en 1848¹³⁸⁰. Le propriétaire individu ou citoyen post révolutionnaire est un être social, influencé par son temps et son environnement. *In concreto*, le caractère universel du sujet citoyen perd en intensité. C'est d'abord un être localisé dans le temps et dans l'espace, soumis à des contraintes géographiques, politiques, en résumé sociales.

Cet être localisé doit être mis en relation avec le phénomène de territorialisation, autre fait marquant de la Révolution, dont l'exemple bien connu est la création des départements. Plus globalement encore, un lien existe sans doute, avec l'idée de la nation ou d'État nation. Le territoire national, par l'intermédiaire des frontières - des limites -, rendait possible l'individualisation du citoyen au prix d'un paradoxe, un universalisme relatif.

Une fois la jonction au territoire réalisée, le statut de citoyen n'est toujours pas universel, mais a vocation à s'appliquer d'une façon générale dans les limites de ce territoire. Il est même loisible d'imaginer que la solution peut être dupliquée, par la création d'autres territoires ou d'autres nations.

Le schéma n'est pas sans rappeler la structure de l'article 544 avec un propriétaire (sujet d'un droit absolu), un bien (dont l'archétype est le sol qui pourrait être une déclinaison privée et parcellaire du territoire national) et les pouvoirs publics (l'État). Autre trait commun, propriétaire et citoyen forment une catégorie au sein de laquelle règnent l'unité et l'égalité. F. Zenati et T. Revet mentionnent le lien étroit entre citoyenneté et propriété et vont même jusqu'à dire : « La citoyenneté se fonde particulièrement sur la propriété : elle est la capacité à devenir propriétaire »¹³⁸¹. J.-F. Niort en approchant la question sous un angle différent arrive à une conclusion assez semblable, et l'exprime en des termes précis : « Si l'individu est au centre du Code, ce n'est donc pas en tant que personne humaine, mais comme personne juridique titulaire de biens, et dont il faut réglementer juridiquement les rapports sociaux et économiques. En ce sens, ce n'est pas l'individu qui est au centre du Code, mais l'individu chef de famille et propriétaire, ou, pire encore, la réglementation de la propriété elle-même. »¹³⁸².

Le sujet de droit engendré par la Révolution n'est donc ni un homme à l'état de nature, ni un être universel. Néanmoins, il ne peut être confondu avec le sujet, et en particulier le propriétaire, de l'Ancien Régime.

¹³⁷⁹ Article 8 Code civil : « Tout Français jouira des droits civils. », pour les étrangers voir articles 11, 14 et 15.

¹³⁸⁰ Voir loi 4 avril 1792 donna la citoyenneté à tous « les hommes de couleur et nègres libres » et Décret d'abolition de l'esclavage du 29 août 1793, puis le traité d'Amiens, et enfin le décret relatif à l'abolition de l'esclavage dans les colonies et les possessions françaises du 27 avril 1848 : « Le Gouvernement provisoire, Considérant que l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine ; qu'en détruisant le libre arbitre de l'homme, il supprime le principe naturel du droit et du devoir ; qu'il est une violation flagrante du dogme républicain : Liberté, Égalité, Fraternité... ».

¹³⁸¹ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3^e édition, PUF, 2008, §10 p. 41.

2. *La Révolution révèle l'individu au travers du droit et de la propriété*

(568) Sous l'Ancien Régime, la propriété du sol était également détenue par un sujet de droit, sans toutefois que celui-ci puisse être assimilé au propriétaire citoyen.

Très loin de l'univers réel, positiviste, du propriétaire citoyen, unité exclusive du territoire français, sous l'Ancien Régime l'individu devait tenir compte d'une organisation par ordres de la société. L'unité était le groupe : le clergé, la noblesse et le tiers état¹³⁸³, suivant le lien de proximité de chacun de ces ordres avec Dieu, traduisant une référence commune au sacré. L'individu n'existait pas en tant que tel. Il était une entité à part entière, mais affectée dans l'une des trois catégories de la société de l'Ancien Régime, qui le transcendait. Cette division sociale, au surplus hiérarchisée, se conjugait avec une forte dimension collective de la propriété. La caractéristique apparaît dans le concept du double domaine, associant au minimum deux sujets, les communautés agraires, ou à un micro niveau, la famille¹³⁸⁴.

Par ailleurs, et arrive ici un trait essentiel de la société ayant eu cours avant la Révolution, l'organisation du corps social était corrélée avec la détention de la terre, la propriété foncière étant l'émanation de la structure sociale¹³⁸⁵. Un historien du droit déclara : « On peut (donc) définir le régime féodal privé (comme) : une double hiérarchie corrélative de personnes et de terres. »¹³⁸⁶. Cette « double hiérarchie corrélative » s'organisa autour de l'institution du domaine divisé entre domaines direct et utile.

À la classification des personnes correspondait une classification des droits sur le sol, prolongeant l'impossible existence de la catégorie individu (au sens citoyen) dans le domaine foncier.

La propriété communautaire offrait un visage quelque peu différent de la propriété féodale, au sens strict. À l'intérieur du groupe, la scission s'opérait entre la communauté prise dans son ensemble et son représentant selon des modalités variables¹³⁸⁷; mais, là encore, l'individu n'était pas le fondement du système. La propriété allodiale, autre mode de

¹³⁸² J.-F. Niort, « Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature... ». Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des Français », *Droit et cultures* [En ligne], 48 | 2004-2, mis en ligne le 03 mars 2010, consulté le 16 décembre 2014. URL : <http://droitcultures.revues.org/1708> §53.

¹³⁸³ Pour une présentation plus précise de l'organisation sociale de l'Ancien Régime voir par exemple E. Chénon, « Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815 », t. II, Paris, Sirey, 1929, p. 2 §339.

¹³⁸⁴ J.B. Brissaud, « Cours d'histoire générale du droit français public et privé, tome2, 1904, Paris §4 p. 1218.

¹³⁸⁵ Ed. Meynial, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XIIe au XIVe siècle dans les remontrances : Étude de dogmatique juridique », *Mélanges Fitting*, Montpellier, 1907-1908, t. II, p. 3 §1.

¹³⁸⁶ E. Chénon, « Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815 », t. I, Paris, Sirey, 1926, p.469 §185 : avant cette définition conclusive l'auteur indique « Il (le régime féodal) introduit entre les personnes des liens de dépendance à plusieurs degrés, qui aboutissent à former une chaîne personnelle. Il introduit ensuite ces mêmes liens entre les terres, qui finissent par former une chaîne réelle. Enfin ces deux chaînes se trouvent dans une corrélation étroite ; leurs anneaux correspondants sont en quelque sorte soudés l'un à l'autre, ce qui veut dire que si B dépend de la terre de A, le possesseur de B dépendra du possesseur de A, et inversement... ».

¹³⁸⁷ J.B. Brissaud, « Cours d'histoire générale du droit français public et privé », tome2, 1904, Paris, p. 1222.

propriété de l'Ancien Régime, représentait la seule forme semble-t-il, véritablement individualisée de la propriété, mais était une exception au principe général. La Révolution a donc révélé l'individu par le détour d'un citoyen ancré sur un territoire, étant précisé qu'avec le temps, le citoyen s'est rapproché de l'homme sans revenir à l'homme à l'état de nature. Cette mutation opérée par la Révolution, pourrait être résumée en disant que la société ségrégationniste de l'Ancien Régime a fait place à une société exclusive¹³⁸⁸.

Le propriétaire citoyen de la Révolution appartient à la catégorie des personnes physiques, un sujet unique, tranchant avec l'esprit collectif de l'Ancien Régime. Il se définit aussi : « par opposition à la personne morale »¹³⁸⁹ comme, un autre sujet de droit qui lui est plus contemporain. Cet autre sujet est lui aussi vu par le droit comme le support de droits subjectifs et donc, susceptible de détenir la propriété. Cependant, son profil est bien différent de la personne physique, et sa relation avec la propriété bien plus complexe.

B. La personne juridique ou le spectre d'une contre-propriété

(569.) Pour le juriste actuel, la réflexion autour de la personne morale et la propriété collective relève du passé. Pourtant, en y regardant de près, la perspective pourrait s'avérer d'une modernité évidente, même si nous ferons le choix de ne pas développer ici ce point.

En revanche, dans une perspective patrimoniale mettant en parallèle propriété individuelle et divisée, la dimension collective de la personne morale est un point de passage indispensable. La problématique met en effet à jour, comment le droit aborde la reconnaissance de cet être idéal qu'est la personne morale (1). Cette reconnaissance est d'autant plus intéressante, qu'elle défie le cadre conceptuel du code (2), notamment en faisant peser un risque sur le modèle de propriété civiliste (3).

1. La personne morale une réalité dite par le droit

(570.) La différence profonde entre une personne morale et une personne physique, vient de leur nature même. La personne morale appartient au monde idéal et la personne physique au monde réel. La distinction est irréductible, sans être absolue.

Ainsi, ce constat n'est pas contradictoire avec la position de P. Amseleck. Ce dernier déclare en effet : « Les choses du monde sensible ne sont pas les seules entités réelles ; les produits

¹³⁸⁸ Exclusif s'entend dans un double sens, comme un privilège accordé à certaines personnes, synonyme d'unique, mais aussi dans le sens qui a force ou pouvoir d'exclure.

de l'esprit, actes et objets mentaux y compris les concepts ou catégories, sont aussi des réalités »¹³⁹⁰. La personne morale est assurément une réalité dans la société française du 21^{ème} siècle. Cette personne morale pourra s'incarner en une société, une association, une collectivité territoriale, etc. Sa nature diffère néanmoins de celle d'une personne physique. Ainsi, la personne morale est une réalité venant du monde idéal. Pour reprendre, les mots de P. Amseleck, la personne morale n'a pas : « de référent dans le monde extérieur », ce qui ne l'empêche pas de posséder un ou plusieurs représentants.

L'observation n'a pas pour but de faire renaître l'antique débat entre la thèse de la fiction¹³⁹¹ et la thèse de la réalité¹³⁹² technique de la personne morale. Cette dernière théorie s'impose aujourd'hui, soutenue en particulier par la jurisprudence¹³⁹³, sans être cependant exempte de critiques.

G. Wicker par exemple, en formule deux se rapportant à la thèse de la personne morale réalité technique. L'auteur mentionne d'abord le recours au concept de personne morale unipersonnelle qui opère une forme de dédoublement, stricto sensu, d'une personne physique par définition réelle. Ensuite, G. Wicker évoque l'intérêt distinct, et parfois opposé, de la personne morale avec celui de ses membres. Certains auteurs vont au-delà et prônent « de renouveler complètement la vision que l'on peut avoir de la personnalité morale », pour rendre compte de l'évolution du droit des affaires et de la dimension légale de ces sujets de droit¹³⁹⁴.

Ces critiques, qui n'ont pas à être développées ici, rejoignent cependant notre propos en marquant l'indiscutable distinction entre la personne morale et la personne physique, avec laquelle le droit doit pourtant composer. La différence entre les deux sujets explique celle qui existe entre notamment la naissance de la personne et l'attribution de la personnalité morale, sa constitution, ou encore la dissolution de cette dernière. Le droit par la théorie de la réalité, rend réelles les personnes morales, sans pouvoir bien entendu accéder à la réalité biologique de la personne physique. La réalité de la personne morale tient sa légitimité du droit, en tant que révélateur d'une réalité sociale et non pas biologique.

En d'autres termes, la réalité « personne morale » est une réalité d'abord « dite » par le droit, alors que pour la personne physique, le droit se place plutôt dans une démarche descriptive. Cet axiome mériterait pourtant d'être nuancé, comme le laissent pressentir : les deux

¹³⁸⁹ G. Cornu, *Association Henri Capitant*, Vocabulaire. 3ème édition, PUF, 1987.

¹³⁹⁰ P. Amseleck, « Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général », Armand Colin, Paris, 2012, p. 112.

¹³⁹¹ G. Wicker, V° « Personne morale », *Rép. civ.*, juin 1998, (dernière mise à jour : septembre 2013) §9.

¹³⁹² G. Wicker, V° « Personne morale », *Rép. civ.*, juin 1998, (dernière mise à jour : septembre 2013) §11.

¹³⁹³ « La personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être protégés » arrêt de principe Cass. Civ., 28 janv. 1954, JCP 1954. II. 7958, concl. Lemoine ; D. 1954. 217, note Levasseur.

¹³⁹⁴ J. Paillusseau, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD Civ.* 1993 p. 705.

expressions plutôt et d'abord, et sans doute, plus encore, d'être développé. Il ne serait pas raisonnable de le faire ici, et nous nous limiterons à indiquer en quoi cette question de la nature de la personne morale intéresse la propriété du sol, et plus précisément la propriété simultanée.

À quoi cela tient-il ? La réponse est assez simple et peut être formulée ainsi : la personne morale permet de passer de l'unité à la division et vice-versa, ce qui rejoint la problématique propriété simultanée, divisée, versus la propriété du code, unitaire. Pour s'en convaincre, un nouveau détour historique est nécessaire.

2. *La méfiance révolutionnaire à l'égard de la personne morale et des autres entités collectives capables de nuire à l'individu comme à l'État*

(571.) Ce détour sur l'origine de la personne morale sera aussi un retour à « l'an un », c'est-à-dire à la période révolutionnaire et l'un de ses enfants, le Code civil. Le poids de ces événements dans l'avènement du sujet de droit moderne, et la nouvelle perspective portée par le droit sur la personne physique ont été évoqués ci-dessus. Toutefois, cette première étape appelle un complément, car si le code s'est fait le chantre de l'individualisme révolutionnaire en parfaite harmonie avec la personne physique, la personne morale a connu un traitement bien différent. Il est même possible de dire que la faveur donnée à l'individu biologique, l'a été au détriment de la personne morale. Tout comme le traitement très distant, du droit de superficie (cf. supra §30 et s.), le code fut très réticent vis-à-vis de la personne morale¹³⁹⁵.

Traditionnellement, la doctrine s'accorde à reconnaître la filiation de la notion de personne morale avec une seule¹³⁹⁶ disposition, l'article 529 al.1¹³⁹⁷. Encore faut-il préciser qu'elle a pour objet de qualifier de meuble les parts sociales¹³⁹⁸. Quelles sont les raisons de ce rejet ?

¹³⁹⁵ G. Wicker, V° « Personne morale », Rép. civ., juin 1998, (dernière mise à jour : septembre 2013) §3.

¹³⁹⁶ Peut-être deux avec l'article 619 « L'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans. » Le doyen Carbonnier parle des « allusions du Code civil » J. Carbonnier, « Droit civil (Thémis), Tome premier, Introduction à l'étude du droit et du droit civil », PUF, Paris 1956 §86 p. 285. Planiol parle lui de « périphrase » à propos du traitement par le code des personnes morales et cite les articles 538 al2 et 619. Selon l'auteur, c'est avant tout sous l'angle du droit public et au travers des notions « établissements publics ou d'utilité publique » que le sujet est abordé M. Planiol, « Traité élémentaire de droit civil », Paris, Tome 1, Paris, 1904, §3012 p. 982.

¹³⁹⁷ Art. 529 Code civil « Sont meubles par la détermination de la loi les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société.

Sont aussi meubles par la détermination de la loi les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur des particuliers. ».

¹³⁹⁸ R. Saleilles, « De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques », Paris : Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur ROUSSEAU, 1922, p. 3 : « Ainsi, l'article 529 du Code civil de 1804 dispose-t-il que « tant que dure la société », les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie ont un caractère mobilier quand bien même ces compagnies détiendraient des immeubles. Admettant que les associés n'ont que des droits mobiliers en dépit de la mise en commun

Selon R. Saleilles, elles étaient nombreuses et concordantes. Pour les décrire, l'auteur parle à la fois : (i) d'anomalies philosophiques : une entité collective étant seulement la somme d'individus ; (ii) juridiques : la personne morale est une fiction échappant à la réalité : « qui n'a d'existence que dans la représentation allégorique que l'esprit s'en fait » ; et pour finir (iii) d'anomalies politiques¹³⁹⁹. À juste titre, R. Saleilles considérait cette dernière raison comme : « la plus grave de toutes », car : « Tout organisme étranger à l'État, bénéficiaire de droits distincts, capable d'avoir des biens et d'augmenter indéfiniment son patrimoine, apparaissait aux hommes de la fin du dix-huitième siècle comme un danger considérable ». Les rédacteurs du Code civil héritèrent de cette hostilité pour les corporations et corps intermédiaires, comme le souligne le doyen Carbonnier¹⁴⁰⁰. Non sans opportunité, la liquidation des biens nationaux par l'Assemblée constituante, vint nourrir, avec quelques arrière-pensées, ce sentiment. D'autre part, face à « ces anomalies » frappant les personnes morales, se dressait un individualisme forcené, tout juste libéré du joug de l'opresseur. Ainsi, l'agrégation des motifs du refus de la personne morale coïncidait avec la volonté d'ériger en référence absolue l'individu et la propriété individuelle. Cet avènement, comme le rappelle justement R. Saleilles, suppose la présence de l'État. Par contre, a contrario, l'individualisme induit le rejet du groupe et de la propriété collective.

3. *La personne morale ou le spectre d'un être fictif conduisant à la propriété collective*

(572.) La dimension collectiviste de la personne morale est ancienne, et rejoint l'épineuse question de la nature de l'institution.

Même en s'en tenant à des observations générales, il faut, *a minima*, indiquer que l'assimilation de la personne morale à une propriété collective a été, en particulier, le fait des tenants de la théorie fictive de la personne morale. Fictive est ici synonyme de négatrice¹⁴⁰¹, dans le sens où la fiction juridique ne sous-entend pas l'intervention de la loi dans le processus de création de la personne morale, et modifie le mode d'appropriation des biens de celle-ci. Dans ce contexte, la propriété n'est plus la propriété individuelle d'une personne, d'un sujet (personne morale), mais une propriété collective de plusieurs sujets, regroupés au sein d'une entité – la personne morale.

d'immeubles, il convenait de reconnaître que la société est une entité distincte de ses membres, qui exerce ses droits sur les immeubles qu'elle possède. Pour une reconnaissance expresse, il faudra attendre le XX^e siècle. ».

¹³⁹⁹ R. Saleilles, « De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques », Paris : Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1922, p. 4.

¹⁴⁰⁰ J. Carbonnier, « Droit civil (Thémis), Tome premier, Introduction à l'étude du droit et du droit civil », PUF, Paris 1956 §75, p. 252.

¹⁴⁰¹ G. Wicker, V^e « Personne morale », Rép. civ., juin 1998, (dernière mise à jour : septembre 2013) §10. L'auteur évoque le courant dans ses deux dimensions : le patrimoine sans sujet et la propriété d'un groupe d'individus ou la propriété collective.

L'orientation conduit naturellement à traiter la question des personnes morales, dénommées aussi personnes fictives, non pas comme une notion relevant du droit des personnes, mais du droit des biens. M. Planiol se rattache assurément à cette thèse pour la partie assimilant la personne morale à une propriété collective, étant précisé, qu'il existe une seconde branche de la théorie patrimoniale de la personne morale, se rattachant à la notion de patrimoine sans sujet. La collectivité de sujets prime dans la première branche de cette thèse, alors que dans la seconde, c'est le bien, objet de l'appropriation du groupe qui domine.

Sur l'aspect collectiviste, M. Planiol développe naturellement sa : « théorie de la personnalité fictive » au chapitre premier de sa partie sur la propriété collective appartenant au droit des biens¹⁴⁰². Toujours avec cohérence, il prône la négation de la personnalité fictive, en disant : « L'idée de la personnalité fictive est une conception simple, mais superficielle et fausse, qui cache aux yeux la persistance, jusqu'à nos jours, de la propriété collective à côté de la propriété individuelle ; »¹⁴⁰³. Dans un ouvrage référence de 1910 intitulé « De la personnalité juridique », R. Saleilles, défenseur de la thèse réaliste, épris d'histoire¹⁴⁰⁴, répondit aux critiques de Planiol par deux arguments essentiels. D'abord, il indiqua que la personne morale était constituée par deux éléments selon lui, irréductibles : « une collectivité d'ayants droit d'une part, et (d') une unité patrimoniale d'autre part »¹⁴⁰⁵. Ce faisant, R. Saleilles invalidait les deux branches de la thèse niant la personne morale, en les opposant l'une à l'autre. La collectivité d'ayants droit contredit l'idée d'un patrimoine sans sujet, et l'unité de patrimoine, la collectivisation de la propriété. Ensuite, l'auteur loin de nier la dimension collective de l'institution, ne la rejette pas comme le propose M. Planiol, mais la redéfinit, non sans habileté d'ailleurs.

Selon R. Saleilles, la collectivité des ayants droit peut subsister, à une condition, ne pas remettre en cause la clef de voûte du code, la propriété individuelle¹⁴⁰⁶. Pour ce faire, l'auteur en appelle simplement au *numerus clausus* de l'article 543¹⁴⁰⁷. La propriété

¹⁴⁰² M. Planiol, « Traité élémentaire de droit civil », Paris, Tome 1, Paris, 1904, p. 977.

¹⁴⁰³ M. Planiol, « Traité élémentaire de droit civil », Paris, Tome 1, Paris, 1904, §3017 p. 982.

¹⁴⁰⁴ L'incision n'a d'autres ambitions que de signaler l'approche historique et plus généralement scientifique de R. Saleilles. D'ailleurs, dès l'introduction de son ouvrage Saleilles s'attaque aux piliers « abstraits » de l'individualisme révolutionnaire en se référant notamment à l'histoire : « Voilà ce que nous révèle l'histoire, ce que nous enseigne la sociologie, et ce que doit admettre la philosophie, si peu qu'elle veuille descendre de ses abstractions, pour prendre contact avec les réalités. ». H. Capitant en rédigeant la préface de l'ouvrage développe longuement cet aspect, par exemple : « Suivant sa méthode habituelle, il avait abordé le problème par l'histoire. C'est à elle qu'il a demandé des enseignements, c'est elle qui lui a révélé l'évolution de la notion de personnalité juridique. », R. Saleilles, « De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques », Paris : Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1922, Préface p. VII.

¹⁴⁰⁵ R. Saleilles, « De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques », Paris : Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1922, p. 387.

¹⁴⁰⁶ R. Saleilles, « De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques », Paris : Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1922, p. 409 : « A la condition qu'on ait fait de la propriété collective une forme de propriété absolument opposée à celle que connaît le Code civil français dans les textes qui nous en donnent la définition ».

¹⁴⁰⁷ R. Saleilles, « De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques », Paris : Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1922, p.

collective d'une unité patrimoniale correspond en effet, non seulement à la création d'un nouveau droit réel, mais introduit une autre forme de propriété concurrente de la propriété individuelle, capable de la supplanter. Dans cette hypothèse, l'individu ne peut pas dépasser le groupe. Il doit composer avec ce groupe, qui en quelque sorte s'immisce entre le sujet et le bien. Or, une telle hypothèse contrevient à l'individualisme révolutionnaire, pour lequel la conditionnalité du sujet ne tient qu'à l'État (cf. supra §67).

Pour contourner cette difficulté de taille, R. Saleilles va étendre l'unité patrimoniale aux ayants droit du groupe. Ces derniers vont s'unifier au sein de la personne juridique devenue personne morale, organisant de la sorte le passage de la division à l'unité. La propriété est collective à l'intérieur de la personne morale, mais individuelle dans une perspective extérieure, sauvegardant ainsi l'orientation individualiste du modèle.

Il n'est pas utile d'aller plus avant dans ce débat. Pour le clore, il sera simplement fait référence à la position du doyen Carbonnier qui prolonge celle de R. Saleilles. Comme ce dernier, Carbonnier constate la centralisation de la communauté d'individus dans la personne morale, tout en relevant que cette dernière va bien au-delà de cet aspect, comme en témoignent les droits extrapatrimoniaux dont elle jouit¹⁴⁰⁸. La personne morale est ainsi, à n'en pas douter, un sujet de droit à part entière, doté de droits extrapatrimoniaux, mais aussi patrimoniaux.

C. La personne morale : un sujet individualisé synonyme d'une propriété individuelle ?

(573.) Le concept de personne morale n'intéresse plus guère le droit des biens, même si l'apport patrimonial de ces entités est incommensurable. Quel que soit l'intérêt des réticences pouvant être formulées à leur endroit, les personnes morales se sont, non seulement affirmées comme des réalités sociales, mais encore des réalités incontournables.

413 : « L'article 543 énumère limitativement, comme vous le savez, les différents droits réels que l'on peut avoir sur les biens. Et l'on est à peu près d'accord pour donner au principe de l'article 543 une portée très générale. Il s'appliquera, non seulement aux différentes variétés de droits réels, mais aux modalités du droit de propriété lui-même, c'est-à-dire aux différentes formes qu'il peut revêtir. Ce que l'on a voulu dire dans l'article 543, c'est que la réglementation, et à plus forte raison la création, des différents droits réels, n'étaient pas laissées à la libre initiative de la volonté privée, mais qu'elles appartenaient exclusivement au domaine de la loi. Le Code civil n'a pas voulu s'exposer à voir revivre le fouillis inextricable des différentes tenures de notre ancien droit, même à laisser de côté toute question de féodalité proprement dite. Il a voulu que toutes les formes de propriété et de possession du sol ne fussent établies que sous le contrôle de la loi. Telle est l'interprétation la plus généralement admise de l'article 543. ».

¹⁴⁰⁸ J. Carbonnier, « Droit civil (Thémis), Tome premier, Introduction à l'étude du droit et du droit civil », PUF, Paris 1956 §75 p. 252 : « L'existence d'un patrimoine autonome semble tellement essentielle que l'on a parfois présenté la personnalité morale comme un concept relevant du droit des biens, comme un simple mode d'appropriation collective des choses. Il y a, cependant davantage dans la personnalité morale, et notamment, le droit d'ester en justice...poussant plus loin, on reconnaît à la personne morale des attributs extra patrimoniaux... ».

Le principe de leur intégration par le droit laissait donc peu de place au doute (1). Cependant, la discussion semble se poursuivre, et introduire une fois encore la question de l'individu dans son rapport aux choses (2).

1. La personne morale un concept pragmatique supplantant les individus

(574.) Avec le recul du temps, la « victoire » de la personne morale n'a rien de surprenant. L'idéalisme individualiste révolutionnaire ne pouvait s'opposer à la recomposition du paysage du 19^{ème} siècle, ni à la constitution des grandes puissances industrielles de l'époque, dépassant fatalement le sujet personne physique. « L'homme nouveau », né de la Révolution, ne fut pas un enfant unique. Tout comme l'industrie minière a tordu le bras, ou l'esprit, du code, pour permettre la dissociation du sous-sol aux dépens du propriétaire foncier, la personne morale l'a emporté face à un individu seulement biologique.

Ces deux situations ont un autre point commun. Le besoin d'évolution venant des mutations sociales s'opposait frontalement aux grands principes véhiculés par le code, suggérant l'immobilisme et le rejet du changement. Or, dans les deux hypothèses, le droit a cédé, mais l'évolution s'est produite conformément aux principes du code, code qui est même sorti renforcé de ces deux expériences. La loi de 1810 s'est traduite par la propriété minière amorçant ainsi la propriété volumique (cf. supra §190 et s.). La personne morale a, elle, « enfanté » un nouveau sujet de droit, au moins aussi individualiste que le citoyen propriétaire.

L'observation pourrait apparaître passéiste ; il n'en est rien, bien au contraire. Les manuels de droit modernes classent tous, la personne morale au titre des personnes et non des biens, sans que cela n'appelle de critiques. Néanmoins, la problématique d'appropriation collective n'en a pas pourtant disparu et la personne morale y reste associée. C'est pourquoi certains auteurs favorables à la propriété sinon collective, au moins communautaire, voient la personnalisation individualiste des personnes légales comme : « un puissant outil de conjuration des formes communes de propriété »¹⁴⁰⁹.

Au surplus, les observations surannées de Planiol sur les dangers de la personnalisation des êtres fictifs possèdent, contre toute attente, de forts accents de modernité. On retrouve ces accents lorsque l'auteur, citant Jhering¹⁴¹⁰, indique que seul l'homme devrait être destinataire

¹⁴⁰⁹ M. Xifaras, « La Propriété : Étude de philosophie du droit », PUF, 2004, p. 146.

¹⁴¹⁰ M. Planiol, « Traité élémentaire de droit civil », Paris, Tome 1, Paris, 1904, § 3018 p. 983, citation de Jhering par l'auteur : « La personne juridique comme telle est incapable de jouir; elle n'a ni intérêts ni buts. Elle ne peut donc avoir des droits, car les droits ne sont possibles que là où ils atteignent leur destination, c'est-à-dire là où ils peuvent être utiles à leur ayant droit. Un droit qui ne peut jamais atteindre ce but dans la personne de l'ayant droit est une chimère inconciliable avec l'idée fondamentale du principe du droit. Pareille anomalie ne peut exister qu'en apparence : le sujet apparent du droit cache le véritable. Dès qu'on perd de vue cette idée fondamentale du droit que l'homme seul est le destinataire des droits, l'on ne

de droits pour ne pas chosifier l'homme, ou encore, quand M. Planiol revient, non sans allant, sur le comportement des entités collectives dans leurs rapports avec l'État ou le paiement de l'impôt¹⁴¹¹. Relevons au passage, combien le point de vue des tenants de la propriété communautaire et celui de Planiol se rejoignent assez étonnamment. Les premiers condamnent l'individualisme de la personne morale, car il ferait obstacle à l'épanouissement social de l'homme. Planiol, lui, met en cause le processus d'individualisation ou de personnalisation, en raison du risque qu'il représenterait pour les individus pris isolément. Le moins que l'on puisse dire, c'est que la somme des critiques adressées aux personnes morales est conséquente et tendrait à rejeter le concept au rang d'erreur absolue. Pourtant, le choix ne s'est pas fait dans ce sens.

2. *La personne morale ou le retour de l'individu*

(575.) Sans soutenir les critiques faites à la personne morale, sans doute est-il possible d'envisager un concept complémentaire de personne morale, permettant de maintenir la collectivité de sujets dans un état de division primaire, au même titre que l'individualisation ou l'unité de cette collectivité.

La personnalité morale semble d'ailleurs, d'ores et déjà, soumise à une forme de relativisme. Son dépassement dans le but de revenir aux personnes physiques, la constituant, est une réalité¹⁴¹². D'ailleurs, en sens inverse, l'individualisation des entités collectives n'est pas

s'arrête plus dans la voie de la personnification. On commence, dans les servitudes prédiales, par élever des fonds au rang de personnes, et l'on finit par décerner les mêmes honneurs aux titres au porteur. Non! les véritables sujets du droit ce ne sont point les personnes juridiques comme telles; ce sont leurs membres isolés. Celles-là ne sont autre chose que la forme spéciale dans laquelle ceux-ci manifestent leurs rapports juridiques avec le monde extérieur ».

¹⁴¹¹ M. Planiol, « *Traité élémentaire de droit civil* », Paris, Tome 1, Paris, 1904, § 3031 p. 990 : « Au point de vue économique, l'accroissement des richesses collectives peut avoir des dangers. La propriété individuelle est libre, active, vivante fertile ; elle change de mains fréquemment ; elle trouve facilement son propriétaire le plus convenable, celui qui saura le mieux la faire valoir ; elle est pour le fisc une ressource puissante, dont la fécondité est presque illimitée. La richesse collective a des caractères tout différents ; son ancien nom de Liens de mainmorte exprime bien l'état d'immobilité ou de stagnation, dans lequel elle se trouve. La plupart des institutions et établissements doués de personnalité ont une durée illimitée ; certains d'entre eux exercent sur les fortunes privées une sorte de drainage continu ; ils sont donc capables de se constituer à la longue des richesses immenses. Avant la Révolution, les biens de mainmorte avaient certainement pris en France un développement exagéré, malgré les diminutions plus ou moins violentes que nos anciens rois leur ont quelquefois fait subir. — L'inconvénient économique qui autrefois frappait le plus les esprits était la diminution des impôts et profits divers, que percevaient les rois et les seigneurs. Les biens de mainmorte étaient, comme le disait Pothier {Prescription, n° 275), morts pour le commerce. Plus d'aliénations, plus de profits de mutation. En droit moderne, on a remédié à cet inconvénient en frappant ces biens d'un impôt spécial, appelé taxe des biens de mainmorte (LL. 20 févr. 1849 et 30 mars 1872).

Reste le danger politique de la mainmorte. Celui-là n'est pas le moindre. Un régime de liberté absolue tendrait à créer dans l'État des pouvoirs privés possédant de grandes richesses et une influence redoutable, qui deviendraient vite les rivaux des pouvoirs publics, et pourraient entrer en conflit avec eux, à armes presque égales. L'État qui représente les intérêts généraux de la nation, sous leur forme la plus haute, et qui est chargé de leur défense, ne peut donc pas se désintéresser d'un mouvement qui organise des forces collectives, capables de contrarier la sienne et de le réduire parfois à l'impuissance. Il a le droit et le devoir de limiter dans une juste mesure la formation de ces forces qui ne représentent jamais que des intérêts locaux et des groupements partiels. ».

¹⁴¹² Le phénomène semble par certains aspects déjà à l'œuvre, comme le révèle H. Paerels dans sa thèse, mettant en évidence une distinction entre les atteintes à l'autonomie de la personne morale liées au principe « institutionnalisées » de la transparence des personnes morales, et des atteintes plus « pragmatiques » répondant à un objectif précis imposant un accès

aussi aboutie qu'il le semble. La poursuite du processus pourrait être un moyen d'harmoniser les relations de la personne morale avec les individus biologiques. C'est en substance, la conclusion de N. Mathey qui, s'interrogeant sur la pertinence d'étendre les droits et libertés fondamentaux aux personnes morales, constate un mouvement dans ce sens. Sans prendre parti à priori pour ou contre cette extension, l'auteur propose de la conditionner. À l'octroi de droits fondamentaux au profit de la personne morale, doit correspondre une responsabilité sociale¹⁴¹³, par définition, profitable à tous, et par là même, aux individus faits de chair.

Cette proposition de compromis, privilégiant l'équilibre entre droits et devoirs, est aussi le moyen d'assurer à la personne physique de rester la personne par excellence envisagée par le doyen Carbonnier. Dans cette hypothèse, la plus-value apportée par la personnalité morale au développement de la société s'installe tout en restant profitable à l'homme. Le schéma a aussi pour intérêt de réintroduire la problématique patrimoniale de la personne morale. Elle apparaît comme un mode d'appropriation qui tout à la fois, prolonge et se distingue du mode de partage de base de la répartition des richesses, la propriété individuelle des personnes physiques.

À ce schéma binaire, opposant individu personne physique et individu personne morale, et leurs égoïsmes respectifs, une autre dimension peut être ajoutée. Il s'agit de l'individu en groupe. Comme la personne morale, plusieurs individus sont réunis, mais sans qu'il y ait un phénomène d'individualisation. Les individus conservent leur individualité de personnes physiques, ouvrant la porte à la propriété collective ou simultanée. Cette formule intermédiaire pourrait être rapprochée du trust anglais (cf. infra §594 et s.), et donnerait une tonalité différente aux rapports que l'homme entretient avec les biens. Il n'est cependant pas certain que l'individu en groupe soit moins égoïste que l'individu isolé ou le groupe individualisé. La propriété collective peut donner lieu à un partage très inégalitaire au sein du groupe, voire ségrégationniste, tel le double domaine de l'Ancien Régime. Au surplus, sauf à imaginer un groupe sans système d'exclusion faisant resurgir le spectre de la tragédie des communs¹⁴¹⁴, la question des individus en dehors du groupe, reste entière.

D'un point de vue juridique, ce montage de l'individu en groupe ou en communauté réarme, au moins partiellement, le positionnement de la propriété du code, que le concept de personnalité morale avait contribué à consolider, voire à développer. D'un autre côté, cette

direct aux membres à la base de la personne morale, H. Paerels, « Le dépassement de la personnalité morale », Thèse, Lille 2, 2008.

¹⁴¹³ N. Mathey, « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », RTD Civ. 2008 p. 205 : « A la place de l'alternative du tout ou rien, anthropomorphisme contre négation de la personnalité morale, mettons en question l'application des droits en considération de leur raison d'être et des situations concrètes dans lesquelles ils sont revendiqués. Instruments d'une forme de libéralisme moderne, les droits fondamentaux ne pourront pas rester sans contrepartie en termes de responsabilité sociale. Sans quoi, l'acceptation de ces droits par les citoyens de chair et de sang risquerait d'être compromise. ».

option reconnaissant une place à la propriété collective pourrait éviter un bouleversement complet de la propriété. Ces entités collectives seraient des moyens susceptibles d'organiser une propriété simultanée sans dématérialisation du bien, qui en est à la base (cf. supra). Cette propriété ne pourrait exister en dehors de cette entité collective, laissant subsister le modèle de base de la propriété foncière, qui resterait le modèle référence du système. Le bouleversement intervenant à un moment où la propriété du code semble s'ouvrir au monde idéal, pourrait avoir du sens. Il permettrait aussi d'élargir les combinaisons des relations que l'homme entretient avec les choses.

Cette ouverture vis-à-vis du sujet de droit n'est pas la seule perspective qu'ouvre la propriété simultanée. Ce mode d'appropriation interroge également la façon dont la science juridique perçoit le sol. La corporalité évidente du sol civiliste est soumise à un fort questionnement, dès lors que l'on se place dans la perspective d'une propriété de droits.

Il est d'ailleurs temps de passer à la présentation concrète de modèles de propriété simultanée, après avoir examiné dans le détail la mécanique civiliste au travers du concept de bien et de personne, sous l'angle de l'unité versus la division.

Section 2 : Deux modèles de propriété simultanée

(576.) Par la dématérialisation de l'objet de la propriété, la propriété simultanée propose un modèle de propriété centrée sur la division de son objet différent du modèle du code, comme en atteste l'examen de la notion de personne morale et surtout celle de bien.

L'analyse de la *common law* anglaise, qui développe *in concreto* un modèle de propriété de ce type, confirme ce point, en soulignant les conséquences systémiques d'un objet de propriété incorporel, divisible sans limites (§1).

La thèse de S. Vanuxem, qui repose également sur une propriété de droits avec dématérialisation du sol, est un autre moyen d'éclairer le système de la propriété du code. L'abandon à dessein de cette propriété par l'auteur met en évidence le risque d'éloignement des choses corporelles inhérent à la propriété de droits (§2).

¹⁴¹⁴ G. Hardin, « *The Tragedy of the Commons* » Source: Science, New Series, Vol. 162, No. 3859 (Déc.. 13, 1968), pp. 1243-1248.

§1 L'exemple de la propriété de la *common law* anglaise

(577.) La propriété foncière de la *common law* est un vaste sujet. Il convient donc de délimiter avec précision notre propos avant d'énoncer ce qui va suivre.

D'abord, il faut signaler que le terme même de propriété est inapproprié, si l'on se place dans la perspective de la *common law*, qui ne connaît pas le concept de propriété, du moins pas dans le sens du Code civil. Sa pertinence se limite donc à une réflexion civiliste. Ensuite, l'exposé se borne à la *common law* développée en Angleterre et aux Pays de Galles, et encore dans une approche très générale de la propriété foncière. Enfin, la majeure partie des éléments présentés sont extraits de quelques sources seulement, au sein desquelles l'ouvrage de M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens »¹⁴¹⁵, tient une place importante.

Au regard de l'examen de la propriété simultanée, l'exemple de la propriété anglaise offre l'opportunité de faire une double démonstration. La première établit le caractère identitaire d'une propriété corporelle du sol pour la propriété du code, et inversement, une propriété divisée dans le système de la *common law*. Seconde démonstration, l'analyse de cette propriété atteste que la dématérialisation de l'objet de la propriété immobilière, via la théorie des *estate* en particulier, est un moyen d'arriver à une propriété divisée, sans en être une condition sine qua non. Ainsi, le choix du sol, propriété corporelle, n'est pas incompatible avec une large division du sol, dès lors qu'en parallèle du sol perçu comme un corps, un dispositif de type « trust » existe.

Pour les besoins de l'exposé, il aurait été tentant d'accentuer les différences, les oppositions entre les deux modèles de propriété, avec le risque de tomber rapidement dans la caricature. L'autre travers était de verser dans l'excès inverse, en s'attachant seulement aux similarités, nombreuses entre le droit des biens français et anglais. Ces affinités s'expliquent d'ailleurs facilement par la proximité historique, géographique, des deux pays, mais aussi l'appartenance au monde occidental ou encore, le ralliement à une économie de marché. Les ressemblances se retrouvent dans la technique juridique des deux systèmes, tels les concepts auxquels ils ont recours. La taxinomie chère au code est aussi présente dans la *common law*. La distinction entre droit réel, droit personnel, bien que plus relative, est perçue, par exemple, comme un élément structurant du système patrimonial anglais¹⁴¹⁶, tout comme celle

¹⁴¹⁵ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004.

¹⁴¹⁶ B. Rudden, « *Things as Thing and Things as Wealth* », Oxford J Legal Studies (1994) 14 (1): 81-97 doi:10.1093/ojls/14.1.81, p. 81 : « Dans les pays de common law, l'étude du droit de la propriété, fruit d'une longue tradition toujours en vigueur auprès d'une grande partie de la doctrine, est fondée sur quatre propositions. Tout d'abord, que l'essentiel est que la division entre les biens immeubles et meubles ».

des biens immeubles et meubles. Cette dernière catégorie- les meubles, est aussi, en *common law*, la catégorie ouverte. De même, l'influence de l'immeuble s'explique par une chronologie de développement semblable¹⁴¹⁷ dans les deux pays et le poids de la terre, dans les fortunes de la période préindustrielle. Le questionnement autour de la définition du bien et l'incidence de la notion de valeur, au cœur de l'article de B. Rudden « *Things as Thing and Things as Wealth* », démontrent également la proximité des deux systèmes. Plus généralement, le passage, d'une économie immatérielle, à partir de règles et de principes élaborés en référence à des concepts renvoyant à des choses corporelles, a suscité des difficultés analogues¹⁴¹⁸. La nature même du sol et sa définition conservent pour le *common lawyer* une part non négligeable d'obscurité¹⁴¹⁹.

Néanmoins, en dépit de ces points de convergence, droit des biens de la *common law* et civiliste, développent de vraies divergences. La plus importante, qui aura peu d'incidence ici, est le dédoublement opéré par le système de « l'*equity* ». Ce « second système » venant se juxtaposer à la *common law* proprement dite¹⁴²⁰, est source d'alternative, donc de souplesse. Le cadre légal que représente la *common law*¹⁴²¹, connaissant un système de catégorie proche du nôtre, peut au besoin, être dépassé par ce moyen. L'institution phare de l'*equity*, le sacro-saint trust¹⁴²², est sans doute le moyen le plus communément utilisé pour opérer ce dépassement.

L'autre différence fondamentale, cette fois au cœur de notre sujet, concerne la notion de droit subjectif, au sens de prérogative attachée à un sujet, reconnue par le droit objectif. Pour le code, ce droit subjectif s'incarne tout particulièrement dans le droit de propriété, qui n'existe pas réellement en *common law*.

(578.) Selon M.-F. Papandréou-Deterville, cette différence à propos du droit de propriété viendrait d'une approche plus souple de la distinction entre droit réel et droit personnel : « Cette absence de catégories tranchées a eu notamment pour effet important de priver, dans une certaine mesure, le droit anglais de la notion de droit subjectif au sens où nous

¹⁴¹⁷ B. Rudden, « *Things as Thing and Things as Wealth* », Oxford J Legal Studies (1994) 14 (1): 81-97 doi:10.1093/ojls/14.1.81, p.82 : « Les concepts classiques de la propriété ont été créés pour et par les classes dirigeantes à un moment où la plus grande partie de leur capital est la terre. ».

¹⁴¹⁸ B. Rudden, « *Things as Thing and Things as Wealth* », Oxford J Legal Studies (1994) 14 (1): 81-97 doi: 10.1093/ojls/14.1.81, p. 85.

¹⁴¹⁹ Kevin J. Gray, Susan Francis Gray Oxford « *Elements of lan law* » University Press, 2007, 1.2.10, p. 12 : « ... la notion de terre comme ayant une signification assez complexe en droit anglais. » [...] « ...dans le cadre du droit de la propriété de la loi de 1925 (law of property Act 1925), la terre inclut donc les choses corporelles et incorporelles (ou succession). Cette dualité du matériel et l'immatériel met en évidence une tension placée au centre du droit foncier anglais ; il demeure une profonde indétermination quant à savoir si la propriété du sol relève essentiellement pour le droit du monde tangible ou idéal. ».

¹⁴²⁰ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §4-1 p. 4 et s.

¹⁴²¹ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §8 p. 7 et §42 p. 39.

l'entendons en France. En effet, il ne conçoit pas le droit comme une prérogative d'une personne sur une chose ou sur une autre personne et ne connaît pas de distinction précise entre droit réel et droit de créance. »¹⁴²³.

En dehors de l'analyse juridique stricto sensu, cet aspect renvoie aux bouleversements sociaux et politiques de la Révolution française, fondement du Code civil. Le couple formé par le propriétaire et sa chose, adoubé par la loi, que prône le code, se distingue du système de propriété, décrit par M.-F. Papandréou-Deterville comme linéaire et héritier du monde féodal. Or, le code a pour origine le souhait de rompre expressément avec ce système, venant parachever le mouvement révolutionnaire. À l'opposé, « La *common law* est le fruit (elle) d'une évolution » plutôt qu'une révolution¹⁴²⁴, signe d'un certain conservatisme.

Pour appréhender la propriété de la *common law* dans une approche civiliste, mettant en avant la problématique de dématérialisation du sol et sa division, trois aspects seront examinés.

Le premier est le concept des tenures et des « estates ». Révélateurs de l'orientation de la propriété anglaise, ces concepts se révèlent être les véritables objets de propriété en *common law* (A). Le second aspect, correspond au rôle joué par la couronne anglaise. Celui-ci, aujourd'hui symbolique, donne toujours du sens au modèle de propriété de la *common law* (B). Enfin, ce panorama serait bien incomplet si la question du « trust » n'était pas abordée, même succinctement, et cela, d'autant plus que cette institution incarne concrètement depuis les grandes réformes des années 20, la division de la propriété anglaise (C).

A. Tenure et estate véritables objet de la propriété foncière anglaise

(579.) Tenure et *estate* sont des notions incontournables pour la compréhension de la propriété foncière anglaise. Supports conceptuels ayant guidé son évolution, ces notions sont caractéristiques de la *common law*. Le concept de tenure (1) est souvent présenté comme ayant une certaine primauté sur le second, l'*estate* (2). C'est pourquoi la présentation à venir suivra cet ordre. La notion d'*estate* donnera cependant, lieu à un développement supplémentaire pour marquer sa spécificité vis-à-vis de la propriété civiliste, spécificité qui tient au choix d'un objet incorporel de la propriété foncière anglaise.

¹⁴²² Voir la citation de F. William Maitland, Maitland: Selected Essays 134 (ed) H. D. Hareline et al, 1936, cité par B. Rudden, « *Things as Thing and Things as Wealth* », Oxford J Legal Studies (1994) 14 (1): 81-97 doi:10.1093/ojls/14.1.81, p.87.

¹⁴²³ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §9 p. 10.

¹⁴²⁴ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §240 p. 156, qui répond à une citation indiquant que le droit des biens germano-romain est lui plutôt le fait d'une révolution.

1. La tenure : premier objet de propriété immobilière

(580.) La transformation progressive, sans heurt, de la propriété foncière anglaise qui la caractérise, est corrélée avec le concept de tenure, puis celui d'*estate* qui le prolonge. Le terme tenure vient du verbe tenir, et appartient, en France à l'histoire du droit et à l'Ancien Régime. En Angleterre, le concept de tenure relève aussi du passé, mais reste l'une des clefs de la propriété immobilière moderne. C'est pourquoi M.-F. Papandréou-Deterville dit : « le droit anglais immobilier est dominé par deux doctrines, celle des tenures et celles des *estate* qui trouvent leur source dans les structures féodales et, d'où découlent les principes de base du droit de la propriété foncière. »¹⁴²⁵.

Historiquement, les tenures correspondraient au mode de répartition de la terre le plus ancien. Cette notion, qui avait également cours en France avant la Révolution, se rattache au monde féodal¹⁴²⁶. La tenure était le moyen dont on tient la terre directement du roi ou de l'un de ses vassaux. Tenure est synonyme du terme fief¹⁴²⁷ (*fee* en anglais) qui était accordé en contrepartie de divers services particuliers. De nombreuses variétés de tenures existaient avec une distinction entre les tenures en franc tènement ou *freehold* et les tenures serviles¹⁴²⁸. Le système féodal anglais évolua profondément au fil du temps. Les charges, par exemple, pour se limiter à cet exemple symbolique, attachées aux tenures, furent progressivement supprimées¹⁴²⁹.

Les tenures elles-mêmes, caractérisant une possession de la terre divisée, vont être notablement affectées par ces changements. Schématiquement, elles vont connaître un mouvement d'unification qui va rogner les prérogatives des seigneurs¹⁴³⁰. Sur le principe, la tendance est identique à celle constatée en France au travers de l'évolution du double domaine. La première grande étape outre-Manche correspond à la loi « Quia Tempores » de 1290, offrant aux tenanciers le droit de vendre sa terre sans le consentement du seigneur.

¹⁴²⁵ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §185 p. 126.

¹⁴²⁶ Kevin Gray, Susan Francis Gray, « *Elements of Land Law* », fifth edition, Oxford, 2009, 1.3.21 p.64.

¹⁴²⁷ E. Chénon, « Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815 », t. II, Paris, Sirey, 1929, §366 p.139 « il (le bénéfice) a en effet donné naissance au fief, la tenure la plus importante de l'époque féodale, qui lui a emprunté son nom. ».

¹⁴²⁸ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §186 p.126. Il est intéressant de noter qu'en France cette division entre tenures en franc tènement *Freehold* et tenures serviles existaient, mais étaient complétées d'une troisième catégorie les terres sans tenure ou les terres libres comme la propriété allodiale, cf. Émile Chénon, « Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815 », t. II, Paris, Sirey, 1929, §366 p.139 « La condition des terres est devenue à l'époque féodale extrêmement compliquée... On y retrouve d'abord les trois catégories principales de terres de la période franke : — 1° les terres libres ou alleux... — 2° les précaires et les bénéfices... — 3° les tenures serviles. ».

¹⁴²⁹ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §189 p. 129 : « Le système des tenures est finalement aboli en 1660 par le Tenure *Abolition Act* ou *Statute of Tenures* qui transforme les tenures existantes en *socages* commun et libre. La loi supprime en outre les charges féodales, ne laissant subsister que celles d'échoite (*escheat*) et de forfaiture. ».

¹⁴³⁰ Kevin Gray, Susan Francis Gray, « *Elements of Land Law* », fifth edition, Oxford, 2009, 1.3.29 p.67 « The demise of the theory of tenure ».

Puis en 1660, avec « *The tenures abolition Act* » subsistèrent le *copy hold* et le franc tènement *freehold*, transformé en une catégorie avec une seule tenure libre et commune de *socage*¹⁴³¹. Enfin, en 1922, « *Law of Property Act* » convertit les tenures de *copy hold* en franc tènement, étant précisé que le sens du terme *freehold* à l'issue de cette réforme d'ampleur fut substantiellement modifié. Le *freehold* postérieur à 1922 est nommé *old freehold*¹⁴³².

Prises ensemble ces transformations sont porteuses de mutations majeures, puisqu'elles reviennent sur la divisibilité du sol anglais en unifiant la catégorie des tenures, pour aboutir à un genre ne contenant qu'une seule espèce. L'uniformisation des tenures introduite par le législateur eut une conséquence majeure. Au terme de la réforme, seule la couronne fut en mesure de concéder une terre¹⁴³³ (cf. infra §584 et s.). Une analyse sur la base de la théorie du domaine divisé entre domaine utile et éminent, conduirait à considérer qu'à partir de 1922 non seulement le domaine utile donna lieu à une définition unique, mais que le domaine éminent ne pouvait plus être détenu que par le roi ou la reine.

2. *L'estate : l'autre concept au cœur de l'évolution de la propriété foncière anglaise*

(581.) L'évolution des tenures, synonyme de transformations profondes, mais non de leur disparition, est corrélée à celle du second grand concept de la propriété foncière anglaise, datant lui aussi de l'époque féodale, les *estates*.

Estate est perçu comme un terme polysémique, et seule la définition voyant dans l'*estate* l'étendue ou : « le quantum de propriété foncière calculé selon sa durée de vie » sera développée¹⁴³⁴. Ainsi, d'après la définition de M.-F. Papandréou-Deterville : « L'*estate* est le droit du tenancier sur le fonds mesuré en termes de durée ». Selon le mode de classification principal, l'*estate* comprend la catégorie de franc tènement (*freehold*) doté d'une durée indéterminée, et la catégorie des *leasehold* disposant d'un terme¹⁴³⁵. Cette seconde catégorie, analysée par le civiliste comme un bail long terme, contrairement à la *common law* qui la perçoit comme une propriété, ne sera pas développée.

Pour définir la durée de l'*estate* détenu en franc tènement (*freehold*), il convient de regarder son régime successoral. L'*estate* en fief simple (*estate in fee simple*) autorise une

¹⁴³¹ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §187 p.127.

¹⁴³² Kevin Gray, Susan Francis Gray, « *Elements of Land Law* », fifth edition, Oxford, 2009, 1.3.6 p. 59.

¹⁴³³ Kevin Gray, Susan Francis Gray, « *Elements of Land Law* », fifth edition, Oxford, 2009, 1.3.29 p. 67.

¹⁴³⁴ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §190 p. 129, trois autres sens du terme *estate* sont mentionnés par l'auteur, *estate* désigne un bien-fonds possédés en propriété, ressemblant au terme français « une propriété ». Il désigne aussi le patrimoine immobilier d'une personne (*real estate*) ou mobilier (personale *state*), et finalement les biens du de cujus ».

¹⁴³⁵ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §190 p. 129, note bas de page 26, la doctrine des *estate* est apparue en 1285 avec la loi De Donis.

transmission aux héritiers en ligne directe et collatérale, soit une durée théorique illimitée proche de la propriété française. Au-delà de la durée, deux autres éléments doivent être pris en compte. Tous deux se rapportent au temps, mais pas dans le sens de la durée intrinsèque de l'*estate*. Il s'agit de distinguer entre les *estates* actuels (*estates in possession*) et les *estates* futurs (*estates in expectancy*)¹⁴³⁶. Enfin, le fief peut être absolu, conditionnel ou modifié, le terme absolu signifiant l'absence d'une condition résolutoire.

En synthétisant le schéma, on aboutit à un « *freehold estate, fee simple absolute in possession* ». Ces prérogatives prises ensemble sont très proches de celles de la propriété du code. L'analogie est surtout vraie à propos de la notion de durée ou de perpétuité, puisque l'approche ne nous renseigne pas sur la dimension exclusive, c'est-à-dire si le bien est grevé de droits réels, soit une possible division.

Cette brève analyse permet d'entrevoir la dissymétrie quasi génétique entre les deux systèmes de propriété. L'appropriation de la *common law* s'organise à partir de différents points de vue, favorisant une approche multiple, dont résulte mécaniquement une division de la propriété foncière. Une limitation dans la faculté de transmettre, à cause de mort par exemple, va induire la détention d'un droit, contrepartie de cette limitation, droit qui sera accordé à un autre sujet. Pareillement, un *estate* futur signifiera que le droit actuel est détenu par un autre sujet. Dès l'origine, les prérogatives pouvant être détenues par un individu, sont conçues isolément et non en une prérogative unique (*in solidum*). Inversement, la propriété du code consiste en axe unique, synonyme d'une appropriation unitaire comprenant toutes les utilités de la chose à l'inverse de la propriété *in parta*.

C'est pourquoi la tentation positiviste, presque mathématique, d'additionner les perspectives parcellaires de la *common law*, pour arriver à l'unité du code, a peu de sens. M.-F. Papandréou-Deterville confirme l'observation en disant « les fragmentations (de la *common law*), loin d'être l'exception, sont la règle. »¹⁴³⁷. Pour l'auteur, à la définition d'un concept abstrait de propriété répond, le souci d'une démarche pragmatique de protection, au cas par cas de possession. Sans développer ce second aspect, il faut tout de même noter que la démarche jugée pragmatique est tout autant le fruit de concepts que la définition abstraite de propriété civiliste. Leur différence pourrait s'apparenter à celle entre le tableau figuratif et le tableau abstrait discuté par B. Bachelet (cf. supra §555), ou dans une perspective plus philosophique, au rationalisme versus pragmatisme.

Cette remarque invite subrepticement à s'interroger sur la méthode de la *common law*. Comment aboutit-elle à la division, là où le code voit l'unité ? Après tout, physiquement un

¹⁴³⁶ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §215 p. 142. Là encore, nous nous limitons à la catégorie principale, car les *estates* fructus (*in expectancy*) peuvent être en réversion (*reimander*) ou en retour (*reversion*) et les droits réversibles, peuvent être dévolus (*vested*) ou éventuels (*contingent*). ».

¹⁴³⁷ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §240 p. 156.

champ ou un terrain à bâtir possédant les mêmes qualités, fournira des utilités semblables que l'on soit de l'un ou de l'autre côté de la Manche. Pour répondre à cette question, il faut approfondir la notion d'*estate*.

3. *L'estate ou le choix de l'incorporalité de l'objet de la propriété foncière*

(582.) L'*estate* représente l'objet de la propriété de la *common law*, un objet incorporel. La propriété du code repose par définition sur un objet matériel, l'immeuble par nature, soit le sol, le seul bien réellement immeuble par sa nature pour reprendre l'expression de Demolombe¹⁴³⁸. Cet : « immeuble par excellence »¹⁴³⁹, d'évidence fait de matière, est le véritable réceptacle de la propriété du code, qui aura même l'ambition de se confondre avec elle.

L'*estate*, nous venons de le voir, ne se place pas du tout dans cette perspective. Au contraire, il épouse des cas d'appropriation extrêmement divers, s'articulant en particulier autour de la notion de durée, sans presque se préoccuper du bien sol. M.-F. Papandréou-Deterville analyse historiquement cette configuration de la propriété du sol en disant « ... dès le début, grâce à la doctrine des tenures, la propriété complète est dépecée en différents droits qui portent sur le même bien, et qui, fondés sur la saisine, sont relatifs. Ce mode d'analyse, qui part des diverses composantes et non d'un tout, a permis à la doctrine des *estate* de se développer et de prendre le relais lorsque les tenures ont perdu de leur importance en tant que fondement des rapports féodaux. »¹⁴⁴⁰. Puis au sein du même paragraphe, l'auteur poursuit en disant : « Cette entité abstraite (l'Estate) est ainsi interposée entre son titulaire et le fonds ; la terre n'est pas considérée en Angleterre comme un objet immédiat de propriété, celle-ci ne portant pas directement sur elle mais sur l'*estate* [...] Celui qui est saisi de la terre voit son droit jouir de la protection la plus complète. La féodalité a certes disparu depuis longtemps, mais la doctrine des tenures, première fragmentation d'un droit complet en différents éléments actuels, a ouvert la voie à la doctrine des *estate*, fondement d'un régime moderne des biens-fonds. Même si l'*estate* en fief simple a subi, depuis 1925, des modifications, il n'en demeure pas moins une entité envisagée dans ses divers éléments qui coexistent sur une même chose. ».

Ce constat est aussi celui de Y. Emerich dans son analyse croisée entre le droit des biens civiliste et de *common law*. L'auteur indique à ce propos : « selon la théorie des domaines,

¹⁴³⁸ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §97 p. 42.

¹⁴³⁹ M.C. de Lambertye-Autrand, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Biens. Classification tripartite des immeubles. Immeubles par nature », Fasc. 20, Cote : 03, 2007 §17 et 18.

c'est l'*estate* et non la chose qui est le véritable objet de la propriété. L'*estate in land* peut être décrit comme un concept abstrait, qui s'intercale entre la personne et la terre. L'objet de la propriété n'est donc pas la terre elle-même, mais l'*estate*. Ainsi a-t-on pu dire à juste titre qu'en *common law*, l'objet de la propriété est en réalité toujours incorporel, le propriétaire ayant moins une relation directe à la terre qu'un intérêt dans la terre. »¹⁴⁴¹. D'ailleurs en droit anglais, le propriétaire n'est pas propriétaire du sol, mais d'un *estate in land*, marquant ainsi une différence de principe avec une propriété de type allodiale ou civiliste (cf. infra §587).

(583.) L'*estate*, qui est un concept de la science juridique, vient s'interposer entre le sujet et la chose. Cette médiation entre le sujet et la chose de la *common law* ne consiste pas seulement en l'ajout d'un élément. Il modifie la configuration d'ensemble.

Le procédé a ainsi pour effet de masquer la chose sol dans sa matérialité. La fonction de l'*estate* ne se limite pas à désigner une chose, mais l'interpréter. Comparativement, la perspective du code est construite sur un schéma inverse. Elle a pour ambition de décrire la consistance de la chose, d'en préciser les contours en particulier au travers de la procédure de bornage. La délimitation physique répond à plusieurs motivations, fiscales, ou de bonnes relations de voisinage, mais il s'agit aussi de la marque de la propriété individuelle sur le sol. La limite traduit, pour la chose, l'exclusivité dont jouit le propriétaire (cf. supra §104 et s.). Pour la *common law* la question du bornage ne revêt pas du tout la même dimension, sans même parler du cadastre, dont les vertus semblent, pour le moins, sujettes, à caution¹⁴⁴².

Délimiter le sol est ainsi une question accessoire, ce qui compte c'est la délimitation, ou plus exactement la définition, de l'*estate*.¹⁴⁴³ La propriété de la *common law* n'a pas à marquer la chose de son « énergétique empreinte » pour reprendre les mots de Demolombe. De même, la matérialité du sol du code nécessaire à la transposition du processus d'individualisation de la

¹⁴⁴⁰ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §193 p. 131. Notons de façon superfétatoire que l'approche de l'auteur est ici une approche civiliste, voulant que la propriété démembrée, telle celle de la *common Law*, ait pris le pas sur la véritable propriété, unitaire et romaine, propriété que le code aurait réintroduit.

¹⁴⁴¹ Y. Emerich, « Regard civiliste sur le droit des biens de la *common law* : pour une conception transsystémique de la propriété », Université d'Ottawa, Faculté de droit - Section de droit civil (2008) 38 R.G.D., no 2, §48 p. 52.

¹⁴⁴² M. Touzery, « Cadastre en Europe à l'époque moderne. Modèles continentaux et absence anglaise » http://www.economie.gouv.fr/files/Introduction_Touzery.pdf dernier accès 06/03/2015, p.6 : « En Angleterre, noblesse et gentry, en imposant le rôle du Parlement, ont pris le pas sur la Prérogative royale en 1648, puis en 1688 et ont refusé tout document de ce type. Le mot même, emprunté au français, n'apparaît qu'en 1804 dans l'*Oxford English Dictionary*. Quand en France, l'histoire du cadastre est celle de l'apprentissage du renforcement de l'État face aux volontés contraires des ultraconservateurs, mais aussi des citoyens-propriétaires, à l'inverse, la Grande-Bretagne n'a pas voulu se doter de cet instrument qu'Adam Smith estimait plus nuisible qu'utile pour le contribuable. Les grands propriétaires se sont refusés à toucher au système existant car ils contrôlent la levée de la *land tax* qu'ils sont les seuls à payer ; ils souhaitent, au nom de leur liberté et de leur intérêt, ne donner aucun instrument de contrôle à un roi déjà bien encadré. Les transferts de propriété ne donnaient lieu qu'à des actes sous seing privé. Aussi les cartes de l'Ordonnance *Survey Sontelles*, dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, purement descriptives du sol, ne donnant que superficie et utilisation des parcelles. Après un début en fanfare avec le *Domesday book* en 1085, la Grande-Bretagne se caractérise donc par une absence de cadastre jusqu'à aujourd'hui. Seul le mouvement des enclosures a pu donner lieu à des mesurages au XIX^e siècle pour renforcer la mise à l'abri de la propriété de toute intrusion, bien loin donc d'une perspective cadastrale. ».

¹⁴⁴³ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §228 p. 148.

propriété dans le monde des choses, n'est pas requise en régime de *common law*. L'effort de conceptualisation ne porte pas sur la chose, mais sur l'*estate*.

D'ailleurs, l'*estate* est perçue comme une chose incorporelle¹⁴⁴⁴, et il paraît difficile qu'il en soit autrement dans la mesure où il fait abstraction du sol. Ce concept se distingue fondamentalement par son approche de l'objet de propriété du code, et cela ne souffre aucune discussion. À l'inverse, ce qui pourrait être sujet à débat, c'est le positionnement exact de la notion d'*estate* vis-à-vis des deux notions de la structure de la propriété civiliste, le droit de propriété et le bien. Si M.-F. Papandréou-Deterville évoque dans un premier temps le rapprochement avec le bien en disant : « Les *estates* sont plutôt perçues comme des choses incorporelles qui sont des duplicata des choses matérielles que comme des droits. »¹⁴⁴⁵. Son analyse glisse ensuite vers le droit, quand elle dit : « ...ces attributs (de la propriété) ne se rattachent pas à l'élément matériel, le bien lui-même, mais à la chose incorporelle qui est l'*estate*. »¹⁴⁴⁶. Puis, l'auteur finit par voir dans l'*estate* une forme de propriété possessoire, proche de la thèse développée par Ginossar¹⁴⁴⁷. Trancher la question supposerait une délimitation claire entre la notion de droit et de chose, ce qui n'est assurément pas le cas pour les civilistes¹⁴⁴⁸, et probablement pas non plus pour les *common lawyers*. Il semble donc plus sage de prendre acte de ce questionnement, qui dénoterait dans les deux systèmes une difficulté commune pour clarifier ces notions. Quoi qu'il en soit, il n'en demeure pas moins un penchant à l'incorporalité dans le cas de la *common law* faisant face à la faveur de la corporalité du code. Et, ces deux approches diamétralement opposées traduisent des orientations différentes. Avant d'explorer cet aspect, il convient de s'arrêter sur l'enseignement de l'*estate* chose ou droit incorporel.

L'analyse permet en effet de répondre à la question ci-dessus posée, qui était de savoir « Comment la *common law* arrive à la division de la propriété foncière, lorsque le code conclut à l'unité, sur la base d'un schéma similaire mettant en présence un sujet, une chose et des prérogatives ? La réponse tient dans le caractère abstrait de l'*estate*, qui va ainsi se plier à toutes les configurations et divisions, en comparaison au sol physique. Cette flexibilité, qu'avait identifiée Marty¹⁴⁴⁹, expliquant sa volonté de dépasser la matérialité de la propriété du code, s'inscrit cependant dans une logique institutionnelle différente de celle du code.

¹⁴⁴⁴ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §227 p. 148 : « l'*estate* parce qu'il est interposé entre son titulaire et l'immeuble, peut être considéré comme une chose incorporelle; ».

¹⁴⁴⁵ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §78 p. 60.

¹⁴⁴⁶ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §233 p. 152.

¹⁴⁴⁷ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §239 et s.

¹⁴⁴⁸ Voir par exemple M. Fabre-Magnan, « Propriété, patrimoine et lien social », RTD civ., 1997, p.513-613.

B. La couronne : un symbole donnant du sens à la propriété anglaise

(584.) La divisibilité du sol est un héritage de la société féodale anglaise, dont l'une des réminiscences peut être localisée autour du concept de « *radical title* » (1). Cette institution située entre sciences juridique et politique, mais aussi tributaire de l'histoire, continue à produire des conséquences sur le droit des biens anglais spécifiques (2). Le « *radical title* » est, en particulier, source de clivage avec le modèle civiliste, lorsque la notion est approchée via le statut du propriétaire (3).

1. L'ultimate ou radical title de la couronne anglaise

(585.) D'un point de vue institutionnel, la propriété du code, induisant la liberté du propriétaire vis-à-vis de sa chose, est assise sur l'État au sens large. C'est de l'État ou de la loi que le propriétaire tient sa souveraineté sur sa chose et, c'est encore l'État qui va, le cas échéant, encadrer ou limiter cette souveraineté. La propriété anglaise s'appuie sur une organisation semblable tout en disposant d'un élément supplémentaire : la royauté ou la couronne anglaise (*the crown*).

Concernant la propriété du Code civil même dans l'optique originelle, c'est-à-dire celle d'un État minimaliste aujourd'hui dépassée, l'État est le garant du droit accordé au propriétaire. La mise en œuvre de la souveraineté nationale par l'entremise de l'État comprend une organisation judiciaire susceptible de sanctionner une atteinte au droit de propriété. L'État garantit l'espace de liberté accordé au propriétaire, espace qui est le plus étendu qui soit, conformément à la première partie de l'article 544. Les restrictions apportées au droit de propriété moderne, via la seconde partie de 544, ne modifient pas ce principe. Le redimensionnement du périmètre du droit de propriété ne remet pas en cause la liberté du propriétaire, qui est intrinsèquement conditionnée au respect de la loi et des règlements, les deux volets de 544 étant indissociables l'un de l'autre (cf. supra §12 et s.). Le schéma de la propriété du code pourrait donc être résumé à l'État, institution exerçant la souveraineté nationale, c'est-à-dire la collectivité, et le propriétaire, un individu.

La propriété anglaise comprend, elle, un autre acteur, dont le rôle a bien sûr muté au fil du temps, mais qui est demeuré, symbolisant une adaptation par évolution et non par révolution, pour reprendre la formule évoquée plus haut. Cet acteur additionnel n'est autre que la couronne, qui dispose d'un statut particulier dénommé *radical* ou *ultimate title*.

¹⁴⁴⁹ J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie », (Bibliothèque de

(586.) La présentation de cet *ultimate title* est complexe, car la notion dépasse par sa dimension politique, au sens de choix organisationnel de société, celle plus modeste qui nous intéresse, de propriété foncière.

Certains auteurs de la *common law* mettent en garde contre la tentation d'interpréter l'*ultimate title* comme un droit de propriété royal de l'ensemble du territoire anglais et gallois. Cette perspective bien trop civiliste, est empreinte de suspicion pour un *common lawyer*. Elle reprend, en effet, en substance, le raisonnement à partir duquel les juristes médiévaux, et leurs successeurs, construisirent ce qui deviendra la propriété du code. Partant de la théorie du double domaine, ces jurisconsultes localisèrent d'abord la propriété sur la tête du tenant du domaine éminent, appartenant principalement au clergé et à la noblesse, impliquant plus ou moins un rattachement au roi. Puis, au terme d'une longue évolution les juristes associèrent la propriété au domaine utile, entraînant la suppression du domaine éminent. Enfin, dernière étape du processus la suppression du domaine éminent s'étendit à la royauté, actant la disparition de la société féodale et de la monarchie.

Un tel parallèle n'a aujourd'hui peu de sens. Le concept de l'*ultimate title* côtoie sans doute d'abord la sphère de : « la politique »¹⁴⁵⁰, les prérogatives qu'il comporte étant éloignées du droit de propriété moderne. Néanmoins, il produit des effets concrets aux incidences non négligeables sur le droit positif comme sur l'ensemble du système de la propriété anglaise. D'un point de vue institutionnel, les titres de propriété étant tous relatifs selon le système de la *common law*, y compris le plus complet, le fief en possession simple, cela ramène au concept de l'*ultimate title*. Bien que la tenure en fief simple corresponde au bouquet de droits le plus complet qu'il est possible d'avoir sur un fonds¹⁴⁵¹, un système de rattachement à la couronne existe, validant le principe de la relativité des titres. Ce rattachement qualifié de théorique¹⁴⁵² ou technique¹⁴⁵³ n'en est pas moins la clef « ultime » de l'édifice. Sans ce lien, le fief en possession n'est plus relatif à quiconque puisqu'il concentre tous les droits. Dès lors, la différence avec la propriété civiliste serait difficilement perceptible. Le franc tènement (*freehold*) qui se résume à la seule option du *socage*, comme nous venons de le voir, perdrait sa cohérence. Le constat est semblable pour l'*estate*, qui pour les *things as things* est la réplique de la chose elle-même¹⁴⁵⁴. Schématiquement, la propriété civiliste se

droit privé) [Broché], 1979.

¹⁴⁵⁰ Kevin J. Gray, Susan Francis Gray, « *Elements of Land Law* », fifth edition, Oxford, 2009, 1.3.4, p.58 «... « Le *radical title*, accordé à la couronne n'est pas un titre de propriété, mais plutôt un concept politique qui a servi historiquement à réunir la théorie médiévale du régime foncier. La notion de souveraineté territoriale ne doit pas être assimilée avec les théories de propriété absolue sur le sol. ».

¹⁴⁵¹ Kevin J. Gray, Susan Francis Gray, « *Elements of Land Law* », fifth edition, Oxford, 2009, 3.1.1, p. 212.

¹⁴⁵² Kevin J. Gray, Susan Francis Gray, « *Elements of Land Law* », fifth edition, Oxford, 2009, 1.3.7, p. 59.

¹⁴⁵³ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §209 p.139, note bas de page n°96 : « bien que constituant une fiction, la couronne, est techniquement encore investie de la terre anglaise. ».

¹⁴⁵⁴ L'affirmation sous-entend l'exclusion des choses perçues au travers de leur valeur ou organisées par l'intermédiaire d'un trust.

définirait alors comme une catégorie espèce (cf. supra) et, celle de la *common law* par des catégories ne contenant plus qu'une seule espèce sans distinction entre les deux strates, tendant à l'assimilation des deux systèmes de propriété.

Sans l'*ultimate title*, tout comme la couronne aujourd'hui¹⁴⁵⁵, le détenteur d'un fief en possession ne le tiendrait de personne, et son titre ne serait plus relatif, à l'image du propriétaire civiliste. Le seul moyen de conserver la relativité des titres des fiefs en possession simple, serait de remplacer la couronne par une autre entité. Cette entité pourrait être l'État ; simplement cela signifie que la propriété du sol ne peut être tenue que par l'intermédiaire de l'État.

Notons accessoirement que cette question posée à la *common law* interroge également le système civiliste. L'absence d'un *ultimate title* confirme le nécessaire équilibre du face-à-face, liberté du propriétaire, versus responsabilité ou pouvoir de l'État. À défaut, soit est réintroduit un *ultimate title*, soit se profile un système avec une masse de propriétaires sans État, et sans doute sans propriété, ou un État sans autre propriétaire que lui-même.

2. Les conséquences du radical title sur le droit des biens

(587.) L'inclination systémique, dont l'*ultimate title* est le reflet, conserve des conséquences juridiques précises pour le droit des biens anglais, malgré l'évolution de la monarchie.

Les limites en hauteur et en profondeur, par exemple, renvoient à la fameuse maxime médiévale voulant que le sol s'étende du centre de la Terre au firmament, même si la règle en *common law* est encore plus relative qu'en France. Cependant, la couronne possède des droits sur certaines richesses du sous-sol tel le pétrole, les minerais d'or ou d'argent¹⁴⁵⁶. Cette configuration diffère profondément de celle de la France post révolutionnaire qui, sur le principe, octroya la propriété de tout le sous-sol d'une parcelle au propriétaire (Art.552 du Code civil), principe qui fut réaménagé, notamment par la loi de 1810 (cf. supra §190 et s.). Le parallèle démontre comment la relativité des titres s'articule avec la division de la propriété du sol en *common law*, alors que la propriété civiliste favorise l'unité et donc, les intérêts exclusifs du propriétaire.

Autre incidence notable, les biens vacants (*bona vacantia*), qui suite à une succession sans héritier reviennent à la couronne depuis la réforme de 1925.¹⁴⁵⁷ Pour mémoire, en France, en vertu des articles 539 et 713 du Code civil, les successions en déshérence reviennent à

¹⁴⁵⁵ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §209 p. 139, note bas de page 96 n° «...le souverain est investi d'un fief simple même s'il ne le tient de personne ».

¹⁴⁵⁶ Kevin Gray, Susan Francis Gray, « *Elements of Land Law* », fifth edition, Oxford, 2009, 1.2.22, p.18 : « Tous les droits sur le pétrole (incluant les huiles minérales et le gaz naturel) existant dans son état naturel dans les strates sont dévolus à la Couronne. La Couronne a également droit aux mines d'or et d'argent. ».

l'État¹⁴⁵⁸. L'objectif n'est pas de comparer les deux solutions systèmes, mais de comprendre le fonctionnement du modèle anglais. Ce droit à recueillir les biens tombés en déshérence, est dénommé droit d'échoite¹⁴⁵⁹. Il est directement lié au *radical title* de la couronne, puisque c'est en vertu de ce titre que sont transférées à la couronne les successions *ab intestat*¹⁴⁶⁰. Le processus est clairement présenté par Kevin et Susan Gray. La couronne étant à l'origine de tous les francs tènements (*freehold*), puisque tous les propriétaires tiennent leurs fiefs de la couronne, les fiefs en déshérence d'héritiers reviennent naturellement à la couronne. Pour expliciter le processus, ces auteurs font le parallèle avec un bail précisant que le fonds sans héritier revient à la couronne, comme le fonds loué revient au propriétaire au terme du bail. K. et S. Gray qualifient donc naturellement la couronne de « tenants in chief »¹⁴⁶¹.

(588.) Enfin, le dernier aspect spécifique et essentiel, illustrant la particularité de la propriété foncière anglaise sous l'angle du *radical title*, et faisant le lien le sol abstrait de l'*estate*, doit être signalé.

Tous les tènements anglais, bien que francs, se distinguent de la propriété du code en ce qu'ils sont tenus de la couronne. Ce principe ne semble pas connaître de dérogation à l'image des alleux de la France de l'Ancien Régime. Comme le précisent Kevin et Susan Gray « En droit anglais, aucun sujet ne peut posséder une terre allodiale – il ne peut posséder qu'un *estate in land* »¹⁴⁶². Il s'agit là, semble-t-il, d'une différence historique fondamentale, puisque si l'on se replace postérieurement au code, la propriété allodiale existait en France, et fut même le modèle à suivre avec la notion d'alleu universel, ou de franc alleu, rendue célèbre par Boncerf (cf. supra §122). C'est pourquoi E. Chénon historien du droit disait : « Les alleux (en France) n'ont pas changé de nature avec le rétablissement de la féodalité, étant en dehors d'elle. Ils constituent toujours des terres libres et indépendantes, que les chartes opposent constamment aux fiefs. »¹⁴⁶³. Inversement, en Angleterre aucune terre ne paraît être « en dehors » du domaine de la couronne¹⁴⁶⁴. Le terme terre est ici générique, car il ne s'applique en réalité qu'au cas de la France. En Angleterre, la propriété ne porte pas,

¹⁴⁵⁷ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004, §208 p. 139.

¹⁴⁵⁸ F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens », (8e édition), 2010, Dalloz, §412 p. 329.

¹⁴⁵⁹ Ce droit existait en droit féodal, échoite ou échute désignait les terres d'un héritage servile que le seigneur pouvait reprendre en vertu d'un droit de main morte ou pour laquelle une redevance était due au seigneur en cas de succession, voir par exemple J.B. Brissaud, « Cours d'histoire générale du droit français public et privé », tome2, 1904, paris p. 763 « Le seigneur reprend, à la mort du serf, l'héritage servile (échoite ou échute), en vertu du droit de mainmorte ».

¹⁴⁶⁰ Kevin Gray, Susan Francis Gray, « *Elements of Land Law* », fifth edition, Oxford, 2009, 3.1.28, p. 223.

¹⁴⁶¹ Kevin Gray, Susan Francis Gray, « *Elements of Land Law* », fifth edition, Oxford, 2009, 3.1.2, p. 223.

¹⁴⁶² Kevin Gray, Susan Francis Gray, « *Elements of Land Law* », fifth Édition, Oxford, 2009, p.57 1.3.3. note⁰ 1 : « En droit anglais, aucun sujet ne détenir des terres allodiales – il ne peut posséder qu'un *estate in land*. ».

¹⁴⁶³ E. Chénon, « Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815 », t. II, Paris, Sirey, 1929, p. 140 §367.

¹⁴⁶⁴ Il convient toutefois de signaler le cas des terres aborigènes qui ne constituent pas des fiefs en possession simple, Kevin et Susan Gray parlent de titres sui generis. Kevin Gray, Susan Francis Gray, « *Elements of Land Law* », fifth Édition, Oxford, 2009, p.214, 3.1.5 note pied de page 2.

comme le disent très précisément les auteurs précités, sur la terre, mais un *estate*. Ce dernier se distingue de la chose, notamment en ce qu'il comprend un droit ou une prérogative, le *radical title*. La chose sol ne peut faire l'objet d'une appropriation sans intégrer cette dimension, confirmant le propos selon lequel, l'*estate* et sa dématérialisation constituent un rempart contre une propriété semblable à celle du code (cf. supra).

Kevin et Susan Gray s'expriment exactement dans ce sens. Soulignant la profonde influence « de la substitution de l'abstraction de l'*estate* (à la place du sol lui-même) comme objet de propriété », les auteurs expliquent l'intérêt de l'*estate* : « pour définir le domaine consenti au tenancier dans le respect d'un pouvoir supérieur émanant de la couronne ». L'*estate* serait, toujours selon les auteurs : « un moyen de faire coïncider la réalité de la possession du tenancier, avec la théorie de la propriété foncière ». Ce schéma divisant structurellement la propriété, constituerait le principal point de distinction avec la propriété civiliste¹⁴⁶⁵.

La dématérialisation apparaît donc bien comme la condition de la division première du sol en régime de *common law*. Cette division réintroduit, *a minima*, le schéma dual du fief en possession simple et du *radical title*. Or, cette structure d'appropriation va donner une certaine orientation au statut de propriétaire en comparaison de la propriété civiliste.

3. La conséquence du *radical title* sur le statut du propriétaire anglais

(589.) La division de la *common law* ne conduit pas à faire du sujet un propriétaire au sens du Code civil, mais un tenancier ou franc tenancier.

Le terme doit être pris dans le sens de titulaire d'une tenure dans la logique de la *common law* ou une vision historique, et non dans le sens commun ou pseudo-technique français¹⁴⁶⁶, ou pire encore, selon l'acception péjorative du terme¹⁴⁶⁷. Le titulaire d'un *estate* en possession simple est un tenancier au sens premier du terme, parce qu'il tient sa terre de la couronne, alors que le propriétaire fonde la légitimité de son droit, directement sur la seule loi. C'est pourquoi il lui est possible d'accéder à la chose intégrant toutes ses utilités, sans qu'aucun autre que lui ne puisse détenir de droits sur cette chose. Et, contrairement au système de la *common law*, qui par la théorie des *estate* cherche à s'interposer entre le tenancier et le sol, le propriétaire du code est jaloux de la proximité entretenue avec son

¹⁴⁶⁵ Kevin Gray, Susan Francis Gray, « *Elements of Land Law* », fifth Edition », Oxford, 2009, 1.3.10, p.61.

¹⁴⁶⁶ G. Cornu, Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique. 3ème édition, PUF, 1987 sens historique : « En droit féodal, tenancier désignait celui qui avait en domaine utile, particulièrement celui qui tenait en roture des terres dépendant d'un fief à charge de redevances variables... ». Sens commun « Celui qui tient gère, dirige ou exploite. ». Pseudo technique « Se dit quelquefois sans correspondre à un état juridique particulier du preneur d'une petite métairie dépendant d'une plus grosse ferme. ».

¹⁴⁶⁷ TLFI entrée : « Tenancier » : Subst., lang. admin., ou parfois péj. Celui, celle qui gère, qui tient un établissement soumis à une autorisation d'ouverture et à une surveillance des pouvoirs publics. Tenancier, tenancière de bar, de café, d'hôtel, de maison de jeux, de maison publique.

fonds. Son souci de réalisme s'explique par cette volonté de ne voir personne troubler sa relation, et surtout de n'être tenu par personne.

À l'évidence, le propriétaire anglais relève d'une autre logique. C'est pourquoi son statut répond mieux à la définition juridique du franc tenancier, franc signifiant dépourvu « de liens de dépendance ». Cette qualification, d'abord historique, est d'un maniement délicat pour un civiliste. Sans même aborder la connotation péjorative du terme tenancier, l'idée que le propriétaire soit tenu par un autre, qui plus est, que cet autre dispose d'un statut lié à la féodalité, provoque presque spontanément un renvoi vers l'Ancien Régime et une société hiérarchisée. La liberté acquise lors de la Révolution, dont la propriété est la traduction dans le domaine des biens, n'est pas compatible avec l'idée d'un lien de dépendance, d'où qu'il vienne et, quelle que soit sa nature. À partir de là, la tentation d'un jugement expéditif du tenancier anglais, fut-il franc, est à craindre.

Or, même si le franc tenancier anglais est en mesure d'établir plus facilement que le propriétaire français son lien de filiation avec la féodalité, son statut actuel en demeure très éloigné. Au besoin, il faut rappeler qu'il n'est soumis à aucune charge vis-à-vis de la couronne. De même, le domaine détenu par la monarchie au travers de l'*ultimate title* est totalement distinct de son domaine en propre (*demesne land*), ladite couronne pouvant, depuis 2002, disposer à son gré de ces biens en les vendant ou en les louant¹⁴⁶⁸. En pratique, le titulaire d'un fief en possession simple se trouve dans une situation très proche de celle du propriétaire du code. La détention d'un terrain, d'une maison, ou d'un autre immeuble sera sans doute vécue de la même façon dans les deux pays, bien que s'inscrivant dans un contexte institutionnel différent.

Ainsi, si l'*ultimate title* et les conséquences sur le droit des biens anglais qui viennent d'être examinées, sont indéniables, ce schéma théorique doit être relativisé par une appréciation *in concreto* des deux modèles de propriété.

Pour ce faire, une autre institution du droit des biens anglais, le trust, à la portée autrement plus significative en matière de propriété que celle *radical title*, doit être maintenant examinée. Elle servira d'aiguillon pour disposer d'une vision complète de ce système.

¹⁴⁶⁸ Kevin Gray, Susan Francis Gray, « *Elements of Land Law* », fifth Édition, Oxford, 2009, p. 214, 3.1.5. Depuis le Land registration Act de 2002, la couronne peut détenir la terre pour elle-même, procéder à son enregistrement, et plus largement en disposer. Auparavant, le domaine propre de la couronne ne pouvait pas faire l'objet d'un enregistrement, la procédure étant réservée aux terres possédées en tenure ce qui n'était pas le cas de la couronne qui ne tient sa terre de personne.

C. *La division du sol demeure le principe grâce au trust sans exclure une certaine unité*

(591.) La problématique unité, division de l'immeuble met en lumière une nette inclinaison à la division du sol du modèle de propriété anglais, mais aussi un certain penchant à la diversité. Cette seconde tendance l'entraîne à côtoyer facilement une vision unitaire (1), proche de la propriété du code, sans remettre en cause ses fondamentaux (2). Le résultat donne à l'ensemble une image bigarrée aux yeux du civiliste, à l'esprit empreint de rationalisme. À l'opposé, le *common lawyer* assumera cette diversité avec allant au nom du pragmatisme¹⁴⁶⁹.

1. *Le mouvement vers l'unité du début du 20^{ième} siècle de la propriété anglaise*

(592.) Développer la propriété foncière anglaise d'un point de vue historique et institutionnel, pour souligner les différences avec la propriété du code, notamment quant à la perception du sol, demeure un passage obligé. Toutefois s'en tenir là serait insuffisant. Le modèle moderne foncier de la *common law*, fruit d'une longue évolution, présente aussi, pour partie, de franches similitudes avec la propriété civiliste¹⁴⁷⁰.

Cette proximité entre les deux systèmes peut être corrélée, au moins partiellement, à la séquence législative du début du 20^{ième} siècle et doit être évoquée, pour deux raisons. Premièrement, cette adaptation est intéressante parce que d'une certaine manière, elle est le signe d'un ralliement au concept de propriété civiliste, ou à tout le moins s'en inspire fortement. Deuxièmement, ce rapprochement s'est opéré selon la tradition britannique, c'est-à-dire sans rupture brutale avec le passé. Cette pondération entre tradition et changement, n'est pas sans rappeler la méthode d'E. Burke (1729-1797) l'un des pères fondateurs du conservatisme moderne, et grand pourfendeur de la Révolution française¹⁴⁷¹. Et, il faut le reconnaître, en ménageant le passé, le législateur anglais a su conserver les avantages de l'ancien modèle tout en le réformant en profondeur. Certains auteurs¹⁴⁷² envient, à juste titre, cette prouesse qui a permis au système anglais d'accéder à l'unité de la propriété foncière tout en conservant une forme de division.

¹⁴⁶⁹ Pour un exemple dans la différence d'approche à propos du concept de propriété lui-même voir Kevin Gray, Susan Francis Gray, « *Elements of Land Law* », fifth édition, Oxford, 2009, 1.1.10 p. 10 et note 2; voir aussi J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », RTD Civ. 2014 p. 763 : « Dans les deux pays, les juristes ont hérité d'une définition individualiste et absolutiste de la notion de propriété : la figure du propriétaire-souverain se trouve chez le très influent Blackstone, qui parle de « *Despotic dominion* ».

¹⁴⁷¹ E. Burke, « Réflexions sur la Révolution de France et autres textes », Hachette, Pluriel, 1989.

¹⁴⁷² M. Galey, « La typologie des systèmes de propriété de C. R. Noyes Un outil d'évaluation contextualisée des régimes de propriété privée, publique et commune » Paru dans Christoph Eberhard (dir.), *Enjeux fonciers et environnementaux. Dialogues afro-indiens*, Pondichery, Institut Français de Pondichéry, 2007, 549 p. (89-125).

Avant la réforme des années 20, le système foncier britannique bien qu'ayant fortement muté, restait caractérisé par la division féodale. Or, par cette réforme, tous les tenanciers se virent soumis au statut du *socage*, faisant du franc tènement (*freehold*) une catégorie avec une seule espèce. De plus, à compter, de ce moment, la couronne fut la seule titulaire d'un domaine éminent s'appliquant à l'ensemble du royaume (cf. supra §584 et s.). De même, l'*estate* en possession simple est devenu l'option unique, puisque le bien foncier, à l'exception d'une détention via un trust, ne peut être cédé en dehors de cette forme. Cette configuration induit un rapprochement de la propriété de la *common law* vers le régime de la propriété civiliste, expliquant la référence à la propriété individuelle et absolue de B. Rudden, quand il évoque l'*estate* en possession simple¹⁴⁷³. Sous l'angle de la réforme de 1925, l'évolution de la législation foncière se traduit par un mouvement net allant d'une propriété divisée vers une propriété unitaire. Ce mouvement correspond à un changement ni radical, ni global du modèle, mais à son enrichissement par l'ajout d'une facette nouvelle. Il en résulte une propension bien plus affirmée à l'unité, et le maintien de traits plus anciens relevant de la division, opposés à cette unité, à l'instar de l'*ultimate title*. La figure se complique encore, si l'on intègre la mutation du processus principal de division du sol par le biais du mécanisme du trust. Sur la base de cette autre perspective, il est possible de dire que l'inclination pour la division a été conservée ou redéveloppée.

De la sorte, si depuis 1925, un bien-fonds ne peut plus être transféré qu'à titre de franc tènement ou un bail à long terme (*lease hold*), le recours à un trust permet de retrouver toutes les anciennes tenures avec des droits viagers, taillées, futurs en réversion, etc.¹⁴⁷⁴ L'évolution de la propriété immobilière débouche au final sur une propriété unitaire proche de la propriété civiliste respectueuse du passé, et le maintien d'une propriété divisée traditionnelle sous une forme nouvelle.

(593.) Les deux orientations de la propriété anglaise, la détention directe ou via un trust, bien qu'opposées entre unité et division, évoluent au sein d'un ensemble cohérent. De plus, le spectre couvert est large donnant au système un sentiment de liberté et de souplesse. La question du *numerus clausus* illustre parfaitement ces caractéristiques.

Certains auteurs, comme M.-F. Papandreou, soutiennent que le mouvement de réforme du début du 20^{ème} siècle n'a pas eu pour effet d'instaurer un *numerus clausus*¹⁴⁷⁵. Selon l'auteur,

¹⁴⁷³ B. Rudden, « *Things as Thing and Things as Wealth* » Oxford J Legal Studies (1994) 14 (1): 81-97 doi:10.1093/ojls/14.1.81.

¹⁴⁷⁴ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §210 p. 140 : « Cela signifie en pratique que, après 1925, un droit viager, un droit taillé, des droits futurs, en retour ou en réversion ne peuvent plus être créés directement , mais seulement par l'intermédiaire d'un trust : le fief simple est alors détenu en trust par les trustees, propriétaire selon la *common Law*, pour le compte des titulaires de ces droits moindres, à savoir les propriétaires bénéficiaires équitables. ».

¹⁴⁷⁵ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §212 p. 141.

le principe resterait la liberté de création des droits réels. Elle considère que « la doctrine des tenures a toujours été dans le sens de la liberté de création. Cette doctrine est certes tombée en désuétude, mais elle a été relayée par l'*equity* (c'est-à-dire ici le trust) »¹⁴⁷⁶. Sans avoir l'ambition de trancher le débat de la présence ou de l'absence d'un *numerus clausus* dans la *common law*, il faut signaler que pour la doctrine anglaise, le principe serait plutôt la reconnaissance d'un *numerus clausus* des droits réels¹⁴⁷⁷. Le recours à ce dispositif repose sur des motifs¹⁴⁷⁸ proches de ceux développés en France, à savoir la sécurité juridico-économique du commerce immobilier (cf. supra). Cependant, si la notion de *numerus clausus* est commune, le sens qui lui est donné par les auteurs anglais, pourrait ne pas valoir dans la perspective française, car les approches diffèrent de façon substantielle. D'une part, la *common law* propose une liste de droits réels plus vaste¹⁴⁷⁹ que celle des tenants du *numerus clausus* français, relativisant son caractère limitatif. D'autre part, le *numerus clausus* ne paraît pas être de nature à contrevenir à la structure même de la propriété anglaise fondée sur la division par l'entremise du trust, et pas sur l'unité comme son alter ego civiliste.

Un compromis pourrait se dessiner, si l'on considérait distinctement les propriétés équitables et les autres. Pour les premières, la mise en œuvre du trust semble par définition s'opposer à l'idée d'un *numerus clausus*, tant les possibilités de création de droits réels sont larges. À l'inverse, quand il n'y a pas mise en œuvre d'un trust, alors le principe d'un *numerus clausus* l'emporterait, étant précisé que la limitation serait moins accentuée que dans le régime civiliste puisque la liste de droits réels est plus large. Cette proposition laisse pendante l'appréciation du système dans son ensemble, ce qui pourrait être la marque du pragmatisme anglais !

Au-delà de la boutade, la formule alimenterait une solution médiane, à mi-chemin entre le *numerus clausus* classique fondé sur l'article 543 du code, et, une liberté de création totale de droits réels. On serait proche de la notion de quasi-*numerus clausus* de certains auteurs¹⁴⁸⁰. Dans ce système, la limitation de création tient à la liste répertoriant les droits réels susceptibles d'être créés. La liberté, elle, se traduirait par la présence dans cette liste, ou en dehors, d'une institution du type du « trust », permettant de diviser le sol sans contrainte. Il s'agirait d'une alternative plus ouverte à un *numerus quasi-clausus* dont la limite serait le concept de propriété individuelle (cf. supra).

¹⁴⁷⁶ M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004 §508 p. 332.

¹⁴⁷⁷ Kevin Gray, Susan Francis Gray, « Elements of Land Law », fifth Édition, Oxford, 2009, p. 137, 1.7.12 : « Il est admis de longue date que la liste des droits réels du *numerus clausus* était une liste limitative ».

¹⁴⁷⁸ Kevin Gray, Susan Francis Gray, Elements of Land Law, fifth Édition, Oxford, 2009, p.138, 1.7.13 : « A l'origine du principe du *numerus clausus* se trouve indéniablement la préoccupation systémique concernant le modèle de propriété foncière ».

¹⁴⁷⁹ Kevin Gray, Susan Francis Gray, « Elements of Land Law », fifth Édition, Oxford, 2009, p.139, 1.7.15.

¹⁴⁸⁰ S. van Erp, « A *numerus quasi-clausus* of property rights as a constitutive element of a future European property law ? » adapted version of an essay published in a Festschrift for Ewoud Hondius.

Plus généralement encore, le *numerus clausus*, tendant à favoriser une propriété foncière unitaire, ne contrarie pas la tendance naturelle à la divisibilité de la propriété anglaise, incarnée par le trust, dont il est nécessaire de dire quelques mots.

2. Le maintien de la division via la propriété équitable et le trust

(594.) Avant de clore ce paragraphe sur la propriété de la *common law* anglaise, dans le but d'organiser un parallèle entre le caractère simultané de cette propriété et l'unité du modèle civiliste, il convenait de s'intéresser au trust. Ce dernier est en effet aujourd'hui le principal outil de la division de la *common law* (a). Cette position dévolue au trust est le fruit d'un mouvement favorable à l'unité, qui a suivi l'évolution des tenures et de l'*estate*¹⁴⁸¹. Or, le passage d'une division relevant des tenures et *estates*, à une division reposant essentiellement sur le trust dans sa dimension technique, modifie le processus, qui n'est plus forcément associé à une dématérialisation de l'objet de la propriété (b).

a. Le trust : le véritable outil de la division de la propriété de *common law* anglaise

(595.) L'*equity* contribue sans nul doute à la résilience du modèle de propriété de la Common law et en constitue au demeurant une pièce maîtresse. Son existence même, facilite une approche duale, sorte de marchepied vers un système, à l'instant décrit, alliant unité et division.

Pour les besoins de notre propos, l'*equity* est associée au trust, mais dépasse ce sujet ; tout comme le trust est articulé avec le sol, tout en allant au-delà de ce bien et de la propriété immobilière. La fonction de l'*equity* et du trust dans la propriété immobilière actuelle témoignent de la richesse et aussi, il faut bien le concéder, de la complexité de la science juridique anglaise. Sur la dimension de l'appropriation du sol proprement dite, le recours au trust est source d'un autre enseignement. La théorie des tenures, puis celle des *estate*, ont été des moyens de conceptualiser le sol. Par le jeu de la dématérialisation, l'objet de la propriété n'est pas la chose tangible, mais une chose incorporelle, dont la vocation est d'empêcher le sujet d'accéder directement à cette chose. La dématérialisation, en accroissant la divisibilité du bien-fonds, répondait à une organisation sociale, politique, elle aussi fondée sur la division du corps social de type féodal, au moins initialement (cf. supra par exemple §24 et s.).

¹⁴⁸¹ Par opposition, la tendance naturelle à la division du trust justifierait le phénomène de rejet classique de cette institution par la doctrine française, soucieuse de préserver une propriété unitaire.

Ainsi, le schéma d'un sol divisé reposait sur une définition ou redéfinition du sol, l'*estate* étant sûrement la forme la plus aboutie du système. Pour autant, ce procédé a évolué au fil du temps délaissant la division pour l'unité. Aujourd'hui, la division est d'abord synonyme du trust. Or, celui-ci n'a pas pour finalité de définir le sol.

b. Le trust : une propriété divisée sans dématérialisation de l'objet de la propriété

(596.) L'outil de la division de la propriété anglaise est d'abord le trust. Ce concept remplit cette fonction à merveille, mais soulève la question des conditions de cette division, puisque le trust n'est pas de même nature que la tenure ou l'*estate*.

Il serait déraisonnable de vouloir trancher la question de la définition du trust, tant elle est complexe¹⁴⁸². À tout le moins, est-il possible de dire que le trust ne se confond pas avec le sol, ni même l'*estate*. Le trust est d'abord un outil de gestion au sens large, qui s'applique à des actifs, immobiliers ou non, d'ailleurs. Cet outil protège un intérêt collectif¹⁴⁸³ et se rapproche d'autres institutions comme la société¹⁴⁸⁴, le groupement, l'indivision, etc. Il traduit un éloignement plus prononcé encore que l'*estate* avec le concept de l'immeuble civiliste. Le trust organise une forme de propriété collective, selon des configurations multiples et variées, mais n'est pas à proprement parler un objet de propriété. Lorsque l'on parle de propriété équitable, cela est d'abord synonyme d'un moyen de détenir la propriété, non de l'objet de la propriété. La différence est ténue et, sans doute les notions de trust, *estate* et tenures se chevauchent-elles, partiellement. Il n'en demeure pas moins que le trust ne peut pas être assimilé à un *estate* ou une tenure, et encore moins à l'immeuble lui-même.

Un parallèle peut être envisagé avec l'indivision, puisque de la même façon, il est fait référence à une propriété indivise ou à un propriétaire indivis. L'indivision comme le trust est un moyen de détenir la propriété et non l'objet de la propriété. L'objet de la propriété sera par exemple le terrain ou le bâtiment détenu au travers du trust ou de l'indivision. Cet aspect est essentiel, et il convient de comprendre pourquoi. Il est important de le souligner, car cet aspect indique que l'approche utilisée par les juristes pour diviser le sol a muté. Le principe de la division a été conservé comme l'indique parfaitement M.-F. Papandréou grâce à l'*equity* (cf. supra §595). Pour autant, le processus diffère. Dans le cas des tenures ou de l'*estate*, c'est la reconfiguration de la chose sol ou immobilière qui est utilisée. D'une

¹⁴⁸² Voir par exemple B. Rudden, « *Things as Thing and Things as Wealth* », Oxford J Legal Studies (1994) 14 (1): 81-97 doi : 10.1093/ojls/14.1.81.

¹⁴⁸³ Sur la question de la propriété collective voir G. Bras Miranda, « La propriété collective au Québec : les enjeux », Revue du Barreau/Tome 63/Automne 2003.

¹⁴⁸⁴ J. Ball, « *The Boundaries of Property Rights in English Law* », Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law, July 2006, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 10.3 (December 2006), <http://www.ejcl.org>, p. 15, L'auteure fait un parallèle entre le trust et la société civile immobilière non dotée de la personnalité morale.

certaine façon tenure et *estate*, sont assimilés au sol, qui n'est plus accessible en tant que tel, puisque la prérogative portera au mieux sur l'*estate in land* (cf. supra §582).

Dans le cas de la propriété équitable maintenant, la division du sol ne passe plus par sa dématérialisation. C'est le trust, « outil d'appropriation collective » qui remplit cette fonction. En d'autres termes, la division est indépendante du traitement du bien immobilier et de sa nature. Ainsi, en se plaçant dans l'optique d'une distinction entre droit de propriété et objet du droit de propriété, la propriété divisée de la *common law* via le trust, renvoie aux modalités d'exercice du droit de propriété, non à l'objet de cette propriété.

(597.) Le trust outil de division, en se détachant de l'objet de la propriété pour investir la prérogative n'associe plus, ou pas forcément, la dématérialisation de l'objet de la propriété à l'opération de division, comme le fait l'*estate*. Si la division s'opère au niveau de la prérogative, la dématérialisation de l'objet de la propriété devient optionnelle.

L'exemple du droit des biens anglais démontre ainsi, contre toute attente, la faculté d'organiser une large division du sol sans recourir à sa dématérialisation, même si en raison de l'incorporalité de l'*estate*, l'objet de la propriété immobilière anglaise est incorporel. C'est pourquoi le statut de propriétaire octroyé aux membres du trust est, quant à lui, sans incidences sur notre raisonnement. Si, première option, le droit de propriété porte sur une quote-part du trust, nous sommes en présence d'une propriété de droits mais dont l'objet est le trust, distinct du bien qui en constitue l'assise, susceptible d'être corporel ou incorporel, immobilier ou mobilier. Si maintenant, seconde option, le droit porte directement sur le bien, il s'agira à nouveau d'une propriété de droits en présence d'un *estate*, chose incorporelle.

Toutefois, le recours à une chose corporelle, tel l'immeuble par nature sol du Code civil, déboucherait également sur une propriété collective susceptible d'être divisée, dans le cas de la première hypothèse, celle du trust. Cette figure représente celle de l'indivision, ou la copropriété d'un bien¹⁴⁸⁵. L'indivision est constituée d'une pluralité de droits de propriété détenus par différents sujets, se rapportant à un bien unique. Elle correspond à une forme de propriété collective et donc la division du bien auquel elle s'applique. D'ailleurs, certains auteurs ont souligné le lien de parenté entre l'indivision et la propriété simultanée¹⁴⁸⁶. L'indivision se distingue bien entendu du trust. La première est précaire par nature, alors que le second est pérenne. De surcroît, les modalités de division du bien en indivision sont simples, pour ne pas dire sommaires, tandis que celles du trust sont variées et complexes. Il n'en demeure pas moins que dans les deux cas, il y a division d'une prérogative. Autrement

¹⁴⁸⁵ F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens » (8e édition), 2010, Dalloz, §558 p. 447.

¹⁴⁸⁶ F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3e édition, PUF, 2008 §348 p. 514 : « La figure d'une pluralité de droits de propriété portant sur un même bien rapproche l'indivision des propriétés simultanées, encore appelées domaine divisé. ».

dit, pour le trust comme pour l'indivision, la latitude en matière de division du bien dépend de l'outil organisant la propriété collective, et non du bien.

Ce parallèle entre l'indivision civiliste et trust de la *common law*, pose les bases d'une discussion abordant la division du sol, sans que la dématérialisation du sol en soit la condition *sine qua non*. L'approche emprunte plutôt la voie de la propriété collective, telle qu'elle a été abordée à l'occasion de l'examen de la personne morale (cf. supra §573).

c. Le trust : un concept pouvant contribuer à l'évolution de la propriété civiliste

(598.) Pour conclure sur la propriété de la *common law*, la dématérialisation des choses tangibles apparaît bien comme un obstacle, revendiqué comme tel par les *common lawyers*, à la formation du binôme un sujet une chose, caractéristique de la propriété civiliste.

Tout en étant marquée par une évolution favorable à l'unité, la propriété anglaise conserve cette caractéristique, via notamment le *radical title* dans une dimension institutionnelle, et disons, plus opérationnelle au travers de la propriété équitable du trust. D'autre part, la divisibilité de la propriété foncière de la *common law* ne repose pas sur la dématérialisation du sol, ou pas essentiellement, mais sur une forme de propriété collective organisée par le trust. Ces deux arguments sont autant de raisons de rejeter la proposition d'introduire une propriété de droits du sol dans le droit des biens français, sur la base du modèle de la *common law* anglaise, et plus encore du modèle de propriété de S. Vanuxem auquel nous consacrerons le paragraphe à venir. Retenir une propriété de droits ne serait rien d'autre que la négation de son modèle de base, fondé non seulement sur l'unité, mais aussi, et les deux étant liés, sur la réalité du sol.

Qui plus est, l'exemple anglais valide, au moins partiellement, le choix d'un sol unitaire. Dans des logiques, des temps, des histoires propres à chaque système, les droits des biens anglais et français ont évolué dans le même sens. Sur l'axe de la division du sol, des similitudes sont également observables. Là encore, il serait vain de nier les différences, voire les oppositions. Néanmoins, un rapprochement peut être observé dans l'organisation d'un intérêt collectif, c'est-à-dire représentant plusieurs sujets, vis-à-vis du sol. Il existe certainement un lien, qui sera ici seulement évoqué succinctement, entre l'appropriation par l'intermédiaire d'un trust anglais et le développement du concept de personne morale, auxquels sont associés des débats doctrinaux d'anthologie, dont l'ouvrage de R. Saleilles est l'un des symboles (cf. supra §572). L'observation n'est pas une invitation à confondre trust et personne morale, mais à relever des objectifs communs aux deux institutions dans leur environnement respectif. Un trust insensible à l'objet de la propriété corporel ou incorporel peut, au demeurant, être intégré au modèle de la propriété du code, selon un processus proche de celui retenu pour la personne morale.

Quelle que soit l'issue donnée à cette proposition, la problématique semble bien mettre en avant d'abord la question de la propriété collective, et non la dématérialisation du sol. Si le trust permet une meilleure divisibilité de la ressource sol, cela ne résulte pas d'un sol incorporel, mais de la capacité de cette institution à organiser efficacement des droits de propriété simultanés sur le sol.

Rejeter la propriété de droits du sol sur la base de l'exemple de la *common law* est à ce stade une conclusion logique.

Pour la conforter, il est intéressant d'exposer le propos de S. Vanuxem. En s'interrogeant assez largement sur la relation de l'homme aux choses, et tout particulièrement au sol, cette auteure finit par retenir une propriété de droits, après avoir exposé une critique soutenue de la propriété du code. Seulement après examen de la thèse de S. Vanuxem, le rejet de la propriété civiliste est loin d'être convainquant.

§2 Exposé critique du sol dématérialisé « lieu de choses » de S. Vanuxem

(599.) Foisonnant, déroutant, dérangeant sont les quelques adjectifs qui viennent spontanément à l'esprit à propos de l'ouvrage de S. Vanuxem : « les choses saisies par la propriété ». Il faudrait bien entendu rajouter intéressant à la liste, puisque le sujet vient naturellement rencontrer le nôtre, la propriété ou le rapport au sol.

Sans être totalement nouvelle, la critique du droit subjectif, puis évidemment celle de la propriété individuelle, exposée par l'auteure suscitent l'intérêt en raison de l'originalité de l'axe proposé. La remise en cause de la théorie renouvelée de la propriété, portée par F. Zenati et T. Revet, sur fond d'une propriété à la fois intouchable et fragilisée par son hégémonie, fait sens. L'alimenter par la problématique environnementaliste, et ses conséquences sur la relation entre l'homme et les choses dans le temps, renforce encore l'argumentaire. Pour autant, la proposition de S. Vanuxem peine à susciter l'adhésion. Les multiples approches entre philosophie, théorie du droit, droit des biens, enrichissent l'exposé, mais le rendent également plus difficile d'accès. Le processus censé sceller le nouveau pacte entre l'homme et les choses, se substituant à l'actuel système responsable de notre « monde cassé », demeure mystérieux par bien des aspects.

Les apports de cette thèse savante sont pourtant nombreux. Elle contribue par exemple à la compréhension de l'articulation entre le droit de propriété et la philosophie de Descartes¹⁴⁸⁷ et, plus particulièrement sa théorie du dualisme ou la division du monde entre le corps et l'âme. Elle fait également le lien avec Hobbes¹⁴⁸⁸ ou Locke¹⁴⁸⁹, pour ne mentionner que les auteurs classiques. L'analyse de la théorie renouvelée de la propriété est aussi d'une grande précision. Le leitmotiv de l'auteure, initier un nouvel humanisme pour un rapport apaisé entre l'homme et les choses, ne peut qu'être approuvé sur le principe, y compris au prix d'un renoncement à une vision du monde purement « occidentale¹⁴⁹⁰ ». Dans le même temps, la proposition génère une certaine gêne, quand la tentative de refondation de l'humanisme côtoie le risque de l'anéantir. Il ne s'agit pas, assurément, de la volonté de l'auteure, qui semble être consciente du danger de sa démarche¹⁴⁹¹. Elle prend ainsi parti contre tout totalitarisme¹⁴⁹², et conserve jusqu'à la conclusion, de la distance, ralliant ainsi le camp de Voltaire selon lequel : « le doute est désagréable, mais la certitude est ridicule ». S. Vanuxem finit d'ailleurs par relativiser son propos en déclarant que sa thèse ne représente pas : « les pierres fondatrices d'une nouvelle cathédrale, mais ce avec quoi faire carte, ce avec quoi expérimenter ou tenter d'expliquer les solutions du droit positif sur lesquelles buttent les doctrines aussi bien nouvelle que classique de la propriété. »¹⁴⁹³. À nouveau, sous cet angle l'observation doit être approuvée. La question écologique impose de repenser la relation homme, choses, et la libre réflexion dotée d'une forte dimension philosophique, de S. Vanuxem répond à cette aspiration. Dans une approche plus juridique, la proposition a aussi de quoi séduire ; le modèle de propriété de l'auteure repose sur la dématérialisation des choses, à commencer par le sol, et la redéfinition de l'individu, sujet de droit. Seulement, le processus ambitionne ouvertement d'éloigner l'homme des choses dans le but de protéger

¹⁴⁸⁷ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §2 p.6. La filiation entre Descartes et le droit subjectif n'est énoncé clairement, mais l'auteure attribue la vision moderne de la relation presque mathématique des hommes avec les choses quand elle dit « Tout poser, penser ou énoncer est un « je pense », un « je suis », tout « cogito », un « sum ».

¹⁴⁸⁸ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §5 p.12. Au travers du rappel de la citation de Hobbes de la définition du droit on peut entre-apercevoir l'influence de Hobbes sur le droit de propriété du code. Hobbes qui imposait à l'homme de placer sa liberté entre les mains d'un souverain absolu tout en définissant le droit comme « la liberté de chacun d'user comme il veut de son pouvoir propre, pour la préservation de sa propre nature, (...) et en conséquence de faire tout ce qu'il considérera, selon son jugement et sa raison propre, comme le moyen le mieux adapte à cette fin. ».

¹⁴⁸⁹ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §271 p. 549. L'auteure établit le lien entre la propriété travail de Locke et les droits intellectuels ce qui semble acquis. Au-delà, elle voit dans Locke un auteur favorable à l'idée d'une propriété collective originelle via une communauté de biens transmis par dieu aux hommes, sans toutefois distinguer clairement comme le fait Pothier entre communauté négative et communauté positive.

¹⁴⁹⁰ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §58 p. 95.

¹⁴⁹¹ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §58 p. 93.

¹⁴⁹² S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS éditions, 2012, §158 p. 288.

ces dernières, faisant ainsi naître le doute vis-à-vis de la thèse de S. Vanuxem. Le choix de l'auteure s'oppose en effet frontalement à celui du code, faisant de l'individu le moteur de son propre développement par un accès direct ou libre aux choses. La propriété de droits serait ainsi le moyen d'une configuration plus vertueuse du binôme homme choses, condamnant mécaniquement la propriété du code et son individualisme. De la sorte, l'individu tiendrait son salut dans le renoncement de sa liberté à assurer son propre développement par un accès direct ou libre aux choses. Or, l'hypothèse est contestable. Elle est non seulement contradictoire, mais aussi hasardeuse, puisque la proposition pose la question de savoir par qui ou par quoi l'homme pourra se développer, s'il se prive de sa première ressource : lui-même.

(600.) La proposition de S. Vanuxem, l'instauration d'une propriété de droits, étant de nature à renverser notre perspective au motif de préserver les ressources dont l'homme dispose, et dont il a besoin, sera quant à elle analysée sur la forme (A) et sur le fond. Sur ce second aspect, nous suivrons le cheminement de l'auteure, la conduisant à transformer le sol en une chose incorporelle (B), entraînant l'avènement d'un nouveau modèle de propriété (C). Nous terminerons en revenant sur ce qui aurait pu être, et sans doute dû être, le préalable de la démarche de S. Vanuxem, la notion de rareté, fondement du droit des biens et de la propriété (D). À aucune de ces étapes, « les choses saisies par la propriété » ne réussiront à démontrer la pertinence d'une propriété de droits pour le sol. C'est au contraire le risque de l'éloignement de l'homme des choses qui sera souligné, et cela, d'autant plus que les ressorts de cet éloignement demeureront impénétrables.

A. Une critique idéale sur la forme

(601.) Dès l'introduction de la thèse de S. Vanuxem, le cap est donné : la mise en accusation du droit subjectif, c'est-à-dire de la propriété. Son tort : La mise à l'écart des choses en raison de l'égoïsme de l'homme¹⁴⁹³ ; la culpabilité de ce dernier ne faisant aucun doute, son « procès »¹⁴⁹⁵ sera instruit hâtivement.

¹⁴⁹³ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §339 p. 677.

¹⁴⁹⁴ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS éditions, 2012, §2 p. 6 et s.

¹⁴⁹⁵ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS éditions, 2012, terme utilisé à maintes reprises exemple : §2 p.9, §5 p.12 p.14, §7 p.19.

En dépit de la gravité des faits reprochés, étonnamment, la solution ne passerait pas par l'abandon du droit subjectif, mais par sa refondation.¹⁴⁹⁶ Selon S. Vanuxem, à l'origine de la déviance qui a transformé l'homme en bourreau des choses, la mutation de l'homme : « Sorti de son monde clos, l'individu humain ne se dirige plus vers une fin extrinsèque. Absolument indépendant, il erre dans un monde privé de tout sens apparent. »¹⁴⁹⁷. Cette perte de repères serait fondée sur une incohérence interne : « au concept moderne »¹⁴⁹⁸ des choses, et sans doute de la philosophie. Le droit ne serait pas directement concerné et, l'enjeu du débat pourrait n'être que d'un intérêt limité s'il signifiait : « ... guère plus que la disparition d'un système juridique. »¹⁴⁹⁹.

À ce stade, en dépit de la force des charges retenues, l'auteur n'a pas expliqué réellement en quoi, le droit subjectif – soit la propriété individuelle-, serait responsable de ce qui lui est reproché.

Finalement, le préjudice causé par le droit subjectif aux hommes- une répartition injuste des choses, apparaît presque incidemment¹⁵⁰⁰. L'enjeu environnementaliste, également au cœur du propos, n'est révélé quant à lui, en toute clarté, que bien plus tard, quand la Terre est désignée comme la chose entre toutes les choses¹⁵⁰¹. Ces torts, que l'on suppose d'ordre social et écologique – l'oubli de l'essence de la Terre-, ne sont pas développés. Le lien de causalité entre la propriété individuelle, et le préjudice dont souffriraient les choses, n'est pas démontré. Les apports éventuels de ce droit subjectif, semblent eux, tout simplement ne pas exister. L'homme serait-il dans l'erreur depuis la théorie renouvelée de la propriété ? Le Code civil ? L'avènement de la philosophie moderne ? Et, peut-être avant ? Si le modèle de propriété individualiste du code est la cause de ces maux, comment et pourquoi cela s'est-il produit ? Une période faste pour les choses est-elle concevable, a-t-elle existé ? Et, si oui laquelle ? Comment s'est opéré le changement ?

Ces questions n'étant pas abordées, une contre argumentation n'a pas de place, et une forme de radicalité apparaît rapidement.

¹⁴⁹⁶ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS éditions, 2012, §4 p. 23 « Si l'étude de la chose conduit au procès de celui-ci – le droit subjectif, qui l'évacue et la remplace par une autre notion, celle de pouvoir, cette mise en cause ne saurait emporter nécessairement celle du nominalisme. En d'autres termes, il doit être possible d'étudier la notion de chose à travers le prisme du droit subjectif, sans la prendre pour fer de lance « la nature des choses ».

¹⁴⁹⁷ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS éditions, 2012, §5 p. 14.

¹⁴⁹⁸ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, p. 24.

¹⁴⁹⁹ Considérons que cela relève de l'ironie, S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §4 p. 23.

¹⁵⁰⁰ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS éditions, 2012, §5 p. 13 : « la simple possibilité de se défendre de voir sanctionné le non-respect de ses biens. Il ne désigne plus un jugement sur ce qui est juste et bon et ne peut s'identifier à la juste part des choses attribuées à chacun ».

¹⁵⁰¹ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §131 p. 220.

L'auteure approche bien l'ambivalence, la complémentarité et la logique d'ensemble du lien homme, choses, quand elle dit : « Entre res et causa, le rapport est d'identité comme de différences, chose et cause sont les deux aspects d'une même réalité, ses faces passive et active. Elles apparaissent comme les étapes successives d'un même et unique processus : causa représente le dernier échelon d'une série, *res*, le premier. », et d'ajouter : « *causa* procède d'une spécification progressive de la *res* et s'y oppose comme le genre à l'espèce. »¹⁵⁰². Toutefois, cet éclairage, pertinent, de nature à tempérer les torts de l'homme par rapport aux choses, demeure isolé.

(602.) Pour poursuivre sur la forme du propos, la tâche à laquelle s'attelle S. Vanuxem est vaste, presque gigantesque par l'angle de traitement du sujet choisi, mais aussi par la volonté de rompre avec le présent et le passé. Cette approche de la *tabula rasa* n'est d'ailleurs pas s'en rappeler « l'homme nouveau » de la Révolution (cf. supra §574). C'est pourquoi le Code civil, fondement du droit positif depuis près de 200 ans, est ignoré.

Au-delà du rejet du Code civil sans appel, l'orientation des motivations du modèle de propriété est également difficile à cerner. T. Revet¹⁵⁰³ en préface de l'ouvrage considère, par exemple, le parti-pris de la propriété simultanée comme une conséquence presque mécanique. Le rejet de l'exclusivité du droit de propriété conduirait obligatoirement à la simultanéité, la seconde grande option en matière de propriété face à la propriété individuelle retenue par le code. Le régime de la propriété serait, alors, seulement le résultat d'un choix négatif ou par défaut. La présentation de S. Vanuxem, faisant de cette question un point accessoire, traité dans le dernier paragraphe de la conclusion¹⁵⁰⁴, va dans ce sens. Dans le même temps, l'explication surprend. La nature de la propriété représente le rouage essentiel au cœur de la relation des hommes et des choses, créant le lien entre ces deux pôles. C'est pourquoi en faire un point secondaire empêche, volontairement ou non, une réelle confrontation des deux modes de propriété, au profit d'un choix qui s'imposerait par principe.

Arrive ici un point de jonction entre forme et fonds. Le « citoyen renouvelé », coupé de son histoire, est un sujet de droit, neuf, disponible pour une propriété nouvelle. Celle-ci sera simultanée et collective, par opposition à la propriété privée et individuelle du code, appartenant au passé. La méthode est plutôt dogmatique, éloignée de l'empirisme de la

¹⁵⁰² S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §6 p. 16.

¹⁵⁰³ Th. Revet préface l'ouvrage de S. Vanuxem en qualité de directeur de thèse de S. Vanuxem. Il est par ailleurs, notamment, co-auteur avec F. Zenati d'un traité de droit des biens dans lequel est développé la théorie renouvelée de la propriété objet central de la critique de S. Vanuxem.

¹⁵⁰⁴ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §339 p. 676.

propriété de la *common law* (cf. supra §577 et s.). Il faut dire que le but recherché n'est pas l'amélioration de la propriété existante, mais son exclusion pour un nouveau modèle de propriété s'y substituant purement et simplement.

Ainsi, naturellement, l'individu ou l'individualisme devient un accusé presque par nature. Il est condamné à se tenir à l'écart des choses, et le droit, qui hier le rapprochait des choses, est désormais la garantie de cet éloignement.

B. Le droit subjectif renouvelé : une dématérialisation des choses valant mise à l'écart de l'individu

(603.) Assez naturellement, pour réinitialiser le droit subjectif et son support l'individu, S. Vanuxem va chercher à redéfinir la *summa divisio* homme, choses, qui dans l'optique du code correspond au binôme propriétaire, objet de propriété (1). Son attention porte d'abord sur les choses, menacées par l'homme et dont elle souhaite assurer la protection. La reconfiguration des choses débute par la désignation de la chose par excellence, la Terre, dont le positionnement, ou l'essence, supposerait un détachement de la matière (2).

1. La fin de la summa divisio homme chose ou la reconfiguration de ce binôme

(604.) « La pensée moderne départage le monde entre le sujet et l'objet »¹⁵⁰⁵. Cette *summa divisio* engendre un « monde cassé »¹⁵⁰⁶, dans lequel la chose est oubliée.

La chose serait alors synonyme de rien, n'indiquerait rien¹⁵⁰⁷. La théorie de F. Zenati et T. Revet témoignerait et contribuerait à cette vacuité, en ayant l'ambition d'étendre à l'infini, la propriété¹⁵⁰⁸. Avec le *jus excluendi*, la propriété n'est plus un droit subjectif, mais le droit subjectif¹⁵⁰⁹, universalisant un monde dual et la soumission des choses à l'homme, qui en découle. S. Vanuxem perçoit la *summa divisio* homme, choses un dogme, une évidence non

¹⁵⁰⁵ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §13 p. 33.

¹⁵⁰⁶ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §37 p. 58.

¹⁵⁰⁷ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §15 p. 35.

¹⁵⁰⁸ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §17 p. 36.

¹⁵⁰⁹ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §52 p. 77, le glissement identifié par S. Vanuxem est indéniable et justifie la critique qu'elle adresse au droit subjectif sur le principe.

démontrée, et par là susceptible d'être remise en cause. Elle cite néanmoins A. Supiot,¹⁵¹⁰ pour qui mettre à mal la *summa divisio* fait courir le risque de transformer les hommes en choses. Relevant la mise en garde, l'auteure maintient tout de même l'exclusion du dogme dualiste, seul moyen d'aboutir à la renaissance des choses. Elle précise cependant : « Le dépassement de la division suppose que la chose ne s'identifie plus à un moyen. Tant que cette condition ne sera pas remplie, la *summa divisio* renaîtra, phénix, de ses cendres. Abandonner la division ne signifie pas nécessairement une dérive totalitaire, mais, éventuellement, la recherche d'un nouvel humanisme»¹⁵¹¹. Cette recherche d'un nouvel humanisme, rempart au risque de déshumanisation, pousse S. Vanuxem vers un nouveau droit subjectif.

Autrement dit, le dépassement de la *summa divisio*, passerait par la reconfiguration totale du binôme, sans l'empêcher de subsister, sous une autre forme. Et, c'est là que réside, bien sûr, la première grande difficulté à laquelle se heurte S. Vanuxem.

(605.) L'homme ne peut exister sans les choses. La relation étant inhérente à la vie de l'homme sur terre, elle, doit être maintenue.

La problématique environnementale invite, sans nul doute, à repenser cette condition sans toutefois la renier, sauf à percevoir l'homme : « comme un parasite, voire comme une atteinte à la nature »¹⁵¹². Par ailleurs, si hommes et choses ont en commun de cohabiter sur la planète Terre, cela ne peut conduire à une simple confusion des deux termes. Le questionnement légitime sur le statut des animaux n'invalidé pas ce principe. Humains, animaux, végétaux sont tous trois des êtres vivants, coexistant sur la Terre, tout en se distinguant les uns des autres. S. Vanuxem conditionne elle-même sa proposition à cette règle. C'est pourquoi pour sortir du dilemme supposant la soumission de l'une ou de l'autre des entités du binôme, l'auteure va opérer une nouvelle distinction.

Les choses susceptibles d'être appréhendées par l'homme seront des choses formatées à cet effet, et se distingueront des choses du monde tangible. Cette rupture d'un modèle de propriété rattaché au monde réel pour un monde de choses appropriables, ou idéelles, est la cause du droit subjectif renouvelé.

¹⁵¹⁰ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §64 p. 93, A. Supiot, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Éditions du Seuil, coll. « La couleur des idées », 2005.

¹⁵¹¹ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §64 p. 95.

¹⁵¹² A. Zabalza, « Du cosmos au nomos de la terre. De l'incidence des représentations cosmiques sur les représentations juridiques de la terre », *Revue de la BPC*, II 2006, p. 8.

2. *La dématérialisation de la première des choses : la Terre*

(606.) La reconfiguration du rapport homme, chose de S. Vanuxem s'explique, selon l'auteure, par la faillite du système actuel, que symbolisent le Code civil et sa propriété. Pour dépasser ce modèle, S. Vanuxem va partir de la planète Terre qui devient la chose référence suprême (a). Puis, sur la base de la finalité de ce concept d'une terre quasi mystique, toutes les autres choses vont être conçues. Ce processus idéal aura pour conséquence de produire des choses de même nature (b), ce faisant, l'individu est tenu à l'écart des choses du monde tangible (c).

a. La Terre déifiée ou la référence suprême des choses

(607.) En amont du processus de dématérialisation, qui est le moyen de protéger les choses de l'homme, S. Vanuxem va désigner une chose référence, la chose parmi les choses ; et cette chose n'est autre que la planète Terre.

Chose corporelle s'il en est, la Terre devient paradoxalement le point de départ de la dématérialisation de toutes les choses. Pour ce faire, l'auteure réinterprète la destination ou la fonction de la Terre. Celle-ci n'est plus un moyen, un : « devoir être », mais un lieu : « dans lequel se tenir », un environnement digne de respect,¹⁵¹³ défini comme un objectif à atteindre. C'est pourquoi : « Nous ne devons plus nous la (chose terre) représenter tel un matériau solide supportant des droits, tels un instrument ou un ustensile entre les mains de son propriétaire, mais comme une place ou un endroit. »¹⁵¹⁴.

La proposition est assez classique, et s'apparente à un retour à l'antiquité, voyant dans l'espace, une place, un lieu à l'instar de l'espace terrestre. D'ailleurs, comme dans l'antiquité, la pensée de S. Vanuxem possède une dimension mystique, que l'on peut synthétiser autour de l'idée selon laquelle : « le premier dieu est la place de toutes les choses »¹⁵¹⁵. La vision est sans doute un peu différente, puisque les auteurs grecs, par exemple, voyaient dans l'espace non pas Dieu, mais sa représentation, Dieu étant indéfinissable. De même, dans la tradition chrétienne, la Terre est le royaume de Dieu offert aux hommes, sans être Dieu lui-même. S. Vanuxem, à l'inverse, penche pour une déification de l'espace terrestre, faisant de la planète Terre Dieu lui-même et non son expression. En

¹⁵¹³ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §107 p. 170.

¹⁵¹⁴ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §104 p. 166.

¹⁵¹⁵ M. Jammer, « Concepts of Space », Harvard University Press 1954. L'auteur indique : « In sectus Empiricus, nous lisons "et jusqu'ici en ce qui concerne ces déclarations des péripatéticiens, il semble probable que le premier dieu est l'endroit de toutes les choses... "».

mettant de côté, cette distinction, certainement lourde de sens, reste que la chose terre prend les traits d'une entité spirituelle, qui par sa nature se soustrait à la volonté de l'homme. La déification du sol incarne la clef de la distinction entre les choses pouvant être appropriées et les choses tangibles.

Le fonds de terre, soit un morceau de la planète fait de matière, n'est plus accessible à l'homme. L'individualisation du sol, chère au code (cf. supra §104 et s.), constituant la projection de l'individu dans la terre en la marquant physiquement de limites, de bornes, disparaît faute de support. L'objet de la propriété immobilière est désormais immatériel.

b. La finalité du concept de terre référence suprême ou la source des choses devenues immatérielles

(608.) L'immatérialité de la Terre s'étend à toutes les autres choses et fait barrage à un retour vers le monde tangible.

Le processus de dématérialisation de S. Vanuxem emprunte un court instant la voie tracée par le doyen Savatier¹⁵¹⁶, puis s'écarte de l'abstraction « du cube d'air » pour revenir à la notion de lieu via, les propos d'A. Berque : « L'écoumène ne désigne pas seulement un lieu cartographiable (topos), mais un lieu existentiel (chora) »¹⁵¹⁷. Le sol lieu, espace de fonctions sociales¹⁵¹⁸, est une revendication adressée à la propriété du code de longue date. Légitime, ce caractère ne peut toutefois contenir, à lui seul, la problématique de l'appropriation. Quoi qu'il en soit, pour S. Vanuxem, à ce sol, lieu existentiel, coïncide une destination qui s'impose à l'homme. De cette destination première va découler des destinations secondaires, représentant les autres choses terrestres.

Ainsi, le principe de l'accession, moteur de la propriété du code, n'a plus lieu d'être, puisque les utilités du sol émanent de la terre tout entière, pour être transformées en choses appropriables, donc contingentées. Le processus du code est mis en échec ; le sujet n'est plus le moteur du système mais un simple destinataire. Pour mémoire, la parcelle individualisée du code (le fonds de terre) est aussi un lieu, mais un lieu de liberté pour le sujet. À partir de cette parcelle qui pointe directement vers la chose tangible, le propriétaire de celle-ci (le principal) va pouvoir par son entreprise, suivant le principe de l'accession, se voir attribuer toutes les utilités de la chose (l'accessoire). Une fois le cadre réglementaire respecté (la

¹⁵¹⁶ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §112 p.184.

¹⁵¹⁷ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §114 p.188.

¹⁵¹⁸ N. Rouland, « Pour une lecture anthropologique et interculturelle des systèmes fonciers », Droits, Revue française de théorie juridique, 1985, I, p. 76.

seconde partie de l'article 544), l'attribution des utilités connaît seulement deux limites : le potentiel de la chose et la capacité du propriétaire à exploiter ce potentiel.

Dans l'univers de S. Vanuxem, la règle du principal et de l'accessoire a perdu mécaniquement toute raison d'être¹⁵¹⁹. L'individu n'a plus de lien direct avec la chose, mais un accès contingenté à des choses définies comme appropriables. Soutenir le contraire serait revenir à une vision matérielle de la terre. Si : « le fonds de terre est fait de mottes de terre comme le bâtiment de briques ou de pierres », de proche en proche, le sol s'unifie par la matière. Au bout de la chaîne la terre devient : « un énorme bloc de terre », ¹⁵²⁰ c'est-à-dire une chose corporelle. Or : « un lieu existentiel (chora) » ne peut être réduit à un bloc de terre fait de matière. À défaut, la matérialité l'emporterait sur la spiritualité.

Par ce raisonnement, la terre « lieu », chose différenciée de la matière, incarne le référent, tout à la fois ultime et premier, la terre dont tout procède et par quoi tout périt. Cette *tabula rasa* aurait pu être l'occasion de renouer le lien distendu entre les hommes et les choses. En favorisant une relation plus authentique avec les choses, l'homme aurait pu revenir sur cette dérive qui lui fait oublier son milieu comme lui-même¹⁵²¹. L'homme soumis à la chose première qu'il ne peut appréhender individuellement, sera placé dans ce rapport « d'obligation » vis-à-vis de toutes les choses.

L'individu n'a plus accès au monde tangible, puisque la chose première n'est plus une chose matérielle. Dorénavant, l'homme est exclusivement en rapport avec des choses incorporelles, modifiant singulièrement son rapport au monde.

c. Les choses mises à l'écart de l'individu

(609.) Le nouveau rapport aux choses qui est proposé à l'homme implique de le réduire à une existence, dont il ne serait plus pleinement en mesure d'assurer la responsabilité, au moins matérielle.

Sur le fond, l'observation reprend celle d'A. Zabalza voulant que : « les nouvelles formes de la terre » signent l'éloignement entre les choses et les hommes¹⁵²². Dans le cas de S.

¹⁵¹⁹ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §121 p.201.

¹⁵²⁰ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §120 p. 200.

¹⁵²¹ Voir sur ce point, A. Zabalza, « Du cosmos au nomos de la terre. De l'incidence des représentations cosmiques sur les représentations juridiques de la terre », Revue de la BPC, II 2006 p. 9 : « La solution apportée ne ruine pas l'esprit de conquête ayant servi de moteur aux progrès de l'humanité, mais elle se fait critique de l'esprit perverti de la conquête, oublieuse d'elle-même et de son milieu ».

¹⁵²² A. Zabalza, « Du cosmos au nomos de la terre. De l'incidence des représentations cosmiques sur les représentations juridiques de la terre », Revue de la BPC, II 2006, p. 10 : « Les nouvelles formes de conscience de la terre ne sont pas rejetées parce qu'elles sont subversives, mais parce qu'elles introduisent une fiction encore plus grande entre la terre et sa représentation juridique, par une forme d'accélération de l'instrumentalisation de la personnalité juridique. Octroyer la responsabilité envers une chose, ou attribuer la personnalité juridique à une chose, est en soi une plus grande fiction, qui se

Vanuxem, même si cela n'est pas dit explicitement, l'individu est le responsable de l'oubli des choses du « monde cassé ». Ce même individu ayant fait la preuve de son incapacité à respecter les choses, des choses incorporelles, garantes de l'éloignement, s'interposeront entre l'homme et le monde réel. Ces concepts n'auront plus vocation à retranscrire le monde réel le plus fidèlement possible, mais représente un monde réinterprété, dont la prédestination de la planète est l'acte fondateur. Dans ce monde en « fac-similé », l'individu perd partiellement la maîtrise de son destin. Les deux piliers de son développement, sa liberté et sa responsabilité, se trouvent remis en cause dans leur essence même.

À ce propos, il est important de souligner que S. Vanuxem rejette les deux axiomes complémentaires de l'article 544 du Code civil. Pour le premier, la liberté, symbole de la souveraineté du propriétaire, le rejet est une évidence. Toutefois, le second, à savoir l'orientation venant de la loi et des règlements porteurs de l'intérêt collectif, ne présente pas plus d'intérêt¹⁵²³. Il s'agit là d'un nouveau point d'opposition avec la théorie de la propriété renouvelée, soucieuse, elle, de l'équilibre du code; la dichotomie droit subjectif, versus droit objectif, ne modifie pas l'essence de cet équilibre, voire le renforce (cf. supra §389 et s.).

L'individu sujet de S. Vanuxem n'ayant plus accès directement aux choses, est coupé de son libre arbitre, quant à la définition de la stratégie destinée à assurer son épanouissement. Son activité doit avant tout respecter la destination des choses. Sans que ce point soit revendiqué, l'individu cède aussi du terrain aux choses dans la définition de l'intérêt collectif. L'auteure parle notamment d'un parlement des choses dont l'avènement serait proche en raison d'une invasion par « le tiers-état des choses et le tiers-monde »¹⁵²⁴ de nos institutions. Or, si le parlement des choses se substitue au parlement des hommes, il semble acquis que la volonté des hommes sur leur destin collectif, qui passe par le recours aux choses, perdra de sa portée. Ainsi reconfiguré, le nouvel individu, n'a plus rien à voir avec son ancêtre qui partait à la conquête du monde. Il n'a plus à prendre son destin en main, se contentant d'en être satisfait. Poursuivre l'analyse de ce sujet de droit redéfini, nécessite de s'interroger sur la façon dont il tisse les liens le rattachant aux choses d'un point de vue juridique. Dans la perspective du droit des biens, cela revient à poser la question du modèle de propriété.

fonde sur l'idée de ce que l'on veut qu'elle soit, dans l'ignorance de ce qu'elle est en sa réalité même, et que l'on pourrait retranscrire par analogie dans l'univers juridique. ».

¹⁵²³ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §61 p. 89 ou, par exemple, à propos des choses quasi communes §268 p. 541.

C. Le droit subjectif renouvelé : Un modèle de propriété incertain

(610.) La propriété du code faisant du propriétaire le souverain de sa chose, ne peut satisfaire aux exigences du droit subjectif renouvelé de S. Vanuxem. Sa mise à l'écart n'est donc pas une surprise (1). Cependant, cet abandon suppose un autre modèle de propriété, et la propriété simultanée s'articulant avec un objet dématérialisé pourrait être un choix judicieux. Or, si S. Vanuxem se prononce bien en ce sens, le couplage, du droit subjectif renouvelé avec une propriété simultanée apparaît finalement incertain, faute de pouvoir identifier exactement les sujets concourant à cette propriété divisée (2).

1. La mise à l'écart du propriétaire du code

(611.) Poser la question de savoir comment le droit subjectif renouvelé s'articule avec le droit des biens actuel, conduit à reconnaître que la jonction n'a pas lieu. S. Vanuxem utilise le droit positif pour développer son concept, sans le reprendre, ni aller d'ailleurs jusqu'à l'élaboration d'un système de règles pouvant s'y substituer in concreto.

Une comparaison d'ensemble entre le droit des biens actuels et celui répondant à la proposition de S. Vanuxem se trouve, par voie de conséquence, difficile à établir. Prises isolément, les institutions présentes dans : « les choses saisies par la propriété » peinent également à se structurer en un système cohérent, et le choix d'une propriété collective basée sur l'indivision forcée en fin d'ouvrage, ne contribue pas à améliorer la lisibilité de ce système. Cette indivision assise sur les canons de la science juridique positive, c'est-à-dire le Code civil, évolue dans un autre cadre référentiel, qui aboutit à la vider de sa substance (cf. infra §618).

Prenons un autre exemple, le rapport de propriété entre un individu et un immeuble, tel un bâtiment. Dans la vision de l'auteure, la Terre étant la chose première définie comme un lieu, l'immeuble possède naturellement une place de choix¹⁵²⁵. Plus précisément, pour définir la notion de propriétaire tel que les juristes l'entendent, S. Vanuxem propose la définition suivante : « Être propriétaire..., c'est avoir une place dans une chose tel un milieu » et précise plus loin : « nous « sommes » propriétaires d'une place dans la chose »¹⁵²⁶. Cette définition diffère profondément de la notion classique du propriétaire, souverain de sa chose.

¹⁵²⁴ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §168 p. 307.

¹⁵²⁵ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, p. 247, Sous-titre 2 « l'immeuble : une chose avec laquelle faire rhizome ».

¹⁵²⁶ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §240 p. 471.

S'exprime ainsi, le changement du modèle d'appropriation du droit subjectif renouvelé. Le sujet de droit n'est plus propriétaire d'une chose qu'il configure au gré de ses besoins. Il possède dorénavant une place dans la chose, une chose incorporelle. Les contours de cette chose, d'une certaine façon, lui échappent. La place prérogative de S. Vanuxem a bien plus à voir avec la notion de tenure ou d'*estate* de la *common law*, que l'immeuble par nature du code (cf. supra). La place dans la chose est d'abord une façon de tenir la chose, une tenure, ce qui s'accorde parfaitement avec une propriété de droits. Toutefois, à l'inverse de la propriété de la *common law* ou de l'Ancien Régime, le cadre dans lequel va s'inscrire la prérogative du propriétaire de S. Vanuxem n'émerge pas clairement.

Ainsi, si l'auteure donne des orientations claires sur son modèle de propriété en évoquant l'indivision, ou la transformation du sol en une place, ces indications sont insuffisantes pour imaginer une mise en œuvre du système. Cela se vérifie en particulier dans la relation entre l'individu le sol « place ».

(612.) Sur la base de la définition d'un propriétaire ayant une place dans une chose, S. Vanuxem va développer son propos, mais sans apporter de réelles précisions sur le cadre institutionnel, dans lequel ce propriétaire est appelé à évoluer. Cette absence va provoquer de l'incertitude et de ce fait, de la méfiance vis-à-vis de l'objectif poursuivi.

Schématiquement, dans « la propriété saisie par les choses », il y aurait des sujets disposant d'une place localisée dans la chose d'autrui et des sujets pouvant se prévaloir d'une place contenue dans la place « d'aucun autre ».¹⁵²⁷ Concernant les premiers (les occupants d'une place dans la chose d'autrui), une analyse est proposée en comparaison de l'usufruit et de la location. L'auteure souligne en quoi elle se distingue de ces formules, en particulier de l'usufruit¹⁵²⁸, et à ce stade, l'ensemble fait sens. Le concept de droit réel sur la chose d'autrui n'est somme toute pas très éloigné de cette formule.

Par contre, l'arrivée de la seconde catégorie sème le trouble, qui se propage à l'ensemble de la proposition. Les places contenues dans la place « d'aucun autre », représentent la pierre de touche de la démonstration, puisque nous serions face au droit subjectif renouvelé censé supplanter le propriétaire du code. Pourtant, ces places contenues dans la place « d'aucun autre » demeurent mystérieuses¹⁵²⁹. La proposition ne parvient pas à établir, si le sujet se retrouve sans droit concurrent face à une chose ne contenant d'autres places que la sienne, ou, si un droit concurrent existe. Et si oui, qui est le titulaire de ce droit ? Or, que le choix

¹⁵²⁷ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §241 p. 474.

¹⁵²⁸ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §246 p. 484.

porte sur la propriété du code ou la propriété simultanée, se pose la question de savoir comment le droit du propriétaire se comporte vis-à-vis des autres droits qui peuvent exister sur cette chose, qu'ils s'agissent des droits d'autres individus, ou de l'État (État au sens générique). À défaut, toutes les places sont accessibles à tous, ce qui se heurte la notion de rareté et soulève la question de la répartition de la ressource foncière (cf. infra).

Pour comprendre la portée de l'observation adressée à S. Vanuxem, deux précisions s'imposent : D'abord, dans l'hypothèse d'un droit concurrent ; il ne peut s'agir *a priori* « d'un autre » puisque nous sommes dans l'option seconde : une place non contenue dans celle d'un autre. La seule possibilité de retrouver un autre sujet, serait que cet autre ne soit pas un autre semblable. La place « d'aucun autre » deviendrait la place « d'aucun autre » semblable, laissant toutefois entière la question de qui est cet autre.

Ensuite, la proposition exclut le schéma de la propriété de l'article 544 prévoyant un équilibre entre un cadre législatif, second volet de l'article, représentant l'intérêt général, et la liberté individuelle du propriétaire, renvoyant à la première partie de 544. Sur le fond, ce choix est cohérent avec le positionnement de l'auteure, puisqu'il en est la conséquence directe. Simplement, le vide laissé par cette exclusion n'est pas comblé. Aucun référent en charge de l'intérêt collectif n'est mentionné, le cadrage provenant «des lois et règlements » du code n'est pas même repris en substance.

Toutefois, si l'on accepte l'idée selon laquelle la prérogative du propriétaire (d'une place dans l'hypothèse de S. Vanuxem) ne peut exister en dehors de toute contrainte collective ne serait-ce qu'en raison de la rareté du sol, on relève l'absence d'un aspect fondamental de la proposition. Cet aspect peut être formulé comme suit : comment, ou qui organise la souveraineté de l'occupant sur sa place dans la chose ? La question se pose d'autant que l'interrogation concernant les contours de « l'autre », reste pendante. Or, les éléments de réponse s'avèrent tout aussi difficiles à mobiliser en faveur de cette nouvelle question.

2. Une propriété simultanée aux contours flous

(613.) À nouveau, l'option retenue par S. Vanuxem de la propriété simultanée est un choix cohérent, renvoyant, entre autres, à la dématérialisation du sol, vecteur de division, classique pour ce type de propriété. Dans le même temps, ce choix renforce les attentes vis-à-vis des autres individus parties prenantes à la détention du bien, puisque ce modèle de propriété suppose intrinsèquement un concours de droits sur une même chose. Les autres sujets ou les autres prérogatives peuvent prendre des formes diverses, mais doivent exister. Or, si le choix

¹⁵²⁹ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne

de la propriété simultanée est acté sur le principe, la question de la souveraineté du propriétaire, du mode de gouvernance de la propriété, elle, n'est jamais abordée réellement. Le scénario classique de la propriété simultanée qui était, par exemple, celui de la France de l'Ancien Régime avec le double domaine, n'est pas discuté. La problématique du *radical title*, que l'on retrouve dans le modèle de propriété anglaise (cf. supra §577 et s.), ne paraît pas non plus être une composante du système. L'État, quelle que soit sa forme : républicain, monarchique ou même plus sommaire, se limitant à l'expression de l'intérêt collectif, est absent. Cet aspect, en dépit de son rôle primordial, n'est pas développé. Pourtant, plusieurs options étaient susceptibles de s'inscrire dans le schéma de propriété de S. Vanuxem : une organisation coutumière, technocratique, aristocratique, voire un homme livré à lui-même, mais aucune de ces options n'est revendiquée. La seule orientation concrète est le choix d'une propriété collective, assise sur le mécanisme de l'indivision forcée, mais sans que le fonctionnement de cette institution ne soit dévoilé (cf. supra §518). Les relations entre les sujets du groupe semblent s'équilibrer par le seul effet de groupe.

Cet axe collectif amplifie certes la critique de la propriété individuelle, sans représenter une alternative. Or, une chose est certaine, dans ce système, des hommes disposent de prérogatives, qui doivent être, *a minima*, garanties, définies, formulées. Au parlement des choses, sauf à verser dans l'animisme¹⁵³⁰, les choses seront représentées par des hommes. Les choses ne peuvent tenir assemblée seules, tout comme elles n'ont pas la faculté de décider de leur rattachement à un sujet.

La question précédemment posée, revient donc ici avec encore plus de force : Qui sont les hommes détenant les choses aux côtés du propriétaire ? Quel est le cadre institutionnel de référence ? Le flou, qui entoure ces aspects, nuit à la compréhension du propos de S. Vanuxem. La reprise de l'emphytéose pour les places dans la chose d'autrui, illustre la difficulté.

(614.) Le recours de la notion de destination et de valeur du fonds du bail emphytéotique est intéressant¹⁵³¹ au regard par exemple des enjeux environnementaux, au même titre que l'indisponibilité de certains biens, également évoquée par l'auteure¹⁵³². Néanmoins, si l'on s'attarde plus précisément sur le bail emphytéotique, la formule s'inscrit dans un rapport

André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §252 p. 501.

¹⁵³⁰ TLFI, entrée « animisme », (en psychologie) : « Tendance à considérer les objets comme vivants et doués d'intentions ».

¹⁵³¹ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §253 p. 503.

¹⁵³² S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §59 p. 88.

précis entre l'emphytéote et le propriétaire du fonds. Généraliser la formule, en sortant de ce rapport, n'est pas sans difficulté.

Un premier écueil, mentionné pour mémoire, est celui de l'évaluation du fonds. S'agit-il d'une évaluation essentiellement économique ? Ou, doit-elle intégrer d'autres paramètres sociaux, écologiques, etc. ? Enfin, la Terre dans sa totalité étant la référence, cela engendrerait-il un mode d'évaluation global ?

La seconde difficulté, plus substantielle pour le juriste, tient à la restriction de liberté acceptée par l'emphytéote, qui est l'essence même de l'emphytéose. Cette restriction marque en effet la différence entre cette formule et un transfert plein et entier, tel qu'il résulterait d'une vente. À la part de liberté amputée de l'emphytéote, correspond l'équivalent en termes de responsabilité. Le preneur à bail emphytéotique par exemple, ne saurait être tenu pour responsable de la destination du bien qui lui est imposée. De plus, cette quotité de liberté, responsabilité échappant à l'emphytéote existe néanmoins, et, se trouve entre les mains du propriétaire du fonds. Autrement dit, un autre individu en dispose. L'organisation duale des prérogatives est ici sans incidence sur le fait qu'un sujet de droit les détienne. L'utilité recouvrant la dimension destination ne disparaît pas. Elle est entre les mains d'un individu qui aura la faculté de la mettre en œuvre selon une stratégie qu'il aura définie, comme étant la mieux adaptée à ses intérêts dans le cadre de la réglementation donnée. Sur les bases de la propriété du code, en retenant la thèse du droit réel sur la chose d'autrui, l'emphytéote sera titulaire du droit réel et, le propriétaire détiendra l'utilité de la destination. En régime de propriété simultanée, le schéma sera identique, simplement, l'emphytéote verra son droit analysé, non pas en un droit réel, mais en un droit de propriété. Si l'on fait abstraction de cette distinction, ces deux systèmes organisant la dissociation d'un immeuble s'équilibrent. Ils comprennent chacun deux sujets, disposant de prérogatives qui, regroupées forment un tout. Seule la nature, et certainement l'étendue, du droit de l'emphytéote divergent. Chez S. Vanuxem, cet équilibre est absent. Le lien proposé avec la propriété collective pourrait bien sûr être source de solution. Toutefois, si l'on considère que la collectivité est bailleur emphytéotique, on serait alors face à une situation proche de celle prévalant pour le logement social ou communal. Les places dans la place d'aucun autre, ressembleraient à s'y méprendre à la propriété classique, contraire à la thèse de l'auteure.

Le recours au bail emphytéotique ne contribue donc pas éclaircir le modèle de propriété, mais à reformuler l'interrogation de sa gouvernance. Ce constat, déjà troublant, s'accompagne d'un second motif d'incompréhension, qui d'une certaine façon, est encore plus déstabilisant. Il s'agit de la délicate confrontation de la thèse de S. Vanuxem avec la notion de rareté.

D. Le droit subjectif renouvelé à l'épreuve de la rareté

(615.) La dernière étape de la proposition de S. Vanuxem invite à revenir sur la notion de rareté. Traditionnellement, la rareté explique l'existence du droit des biens¹⁵³³ et de la propriété, justifiant le lien avec la science économique. C'est en raison de ressources limitées que l'homme est amené à établir un mode de gestion de ces dernières. Dans le code, cette gestion repose principalement sur la propriété individuelle, qui du fait de l'exclusivité qu'elle sous-entend, répond à la contrainte de la concurrence générée par la rareté des choses.

S. Vanuxem, elle, va partir du postulat opposé. Elle voit dans la propriété individuelle la cause de la rareté (1), ce qui la conduit à recourir à la propriété collective, via l'indivision forcée (2), prenant ainsi le risque de confondre cause et conséquence.

1. La propriété individuelle cause de la rareté ?

(616.) Le concept de la rareté permet de synthétiser le reproche adressé à S. Vanuxem. Pourtant à la base du droit des biens, l'auteur traite le sujet en toute fin d'ouvrage. La raison en est simple, « la rareté (pourrait être), une résultante et pas seulement une condition première de la propriété »¹⁵³⁴. L'auteure formule cette interrogation en réagissant par comparaison avec la symbolique du film « Les dieux sont tombés sur la tête ». La propriété, à n'en pas douter individuelle et occidentale, ne serait pas une réponse à la rareté des ressources, mais la cause. En d'autres termes, la propriété ne serait pas seulement le péché originel rousseauiste, mais organiserait, au moins partiellement, une forme de pénurie pour justifier son existence. Analysons la teneur de la proposition de l'auteure, censée réparer le préjudice causé par la propriété individuelle.

Pour apprécier la notion de rareté, l'auteure se réfère à l'univers idéal, ce qui renvoie à la dématérialisation des choses au cœur de sa proposition. Dans ce cadre, elle interroge la pertinence de la rareté, résultante de la concurrence d'usages : « Or, il n'est pas certain que ces propositions (concurrence d'usages = rareté et, rareté = propriété) puissent toujours aller de pair : le conflit résultant du fait que plusieurs personnes souhaitant utiliser une même chose, rare car existant en un seul exemplaire insusceptible de démultiplication, doit-il vraiment être assimilé au conflit résultant de la discordance entre les usages que plusieurs personnes veulent faire d'une chose, abondante dans la mesure où elle pourrait exister en

¹⁵³³ R. Libchaber, V° « Biens », Rép. Civ. Septembre 2009 (dernière mise à jour : septembre 2011), §5.

¹⁵³⁴ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §326 p. 657.

plusieurs exemplaires ? »¹⁵³⁵. Pour répondre à cette question, S. Vanuxem développe l'exemple de l'information¹⁵³⁶. Sans entrer dans le débat sur le fond, considérons que l'hypothèse d'une rareté qui ne serait pas seulement « condition première » reste une hypothèse. Rappelons, par exemple à ce propos, ce que disait Planiol qui souhaitait réserver la propriété aux choses corporelles : « Le monde des idées est d'une nature toute différente (de ce lui des choses corporelles); il est fait pour la communauté. L'idée ne devient utile que par son expansion ; son triomphe suprême serait de devenir commune à tous les hommes. »¹⁵³⁷. Cependant, si le jurisconsulte corrobore le propos de S. Vanuxem pris isolément, il sape totalement la démonstration de cette dernière, en marquant la différence entre les choses incorporelles, le monde des idées, et les choses corporelles.

La reproduction des choses corporelles diffère de celles des idées et, il en va tout particulièrement du sol, bien non reproductible par excellence. Dans la vision de S. Vanuxem, cette observation n'a pas de prise puisque toutes les choses sont incorporelles, à commencer par la première d'entre elles, la Terre, qui serait un lieu ou une place.

(617.) La proposition de S. Vanuxem de voir dans la dématérialisation des choses du monde tangible la solution à leur rareté est tentante. Elle n'en demeure pas moins une fausse solution, car bien que dématérialisé juridiquement, le sol demeure une chose tangible, synonyme de rareté.

En réagissant, par exemple, par rapport à la chose « habitat », considérer que l'usage porte sur le droit à une place dans une chose ou la chose elle-même, ne modifie en rien le jeu de la concurrence entre plusieurs individus vis-à-vis de ce bien. L'usage par un individu sera exclusif de la chose habitat, quelle que soit sa nature. Par ailleurs, accentuer l'attache territoriale de cette chose « habitat », en soulignant le lien qu'elle entretient avec la terre, via la notion de lieu, ne fait que renforcer sa rareté. Cette rareté se traduira elle-même par un besoin d'exclusivité, l'accès à un lieu, unique par sa localisation, supposant une organisation dès qu'au moins deux sujets y prétendront.

Autrement dit, la rareté se situe en amont de la propriété. Elle traduit d'abord la faculté concurrente de disposer d'une chose unique. Contrairement à l'air, le sol n'est pas une *res communis*, car il peut être objet de propriété, et l'est, ayant pour conséquence d'exclure les non-propriétaires. La non-reproductibilité du sol, associée à sa capacité à être appropriée, représentent la cause de la rareté.

¹⁵³⁵ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §324 p. 654.

¹⁵³⁶ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §327 p. 658.

¹⁵³⁷ M. Planiol, « Traité élémentaire de droit civil », Paris, 1904, §2545 p. 813.

La propriété intervient dans un second temps, pour répondre au besoin d'organisation généré par la concurrence, née de la rareté. Historiquement, la propriété du code n'est que la dernière réponse en date, et encore a-t-elle muté considérablement depuis son origine. L'accuser d'être inadaptée s'entend, reste à en définir une plus efficiente. L'option de la propriété simultanée ne paraît pas meilleure par nature, la rareté du foncier est, par exemple, tout aussi prégnante dans le système de la *common law* anglaise.

Associer la simultanéité à la propriété communautaire constitue une autre alternative. S. Vanuxem l'emprunte et évoque le célèbre article de G. Hardin, « The Tragedy of the Commons »¹⁵³⁸. Elle dénonce classiquement ce panégyrique en faveur de la propriété individuelle¹⁵³⁹, mais semble emportée dans son élan. Alors qu'E. Ostrom¹⁵⁴⁰, principale pourfendeur de Hardin et promotrice de la propriété communautaire, se contente de combattre l'hégémonie de la propriété individuelle, l'auteure, elle, penche pour la généralisation du modèle et son exclusivité.

Or, là encore, la propriété simultanée associée à la propriété communautaire, y compris généralisée, n'est pas par elle-même une solution plus pertinente que celle du code. La posture inverse reviendrait à établir un modèle de propriété absolu, ce qui est exactement le reproche fait à la propriété du Code par S. Vanuxem.

2. *L'indivision forcée ou « universelle » source d'abondance ?*

(618.) Pour contourner le paradigme de l'exclusivité et donc de la rareté du sol, S. Vanuxem plébiscite un sol communautaire, ce qui en soi s'avère insuffisant.

La mise en commun du sol modifie la relation homme chose. L'accès à la ressource foncière n'est plus pris en compte au niveau de l'individu, mais du groupe ou de la communauté. L'individu n'étant plus l'interlocuteur, il s'efface devant le besoin de la communauté dont il est membre, communauté qui est la seule entité ayant une réelle importance. Cette perspective rejoindrait la problématique des personnes juridiques, l'individu dont il serait question ne serait pas une personne physique, mais un groupe (cf. supra §564 et s.). Dans cette hypothèse, la ressource est attribuée au groupe et, dans cette limite cela résout la contrainte de la rareté. Toutefois, la solution est biaisée, car la rareté réapparaît dès que l'on se place en dehors, dans une perspective extracommunautaire. L'auteure mentionne elle-

¹⁵³⁸ G. Hardin, « *The Tragedy of the Commons* », *Science* 13, December 1968: Vol. 162 no. 3859 pp. 1243-1248.

¹⁵³⁹ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », *Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc*, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §322 p. 653.

¹⁵⁴⁰ E. Ostrom, « *Private and Common Property Rights* ». In *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. II. *Civil Law and Economics*, ed. Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 332-379, Cheltenham, England: Edward Elgar, 2000; E. Ostrom, and Hess, Charlotte, « *Private and Common Property Rights* », *Digital Library of the Commons (United States)*, 2007.

même cette limite¹⁵⁴¹, en citant M. Xifaras : « La propriété commune est une propriété exclusive de tous ceux qui ne sont pas propriétaires ». L'attribution communautaire du sol ne règle pas la concurrence pouvant exister entre la communauté et les individus qui lui sont extérieurs, que lesdits individus soient isolés ou réunis en groupe. Dans ce schéma, la propriété communautaire fonctionne comme une propriété individuelle, et le rapport à la rareté est semblable.

C'est pourquoi l'auteur finit par avoir recours à l'indivision forcée¹⁵⁴². Ce mécanisme classique du droit des biens, présente ici une caractéristique de taille puisqu'il s'agirait d'une indivision forcée « universelle » s'appliquant à la Terre entière. Pour le code, l'indivision forcée a pour particularité en complément de son caractère obligatoire, d'être accessoire à plusieurs fonds, et ce second caractère explique le premier¹⁵⁴³. Le bien objet de l'indivision étant nécessaire aux fonds principaux, la communauté ne peut cesser au profit d'un seul, ou de seulement quelques indivisaires. À défaut, le ou les fonds exclus se trouverait déprécié par la perte de leur individualité. L'exemple classique est celui de la cour commune affectée à plusieurs habitations. Exception au principe de l'individualisation du sol, au même titre que la mitoyenneté, cette propriété collective est aussi la condition matérielle de la propriété individuelle des fonds principaux. La collectivisation de l'accessoire est une conséquence de l'individualisation du principal, réelle finalité du système. Autrement dit, la propriété collective de l'accessoire est un moyen d'organiser individuellement le sol. L'indivision forcée de S. Vanuxem est, elle, différente puisque cette indivision ne s'applique pas sur un fonds accessoire, mais à l'ensemble, le fonds accessoire et les fonds principaux. En réalité, il s'agit d'une indivision universelle obligatoire. La substitution d'indivision forcée pour une indivision obligatoire n'est pas seulement sémantique. Par obligatoire, il faut entendre obligation, c'est-à-dire une contrainte normée, externe. Forcée traduit aussi une contrainte, mais qui est objective, reposant sur la nature de l'objet de la propriété, soit pour reprendre l'exemple mentionné ci-dessus, une parcelle enclavée.

C'est pourquoi le recours à cette nouvelle institution, l'indivision forcée, au sens d'obligatoire à tous, déplace une fois encore le problème de la répartition du sol sans le résoudre. Élargir la communauté à tous les individus, ne modifie pas le caractère contingent de la ressource foncière.

¹⁵⁴¹ S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §329 p. 660.

¹⁵⁴² S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012, §334 p. 666.

¹⁵⁴³ F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens », (8e édition), 2010, Dalloz, §768 p. 685.

(619.) L'indivision forcée en écho à la Terre, chose matricielle n'est pas porteuse d'avancées, au regard de la rareté du sol.

La formule peut se targuer de répondre à l'objection de M. Xifaras, qui n'a plus lieu d'être. Tous les sujets se trouvant intégrés à la communauté, le risque d'une concurrence extracommunautaire n'existe pas plus. La démarche élimine le point de tension placé entre le groupe et les autres. Le processus est néanmoins bien différent de celui à l'instant décrit à propos de l'indivision forcée d'une cour commune. La motivation communautaire n'est plus de rendre possible la propriété individuelle, mais de l'interdire. La propriété collective dépeinte par S. Vanuxem est conditionnée par l'impossibilité de rompre le lien unissant l'individu à la communauté, y compris collectivement, pour former une autre communauté. Cela réintroduit bien en tendu la question de la mise en œuvre de cette condition. La motivation des membres de la communauté ne réside plus dans la volonté d'individualisation puisqu'elle est prohibée. Le maintien de la collectivité suppose une obligation applicable à tous les indivisaires. À ce stade, le modèle, même s'il n'est pas revendiqué comme tel, et en dépit d'une nature opposée, ressemble à s'y méprendre à celui du code. L'échelle diffère puisque le code se limite au territoire français. Cependant, il y a bien pour la propriété individuelle une adhésion à son modèle de propriété, qui s'applique à tous les membres du groupe.

Simplement, en parallèle le code présente un avantage de taille. Il répond à la contrainte de la rareté à l'intérieur du groupe, ce que ne fait pas S. Vanuxem. Faire de la Terre le sol de l'humanité ne renseigne pas sur la façon dont la ressource sera répartie entre les groupes d'individus, ou les individus directement. Toujours en réagissant par rapport à l'indivision forcée, le code en acceptant une exception au principe de l'individualisation règle la question la répartition du sol à l'intérieur du groupe. Accessoirement, la formule renforce la propriété individuelle puisque l'indivision forcée est un moyen d'étendre cette propriété, à une situation qui normalement lui échapperait. L'indivision forcée de S. Vanuxem laisse, elle, ouverte la question de la répartition du sol à l'intérieur du groupe indivis. Ce sol universel n'est rien d'autre qu'un retour à la notion de communauté négative dont parlait Pothier au 17^{ième}, et sans doute l'homme à l'état de nature. Expliquant le processus d'appropriation, Pothier indiquait que la propriété, d'ailleurs individuelle ou pas, avait pour effet de faire sortir de cet état les biens objets de propriété.

L'indivision forcée ou obligatoire « universelle » est à nouveau un chemin de traverse nous ramenant au point de départ, les choses à l'état de nature, que certains auteurs, dont Pothier, utilisèrent pour bâtir ce qui deviendra la propriété du code. Faire de cette dernière et de l'individualisation du sol, la cause du monde cassé, de la fracture entre les hommes et les choses, c'est oublier que c'est d'abord une solution. Cette solution est venue pallier les carences et inconvénients d'autres systèmes d'appropriation du sol, qui eux aussi

organisaient une forme de division du sol et de son attribution à des individus ou à des groupes d'individus.

Il n'est pas utile à ce stade de revenir sur la dématérialisation du sol précédemment traitée (cf. supra §544 et s.), puisqu'elle non plus, ne contient pas, par elle-même, le moyen d'organiser une attribution globale et indifférenciée du sol. Seule une renonciation des hommes à toute individualisation du sol serait de nature à atteindre l'objectif « des choses saisies par la propriété ». En dehors de cette hypothèse, si un modèle de propriété peut répondre à cette ambition, il reste à définir.

(620.) On le voit, le propos de S. Vanuxem fait émerger nombre de problématiques essentielles. Elles empruntent les voies conduisant à la propriété simultanée, comme la notion de bien ou de personne juridique. Toutefois, sa réponse idéaliste demeure partiellement énigmatique. Cela s'explique par son choix de reconfigurer le sol en le dématérialisant, dans le but de rompre le lien subjectif entre l'individu et les choses, au profit d'une relation objective et collective. Elle néglige ainsi l'aspect fondamental d'une telle proposition : le fonctionnement et l'organisation du groupe dans son rapport aux choses. Ce groupe étant composé d'individus, imposant une individualisation de la relation aux choses, cette relation doit être définie en complément de celle établie entre le groupe et les choses.

En dépit de la richesse de l'exposé, la proposition d'un point de vue systémique n'est pas satisfaisante et escamote les questions plutôt que de les résoudre. En globalisant son argumentaire, faisant assurément de la Terre la chose et peut-être de l'humanité le sujet, elle tisse des liens, révèle des connexions, des dialogues, souligne des caractères de la Terre planète ou la terre ressource qui se rejoignent ici, caractères sans doute négligés par une vision purement individualiste. Cependant, contrairement à T. Revet et F. Zenati qui utilisèrent ce même procédé, en hissant la propriété au rang de premier des droits subjectifs, elle échoue à proposer un mode de répartition ou de partage des choses, convaincant d'un point de vue juridique.

Conclusion chapitre II : La propriété de droits ou la propriété simultanée

(621.) Une propriété de droits sur le sol passe par sa dématérialisation, c'est-à-dire un concept faisant abstraction de la corporalité du sol. Le procédé facilite la division de ce bien comme en atteste l'exemple du concept des tenures ou de l'*estate* anglais, même si aujourd'hui le procédé repose essentiellement sur le trust. La proposition de S. Vanuxem

confirme cette hypothèse. Le sol dématérialisé qu'elle propose, un « lieu de choses », appelle la multiplication ou plutôt la division. Sur la base du « lieu de choses », on peut facilement imaginer un « lieu de choses » à vie, « lieu de choses », perpétuel, temporaire, futur, non héréditaire, réservé à certaines personnes, pour certaines choses, etc. Seulement, la divisibilité a un prix, celle de la requalification du sol et même sa dénaturation, puisque celui-ci dans sa définition de base n'est plus accessible. Comme le disent S. et K. Gray, à propos de l'*estate*, la chose incorporelle s'interpose entre le bien et son propriétaire (cf. *supra*).

Or, que le bien sol puisse répondre à la définition de « lieu de choses » ou *estate*, cela est tout à fait acceptable. En revanche, ce qui ne l'est moins dans une perspective civiliste, c'est de priver, à dessein et systématiquement, le propriétaire d'un lien direct avec sa chose, par le jeu de la requalification. Car, cette hypothèse signifie non seulement une rupture brutale avec le code, mais aussi l'impossibilité de reconstituer une propriété individuelle et exclusive, puisque la chose dans sa configuration de base n'existe tout simplement plus.

Si l'objectif est la divisibilité d'un bien unique entre plusieurs personnes, cela n'impose en rien une opération sur le bien. D'abord, le droit positif offre de nombreuses options : indivision, forme sociale, etc., options encore élargies par la théorie du droit réel sur la chose d'autrui (cf. *supra* §389 et s.). Ensuite, si ces solutions doivent être complétées par des modes d'appropriation plus collectifs, il n'est pas utile de redéfinir le sol. Il est bien plus pertinent de reprendre la problématique de la propriété collective. Cela présente plusieurs intérêts. La définition de l'objet sol n'est pas perturbée par la divisibilité, les deux pouvant être traitées séparément, c'est l'exemple du trust anglais. Dans cette perspective, le débat se concentre sur la question centrale de la propriété collective, c'est-à-dire la gouvernance de l'intérêt collectif, le qui, et le comment, absents de la thèse de S. Vanuxem. Par ailleurs, la propriété individuelle du code peut être maintenue, même si cela a pour effet de la relativiser. Aux côtés de cette dernière existerait une propriété collective, qui serait synonyme d'une propriété de droits. Cette proposition proche du trust, l'est aussi de la figure de l'indivision, mais d'une indivision pérenne. Ce ne serait toutefois pas l'indivision forcée (universelle) de S. Vanuxem, car l'indivision dont il est question, n'aurait pas vocation à s'appliquer au sol obligatoirement, et dans sa globalité ; elle permettrait, toujours, le retour à une propriété individuelle.

Revenons plus précisément notre propos, l'appropriation du sol dans le sens vertical. L'enseignement principal de la propriété de droits est qu'elle suppose la mise à l'écart du sol, qui est remplacé par un concept du type tenures, *estates*, lieu, soit par le recours à une entité tierce du type trust. La dématérialisation du sol introduit soit une forme de division de ce bien à partir de laquelle une propriété collective ou plurale s'instaure, soit une entité distincte du sol, permettant la division du sol, puis une propriété plurale.

La première option se traduit par l'impossibilité définitive de constituer le binôme chose, sujet et donc, condamne la propriété du code. Pour la seconde, sans dématérialisation du sol, une propriété de droits est compatible avec la propriété individuelle, mais suppose sa mise en retrait au profit d'une propriété plurale, pour permettre une propriété divise.

Conclusion Titre II : Les rejets relatifs de la propriété volumique

(622.) La thèse dualiste et la propriété simultanée offrent un cadre conceptuel permettant le développement d'un sol volumique, contrairement aux thèses rejetant purement le principe d'une telle appropriation. Chacune à leur façon, thèse dualiste et propriété simultanée rendent possible la réception d'une ressource foncière verticale. Toutefois, cette capacité se fait au détriment d'une marginalisation de la propriété du code dans le meilleur des cas.

La théorie dualiste en maintenant à l'origine de la superficie un droit simple droit sur le sol d'autrui, et non un droit de propriété sur un fonds ferme irrémédiablement la porte à une assimilation entre la propriété superficière et la propriété de droit commun. La superficie ne peut dès lors qu'accéder à une propriété différente de la propriété de droit commun, une propriété *sui generis*. En dehors, de la légitimité de la distinction critiquable, la thèse dualiste perturbe le concept de l'unicité de la propriété du code. Or, si la thèse dualiste refuse l'accès de la propriété du code au droit de superficie, c'est justement parce que la superficie, ou plus précisément le volume avant construction, ne respecte pas le critère de la corporalité, risquant de dénaturer la propriété du code.

La propriété simultanée de la même manière permet une réception satisfaisante du sol vertical. Ce modèle de propriété fondé sur la division s'acclimate presque naturellement à une transition d'un sol en deux dimensions vers un sol tridimensionnel. Néanmoins, ce modèle de propriété vient heurter celui de la propriété du code, notamment en interposant un concept entre la chose et son propriétaire, concept qui est indispensable puisqu'il sert de réceptacle à la division, fondement de la propriété simultanée.

Ainsi, thèse dualiste et propriété simultanée doivent être rejetées, si tout en souhaitant prendre en compte l'évolution d'une ressource foncière tridimensionnelle, l'objectif est de maintenir le modèle de la propriété du code.

Conclusion Partie II : Les thèses rejetant la propriété d'un sol en volume

(623.) Les thèses réfutant le principe d'une propriété volumique conforme aux principes du code, reposent sur des postulats inversés, qui pour partie se rejoignent. Une partie de la doctrine refuse de considérer le sol vertical comme un objet de propriété, car cet objet ne remplirait pas les conditions de la propriété du code, notamment tenant à la corporalité. Étendre la propriété à ces biens, qui n'en seraient pas, reviendrait à dénaturer le concept de propriété clef de l'ordre des biens du Code civil.

À l'opposé, les théories acceptant la propriété d'un sol se développant en trois dimensions en dehors du code, ou en parallèle via une propriété *sui generis*, adoptent cette stratégie en considérant que le concept de propriété du code n'est pas en mesure de s'adapter à ce sol volumique. En conséquence, ce concept de propriété doit être contourné ou amendé. Ainsi, le sol tridimensionnel est soit une menace pour la propriété du code, soit une invitation à la dépasser. À des degrés différents ces thèses doivent être écartées, car nous verrons qu'une troisième voie existe, permettant à la propriété du code d'organiser l'appropriation d'un sol volume.

Pendant, la mise à l'écart de ces théories est relative. La thèse du droit de superficie droit réel sur la chose d'autrui des auteurs de la théorie renouvelée de la propriété sera reprise par exemple. Cette superficie droit réel ne sera pas le fondement exclusif de la problématique superficière, comme le prône les tenants du *jus excluendi*, mais complémentaire à une propriété volumique. De même, la propriété simultanée laisse entrevoir des possibilités au développement d'une propriété collective, via un dispositif de type trust compatible avec le cadre conceptuel du code. Ce point ne sera pas abordé, mais l'approche est semblable à celle retenue pour le droit réel sur la chose d'autrui, permettre un modèle d'appropriation le plus complet possible. Ici, le complément s'entend de l'ouverture du modèle de propriété à une relation collective, entre des individus et un bien-fonds.

Toutefois, avant d'envisager d'étendre le modèle de propriété du code, il faut que sur le principe ce modèle permette de passer de l'unité à la division y compris dans le sens de la hauteur. C'est pourquoi il est impératif de poursuivre notre réflexion pour arriver au développement d'une propriété volumique, qui est au demeurant d'ores et déjà une réalité sociale, dans un cadre conceptuel respectueux du droit des biens civiliste. Dans cette perspective, les travaux du doyen Savatier constitueront l'aiguillon conduisant à cet objectif.

Partie III : LA RECONNAISSANCE DE LA PROPRIÉTÉ VOLUMIQUE

(624.) La propriété foncière telle qu'elle nous apparaît aujourd'hui n'est pas née *in abstracto* de la plume des rédacteurs du Code civil. Cependant, elle a reçu à cette époque un patrimoine génétique, qui a servi à son épanouissement conceptuel futur et qui est toujours à l'œuvre.

Au tournant du 18^{ième} et du 19^{ième} siècle, le sol est devenu une chose divisible et unitaire, un immeuble par nature pour les juristes, une chose susceptible d'être attribuée à un individu faisant l'objet d'un droit de propriété exclusif. Ce sol unité de base, à la fois matériel et idéal, a été principalement perçu comme une surface, cotée longueur, largeur, même si le droit connaissait des cas de propriétés verticales, à l'image de la mine ou les caves (cf. supra §41 et s.). Le développement d'activités immobilières à grande échelle en hauteur et en profondeur, du fait de l'urbanisation, est venu perturber le schéma classique du sol surface. Face à ce bouleversement, la science juridique formule plusieurs réponses. Certaines théories rejettent l'idée d'une propriété foncière verticale notamment en raison de la nature du dessus du sol, qui présente des qualités physiques bien différentes du sol et du sous-sol. D'autres théories, admettent cette évolution, soit imparfaitement, soit le font en remettant en cause la nature de la propriété civiliste et son système (cf. supra §349 et s.). Enfin, il existe un courant de pensée, la théorie dite moniste, inspiré dans les travaux du doyen Savatier, qui accepte le principe d'un sol volumique divisible et appropriable, horizontalement et verticalement.

Toutefois, les conditions de cette propriété volumique restent sujettes à discussion. C'est pourquoi il est indispensable de revenir sur la perception du sol par les juristes. Comment, la

chose juridique « sol » est passée, essentiellement sur la seconde partie du 20^{ième} siècle, d'un concept principalement à deux dimensions à un concept en trois dimensions, en présence d'une chose restée identique, la planète Terre (Titre I). Puis, une fois le concept du sol précisé, il conviendra de confirmer le fondement de cette propriété volumique, suivant l'esprit et la lettre du modèle de propriété foncière du Code civil (Titre II).

Titre I : La perception du sol tridimensionnel

Titre II : L'appropriation du sol en volume

TITRE I : LA PERCEPTION DU SOL TRIDIMENSIONNEL

(625.) L'idée selon laquelle la propriété immobilière du Code civil est susceptible de se développer en hauteur a été initiée par le doyen Savatier, et sa théorie du volume immobilier dite des « cubes d'air ».

L'auteur a pris le contrepied de la perspective historique du sol, ou pour les juristes du fonds de terre codifié à l'article 518 du Code civil¹⁵⁴⁴. Sa théorie extrêmement novatrice remet en cause la nature de cet immeuble par nature caractérisé par sa planéité et sa matérialité, puisque le volume, lui, est immatériel et volume. Cette « métamorphose » du sol, concomitante à d'autres transformations sociétales profondes survenues après la Seconde Guerre mondiale, est intervenue, et s'est maintenue, alors que le principe de la propriété du code a perduré. Il découle de ces deux phénomènes un paradoxe inévitable, puisque la théorie du doyen Savatier, tout en incarnant le dernier développement de la propriété foncière, déstabilise l'institution propriété du code en introduisant sa dématérialisation. Cette propriété civiliste correspondant toujours au droit positif, l'enjeu, sauf à renoncer à la propriété volumique ou au modèle du code, consiste à replacer le mode d'appropriation d'un volume au sein du cadre conceptuel du code de 1804. Une telle réinitialisation s'opère notamment par la distinction entre le concept de volume qui appartient au monde idéal, comme nous l'avons déjà évoqué (cf. supra §45 et s.). Suivant ce raisonnement, la chose à laquelle le concept, par nature idéal, de sol se réfère n'est autre que le sol perçu en trois dimensions, relevant du monde tangible.

Le cœur de la démonstration repose donc sur la définition ou conceptualisation de la chose « volume » qui réfère au sol pris dans ses trois dimensions largeur, longueur et hauteur (Chapitre I). Avant d'arriver à cette étape, un retour sur la genèse de la théorie fondatrice du volume immobilier s'impose (Chapitre Préliminaire). Enfin, suivant l'éclairage donné par la définition de la chose « volumique », ce titre premier s'achèvera par l'exposé de la théorie moniste, qui soutient le principe d'une propriété volumique, prolongement de celle du Code civil (Chapitre II).

¹⁵⁴⁴ Art. 518 Code civil : « Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature. ».

Chapitre Préliminaire : Réflexions libres sur le volume immobilier

(626.) Avant de sonder les rouages du sol tridimensionnel, il paraît naturel de s'intéresser au concepteur de la théorie de la propriété de l'espace et à sa démarche. L'angle choisi déborde une réflexion doctrinale classique, et ressemble plus à une forme d'introspection. L'objectif est de contribuer à éclairer la relation entre le modèle de propriété foncière du doyen Savatier, et celui relevant de la propriété classique. L'intérêt de cette relation vient d'abord de l'opposition entre ces concepts, matérialité versus abstraction, passé contre modernité, fonds de terre horizontal opposé à la verticalité du volume, etc.

Cependant, à côté de cette facette faite d'oppositions, une seconde, venant contredire cette première lecture, et sans doute moins évidente, sera également mise en avant. Elle représente la complémentarité et la communauté de valeurs entre ces deux modèles. La propriété de l'espace, en dépit d'une volonté initiale de dépasser la propriété du code, s'est développée dans son environnement et, a contribué à son renforcement. Si l'on excepte la thèse du droit réel sur la chose d'autrui, la théorie du doyen Savatier est devenue une composante incontournable de la propriété foncière actuelle, même si des discussions subsistent quant à son analyse.

Pour tenter de cerner la dualité de ce rapport, la propriété de l'espace sera replacée dans le temps, et plus précisément dans l'époque qu'il l'a vue naître, le 20^{ième} siècle. Cette contextualisation met en lumière la dimension novatrice de la propriété verticale dans une période empreinte de modernité, souhaitant, elle aussi, se couper du passé, sans finalement y parvenir (§1). Puis, en tentant d'aller au-delà de ce contexte pour découvrir l'essence de la propriété de l'espace, un autre enseignement, plus inattendu, se fera jour. Il est constitué par la présence dans la théorie du doyen Savatier des fondements de la propriété du code, à savoir un rôle minimaliste des pouvoirs publics et une propriété centrée sur l'individu, à contretemps cette fois, du 20^{ième} siècle (§2).

§1 La propriété de l'espace reflet du 20^{ième} siècle

(627.) Le doyen Savatier est reconnu comme le père spirituel incontesté du volume immobilier et de la propriété de l'espace, et son nom même, semble inséparable de ces concepts¹⁵⁴⁵. C'est pourquoi prendre la peine, de revenir sur sa démarche, paraît être un point de départ obligé pour la compréhension du volume lui-même.

Pour cela, la proposition de renouvellement de la propriété foncière de René Savatier, puisque c'est de cela dont il s'agit, sera replacée dans la période qui est la sienne. Cette période, est celle de l'après-guerre, au cours de laquelle, la France se reconstruit, se transforme profondément. Marqué du sceau d'une modernité revendiquée, le temps est à la prouesse technique. L'utilisation à grande échelle du béton révolutionne les méthodes de construction, et amorce l'ère d'un urbanisme industriel, qui verra jaillir les grands ensembles, suivant le tracé des chemins de grues. Les travaux du doyen Savatier s'inscrivent dans cette temporalité. Et, fait notable, ils réussirent à imprégner de ce souffle nouveau, non seulement le droit des biens, appartenant à un autre temps, mais encore, en prenant d'assaut sa citadelle : la propriété foncière elle-même (A).

L'idée première qui ressort du marquage temporel de la théorie des volumes, est bien sûr l'appartenance du droit aux sciences sociales, et naturellement sa soumission à cette famille. Dès lors, classiquement, l'apport la vision du doyen Savatier doit être relativisée, au regard d'autres temps, et notamment de l'époque actuelle (B). L'auteur continuera à y apparaître comme un homme moderne. Simplement, moderne s'entendra moins comme un adjectif, et plus comme un substantif.

Auparavant, un point mérite d'être souligné, le doyen Savatier fut l'un des grands civilistes français du 20^{ième} siècle. Sa contribution est fortement marquée par la propriété de l'espace, mais la dépasse largement. Son œuvre, conséquente, porte sur des domaines nombreux et variés du droit civil, tels que le droit international privé, le droit rural, le droit médical ou le droit économique¹⁵⁴⁶. Pratiquement né avec le siècle, René Savatier (1892-1984) a su retranscrire dans la science juridique les bouleversements de son époque. Le concept du volume immobilier aussi innovant soit-il, n'est que l'une des expressions de ces transformations.

¹⁵⁴⁵ Voir par exemple : D. Sizaire, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 10, Cote : 11, 1997.

¹⁵⁴⁶ Bibliographie BNF <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb12509025t> dernier accès le 17 octobre 2012.

A. Le doyen Savatier : un homme moderne dans un monde moderne

(628.) L'esprit profondément réformateur du doyen Savatier ne peut pas être dissocié de la seconde partie du 20^{ème} siècle. Cette période se veut profondément moderne (1), appelant à une certaine radicalité (2), et portée par l'esprit scientifique (3).

1. Une période moderne empreinte de changements profonds

(629.) Cette observation « Un homme moderne dans un monde moderne » marque l'analogie entre le doyen Savatier et son temps. Elle vaut particulièrement pour la propriété de l'espace concomitante au « boom » économique de l'après-guerre.

Comme cela a été observé pour l'industrie minière, et confirmé avec l'avènement de l'aviation avec une moindre intensité, les changements de taille en matière de développement social ou économique impactent la répartition des richesses. Le sol représente l'une des composantes de cette richesse et la propriété la clef de répartition de ces richesses. Les répercussions sur la propriété foncière en deviennent inévitables.

La France de la seconde moitié du 20^{ème} siècle connaît, comme bien d'autres pays, divers bouleversements de taille, dont un développement urbain très soutenu. Sur la période 1936 à 1999, la part de la population urbaine passe de 53% à 74%, et la superficie du territoire urbain¹⁵⁴⁷ de 36 500 à 90 000 km². Le nombre de résidences principales est lui passé de 14 800 en 1963 pour une population de 40,5 millions de personnes à 22 100 unités en 1992 pour 57 millions d'habitants (recensement 1990), soit une progression de près de 50% pour le nombre de logements et 40% pour la population. Le taux de propriétaires occupants a gagné presque 10 points en passant, sur la même période (1960/1990), de 42,2% à 53,8%¹⁵⁴⁸, et était de 29,3% en 1946¹⁵⁴⁹. Le mouvement d'urbanisation de l'après-guerre, qui plus est, cumulé aux progrès considérables dans les techniques de construction et une période de croissance économique sans précédent, modifia en profondeur la consistance de la propriété immobilière¹⁵⁵⁰. C'est ce contexte historique, exceptionnel par son étendue et son intensité,

¹⁵⁴⁷ F. Clanché et O. Rascol, « Le découpage en unités urbaines de 2010. L'espace urbain augmente de 19% en une décennie », Insee Première n° 1364 - Août 2011.

¹⁵⁴⁸ A. Bonnaud, B. Lévy et Y. Robin « LE LOGEMENT. Reconstruction, grands ensembles et accession à la propriété », Insee Première n° 456 – MAI 1996.

¹⁵⁴⁹ L'observateur de l'immobilier du Crédit Foncier n°89, « Bilan de l'accession à la propriété sur une longue période », p. 43.

¹⁵⁵⁰ Voir Cass. 1^{re} civ. 19 janvier 1960, D. 1960 I 477 note R. Savatier. L'auteur souligne l'apport des techniques nouvelles de construction vis-à-vis de la propriété volumique, et paradoxalement le retour de formes de propriété appartenant au passé : « La conséquence, ainsi que le rappelle l'arrêt ci-dessus, se trouve dans l'établissement « d'une indivision nécessaire », et virtuellement perpétuelle des parties communes. Des biens accessoires communautaires sont ainsi indivisiblement affectés, par le partage, à un ensemble de biens individuellement attribués. L'âge du béton armé et des « grands ensembles »

qui créa les conditions d'une théorie d'une propriété immobilière en hauteur. Le doyen Savatier perçut l'ampleur de ce phénomène, qui parmi d'autres, ne pouvait manquer d'influer sur la science juridique, dont le concept de propriété. Son ouvrage « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui »¹⁵⁵¹, dont la première édition date de 1948, en est le témoin direct. La démarche est d'autant plus remarquable qu'elle s'inscrit dans la durée. L'auteur poursuit sa réflexion sur la propriété de l'espace via trois articles fondateurs, parus respectivement en 1958¹⁵⁵², 1965¹⁵⁵³ et 1976¹⁵⁵⁴. La démarche est également remarquable, parce que la propriété de l'espace, symbole du renouvellement, ne se contente pas de suivre les progrès du moment, elle se projette au-delà. Le doyen Savatier n'identifie pas seulement les changements de l'urbanisation, en faisant le lien avec l'effort d'adaptation que cela impose à la science juridique ; il synthétise l'ensemble, pour aboutir à une proposition avant-gardiste, alimentant cette tendance. Le droit ne suit pas le développement de la société, il la devance, tel un premier de cordée, chargé d'ouvrir la voie à ses compagnons.

La projection garde néanmoins un contact avec le passé. Avec habileté, le doyen Savatier fonde la propriété de l'espace sur l'article 552 du Code civil, texte quasi mystique hérité d'Accurse – glossateur du Moyen Âge (cf. infra §168 et s.). Ce lien essentiel, avec le passé est, et il ne faut pas s'y tromper, essentiellement textuel. Sur le fond, la théorie de l'espace se veut moderne, scientifique, radicalement tournée vers l'avenir. Dans la pensée du doyen Savatier, comme pour nombre de praticiens de l'époque, le Code civil de « 1804 » appartient à une époque révolue.

2. Une période de changements radicaux

(630.) Cette volonté de rupture avec un droit vieillissant structure la théorie des volumes, et nécessite quelques développements, pour en apprécier la portée qui dépasse allègrement la propriété foncière *stricto sensu*.

Le doyen Savatier est contemporain du mouvement de fond qui, face au défi de l'urbanisation et du besoin massif de terrains à bâtir qu'il nécessite, appelait, *a minima*, une réforme vigoureuse du droit de propriété du code, voire son abandon. Le bail à construction

d'appartements a seulement développé la méthode sur un rythme plus puissant et plus étendu. Le procédé juridique reste le même. ».

¹⁵⁵¹ R. Savatier, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui », 2e éd. Paris Dalloz 1952, 314p.

¹⁵⁵² R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification des biens corporels », RTD civ. 1958, p. 1 et s.

¹⁵⁵³ R. Savatier, « La propriété de l'espace », D. 1965, chr. p. 213.

¹⁵⁵⁴ R. Savatier, « La propriété du volume dans l'espace et la technique des grands ensembles immobiliers », D. 1976, chr. p. 105.

– présenté comme « la dernière chance de la propriété privée » par les autorités administratives¹⁵⁵⁵, la concession immobilière de la loi du 30 décembre 1967¹⁵⁵⁶ et bien sûr le Plafond Légal de Densité de l'autre grande loi foncière de 1975¹⁵⁵⁷ en furent les traductions législatives les plus concrètes. Le lien entre les travaux du doyen Savatier et cette tendance, dont l'ambition était de définir un droit de propriété nouveau, a d'ailleurs déjà été souligné par certains auteurs¹⁵⁵⁸. De même, si l'on quitte un instant le monde du droit, dans le domaine architectural, la propriété de l'espace représente une passerelle, lorsque l'on songe aux grands projets du 20^{ème} siècle comme le quartier de la Défense, ou encore aux utopies urbaines. La cité entonnoir «Intra hausser » de l'architecte suisse Walter Jonas, capable de loger 2000 habitants dans chaque cône, et pensée comme une vallée abritant des logements orientés vers l'intérieur, en est un exemple grandiloquent¹⁵⁵⁹. L'influence de l'architecture du siècle dernier sur la pensée de R. Savatier est manifeste, comme, il serait sans doute possible d'établir un lien avec les mutations des techniques de construction. L'affinité avec l'architecture, pour s'en tenir à cet aspect, transparaît dans l'analyse du nouvel ordre architectural du début du 20^{ème}, à propos duquel d'aucuns ont pu dire : « La nécessité de remonter aux principes mêmes de l'art de bâtir et de tenir compte des besoins issus de la civilisation industrielle, inspirèrent une école radicale dans ses conceptions, le Bauhaus (à Dessau, 1925), où W. Gropius associa des artistes notables, Klee, Kandinsky, à la réflexion des constructeurs. Cet enseignement qui allait consacrer le triomphe de la technologie, devait s'épanouir en Amérique. Parallèlement se situent l'œuvre et la prédiction de Le Corbusier pour qui, les volumes francs, les pilotis de béton et les formes librement articulées sont les éléments d'un nouvel art d'habiter qui, étendu à des villes entières, commanderait un nouvel art de vivre »¹⁵⁶⁰. Le Corbusier, lui-même disait : « L'architecture est le jeu savant, correct et magnifique des volumes assemblés sous la lumière », ou encore : « Les éléments architecturaux sont la lumière et l'ombre, le mur et l'espace »¹⁵⁶¹. Un lien de filiation se retrouve également dans les propos de certains urbanistes qui évoquent les notions de structures et de volume : « Le mouvement moderne (fonctionnaliste) voulait promouvoir une

¹⁵⁵⁵ P. Besombes-Singla, « Droit de superficie et constructions en volumes, in pratiques et évaluations de la copropriété », congrès des notaires 1976, p. 594.

¹⁵⁵⁶ Loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967 d'orientation foncière.

¹⁵⁵⁷ Loi n°75-1328 du 31 décembre 1975 dite loi Galley portant réforme de la politique foncière.

¹⁵⁵⁸ P. Besombes-Singla, « Droit de superficie et constructions en volumes, in pratiques et évaluations de la copropriété », congrès des notaires 1976, p.553. L'auteur fait un parallèle entre la théorie du doyen Savetier et l'ouvrage de Jean-Paul Gilli, Olivier Guichard et Robert Galley, « Redéfinir le droit de propriété », Centre de recherches d'urbanisme, 1975.

¹⁵⁵⁹ P. Besombes-Singla, « Droit de superficie et constructions en volumes, in pratiques et évaluations de la copropriété », congrès des notaires 1976, p.626. L'auteur évoque également les projets de villes souterraines ou flottantes.

¹⁵⁶⁰ J.-C. Moreux, « Histoire de l'architecture », Que sais-je ? N° 18, 12e édition, 1977, p. 123.

¹⁵⁶¹ Le Corbusier, « Vers une architecture, nouvelle édition revue et augmentée », Paris, Arthaud, 1977.

écriture architecturale plus franche mettant en valeur la structure porteuse des immeubles et évitant les effets décoratifs au profit de volumétries affirmées dans les trois dimensions »¹⁵⁶². La conceptualisation des volumes « juridiques » lancés à la conquête de l'espace, n'avait sans doute pas la même ambition que le renouvellement de l'architecture du siècle. Par ailleurs, l'action de R. Savatier semble pouvoir être rattachée à d'autres engagements¹⁵⁶³. Dans le même temps, sa vision du droit, y compris par sa dimension subversive par rapport à l'ordre établi, recèle une certaine complicité avec ces mouvements. Son approche très scientifique de la matière juridique possède, par exemple, une orientation incontestablement positiviste.

3. *Des changements radicaux relevant de la science moderne*

(631.) Pour R. Savatier « Les techniques juridiques se font de plus en plus solidaires des autres techniques scientifiques qui façonnent notre société »¹⁵⁶⁴. Le droit doit manier chiffres et figures pour appréhender l'immeuble moderne, lequel se retrouve mécaniquement aux antipodes du concept classique de la propriété du droit fondé sur un immeuble concret, au sens matériel (cf. supra §48 et s.).

Pour témoigner de cette quête de renouveau, l'auteur évoque la notion de volumes « corrigé(e) »¹⁵⁶⁵ en référence à la technique de la surface corrigée des « loyers scientifiques », utilisée dans la loi de 1948¹⁵⁶⁶ et reprise par la législation HLM. L'idée peut surprendre aujourd'hui. Elle n'en demeure pas moins cohérente avec le principe d'une conceptualisation de l'immeuble fondée sur la raison scientifique. La démarche peut être rapprochée de celles des philosophes appartenant à l'école réaliste. Platon, par exemple, considérant les choses du monde sensible comme imparfaites, redéfinissait ces choses au travers de concepts. Puis, cet univers intelligible, fruit de l'esprit du philosophe, avait vocation à être érigé au rang de la réalité véritable, ceci en totale opposition à la vision nominaliste.

Dans une approche semblable, le doyen Savatier constatant l'imperfection du sol matériel, sans doute assimilé à la représentation traditionnelle de la science juridique, l'immeuble par nature, la terre, en propose une réinterprétation par le jeu de l'esprit. « Le volume corrigé »

¹⁵⁶² J.-P. Lacaze « Les méthodes de l'urbanisme », Que sais-je ? PUF 1990 p. 33.

¹⁵⁶³ S. Urbajtel, « Les Savatier: au nom de la loi », L'Express, 22/01/2009.

¹⁵⁶⁴ Citation reprise par P. Wallet et P. Chambelland, « La construction en volumes », Paris Ed. Masson 1989 p.11 §21.

¹⁵⁶⁵ R. Savatier La propriété de l'espace : D. 1965, chron. p. 218.

¹⁵⁶⁶ Loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement. La loi de 1948 fut à l'origine une loi de compromis qui avait vocation à soutenir l'effort de construction en libérant les loyers des logements neufs et réglementant les loyers du parc existant. Elle s'avéra au fil du temps inadaptée et très pénalisante pour le développement du parc locatif privé. Les loyers visés par la réglementation étaient fixés selon un système

représente ce passage vers un monde conceptuel dans l'optique d'arriver au sol véritable, parfait. Le sol « corrigé » devient une référence idéale transcendant le monde réel, et peut revendiquer une certaine universalité.

Seulement, il faut bien le reconnaître, entre cette vision et la définition de Gaius de la matérialité (cf. supra §50), l'écart devient insurmontable, et difficilement supportable d'un point de vue systémique. La théorie de la propriété de l'espace et des volumes ou « cube d'air » pour reprendre l'une des formules de R. Savatier, passée depuis à la postérité, faisant de l'immeuble un bien totalement immatériel, n'est pas seulement innovante, ou moderne. Elle rompt aussi fondamentalement avec la propriété matérielle du code, condamnée à relever exclusivement du passé. Cette rupture ne traduit cependant pas la volonté du doyen Savatier d'en finir avec le principe de la propriété individuelle. L'auteur prenait par exemple des distances avec le Plafond Légal de Densité, qui en transférant à la collectivité le droit de construire, pouvait revendiquer l'ambition de rompre totalement avec le Code civil. Concernant la grande réforme du louage des terres agricoles, R. Savatier prônait également la pondération, une position entre conservatisme et changement radical¹⁵⁶⁷.

Face aux grands enjeux immobiliers de son époque, le leitmotiv de R. Savatier était plutôt, semble-t-il, l'adaptation de la propriété du sol pour une meilleure cohérence avec les besoins de son temps. Cette adaptation prend toutefois la forme d'un renversement radical de perspective, comme l'exprime la propriété en trois dimensions. La doctrine n'est pas restée indifférente à cette proposition, tant pour la critiquer que pour la soutenir (cf. supra infra).

À ce jour, aucune des deux tendances ne paraît avoir pris définitivement l'ascendant sur l'autre, mais avant d'aborder cet aspect, il est intéressant de prendre quelques distances avec l'analyse juridique stricto sensu, pour éprouver la thèse du doyen Savatier au regard du temps.

B. La propriété de l'espace : une propriété souhaitant rompre avec le passé

(632.) Résumer notre propos revient à dire que le doyen Savatier fut d'abord, dans la perspective de la propriété volumique, un homme de son siècle, le 20^{ième} siècle. Renvoyant dos à dos ses soutiens comme ses détracteurs, l'observation vise surtout à situer dans le temps, et donc à relativiser, la théorie du sol, qui ambitionnait d'en faire des cubes d'air.

majorant ou minorant la surface du logement (d'où le terme de surface corrigée) en fonction principalement de sa localisation et de son niveau de confort, etc. Le loyer était ensuite obtenu par l'application d'un prix au m² réglementé.

¹⁵⁶⁷ R. Savatier, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui » 2e éd. Paris Dalloz 1964, §231 p. 277 : « Un certain droit réel sur la terre louée, avec ses conséquences logiques, aurait dû en effet, sans les excès d'une idéologie regrettable, mais sans les réticences d'un conservatisme routinier, être reconnu au preneur. ».

Le brillant civiliste prit son envol avec son siècle, à un moment ou un autre juriste, a élaboré la théorie de la propriété fonction sociale, soumettant les intérêts du propriétaire à ceux de la collectivité¹⁵⁶⁸. À cette même époque, la jurisprudence reconnut l'abus de droit, rejetant l'idée d'une propriété absolue, sans limites, permettant au propriétaire de se comporter sans tenir compte de ses congénères.

Le doyen Savatier était partie prenante de ce mouvement de rénovation. Et, comme ce fut le cas pratiquement dès le lendemain de la publication du Code civil en matière de propriété foncière (cf. supra §190 et s.), le droit de superficie s'impose comme le moyen de répondre à ce nouveau besoin de rénovation. Besombes-Singla l'exprime précisément, quand se replaçant dans ce contexte, l'auteur dit : « la notion de droit de superficie contient à l'état latent peut-être, la métamorphose nécessaire que doit effectuer le droit de propriété. »¹⁵⁶⁹. Les qualités reconnues hier à la propriété du code devenaient, pour l'avenir tel qu'il était imaginé, des inconvénients. La stabilité sociale associée au modèle de propriété immobilière de 1804¹⁵⁷⁰, notamment, s'opposait à la quête de transformation et au modernisme ambiant, reléguant la propriété individuelle au statut de protecteur de la « fortune acquise »¹⁵⁷¹.

C'est pourquoi le propriétaire prenait de plus en plus les traits d'un rentier, spéculateur à l'occasion, et principal frein au développement économique, par sa propension à retenir indument la ressource foncière.

Le lien entre l'individu pris isolément et le sol s'était distendu. La propriété était de moins en moins perçue comme un attribut dont chaque individu serait naturellement doté, mais comme une prérogative accordée par le corps social en fonction des besoins. À l'inverse, la propriété collective, synonyme d'une plus grande socialisation, mieux adaptée à cet environnement, s'affirmait, au travers de la collectivisation publique du sol, ou privée, via le développement du concept de la personne morale (cf. supra §573 et s.). Dans son rapport avec les choses, l'homme était moins tenté par une propriété imposée dans la nature des choses, mais plutôt par une propriété qu'il pouvait façonner à son gré en toute rationalité. Le 20^{ième} siècle, c'est aussi l'homme faisant face à la barbarie de deux conflits mondiaux d'une atrocité sans précédent, avec paradoxalement, ou pas, un homme qui se dote d'un niveau d'organisation sociale et politique jamais atteint. Ce siècle connaît pêle-mêle : le nazisme, le

¹⁵⁶⁸ P. Besombes-Singla, « Droit de superficie et constructions en volumes, in pratiques et évaluations de la copropriété », congrès des notaires 1976, p. 552. L'auteur fait un parallèle entre les travaux du doyen Savatier, qui selon lui est favorable à « une analyse renouvelée du droit de propriété », et la proposition de L. Duguít.

¹⁵⁶⁹ Après avoir mentionné L. Duguít, l'auteur fait également un parallèle avec la proposition de réforme de la propriété (Jean-Paul Gilli, Olivier Guichard et Robert Galley, « Redéfinir le droit de propriété », Centre de recherches d'urbanisme, 1975).

¹⁵⁷⁰ R. Savatier, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui », 2e éd. Paris Dalloz 1964, §340 p. 408.

¹⁵⁷¹ R. Savatier, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui », 2e éd. Paris Dalloz 1964, §339 p.407 : « Il suffit de prendre, du Code civil de 1804, une vue panoramique, pour y mesurer l'importance prépondérante de la fortune acquise ».

communisme, l'État providence, des progrès techniques qui changent la société en profondeur au quotidien, ou permettant à l'homme de marcher sur la lune, un interventionnisme grandissant relayé par une réglementation massive touchant tous les pans de la société.

Bref, la période est celle d'un homme super puissant capable de repousser bien des limites, y compris celles de la barbarie, et, dont la science, y compris juridique, est le plus sûr des alliés.

(633.) Or, cette superpuissance va progressivement perdre de sa force. L'homme moderne va devoir faire face à de nouveaux défis. Le rapport de l'homme avec la nature va par exemple muter, relativisant la suprématie du premier sur le second. La vision de Descartes des hommes « maîtres et possesseurs de la nature » pourrait appartenir à une période révolue. Habitué à maîtriser la nature, voire à la dépasser, l'homme apprend qu'il doit la préserver pour assurer son propre développement. La matière qui l'entoure n'est plus seulement un moyen, mais également une fin, dont l'expression dans sa forme la plus synthétique, est de rendre durable ce moyen. La notion de transmission s'affirme, comme le symbolise la citation « Nous n'héritons pas de la terre de nos ancêtres, nous l'empruntons à nos enfants » attribuée à A. de Saint-Exupéry. La planète Terre dans toute sa matérialité tend à s'ériger en partenaire du destin de l'humanité. Au moment où l'homme semblait pouvoir triompher de tous les défis, et en particulier soumettre son environnement à ses désirs dans la seule limite de son esprit, « le temps du monde fini commence »¹⁵⁷². Ainsi, contrairement à ce que pensait le doyen Savatier la terre peut difficilement être réduite à « une boule »¹⁵⁷³ débouchant sur un sol désincarné, que l'homme, même sur la base de sa raison, peut agencer à volonté. La terre n'est pas une sphère parfaite, telle une boule de billard ; c'est un géoïde dont les contours en vue de coupe, vaguement sphériques, varient en fonction de son positionnement, et sont proches de ceux d'une pomme de terre provenant d'un potager biologique. L'image n'est pas sans rappeler la France hexagone, comme le dit à ce propos B. Bachelet « Ainsi on a pu appeler la France l'hexagone, ce qui implique qu'on abolit comme inessentiels toutes les découpures sinueuses de ses diverses frontières continentales ou côtières. En revanche, la France vue à l'échelon des chemins des douaniers est un labyrinthe de segments coudés. »¹⁵⁷⁴. Les vérités de la science, de la technique n'ont rien d'absolu, et les lois qui en sont tirées, sont frappées de la même relativité. Ainsi, le propos du doyen Savatier : « La

¹⁵⁷² P. Valéry, « Regards sur le monde actuel », 1945, Gallimard, Paris. Référence citée par A. Jacquard, « Finitude de notre domaine », *Le monde diplomatique*, mai 2004, p. 28.

¹⁵⁷³ R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification des biens corporels », *RTD civ.* 1958, §7 p. 6.

¹⁵⁷⁴ B. Bachelet, « L'espace », Paris, PUF, *Que sais-je n°* 3293, 1998, p. 10.

terre, mère des hommes, à qui l'humanité antique vouait un culte mystérieux, n'est plus pour les biologistes, qu'un milieu vital, pour les économistes, un bien de production parmi les autres »¹⁵⁷⁵ pourrait être complété par : pourtant le milieu vital des biologistes ou le bien de production des économistes ne constituera jamais qu'une vision plus ou moins parcellaire de la terre, mère des hommes, qui conservera toujours pour l'humanité une part de mystère.

L'existence de l'homme dépend de ce géoïde biscornu, qui s'impose à lui avec ses imperfections. La terre « boule » en est seulement une représentation schématique commode, comme la parcelle carrée ou rectangulaire. Et, tout comme cette parcelle ne pourra jamais s'extraire du terrain ou des champs qui s'y rapportent, le sol ne peut se couper de ce géoïde imparfait, changeant, qu'est la terre, validant du même coup la vision nominaliste.

§2 Le droit des biens selon R. Savatier : entre renouveau et immanence

(634.) Les idées de R. Savatier ont largement pénétré le droit immobilier, et ont contribué à en renouveler la matière. Avec le recul, la mutation apparaît profonde sans aller jusqu'à une « métamorphose » totale, puisque la trame de la propriété foncière demeure, et ressort même renforcée.

Ce maintien interroge, d'autant qu'en questionnant l'un des points névralgiques du droit des biens, la matérialité du sol, le volume immobilier a été porteur de fortes perturbations. Le professeur Malinvaud ne déclarait-il pas, dans un exposé introductif sur les ouvrages immobiliers complexes « cela (le volume immobilier) constituait à coup sûr un *big bang* du droit de propriété »¹⁵⁷⁶ ? Pour autant, sans être devenu une banalité¹⁵⁷⁷, le volume immobilier est maintenant solidement installé dans le paysage des juristes comme des praticiens du secteur immobilier. Mais pouvait-il en allait autrement ? Ce concept permit, en effet, à la science juridique d'accompagner efficacement le développement urbain moderne. La juxtaposition au sein d'un même ensemble d'ouvrages publics et privés dans une perspective de gestion rationnelle et optimale du foncier, put, par exemple, disposer d'un cadre juridique opérationnel. « L'hermétisme de la séparation du domaine public et de la propriété privée qui

¹⁵⁷⁵ R. Savatier, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui », 2e éd. Paris Dalloz 1964, §228 p. 274.

¹⁵⁷⁶ Le 24 septembre 1999, le Centre d'études et de recherches sur la construction et le logement (CERCOL) et l'Association française pour le droit de la construction (AFDC) ont organisé un colloque sur le thème suivant : « Les ouvrages immobiliers complexes (volumes et superpositions) ». Les actes de ce colloque, outre la présente contribution, ont été publiés dans le n° 4/1999, P. Malinvaud « Exposé introductif » RDI 1999, p. 487.

¹⁵⁷⁷ Allusion aux propos de P. Simler, « Création de l'ouvrage immobilier complexe et droit de propriété », RDI 1999, p. 489.

a constitué la cause immédiate des premières réalisations »¹⁵⁷⁸ a été brisé pour laisser la place à une forme de collaboration entre les deux univers juridiques, grâce au volume. Par ailleurs, et surtout, le volume immobilier, après quelques expériences emblématiques, s'est généralisé. Pourquoi ? Simplement parce qu'il répondait aux besoins des opérations de développement urbain modernes, pourrait-on répondre. C'est là, la clef de son succès. Pour la pratique, le volume qui n'avait rien d'une utopie, est arrivé à point nommé en comblant un vide laissé par la doctrine classique.

Cela ne remet pas en cause la légitimité des discussions théoriques suscitées par la notion de volume immobilier, qui en représentent même une extension naturelle. D'ailleurs, pour tenter d'expliquer le maintien de la propriété classique et sa coexistence avec la théorie du doyen Savatier, à priori antinomique, il est nécessaire de poursuivre en ce sens. Seulement, il faut dépasser les questions doctrinales classiques centrées sur l'immeuble et la propriété foncière, pour se positionner au niveau du droit des biens lui-même (A), ou encore du concept de la propriété individuelle (B).

Relevant presque de la théorie générale du droit, et sûrement, partiellement, de la science politique, ces deux aspects rarement mis en avant, montrent comment la théorie des volumes, indéniablement innovante, opère étonnamment dans le même temps, un retour à la propriété originelle du code.

A. Une approche pragmatique du droit des biens

(635.) Sans entrer dans le détail du propos du doyen Savatier, il est loisible d'apprécier le caractère novateur de son apport dans le droit des biens, non pas sur le fond, comme on a coutume de le faire, mais sur la forme, même si les deux se rejoignent.

Avec la théorie du doyen Savatier, le droit perd de sa distance. Il s'inscrit dans une dynamique comprenant, intégrant d'autres sciences. Il engage au partenariat, à l'esprit d'équipe¹⁵⁷⁹. La collaboration entre le théoricien et la pratique par exemple, est dans ce domaine, contre toute attente, une pleine réussite. Cette théorie des volumes décrite comme abstraite, conceptuelle, qui bouscule sans ménagement la notion phare du droit privé la propriété, possède à priori une dimension opérationnelle toute relative.

Elle aurait pu repousser les praticiens, la réalité est à l'opposé. Ces derniers semblent s'être littéralement emparés des travaux de R. Savatier. Le rapport fondateur de Maître Besombes-

¹⁵⁷⁸ F. Terré et P. Simler, « Droit civil, Les biens », (8e édition), 2010, Dalloz, §948 p. 833.

Singla lors du congrès des notaires de 1976¹⁵⁸⁰ en est un parfait exemple. L'auteur y rend directement hommage au concepteur des volumes, quand il dit : « Il est incontestable que la notion de volumes immobiliers est tout entière contenue dans cette page d'anthologie de M. le doyen René Savatier¹⁵⁸¹ » à propos de son ouvrage sur les métamorphoses du droit civil.

(636.) Dans sa mise en œuvre, la propriété des volumes est également placée sous le signe de la coopération.

En raison de la technicité des projets, de la nécessaire cohérence du résultat final mixant des entités différentes, et devant s'intégrer à un tissu urbain en place, le travail du juriste n'est pas isolé. Comme le dit C. Atias, « pour qu'une division en volumes remplisse son office et donne satisfaction aux propriétaires des biens volumiques, il importe qu'à l'origine, une collaboration efficace se soit instaurée entre le promoteur, le concepteur, le géomètre-expert et le notaire rédacteur des actes. », et il poursuit : « L'information précise et complète des uns par les autres, la prise en considération, par chacun, des préoccupations des autres, sont des conditions impérieuses à la réussite de l'opération de division en volumes... »¹⁵⁸². En un mot, avec la théorie du doyen Savatier le juriste n'est pas seulement « un jurisdisseur » hautain, il contribue à enrichir une œuvre collégiale. La place du droit s'en trouve naturellement relativisée. Cependant, cet effort pour rendre le droit plus accessible est la contrepartie de la bonne réalisation *in concreto* d'un projet commun, dont, en retour, la qualité est étroitement liée à celle de son cadre légal. Ce changement d'approche n'est pas une question de pure forme. Il témoigne aussi d'un certain pragmatisme.

Le droit n'édicte pas une conduite, mais garantit au propriétaire volumique la plus grande latitude dans la réalisation de son projet, plus de liberté.

B. Le paradoxe du renforcement de la propriété individuelle du Code civil

(637.) La proposition du doyen Savatier comporte une seconde orientation qui mérite d'être relevée. Non sans paradoxe, cette théorie renforce la propriété individuelle, et le retour à un rôle minimaliste de l'État.

¹⁵⁷⁹ Cette aspiration semble dépasser la question de la propriété volumique puisque R. Savatier dit à propos de la réforme des baux ruraux qu'il convient « d'associer travail et capital dans un esprit d'équipe. », R. Savatier, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui », 2e éd. Paris Dalloz 1964, §234 p. 279.

¹⁵⁸⁰ P. Besombes-Singla, « Droit de superficie et constructions en volumes », in pratiques et évaluations de la copropriété », congrès des notaires 1976.

¹⁵⁸¹ P. Besombes-Singla, « Droit de superficie et constructions en volumes », in pratiques et évaluations de la copropriété, congrès des notaires 1976, p. 609.

¹⁵⁸² C. Atias, « Guide de la propriété en volumes immobiliers », Point de droit, Edilaix, 2012, §5 p. 8.

L'observation est dénuée de toute visée « militante ». Néanmoins, c'est un fait « Aucune disposition légale ne lui (la propriété volumique) est spécialement consacrée »¹⁵⁸³. Et, pourtant elle est considérée comme l'un des seuls espaces de liberté au milieu de l'océan de réglementation d'ordre public du droit de l'urbanisme et de la construction. Quand l'intervention est envisagée, ce n'est que par petites touches « entre action et inaction »¹⁵⁸⁴, et, souvent, en venant conforter un point déjà entériné par la doctrine ou les professionnels de l'immobilier. La timide dérogation au régime de la copropriété prévue par la loi ALUR, et codifiée au quatrièmement de l'article 28 de la loi de 1968, s'inscrit dans cette logique¹⁵⁸⁵. La division d'un ensemble immobilier complexe en volumes est, par définition, d'ores et déjà très largement à l'œuvre en pratique, puisque c'est même le propre de ces opérations.

Le cadre conceptuel du volume immobilier se trouve donc, par défaut, assis sur des grands principes civilistes dégagés par la doctrine, qui comble de l'ironie, se traduisent plutôt par de fortes et profondes dissensions, loin de l'unanimité que l'on pourrait imaginer. En opposition, avec la prolifération législative moderne sans précédent, touchant particulièrement le droit immobilier et l'urbanisme, le volume immobilier s'est développé en marge de la loi, source suprême du droit depuis le code. Dans ce contexte normatif si particulier, l'expertise des juristes praticiens joue un rôle essentiel en venant adapter ce cadre conceptuel, relativement sommaire, aux besoins d'un projet donné. Le pouvoir réglementaire classique est à nouveau quasi absent de la démarche. C'est la liberté qui prévaut. On retrouve ici l'une des caractéristiques originelles du Code civil avec un rôle des pouvoirs publics minimaliste, même si l'on est plus dans un schéma de base du type « *yeo man* », avec un homme se suffisant à lui-même, au milieu de sa parcelle de terre. Un rapprochement avec l'équilibre à la base du Code civil, à savoir le couple liberté responsabilité, peut être aisément établi. Ainsi, la liberté accordée aux concepteurs de volume possède un revers en termes de responsabilité. C. Atias y fait clairement référence (cf. supra), quand il parle de la satisfaction des propriétaires volumiques.

¹⁵⁸³ C. Atias, « Guide de la propriété en volumes immobiliers, Point de droit », Edilaix, 2012, §2 p. 7.

¹⁵⁸⁴ H. Périnet-Marquet, « Les ouvrages immobiliers complexes : synthèse », RDI 1999, p. 565. Actes du colloque « Les ouvrages immobiliers complexes (volumes et superpositions) » organisé par le Centre d'études et de recherches sur la construction et le logement (CERCOL) et l'Association française pour le droit de la construction (AFDC) le 24 septembre 1999.

¹⁵⁸⁵ (L. no 2014-366 du 24 mars 2014, art. 59-I-12o) « IV. — Après avis du maire de la commune de situation de l'immeuble et autorisation du représentant de l'État dans le département, la procédure prévue au présent article peut également être employée pour la division en volumes d'un ensemble immobilier complexe comportant soit plusieurs bâtiments distincts sur dalle, soit plusieurs entités homogènes affectées à des usages différents, pour autant que chacune de ces entités permette une gestion autonome. Si le représentant de l'État dans le département ne se prononce pas dans les deux mois, son avis est réputé favorable. La procédure ne peut en aucun cas être employée pour la division en volumes d'un bâtiment unique.

En cas de division en volumes, la décision de constituer une union de syndicats pour la création, la gestion et l'entretien des éléments d'équipements à usage collectif est prise à la majorité mentionnée à l'article 25.

Par dérogation au troisième alinéa de l'article 29, les statuts de l'union peuvent interdire à ses membres de se retirer de celle-ci. ».

La liberté conceptuelle des ouvrages immobiliers complexes pour leur réalisation ou organisation, a pour finalité le respect de l'engagement vis-à-vis des propriétaires. Dans ce système, la liberté vaut parce qu'il y a engagement, et l'engagement vaut seulement parce qu'il est fruit de liberté.

(638.) Souligner, le rôle minimaliste de l'État dans le processus de production législative du volume est une première étape pour établir la singularité de ce dispositif, mais il est nécessaire d'aller plus avant.

Le choix de recourir au droit de propriété pour organiser le lien entre le sujet et le volume, démontre un retour, au moins aussi patent, au système du Code civil.

Derrière cette option se trouve, en effet, la volonté d'offrir à l'individu une plus grande indépendance ou exclusivité vis-à-vis de son bien, en comparaison avec le régime de la copropriété. Cette exclusivité, synonyme de liberté, est bien entendu contrepartie de la responsabilité du propriétaire volumique de contribuer à la réalisation d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages. Or, la liberté du propriétaire est ici perçue comme la garantie d'un développement optimal du fonds dans le droit fil de la propriété du code, qui s'arrogeait également le privilège de constituer le mode d'appropriation le plus efficient. Ce retour à la propriété pourrait être perçu comme naturel, puisque la propriété demeure le socle du droit des biens.

Une analyse plus dynamique rappelle cependant que ce socle s'apparentait à un modèle dépassé, ou au moins appartenant au passé, si l'on se place dans la période de conception du volume. Dès lors, chercher à réintroduire la propriété n'a plus rien de naturel et apparaît même comme anachronique. Ainsi, en se replaçant dans la perspective de la loi de 1965, cette dernière analyse correspond au mode d'appropriation le plus avancé d'un immeuble divisé verticalement. Pourtant, le volume, contemporain de cette grande loi, ne s'est pas inscrit dans cette dynamique, mais l'a contournée pour se placer directement sous le régime de l'article 544. La Recommandation n° 5 relative à la division des immeubles et au respect des règles de la publicité foncière pour les états descriptifs de division d'avril 2008, confirme l'observation, puisque la condition de recours au volume est conditionnée par la reconnaissance de caractéristiques relevant de la propriété. De même, utiliser le louage à long terme, comme le propose la thèse du droit réel sur la chose d'autrui (cf. *supra*), aurait été cohérent à un moment où le bail à construction était présent comme la dernière chance de la propriété. Une telle option n'aurait fait qu'accentuer la mise à l'écart de la propriété. Une autre variante aurait été un dispositif organisant une propriété mixte entre la sphère publique, dispositif doté d'une sorte de domaine éminent, et des acteurs privés titulaires d'un simple droit de construire.

À l'heure où la mise en retrait de la propriété individuelle était dans tous les esprits, au bout de toutes les plumes, comme un passage obligé, ou nécessaire, selon les sensibilités, la propriété individuelle s'affirme comme le choix structurant de la propriété foncière moderne, le sol en trois dimensions.

Il s'agit là véritablement d'un tour de force de la propriété individuelle, mais aussi de la théorie du doyen Savatier. Paradoxalement, l'auteur dont la volonté initiale était de rompre avec le Code civil au moins dans son approche originale¹⁵⁸⁶, qu'il voyait comme le vestige d'une période révolue, prolongea son modèle de propriété foncière, et lui donna un nouveau souffle en le renouvelant.

Conclusion Chapitre préliminaire : Réflexions libres sur le volume immobilier

(639) Ces quelques lignes n'ont pas d'autre prétention que de souligner, sans doute de façon lacunaire, quelques aspects saillants du volume immobilier et de la pensée de leur créateur. La grille de lecture proposée, la dimension paradoxale de cette théorie, a sans doute des limites, tout en étant difficilement contournable. Jusqu'à la thèse de doctorat du doyen Savatier, l'idée de paradoxe apparaît. En s'intéressant au commerce chez les physiocrates¹⁵⁸⁷, c'est-à-dire aux origines au moins partielles du capitalisme moderne, il conclut en rejetant le modèle trop rationnel et par là inapplicable. Cet exemple confirme ce qui transparaît de l'analyse ci-dessus, montrant une attirance contradictoire tantôt vers le pragmatisme et tantôt vers un certain réalisme au sens philosophique de ce jurisconsulte.

Pour ce qui est de sa théorie du volume immobilier, l'opposition entre passé et modernité, même relativisée, participe aussi pour le moins d'un certain paradoxe. Le volume revendiqué comme immatériel s'accorde mal avec le modèle classique de propriété. Le second prévalant sur le premier, il est nécessaire pour conserver le principe d'une propriété se développant verticalement de dépasser ce paradoxe, en remplaçant le volume immobilier dans la continuité de l'article 544 du Code civil.

Ce dépassement est déjà en partie à l'œuvre en doctrine, il suffira donc de révéler et de développer ce phénomène au travers de l'analyse de la définition du sol tridimensionnel.

¹⁵⁸⁶ R. Savatier, « Destin du Code civil français. 1804-1954 », In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 6 N°4, Octobre-décembre 1954, pp. 637-664.

¹⁵⁸⁷ R. Savatier, « La Théorie du commerce chez les physiocrates », Thèse, Paris, 1918.

Chapitre I : Le sol tridimensionnel : méthode de définition

(640.) Pour les auteurs défendant la thèse moniste, disposer d'une définition du volume immobilier semble être un préalable indispensable.

En définissant le volume, le droit de propriété dispose d'un objet qui peut être énoncé, ouvrant directement la voie à la propriété volumique. Inversement, les courants rejetant cette idée n'ont pas cette contrainte, et même se nourrissent du défi de définir le volume. La thèse personnaliste comme celle du droit réel, sont construites, si l'on se réfère à leur point de vue, sur la base d'une propriété dont l'objet serait un corps excluant le volume, au moins pour le dessus (cf. supra). Or, pour les partisans de ces thèses, avant construction, le volume ne peut répondre à la définition de corps, mais s'apparente à un droit, le plus souvent un droit de construire. La qualification entre droit personnel ou réel est ici sans incidence. De même, la mise en œuvre de ce droit qui se traduira soit par la réalisation d'une construction, soit par la présence d'un corps, n'engendrera pas la qualification de propriété. Par le jeu de l'unité du sol, ce corps (ex : un bâtiment) sera considéré comme étant intrinsèquement dépendant du sol, empêchant l'existence d'un corps indépendant, susceptible d'être objet de propriété. À défaut, cela reviendrait à accepter deux droits de propriété concurrents sur un corps unique, c'est-à-dire, à renouer avec la propriété de l'Ancien Régime (cf. supra §26 et s.).

La thèse dualiste réussit à dépasser ce dilemme et organise une forme de compromis à mi-chemin entre rejet et acceptation de la propriété volumique (cf. supra §472 et s.). Avant construction, le volume y est analysé en un droit. Par contre, la mise en œuvre de la prérogative, concomitante à l'apparition du corps, se traduit par la reconnaissance d'un droit de propriété sur une chose. Toutefois, contrairement à la thèse moniste, cette propriété ne soulève pas directement la question de la définition du volume, puisque la condition de la présence d'un bien corporel est remplie par le bâtiment, objet du droit de propriété. La proposition peine cependant à écarter totalement la difficulté, la survenance du corps n'étant pas dissociable de la séquence placée en amont, le volume non construit. L'objet dual de la propriété entraîne alors un questionnement, non pas sur la nature de l'objet de la propriété, mais sur le droit lui-même. Cette difficulté s'exprime au travers de la problématique de la définition ou la nature du droit de propriété, et l'acuité du recours à un droit de propriété *sui generis*.

Ces quelques éléments de synthèse mettent en lumière un point essentiel, la question de la définition du volume dépend étroitement de celle, délicate, de sa nature¹⁵⁸⁸. Cette nature influence bien évidemment fortement la définition. Pour preuve, sur le principe même, la thèse moniste est la seule à devoir produire cet effort. Ainsi, toute définition du volume ne retenant pas la qualification de droit personnel, réel ou un droit de propriété précédé d'un droit réel, emporte une adhésion à la thèse moniste, ce n'est donc pas l'objet de ce paragraphe. Ce qui le sera en revanche, c'est la présentation des éléments de la définition du volume. L'enjeu étant bien sûr d'évaluer, comment cette définition contribue à la consolidation, ou pas, de la reconnaissance de la propriété volumique.

La contribution, nous le verrons, est relative. Le questionnement autour de la nature du volume rejaillit sur sa définition, introduisant un certain flottement. Il est pourtant indispensable de s'attarder sur la définition du volume, en ayant pris acte de la limite représentée par la question de sa nature, qui sera abordée plus avant. Les définitions émises à la suite des « cubes d'air » du doyen Savatier constitueront le socle de la discussion. Cette dernière débutera autour d'un volume appartenant à l'univers abstrait pour se terminer par un volume relevant du monde sensible. Cette substitution viendra ponctuer la mise à jour de la relation fusionnelle entre le volume et sol. Dans cette perspective, le volume s'affirmera comme un concept, une représentation du sol en trois dimensions, renouant le fil avec le concept traditionnel de propriété.

(641.) Pour arriver à ce résultat, il sera nécessaire de présenter la diversité des définitions de la notion de volume montrant la difficulté de l'exercice (§1). Puis, l'examen de la définition de D. Sizaire viendra témoigner du franchissement d'une étape importante, et même essentielle. L'auteur parvient, en effet, à réunir nombre des aspects identitaires d'une propriété volumique, le tout dans une approche technique, qui neutralise les caractères abstraits et généraux souvent associés au volume (§2). Cette avancée majeure semble cependant perfectible pour donner au volume toute sa portée, et appelle plusieurs observations (§3). Puis dernière étape, entre interrogation et affirmation, sera discuté le bien-fondé même d'une définition du volume au regard de son articulation avec le fonds de terre de l'article 518 du Code civil (§4).

¹⁵⁸⁸ P. Besombes-Singla, « Droit de superficie et constructions en volumes », in pratiques et évaluations de la copropriété, congrès des notaires 1976, p. 608 II. – La définition des volumes immobiliers. « Les volumes immobiliers posent au praticien deux problèmes essentiels. ».

§1 La difficile définition du concept innovant du doyen Savatier

(642.) Après le big-bang provoqué par les travaux du doyen Savatier, la doctrine a tenté de donner corps, ou vie, juridiquement à ses « cubes d'air », en les définissant.

Avec le recul, la tâche s'avère complexe, car même si cette théorie établit des liens avec le code, sa réception dans le droit positif n'en demeure pas moins délicate. D'ailleurs, peu d'auteurs se livrent vraiment à l'exercice, et il s'agit souvent de définition négative ou par opposition.

La formulation d'une définition du volume achoppe sur la combinaison entre une conceptualisation se fondant sur le droit positif, ou la conception classique de la propriété, et la dimension novatrice du volume, rendant ainsi le principe d'une synthèse, délicat. Il est d'ailleurs concevable de se passer d'une définition du volume, même si les motivations de ce choix ne tiennent pas à la complexité d'en formuler une (cf. infra §680). Notre réflexion nous conduira à cette étape d'une non-définition du volume en guise de conclusion, au moins intermédiaire. Avant d'en arriver là, il est nécessaire de s'attacher à un examen minutieux de la définition du volume, en commençant par faire état des variantes qui existent pour définir ce bien en trois dimensions.

Au sein des différentes propositions, une ligne de démarcation peut être tracée pour en faciliter la présentation. Ainsi, il y aurait d'un côté les propositions s'attachant à établir un « sol nouveau » (A), et, de l'autre, celles plus pragmatiques, dont l'objectif s'attache au processus de détermination du volume (B). Accessoirement, ces deux approches suivent une certaine évolution chronologique.

A. Le volume abstrait ou le sol nouveau

(643.) Le volume immobilier immatériel, selon son concepteur, n'est pas seulement un nouvel immeuble, mais la redéfinition du sol.

Si l'on accepte de considérer que les travaux du doyen Savatier s'inscrivaient dans un mouvement plus vaste de refonte du droit des biens, alors les auteurs définissant le volume comme le « sol nouveau », supplantant le fonds de terre classique du code, sont les plus proches de la notion du « cube d'air ». Parmi les auteurs pouvant être rattachés à ce courant, on retrouve Besombes-Singla. Pour définir le volume, cet auteur indique « le passage de la géométrie plane à la géométrie de l'espace impose le passage de la notion de surface à celle de volume. Appliquée en matière immobilière, cette progression conduit de la propriété analysée comme une surface plane à la propriété en volumes ». Et, pour marquer l'arrivée du

sol nouveau en rupture avec le passé, il ajoute « Le volume immobilier, c'est l'espace limité entre deux côtés sur lequel s'insère le droit de superficie. A contrario, on peut dire que le droit de superficie est le droit de propriété réel portant sur un immeuble ou partie d'immeuble dit « volume immobilier » distinct du droit de propriété du fonds à partir duquel ce volume immobilier est déterminé »¹⁵⁸⁹. Ici, le volume représente clairement le sol nouvelle version, qui conformément à la théorie du doyen Savatier, est mieux adapté que le fonds de terre du code à la production immobilière moderne. W. Dross souligne ce trait en disant : « On doit au doyen Savatier d'avoir désincarné l'immeuble en en faisant non plus une chose corporelle mais un volume idéal... Un tel volume géométrique est alors susceptible d'être redécoupé intérieurement en autant de sous volumes que l'on souhaite... »¹⁵⁹⁰.

Au travers de cette idée, on découvre une certaine tendance au rationalisme et réalisme du volume. Sa définition emporte création d'un bien nouveau, un nouveau modèle remplaçant l'ancien. Le sol est redéfini, et son essence ne repose plus sur la matière, mais sur une notion abstraite, produit de la science juridique.

(644.) Des auteurs sont allés encore plus avant dans le sens d'un volume et donc d'un sol purement abstrait, mathématique, très éloigné de la vision du code.

P. Wallet et P. Chambelland par exemple indiquent « le volume s'entend comme un espace homogène à trois dimensions : 1 toujours défini par des cotes géométriques...2 affecté à un usage ou fonction déterminés ; 3 jouissant par rapport aux autres volumes d'une certaine autonomie... »¹⁵⁹¹. P. Wallet affine même cette vision en disant : « Le volume est une abstraction mathématique qui se matérialise sous forme d'un prisme ou d'une pyramide dont le sommet est au centre de la Terre avec une projection à l'infini, et dont l'intersection avec la surface du géoïde terrestre détermine une parcelle cadastrale. »¹⁵⁹². D'évidence, la rupture avec le sol matière est consommée avec ce volume devenu une abstraction mathématique. Seulement, l'argument ne convainc pas. Si le volume est une abstraction mathématique, alors la surface de la parcelle cadastrale l'est tout autant. Dès lors, l'apport des mathématiques semble faible dans la quête de définition du volume immobilier, et le volume ne peut pas être : « avant tout une question de géométrie »¹⁵⁹³ en raison du lien l'unissant à la planète Terre. Par ailleurs, la notion même d'abstraction est gênante, en dehors d'une référence à

¹⁵⁸⁹ P. Besombes-Singla, Droit de superficie et constructions en volumes, in pratiques et évaluations de la copropriété, congrès des notaires 1976, p.608 et s.

¹⁵⁹⁰ W. Dross, J.-Cl. Civil, V° «Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010, §53.

¹⁵⁹¹ P. Wallet et P. Chambelland, « La construction en volumes », Paris Ed. Masson 1989 §6 p. 6.

¹⁵⁹² P. Wallet, V° « Superficie », Rép. Immo., fév. 2000, §16.

¹⁵⁹³ Contra Ch. Chaput et S. Rochegude, « De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier », Defrénois 2007, 38570, p. 577 : « le volume immobilier est avant tout une question de géométrie. Contrairement à une surface qui s'exprime en géométrie plane par sa largeur et sa longueur, le volume s'appréhende en trois dimensions (la longueur, la largeur et la hauteur) ».

l'idée de conceptualisation. Dire que le volume est un concept n'appelle pas de commentaire, mais n'a pas non plus d'intérêt pour la définition du terme. Revient ici, une fois encore, la critique de G. Goubeaux (cf. supra §472 et s.), le sol même nouveau ne peut pas être seulement une abstraction, un universel pour reprendre le terme usité par les réalistes. Il possède une dimension nominaliste, puisqu'un volume sera toujours un espace donné de la planète Terre, distinct de tout autre. Cette référence au monde sensible s'oppose à un sol purement idéal. Comme le dit F. Laupies « Les images sont des représentations sensibles : elles supposent donc un certain espace mental ; nous devons les embrasser en extension. Les idées, en revanche, ne comprennent que la loi de production de tout ce qui y correspond : elles sont des représentations intellectuelles que nous saisissons en compréhension »¹⁵⁹⁴. Or, le sol abstrait se limite à une représentation intellectuelle auquel le sol ne peut être réduit, et s'en distinguant. Et, c'est justement cet effort de distinction, entre le monde idéal et tangible, qui transparaît dans la démarche de la doctrine définissant le volume en référence à ses caractéristiques pratiques.

B. Le volume « technique juridique »

(645.) Le volume abstrait heurte de plein fouet la vision classique du sol. Or, la réforme de la propriété, que sous-tendaient les travaux du doyen Savatier, ne s'est pas produite, imposant une forme d'acclimatation du volume au concept de propriété du code.

Le processus de conceptualisation du volume s'installa via des propositions de définition s'attachant moins à la reconnaissance d'un « sol nouveau » s'imposant comme le nouveau paradigme de la propriété foncière et plus, aux caractéristiques techniques, pratiques du volume. Ce faisant, l'axe de la définition s'est déplacé de l'essence du volume vers son processus de création. La recommandation n° 5 relative à la division des immeubles et au respect des règles de la publicité foncière pour les états descriptifs de division, du 1^{er} avril 2008, illustre bien le phénomène. Notons au passage, le caractère empirique dans la conception du volume, qui en l'occurrence, utilise une source assez éloignée des sources traditionnelles du droit.

Pour tenter d'éviter des conflits entre le statut de la copropriété et la propriété volumique, la commission déclare¹⁵⁹⁵ « l'utilisation de l'espace, tant en élévation, qu'en tréfonds, a conduit la pratique... à fonder la technique de réalisation et de gestion de ces ensembles immobiliers complexes, sur une organisation en volumes dite « division volumétrique » ; ». La doctrine

¹⁵⁹⁴ F. Laupies, « L'espace. Leçon philosophique », PUF, « Major », 2013, p. 9.

commentant la recommandation reprend la même perspective, et définit non pas directement le volume mais : « Les caractéristiques juridiques en « l'absence de structure légale de la division volumétrique »¹⁵⁹⁶. F. Terré et P. Simler vont dans le même sens quand ils disent : « L'hermétisme de la séparation du domaine public et de la propriété privée qui a constitué la cause immédiate des premières réalisations », puis : « concevoir (même) une pluralité de niveaux ou strates de volumes dissociés, que ce soit en sous-sol dans l'espace ou au-dessus du sol. Une telle définition du droit de superficie en un volume, c'est-à-dire en trois dimensions et non plus seulement en une surface, requiert une technique élaborée, mais parfaitement maîtrisée, d'identification et de localisation des volumes au moyen de cotes géométriques NGF... »¹⁵⁹⁷.

À nouveau, l'accent est clairement mis sur la division ou dissociation du sol, renouant avec l'une des grandes qualités du sol civiliste. Cet aspect n'était pas totalement absent du volume abstraction, mais se contentait d'un rôle plus secondaire.

(646.) Avec le volume technique, l'opération de division devient centrale, constitutive du volume. Ce dernier est devenu une technique de division, une procédure de bornage s'exerçant dans le sens de la verticalité.

Par ce moyen, le volume se rapproche du sol traditionnel, lui aussi objet de bornage, tout comme se renforce la proximité avec la propriété du code, dont l'individualité suppose la division. D'ailleurs, dans sa recommandation, la commission des clauses abusives développe la relation entre la propriété et le volume en soulignant divers caractères identitaires du volume par opposition au statut de la copropriété. Elle rappelle par exemple, « la division volumétrique ne doit donner naissance à aucune partie commune », « chaque volume constitue (ainsi) une propriété distincte », attestant au passage le prolongement de la propriété du code par le concept de volume (cf. supra §637).

Cette orientation d'une définition technique, traduisant une division du sol et établissant un lien avec la propriété individuelle, est celle de D. Sizaire dans la définition qu'il donne du volume, et qui, aujourd'hui, fait consensus au sein de la doctrine.

¹⁵⁹⁵ Recommandation § 5.1. « Sur la division, second considérant ».

¹⁵⁹⁶ A. Fournier et A. Renault-Fournier, « Les principes fondamentaux de la division en volumes. - dans la nouvelle recommandation n° 5 de la commission relative à la copropriété », *Loyers et Copropriété* n° 12, Décembre 2008, étude n°12.

§2 La définition technique de D. Sizaire ou le bien volumétrique objet de propriété individuelle

(647.) La définition de D. Sizaire appartient sans aucun doute au second courant doctrinal identifié sous le terme du « volume technique juridique » et en représente même, la figure la plus aboutie.

Les éléments très explicites que contient la définition en attestent. Ils mettent, en effet, en avant la notion de divisibilité, puis d'individualisation et enfin d'appropriation (A). Avec cette définition, le volume devient un bien, écartant les obstacles à l'application du droit de propriété du code pour l'organisation de la relation entre ce bien et un sujet (B).

A. La définition du volume immobilier par D. Sizaire

(648.) La proposition de D. Sizaire marque un tournant dans la conceptualisation du volume. Très loin « du volume abstraction mathématique », l'auteur développe une vision concrète et pratique du volume. Plus accessible pour les juristes, elle est aujourd'hui reconnue et partagée par plusieurs auteurs¹⁵⁹⁸.

Cette définition est la suivante : « La division en « volumes » est une technique juridique consistant à diviser la propriété d'un immeuble en fractions distinctes, sur le plan horizontal comme sur le plan vertical, à des niveaux différents, qui peuvent se situer au-dessus comme en dessous du sol naturel, chaque fraction s'inscrivant, respectivement, dans l'emprise de volumes définis géométriquement, en trois dimensions, par référence à des plans, des coupes et des cotes, sans qu'il existe de parties communes entre ces différentes fractions. Il s'agit de la division de la propriété d'un immeuble par fractions ou lots en toute propriété, c'est-à-dire une propriété exclusivement divisée ou individuelle, à la différence de la division en copropriété. »¹⁵⁹⁹.

Le volume tel que le définit D. Sizaire appelle trois observations (1) (2) (3).

¹⁵⁹⁷ F. Terré et P. Simler, « Droit civil, Les biens », (8e édition), 2010, Dalloz, §948 p. 834.

¹⁵⁹⁸ N. Le Rudulier, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 107-10, Cote : 09, 2013 §5 : « la définition qu'il (D. Sizaire) proposait dans le fascicule (précédente version du fascicule consacrée au volume) est régulièrement reprise. », voir aussi C. Atias « Guide de la propriété en volumes immobiliers », Point de droit, Edilaix, 2012, §1 p. 6.

¹⁵⁹⁹ D. Sizaire, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 10, Cote : 11, 1997, §1.

1. Le volume technique : à mi-chemin entre le bien matériel et immatériel

(649.) Premièrement, la proximité avec la science juridique est clairement affirmée. Le concept de volume y est décrit comme une technique juridique dénommée « division en volumes ».

Si l'on se réfère à la définition du substantif « technique » donnée par le TLFi, technique correspond à l'ensemble des procédés propres à une activité et permettant d'obtenir un résultat concret. Ainsi, le volume abstrait cède le pas à une finalité qui tend à se rapprocher du monde tangible. Ce processus de rapprochement prend place grâce à l'intervention du juriste secondé par la science, mais dénote une césure avec le volume abstraction.

En sens inverse, il est important de souligner une autre différence, au moins aussi profonde, avec, cette fois, l'approche classique. Pour mémoire, le droit des biens traditionnel a pour ambition de hisser le droit au niveau du réel, voire d'opérer une confusion entre le réel et le concept juridique (cf. supra §57 et s.). Le volume technique, lui, se place dans une perspective différente, puisque le procédé œuvre à la création d'un bien qui aura les traits du réel, tout en restant une création de la science juridique. Si la définition de D. Sizaire marque certes un penchant pratique, comme un certain retour au réel du volume, il n'en demeure pas moins une distinction fondamentale avec la théorie classique du bien matériel, qui explique l'appartenance au monde idéal de ce volume. Ce trait est perceptible par la neutralité de la présentation de l'objet soumis à division en volumes. Outre les observations qu'elle appelle concernant la confusion droit, objet (cf. infra), la notion « de propriété d'un immeuble » est un moyen de se distancier du réel. Le terme immeuble n'a certainement pas ici le sens de bâtiment, ne serait-ce que parce que la division ne se limite pas à un immeuble bâti. Le recours au vocable immeuble renverrait plutôt, au concept générique caractérisant la fixité de l'objet divisé en volumes. Cet immeuble de la définition ne se confond pas totalement avec l'immeuble du Code civil, ce dernier étant un concept appelé à être décliné en immeuble par nature, immeuble par destination, etc., et en suivant, l'immeuble par nature en fonds de terre, bâtiment, arbre, etc.

L'immeuble dont parle D. Sizaire n'est vraisemblablement pas un immeuble par nature, du moins au sens traditionnel du code. À défaut, sa définition aurait gagné en précision par une référence directe, mais pour cela il eut été nécessaire d'indiquer de quel immeuble par nature il s'agissait. L'immeuble de D. Sizaire a au moins autant à voir, tout en s'en distinguant, avec l'immeuble idéal du doyen Savatier occupant une place immuable sur le globe et

portant un numéro parcellaire, faisant de cet immeuble, l'immeuble référent¹⁶⁰⁰ (cf. infra §654 et s.).

Cette position de compromis, entre le bien matériel du code et l'abstraction mathématique du volume originel, se fonde sur l'opération de division, au cœur du processus, et introduit la seconde observation.

2. *La délimitation en trois dimensions fondement du volume technique*

(650) L'opération de division représente le véritable fondement du volume technique. D'ailleurs, il faut noter le glissement sémantique opéré par D. Sizaire, dont le fascicule sur la nature et les principes du volume s'intitule « Division en volumes », titre conservé par le rédacteur du fascicule qui lui a succédé, N. Le Rudulier.

L'acte de division d'une propriété, fait naître des fractions de propriétés. Comme le dit N. Le Rudulier « La division en volumes consiste donc en une scission de l'objet du droit de propriété immobilière. Elle confère au titulaire de chaque volume la pleine et entière propriété de celui-ci. »¹⁶⁰¹. Cette division, qui fait du volume une application moderne du droit de superficie¹⁶⁰², prend toutes les apparences d'un acte ayant trait à la réalité. La division dont il est question est celle de la matière. C'est pourquoi N. Le Rudulier parle de « scission de l'objet du droit... ». La définition fait référence à un immeuble, à des plans, à des niveaux et même au sol naturel ; il est vrai dans ce dernier cas, que l'objectif est de marquer sciemment une distinction. Dans une version plus ancienne de sa définition D. Sizaire se faisait encore plus précis en évoquant « des cotes N.G.F., cotes de niveaux exprimées en mètres, rattachées au nivellement général de France, système orthométrique »¹⁶⁰³. La division du volume se rapporte au tangible avec la mention du territoire français, dont la réalité s'impose naturellement.

Toutefois, la division du volume dont il est question est avant tout technique et relève d'un esprit expert.

¹⁶⁰⁰ N. Le Rudulier, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 107-10, Cote : 09, 2013 §49. L'auteur cite le doyen Savatier disant : « il "occupe immuablement la même place sur le globe terrestre et porte toujours le même numéro parcellaire" » à propos de la nature immobilière du volume.

¹⁶⁰¹ N. Le Rudulier, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 107-10, Cote : 09, 2013, §5.

¹⁶⁰² P. Wallet, V° « Superficie », Rép. Immo., fév. 2000, §3.

¹⁶⁰³ D. Sizaire, « Division en volumes et copropriété des immeubles bâtis », JCP 1988, éd. N, I, p.323. Définition complète : « La division en volumes est une technique juridique consistant à diviser la propriété d'un immeuble en fractions distinctes, sur le plan horizontal comme sur le plan vertical, a des niveaux différents, qui peuvent se situer au-dessus comme en dessous du sol naturel, chaque fraction s'inscrivant, respectivement, dans l'emprise de volumes définis géométriquement (en trois dimensions, par référence à des plans, des coupes et des cotes N.G.F., cotes de niveaux exprimées en mètres, rattachées au nivellement général de France, système orthométrique), sans qu'il existe de parties communes entre ces différentes fractions d'immeubles ».

(651.) Un autre élément attestant du caractère fondateur de la division s'exprime au travers du mode de délimitation du volume, qui intègre la hauteur, en complément de la longueur et de la largeur.

Le processus de définition du volume tel qu'il est décrit, comprend, par essence, la troisième dimension, et est consubstantielle de cette définition. Les imperfections révélées par l'exemple de la mine ou des autres biens souterrains sont dépassées, puisque le bien volume s'exprime obligatoirement dans le sens vertical, lui permettant de se parfaire en hauteur. La perspective historique d'un sol se déployant vers l'horizon perd son monopole, puisque le fonds de terre est aussi perçu vers le haut et vers le bas. D'autre part, le niveau du sol naturel ayant été mis de côté, les volumes peuvent être superposés ou imbriqués voire les deux à la fois. Le sol peut être pensé beaucoup plus librement grâce au volume, dont la délimitation devient aussi parfaite que celle de la parcelle.

La délimitation du volume en trois dimensions ne vise cependant pas une perfection en tant que telle du volume, mais poursuit une fin. Cette finalité est la mise en œuvre de la propriété du code conduisant à la troisième et dernière observation.

3. *La propriété du code finalité du volume technique*

(652.) L'opération de division du volume « confère au titulaire du volume la pleine et entière propriété de celui-ci ». Comme l'individualisation en deux dimensions de la parcelle d'hier, le volume se veut objet de propriété.

Cette propriété porte sur des fractions d'immeubles. Elle est donc immobilière et s'oppose en cela aux meubles, dans le respect de la *summa divisio* 516 du Code civil¹⁶⁰⁴. Toutefois, tout comme la propriété serait presque une conséquence de l'état de l'objet préexistant à la division volumique (cf. infra), la nature immobilière semble provenir de la même source. Le sol ou fonds de terre, symbole de la propriété immobilière, seul immeuble « naturel »¹⁶⁰⁵, proche du volume n'interviendrait donc pas directement dans l'équation. La fraction résultant de la division se trouve dotée des mêmes qualités que l'entité dont elle est issue, ouvrant ainsi la voie à la propriété du code. N. Le Rudulier confirme cette transposition, sans développer ce point en disant : « ...il eut été paradoxal de reconnaître le caractère immobilier du volume lorsque celui-ci comprend la couche de l'écorce terrestre et, subitement, dénier cette qualification une fois procédé à la scission de cet espace. »¹⁶⁰⁶. À l'appui de son propos,

¹⁶⁰⁴ Art. 516 Code civil : « Tous les biens sont meubles ou immeubles. ».

¹⁶⁰⁵ F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 5, Paris Bruxelles, 1871, §406 p. 504 : « Le sol est immobile, en ce sens la nature elle-même l'a fait immeuble. ».

¹⁶⁰⁶ N. Le Rudulier, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 107-10, Cote : 09, 2013, §49.

il cite Chauveau en rappelant, concernant le droit de superficie, qu'une propriété distincte entre sol et superficie restait sans incidence sur la nature immobilière de la superficie (« En un mot, un bien ne change pas de nature parce qu'il change de propriétaire »).

La position est cohérente avec celle plus large de l'auteur favorable à la propriété superficière (cf. infra §697 et s.). Toutefois, pour Chauveau la nature immobilière de la superficie découle directement de la relation qu'entretient la superficie avec le sol¹⁶⁰⁷, ce que ne semble pas reprendre N. Le Rudulier.

(653.) Ce schéma d'une division donnant naissance à un volume propriété immobilière prend toute sa portée par l'ajout d'une caractéristique essentielle, la propriété est individuelle et exclusive.

La division doit intervenir « sans qu'il existe de parties communes entre ces différentes fractions ». Et, l'auteur insiste sur cet aspect par la dernière phrase de la définition, « Il s'agit de la division de la propriété d'un immeuble par fractions ou lots en toute propriété, c'est-à-dire en une propriété exclusivement divise, à la différence de la division en copropriété ». Le concept de la division en volume dévoile clairement son objectif : aboutir à un bien délimité, donc individualisé. Ledit bien, sera alors susceptible d'être investi par la propriété du code. L'apport de la troisième dimension, concrétisée par une limite haute et basse, élimine le risque d'indivision dans le sens de la verticalité, antinomique à une appropriation individuelle. Les fractions d'immeubles ou volumes sont des biens indépendants les uns des autres. Cette indépendance offre une grande liberté d'organisation, avec des ensembles superposés ou imbriqués, sans contrevenir au droit de propriété, en raison de l'individualisation de chaque unité volumique.

Avec l'hypothèse d'un bien défini en trois dimensions, ce bien, dénommé le volume, devient pleinement compatible avec le droit de propriété individuel et exclusif du code.

B. Le bien volumétrique

(654.) L'expression (bien volumétrique) est empruntée à C. Atias qui retient cette dénomination pour le volume¹⁶⁰⁸. Le volume, résultat d'une division, aboutit à des biens

¹⁶⁰⁷ G. Chauveau, « De la superficie en droit romain et en droit français », Thèse Paris 1886, §26 p. 101 : « Il semble qu'en concevant la superficie comme une propriété distincte du sol, on doive la considérer comme une propriété mobilière...En effet ce qui a un objet la nature d'immeuble, c'est l'incorporation au sol ; sont immeubles par nature les choses non susceptibles de se déplacer.... ».

¹⁶⁰⁸ C. Atias, « Guide de la propriété en volumes immobiliers », Point de droit, Edilait, 2012, §21 et s. p. 14.

volumétriques, soit selon C. Atias « des assiettes distinctes objets de droits de propriété privés »¹⁶⁰⁹.

L'adjectif « distinctes » est la pierre de touche de l'édifice. Il symbolise l'individualité du bien volumétrique, qui s'oppose à l'autre modèle de propriété verticale, la copropriété. La notion de bien volumétrique a d'ailleurs pour vocation de se démarquer de celle de lot¹⁶¹⁰, et en premier lieu du lot de copropriété. À nouveau par le détour d'une définition négative, le bien volumétrique se détermine en référence à la dimension individuelle de la propriété du code. Tout comme D. Sizaïre, C. Atias souligne la différence entre le volume et le lot de copropriété. Et, si « le trait distinctif du lot de copropriété demeure le lien étroit instauré à titre perpétuel, tant par la réalité matérielle que par la répartition de la propriété entre les parties privatives et les parties communes. »¹⁶¹¹, « C'est précisément l'absence d'un tel lien qui caractérise le bien immobilier volumétrique »¹⁶¹². Avec ce bien volumétrique, apparaît le chemin parcouru depuis la mine de 1810, dont les limites étaient hasardeuses et venaient compliquer la reconnaissance d'une propriété minière (cf. supra §274). Le toit ou le plancher de la mine, voire les investissements pour les côtés faisaient bien office de limites mais ne possédaient ni la précision, ni la portée du système de cotation du bien volumétrique. La différence entre ces deux séquences, la mine et le bien volumétrique, est le signe que la science juridique a réussi à intégrer la contrainte représentée par la force de la pesanteur, qui jusque-là s'imposait à elle, grâce à la technique de division du volume.

L'essence du bien volumétrique se résumerait donc dans sa capacité à définir des limites, y compris verticalement.

(655.) À ce stade, les vertus du volume technique sont indéniables, mais sur le front de la définition les avancées sont, il faut le reconnaître, moins nettes.

Certains auteurs tentent de consolider la notion de volume. C. Atias, par exemple, dit « La particularité du volume est d'exister indépendamment de son contenu. »¹⁶¹³. Cette faculté serait la conséquence d'une autre, faisant que la division en volumes réaliserait « une dématérialisation de la propriété foncière. »¹⁶¹⁴. N. Le Rudulier abonde dans ce sens. Fondant son raisonnement sur « la fixité pérenne » des immeubles, dont serait doté le volume en raison de sa cotation sur l'espace terrestre, ce dernier peut prétendre « à l'atemporalité de cette immuabilité et constitue donc le seul vrai bien immobilier. Il est le référent ultime... ».

¹⁶⁰⁹ C. Atias, « Guide de la propriété en volumes immobiliers », Point de droit, Edilaix, 2012, §11 p. 10.

¹⁶¹⁰ C. Atias, « Guide de la propriété en volumes immobiliers », Point de droit, Edilaix, 2012, §22 p. 15 : « Pour caractériser le volume immobilier, il faut le différencier des lots que connaît le droit des biens. ».

¹⁶¹¹ C. Atias, « Guide de la propriété en volumes immobiliers », Point de droit, Edilaix, 2012, §26 p. 17.

¹⁶¹² C. Atias, « Guide de la propriété en volumes immobiliers », Point de droit, Edilaix, 2012, §27 p. 17.

¹⁶¹³ C. Atias, Guide de la propriété en volumes immobiliers, Point de droit, Edilaix, 2012, §9 p. 9.

¹⁶¹⁴ C. Atias, Guide de la propriété en volumes immobiliers, Point de droit, Edilaix, 2012, §8 p. 8.

Et, « Contrairement aux autres immeubles, il se dérobe totalement à l'emprise de l'homme qui ne saurait le modeler et en modifier la nature. La seule chose qui affecte le volume est son périmètre. Dans l'absolu, la consistance de celui-ci ne varie jamais si l'on considère que notre globe terrestre n'est finalement qu'un grand volume dont la propriété est répartie entre différents intervenants. »¹⁶¹⁵. On revient ici à la question de la nature du volume, et aux interrogations qu'elle pose. Pour ce qui est de la définition, dire que le volume est indépendant de son contenu, qu'il se résumerait à son contour, ses limites, et que ces contours feraient du volume le seul bien immobilier, n'est guère convaincant. Comment le volume pourrait-il n'être que des limites mêmes tridimensionnelles ? D'autre part, le volume immeuble suprême, au prétexte d'être géolocalisable sur la planète Terre et doté d'une certaine fixité, immobilité, laisse perplexe. Ne serait-ce pas le propre de l'immeuble ? Et donc, ce trait serait commun à tous les immeubles. Un bâtiment, un champ, un arbre répondant à ces deux critères, valideraient alors leur nature immobilière.

Le bien volumétrique, fruit du volume technique se dévoile donc partiellement en s'individualisant, tout en conservant une part d'ombre, ce qui conduit à s'interroger sur la définition du volume technique.

§3 Observations sur la définition du volume technique

(656.) Les observations à venir sur la définition du volume technique seront à mi-chemin entre réflexions et critiques.

L'objectif n'est pas de condamner la définition, simplement d'esquisser comment elle pourrait être amendée. La démarche aura à voir avec la problématique de la nature du volume, qui est intimement liée à celle de la définition.

Pour éviter d'éventer ce sujet à venir (cf. infra §680), les analyses ci-dessous se limiteront à mettre en exergue les aspects lacunaires de la définition de D. Sizaire, et notamment son manque de fluidité avec la propriété foncière du Code civil (C). Cette difficile articulation s'exprimera et sera expliquée au travers de deux points de faiblesse du volume technique : la nature de ses limites d'abord, puis la redondante confusion entre droit et objet (B). Auparavant, il est nécessaire de marquer l'intérêt du volume en revenant sur l'apport qu'il représente (A).

¹⁶¹⁵ N. Le Rudulier, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 107-10, Cote : 09, 2013, §49.

A. Le volume technique ou la maîtrise de la gravité terrestre par la science juridique

(657.) Le titre étant quelque peu provocateur et pouvant prêter à confusion, quelques précisions s'imposent d'emblée pour expliquer en quoi le concept de volume s'apparente à une avancée au regard de la gravité.

Dire, la science juridique maîtrise la pesanteur ne signifie pas que les juristes ont découvert le moyen d'annuler les effets de la force d'attraction de la Terre, faisant des arbres, mais aussi pourquoi pas des bâtiments, des objets pouvant se maintenir dans le ciel. En revanche, ce dont il est question, c'est la découverte par les juristes d'un processus d'extension du champ d'application du concept de propriété dans le sens de la verticalité compatible avec la pesanteur, et ceci grâce au concept de volume immobilier.

Cette mutation n'est pas à mettre exclusivement sur le compte du volume et plus précisément du volume technique. Toutefois, sa contribution est essentielle. En remontant le temps, et en s'arrêtant sur la mine de 1810, on voit comment une définition renvoyant à des fractions de propriété en trois dimensions aurait rendu parfait (au sens de propriété parfaite cf. infra §723 et s.) le bien mine. Dessous et dessus seraient devenus des propriétés distinctes par une délimitation en tout point comparable à la définition des limites établies en largeur et longueur. Le volume technique offre à la mine ce qui lui a fait défaut pour devenir une propriété volumique à part entière : des limites verticales (cf. supra §274). Par cet ajout se reforme pour chaque entité la figure de la propriété du code, une chose et un sujet investi des prérogatives les plus larges en vertu de l'article 544. En finalisant le bien mine, le volume technique, aurait permis au droit de propriété accordé par la loi au concessionnaire, d'éviter la majeure partie des critiques dont il a fait l'objet.

Le retour sur cet exemple démontre le franchissement d'une étape décisive, même s'il ne se rapporte qu'au-dessous. Il faut toutefois dépasser ces aspects concrets pour dévoiler l'importance du volume technique.

(658.) En effet, en maîtrisant la pesanteur, par l'intermédiaire de la science juridique, les juristes ne sont parvenus à dépasser rien d'autre que leurs propres limites.

Rappelons-le, en matière de droit des biens, la force de la pesanteur se traduit par le principe de l'unité du sol. Via ce concept, une parcelle de terre est tout entière dévolue à son propriétaire, l'unité de la chose garantissant la réunion, entre les mains de celui qui détient la chose, de toutes les prérogatives attachées à cette dernière. La forme la plus extrême de ce système est le concept de confusion du droit dans la chose, faisant de la chose, ou plus précisément du sol, la seule limite aux pouvoirs du propriétaire. La pesanteur, ou l'unité du

sol, est donc initialement l'allié objectif du concept de propriété individuelle, même s'il est le fruit d'une interprétation des juristes (cf. supra §45 et s.). Ce schéma idéal un homme, une chose explique les tensions générées par le droit de superficie, qui soit vis-à-vis du droit de propriété, soit vis-à-vis de son objet, perturbe presque naturellement cette unité. M. Xifaras a parfaitement cerné cet aspect et il est nécessaire de citer son argument *in extenso* pour donner de la force à notre propre argumentaire : « imaginons en effet que le droit de propriété soit divisible et que cette divisibilité se prolonge en une division de la chose : il n'y aurait plus un mais deux ou plusieurs droits de propriété parfaits (complets), ou bien plusieurs droits de propriété imparfaits et unis entre eux non plus par la chose, mais par l'union personnels des sujets. Il n'est possible aux partisans de la théorie du domaine divisé d'échapper aux conséquences qu'ils estiment féodales de leur doctrine qu'en tenant ferme le principe selon lequel la chose est un bloc indivisible, que la matière est le dernier refuge de l'unité du droit. Une chose matérielle en tant qu'elle est soumise à un droit est donc par définition indivisible, puisque si l'on en divise l'étendue, elle n'est plus une chose divisée, mais deux choses, soumises à des droits distincts. C'est cette propriété physique qui distingue les choses corporelles des choses incorporelles (les droits) et des choses immatérielles (les idées) : une chose immatérielle peut rester une, et être infiniment divisée en parts idéales, puisqu'elle est d'étoffe idéale. ». M. Xifaras identifie les éléments évoqués à l'instant autour de la notion d'unité du sol, c'est-à-dire : « que la matière est le dernier refuge de l'unité du droit. »¹⁶¹⁶, soit le lien entre divisibilité de la chose et le droit. Ainsi, à raison, l'auteur considère l'indivisibilité du sol comme le moyen d'éviter l'enclenchement de la théorie du domaine divisé en présence d'un sol partiaire, ce qui est un autre moyen d'évoquer la dimension perturbatrice du droit de superficie. Seulement, pour contourner cette difficulté l'auteur privilégie l'incorporalité sans préciser au demeurant l'articulation de ce choix avec les choses du monde tangible. Plus important, ce choix ne prend pas en compte la particularité de l'étendue du fonds de terre. La position de M. Xifaras est de ce point de vue très classique, oubliant que le sol civiliste traditionnel n'est finalement que la division en deux dimensions de l'étendue d'une chose bien plus vaste la planète Terre. Or, ce principe de géométrisation à la base de la division de l'étendue du sol en deux dimensions peut intégrer la verticalité, passant de deux à trois dimensions. Le volume technique représente ce développement du sol civiliste.

Avec un sol perçu en trois dimensions, la règle critiquable de l'unité du sol (cf. supra notamment §96 et §102) est remise en cause, puisque ce concept permet une division verticale. À la faculté d'une division horizontale du sol s'ajoute celle d'un découpage en

¹⁶¹⁶ M. Xifaras, « La Propriété : Étude de philosophie du droit », PUF, 2004, p. 110.

hauteur. Toutefois, la contestation du principe de l'unité du sol ne se traduit pas par celle de la propriété, qui, au contraire, s'en trouve confortée. Pour reprendre les mots de M. Xifaras, le volume permet d'échapper au domaine divisé et à « ses conséquences féodales ». Dès lors, on comprend mieux le soutien à la thèse moniste de la doctrine classique (cf. supra §697 et s.).

En investissant la troisième dimension, le concept de propriété individuelle voit son champ d'application se décupler à un moment où son avenir semblait pourtant compromis (cf. supra §626 et s.). Ironie du sort, la propriété doit ce nouveau départ au droit de superficie dans sa forme moderne, qui en fut le « challenger » le plus retors. La relation entre volume et droit de superficie sera abordée plus tard (cf. infra §746 et s.), mais avant, il convient de s'attarder sur les imperfections du volume technique.

B. Les fragilités conceptuelles du volume technique

(659.) Deux faiblesses du volume seront détaillées, la portée de la notion de limite (1) et la confusion objet, chose (2). Ces imperfections n'ont d'intérêt, à ce stade, seulement en ce qu'elles caractérisent la dichotomie entre le volume technique et le système du droit des biens du code. Toutes les deux font par ailleurs l'objet de développements plus précis, qui étaient utilement le constat à suivre.

1. La notion de limite ou le retour du débat de la nature de la limite constitutive ou déclarative

(660.) Dans la définition de D. Sizaïre, le processus de division possède une place centrale, et avec lui la notion de limite. Cette place prépondérante entraîne naturellement une interrogation à propos du rôle de cette limite sur la nature de la propriété volumique, ces deux aspects communiquant l'un avec l'autre.

Dans son expression la plus synthétique, le volume est une fraction de propriété ou un bien individualisé objet d'appropriation. Le processus de division se trouve de ce fait la cheville ouvrière, et même la condition *sine qua non*, du volume. De proche en proche, à partir du volume technique, il est tentant de voir le volume, seulement comme un bien individualisé ou possédant des limites (cf. supra). L'opération de division étant le point de basculement, l'absence de division ou de la définition de limites, coïnciderait avec l'absence d'individualisation, susceptible de remettre en cause l'existence du volume. S'il n'y a pas division, peut-on encore dire qu'il y a des fractions distinctes ?

Cette question se retrouve au travers du débat sur la portée de l'état descriptif de division (EDD). Elle sera analysée avec celle sur les limites du volume, intégrant la position des tenants du volume technique (cf. *infra* §647 et s.). Néanmoins, au regard des développements antérieurs, quelques repères peuvent être posés. D'abord, si l'individualisation du bien est la marque de la propriété du code, elle n'est pas constitutive de la propriété. Comme cela a été indiqué lors de l'examen de la procédure de bornage, « la borne ne fait pas le propriétaire » même si la borne est un rouage essentiel de la propriété (cf. *supra* §128 et s.). De la même manière, la limite ou la division ne fonde pas la propriété volumique. Le fondement de cette propriété ou pas vient de la capacité de l'homme à s'approprier verticalement le sol. La borne de la parcelle ou la division cotée du volume, représente seulement la manifestation de ce phénomène. Cette manifestation doit toutefois être possible, à défaut, le principe de la propriété serait fragilisé en raison de la remise en cause possible de l'exclusivité du propriétaire ; une chose non divisible est une chose en indivision, s'opposant au principe de propriété individuelle.

L'exemple de la mine confirme le propos. Le bien mine de 1810 était assurément une propriété volumique, alors même que l'opération de division, à laquelle D. Sizaire fait référence, n'avait pas eu lieu, et pour cause. L'homme de cette époque ne maîtrisait pas encore les techniques modernes permettant une délimitation tridimensionnelle (cf. *supra* §230 et s.).

(661.) L'avancée du volume technique n'est pas ici critiquée sur le principe, mais seulement dans sa propension à donner à penser que la propriété volumique coïncide avec le processus de division, alors qu'il n'en est qu'une conséquence.

Ce travers concourt à accréditer l'idée d'une propriété que le droit ne serait pas chargé de révéler, proche du droit naturel qui est le modèle du code. Au contraire, le volume technique tend à façonner, ou conditionner la propriété, dans une démarche plus positiviste, voire utilitariste. Alors que la propriété foncière de 1804 était comme happée par le sol ne faisant que miner ses caractères, comme le principe de l'unité, la propriété volumique serait essentiellement un produit de la science juridique. Cette tendance a déjà été signalée pour le droit de superficie à propos du débat, preuve par tous moyens, preuve encadrée de la propriété des biens souterrains (ex : cave) (cf. *supra* §275 et s.), mais s'exprime avec peut-être plus de force avec le volume. L'histoire du concept de volume immobilier, et spécialement la notion de volume abstraction mathématique, facilitent le glissement vers un volume dont l'existence reposerait nécessairement sur celle de limite. Tel n'est pas le cas.

Le volume puise sa légitimité première dans l'action de l'homme à organiser des activités immobilières dans le sens vertical, pas dans l'opération de délimitation qui n'est qu'un moyen, aussi essentiel soit-il.

En dehors de la nature de la limite du bien volumique, un autre reproche semble pouvoir être adressé au volume technique : la difficile articulation entre objet et droit de propriété

2. *La confusion entre le bien objet du droit de propriété et la prérogative elle-même*

(662.) *A priori*, le volume technique contredit par principe toute confusion entre l'objet et le droit de propriété, puisqu'il assoit sa démonstration sur la dissociation de l'objet, non sur un démembrement du droit de propriété, tant pour le dessus que le dessous¹⁶¹⁷. Pourtant à bien y regarder, la distinction est parfois empreinte d'hésitation. Pour partie, ce travers n'est pas spécifique à notre sujet, mais possède en la circonstance une dimension évocatrice intéressante.

Trois aspects peuvent être mis en exergue pour expliquer le difficile maintien de la distinction droit, chose concernant le volume : une certaine contradiction de la doctrine en dépit d'une volonté de clarté (a), que l'on retrouve dans la définition de D. Sizaire (b). Enfin, et surtout, l'analyse en partie erronée du droit d'accession qui expliquerait indistinctement l'origine d'un droit de propriété volumique et d'un droit réel encourage la confusion droit, chose (c).

a. Une distinction difficile à maintenir y compris par la doctrine moderne

Sur le principe, D. Sizaire notamment exprime la problématique avec précision en revenant à « des idées simples » et claires. Toutefois, ce souci de clarté ne se retrouve pas toujours concrètement.

« La propriété est un concept et non un objet ; c'est le droit de jouir et de disposer d'une chose, d'un bien indique D. Sizaire. Le volume délimité en trois dimensions détermine un espace, que celui-ci soit rempli (tréfonds, constructions) ou libre (sursol non construit). Sur cet espace peuvent s'exercer les attributs du droit de propriété »¹⁶¹⁸. De même, N. Le Rudulier prend appui sur cette confusion entre le droit et son objet quand il cherche à invalider la proposition de G. Goubeaux, en considérant que ce dernier dans : « une vision utilitariste de la propriété où l'objet est confondu avec l'exercice du droit », réduit le sursol à une somme d'utilités¹⁶¹⁹. C'est pourquoi il serait légitime de penser que les deux options en débat sont d'un côté, le démembrement du droit de propriété, le partage porte alors sur le droit, et de l'autre, la division de l'objet du droit de propriété, c'est-à-dire une scission du

¹⁶¹⁷ D. Sizaire, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 10, Cote : 11,1997, §13.

¹⁶¹⁸ D. Sizaire, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 10, Cote : 11,1997, §18.

bien. Or, lorsque N. Le Rudulier développe son propos sur cette distinction, il utilise la formule « démembrement de propriété » versus « division de propriété »¹⁶²⁰. Jouant sur le double sens de propriété, l'auteur laisse entendre que propriété accolée au terme démembrement vise le droit, et lorsque l'association se fait avec le mot division, c'est l'objet qui est visé. Sur le fond l'argumentaire est aussi équivoque, dans la mesure où pour la division ce qui est souligné c'est l'application de l'article 544¹⁶²¹.

Le raisonnement appelle bien sûr l'approbation, mais le propos a pour défaut de masquer la question de l'objet du droit de propriété pourtant cruciale, et participe donc, à sa façon, à prolonger la confusion.

b. Le flou lié de la division de « la propriété d'un immeuble »

(663.) L'autre témoin du manque de clarté entre objet et droit de propriété se trouve dans la définition de D. Sizaire elle-même, quand il dit : le volume « est une technique juridique consistant à diviser la propriété d'un immeuble ».

À nouveau, l'usage du terme de « propriété » dans cette expression est d'une grande ambiguïté. Si, propriété vise une chose appropriée par un individu, « ceci est ma propriété », alors propriété désigne l'objet de la propriété. Ce devrait être le cas pour le volume technique, qui porte sur la division d'une chose. Pourtant, il paraît difficile de retenir ce sens dans l'expression « la propriété d'un immeuble », sauf à verser dans la redondance. L'immeuble pour le juriste est un bien, et le propre du bien est d'être objet de propriété. Valider cette acception, reviendrait donc à considérer la locution « la propriété d'un immeuble » comme étant synonyme de « un immeuble approprié » ou « un immeuble objet de propriété », ce qui n'est pas réellement satisfaisant.

Le recours de propriété dans le sens de prérogative ou droit ne l'est guère plus. La propriété de l'immeuble désignant l'entité destinée à être divisée, l'opération ne porte plus sur l'objet de la propriété mais sur le droit lui-même. En d'autres termes, le volume désignerait la division du droit de propriété conduisant à retenir le modèle de la propriété simultanée, ce qui serait totalement antithétique avec le postulat du volume technique.

¹⁶¹⁹ N. Le Rudulier, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 107-10, Cote : 09, 2013, §13.

¹⁶²⁰ N. Le Rudulier, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 107-10, Cote : 09, 2013, §35 et s.

¹⁶²¹ N. Le Rudulier, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 107-10, Cote : 09, 2013 §35 et s. ; Voir également la thèse de N. Le Rudulier, « La division en volumes », Thèse Nantes 2010, §84 p.43 : « Alors que le bail est un mode de valorisation, un mode de construction, la division en volumes relève d'une forme particulière d'acquisition de la propriété ».

Quel que soit l'angle d'interprétation, l'usage de l'expression « diviser la propriété d'un immeuble » apparaît critiquable.

c. L'erreur du droit d'accession origine commune au volume et à la superficie

(664.) Enfin, un troisième aspect confirme l'existence d'un glissement entre la notion d'objet et celle de droit de propriété. Il vient de l'idée selon laquelle, l'établissement de la propriété volumique suppose la réalisation d'une condition préalable à la division, la renonciation au principe d'accession opéré par le propriétaire du sol.

Cette condition ne figure pas textuellement dans la définition, mais y est omniprésente. Notons que ce silence, qui indirectement se rapporte au sol traditionnel, est sans doute aussi à rapprocher de la difficulté du volume technique à accepter d'autres représentations du sol (cf. infra §670 et s.). Néanmoins, un premier enseignement peut-être tiré de l'usage du principe de l'accession à propos de distinction objet, droit de propriété. D. Sizaire, qui pourtant conteste le principe d'un droit de superficie « droit de construire avec renonciation du droit d'accession »¹⁶²², analyse la division volumique comme : « portant dérogation au droit d'accession »¹⁶²³ ou perçoit la prescription d'un volume en sursol comme venant concurrencer le bénéfice d'accession du propriétaire du sol¹⁶²⁴. N. Le Rudulier énonce, quant à lui, encore plus ouvertement cette relation en disant : « La division en volumes résulte de la renonciation au bénéfice de l'accession »¹⁶²⁵. Or, et c'est ici que se situe le hiatus, le bénéfice d'accession est l'attribut du propriétaire, dont il dispose par son droit de propriété. Pour reprendre la définition du dictionnaire de G. Cornu, l'accession est le : « mode légal d'acquérir la propriété par extension du droit du propriétaire, d'une chose aux produits de cette chose, à tout ce qui s'y unit ou s'y incorpore ». Ainsi, l'accession relève de la prérogative, du droit, pas de l'objet, ce qui fait naître la question suivante : comment le volume division de l'objet peut-il mettre en jeu le principe de l'accession qui relève du droit ? Si tel est le cas, alors vraisemblablement, le volume naîtrait d'un démembrement du droit et non d'une division de l'objet. Il y a donc une contradiction à parler de renonciation au droit d'accession, lorsque l'on prône un volume division de l'objet de propriété. Il existe bien sûr une parade, puisque la référence au droit d'accession n'entraîne pas une division, il fait l'objet d'une renonciation. Dit autrement, ce n'est pas une partie du droit d'accession, en l'occurrence du propriétaire du sol, qui est transmis au titulaire du volume en sursol par

¹⁶²² D. Sizaire, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 10, Cote : 11,1997, §11.

¹⁶²³ D. Sizaire, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 10, Cote : 11,1997, §18.

¹⁶²⁴ D. Sizaire, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 10, Cote : 11,1997, §24.

¹⁶²⁵ N. Le Rudulier, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 107-10, Cote : 09, 2013, §11

exemple. C'est le droit d'accession attaché au sol en tant que tel, qui cesserait de produire tout effet, permettant la mise en œuvre d'un droit d'accession à part entière qui s'appliquera au volume. Le droit d'accession du volume n'est donc pas un démembrement du droit d'accession du sol.

Il n'en demeure pas moins que la confusion, entre le droit de propriété et son objet, est maintenue en l'état, alors qu'elle peut très bien être évitée (cf. infra §757 et s.).

Comme la question de la nature de la limite du volume, la relation objet, droit ramène à une autre relation celle du droit – dans le sens de science juridique, avec le volume. En affirmant que le volume est un bien immobilier pour être un objet de propriété, les concepteurs du volume technique organisent fatalement, qu'ils le veuillent ou non, un retour au sol.

C. Le volume technique ne parvient pas à faire oublier le sol

(665.) Disons-le immédiatement, la propension du volume à vouloir oublier le sol est le grand reproche adressé au volume technique, voire au volume tout court. La question, qui constitue l'un des axes structurants de notre propos, sera abordée à plusieurs reprises et sous différents angles (cf. supra §670 par exemple). Présentement, l'examen porte sur la définition du volume technique, et comment cette définition opère pour organiser l'oubli du sol. En préalable, pour éviter toute interprétation erronée, il faut dire ou répéter que cette critique n'emporte pas condamnation du concept de volume technique, et encore moins de ses apports.

Pour cerner le jeu de faux-fuyant entre le bien volume et la chose « sol », il sera procédé par étapes. Premièrement, la problématique de la relation sol, volume, sera exposée succinctement (1); puis, nous nous attarderons sur le processus par lequel le volume technique dans sa définition tente d'écarter le face-à-face pourtant incontournable (2); enfin seront présentées les manifestations des tensions entre le bien volume et la chose sol (3).

1. Le sol matériel versus le volume immatériel

(666.) Le volume technique s'inscrit dans les pas du doyen Savatier, et les prolonge. De cette filiation, il conserve le recours à la notion de bien immatériel.

Certes, la proposition est moins catégorique que celle du « volume abstraction » et revendique un retour à l'environnement du code, incluant sa propriété foncière. Néanmoins, la rupture avec cette dernière est également assumée avec l'antagonisme entre le sol traditionnel matériel et le sol moderne tridimensionnel immatériel (cf. supra). C'est pourquoi au moins expressément, le sol est absent de la définition de D. Sizaire. Son projet étant de

forger le volume, le sol moderne, il ne s'en préoccupe nullement. Implicitement, la démarche serait plutôt inverse, puisque le sol ancien doit être dépassé. Le fonds de terre de l'article 518¹⁶²⁶, soit la représentation du sol pour les juristes, n'est donc tout simplement pas mentionné. Tout se passe comme si, cette notion était, avec l'avènement du sol vertical, tombée en désuétude et remplacée par une autre, celle du volume. Seulement, cette rupture rencontre de sérieuses limites. Par exemple, aux côtés du fonds de terre, l'article 518 cite les bâtiments comme autre immeuble par nature. Ces bâtiments, contrairement au fonds de terre sont conservés par le volume, et ont même une place de première importance, le bâtiment étant le résultat attendu de la division en volumes. Dès lors se pose la question de l'articulation entre le bâtiment, le volume et le sol. Le volume peut-il remplacer purement et simplement le fonds de terre appelant ainsi à la disparition de ce dernier ? Le fonds de terre, pierre fondatrice de la propriété foncière traditionnelle, serait-il frappé de vacuité ? La question a de quoi surprendre, pour ne pas dire plus. La retenir signifierait ni plus ni moins que le sol, vu par le droit des biens, se réduit, en l'absence de bâtiment, à des limites. Cette idée, en raison de sa radicalité, a bien sûr été critiquée.

(667.) De nombreuses voix, dont seulement une infime minorité sera présentée ici, ont désapprouvé l'immatérialité du volume, souvent via des arguments en partie recevables, mais en partie seulement.

Il y a d'abord, les critiques des auteurs s'opposant au principe d'une propriété volumique. P. Berlioz est l'un des derniers à avoir rejoint ce mouvement, qui plus est, avec faisant preuve d'originalité dans son argumentaire. L'auteur considère que le point d'achoppement du volume, est de confondre contenu et contenant. La réduction du sol à des limites virtuelles correspondrait au contenant sans qu'un contenu existe. En conséquence, le volume ne serait pas un bien, et ne peut, par nature se substituer au sol¹⁶²⁷ qui se doit aussi d'être contenu. L'argument est intéressant, tout en étant lui aussi critiquable. À ces critiques attendues, en ce qu'elles proviennent d'auteurs rejetant la propriété volumique, s'ajoutent des observations plus surprenantes, puisqu'elles émanent d'auteurs proches du principe d'une propriété verticale, et donc de ce fait bien plus perturbantes.

N. Le Rudulier notamment, et étonnamment, après avoir repris et loué les mérites de la définition de D. Sizaire (cf. supra §647 et s.) dit à propos du volume : « Sa définition (du volume) varie selon les différentes étapes que l'on prend en compte. Elle peut être cantonnée à la seule opération de scission et d'identification des volumes ou également comprendre la phase de construction, voire s'étendre à celle de gestion. Cette possible hésitation résulte de

¹⁶²⁶ Art. 518 Code civil : « Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature. ».

¹⁶²⁷ P. Berlioz, « La notion de bien », L.G.D.J., 2007, §296 et s. p. 84.

l'absence de statut et de régime de la volumétrie. En tant que telle celle-ci n'a pas d'existence. »¹⁶²⁸. Sur la base de ce constat, il est difficile de ne pas déduire que la définition du volume ne vaudrait que partiellement. Or, une définition partiellement valide, est-elle encore une définition ?

Selon N. Le Rudulier, en fonction de l'étape concernée, et vraisemblablement ces étapes sont avant et après construction, la définition du volume varierait, posant de ce fait de sérieuses difficultés. En considérant, la définition du volume technique comme efficiente seulement avant construction, cela impose de s'interroger sur la définition de l'après.

Pour la phase de l'après, un bâtiment aura été construit, mais il serait surprenant de restreindre la définition volume à celle de l'immeuble par nature bâtiment. Outre la reprise des critiques adressées à la proposition de la thèse dualiste (passant d'un droit de construire droit réel à un droit de propriété sur un bâtiment), comme l'articulation entre les deux séquences, la dualité de propriétés sous-entendue dans l'observation de N. Le Rudulier, aurait à faire face à une autre contrainte bien plus forte encore. Quid du sol ? Pour mémoire, la thèse dualiste considère pour la période avant construction qu'il n'existe qu'un seul propriétaire, le sujet tenant le sol, qui demeure propriétaire ensuite, tout en voyant naître un second droit de propriété sur le bâtiment. Le sol est donc toujours présent, même si son existence est relativisée. La proposition de deux droits de propriété de N. Le Rudulier, elle, n'est pas dans ce schéma. Sur la phase avant construction, le volume s'est substitué au sol matériel, ou alors la définition de D. Sizaire est également invalide sur la phase avant construction. C'est pourquoi l'observation de N. Le Rudulier ne peut être retenue seulement en ce qu'elle éclaire la carence du volume. À défaut, l'argument de l'auteur se placerait dans l'optique de la thèse dualiste. Il semble ainsi que la préoccupation de N. Le Rudulier n'est rien d'autre que la difficile, et certainement impossible, articulation du volume technique entre le fonds de terre et le volume abstraction mathématique, ou la matérialité du code et l'immatérialité de l'univers du doyen Savatier.

En revanche, le principe de la proposition de N. Le Rudulier, une définition variant en fonction des phases du volume paraît peu satisfaisante. Qu'il existe des variations entre les étapes d'un projet volumique est certain, mais est-ce si différent pour le développement d'un projet sans division verticale ? Par ailleurs, reconnaître la spécificité de chaque stade du projet ne doit pas conduire au rejet d'une essence commune. Or, le propre d'une définition est de ciseler ces traits communs pour transcender son sujet. L'ambition de définir le bien volumique ne déroge pas à cette règle, rendant mal aisée une validation partielle de sa définition. Au surplus, l'argument de N. Le Rudulier pour expliquer la difficulté d'une

¹⁶²⁸ N. Le Rudulier, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 107-10, Cote : 09, 2013, §6.

définition unitaire du volume est embarrassante. «... l'absence de statut et de régime de la volumétrie » source d'indétermination, selon l'auteur, fait de la loi le recours par excellence aux carences du volume. Certes, un volume immeuble par nature par l'effet de la loi, consoliderait, et même institutionnaliserait l'édifice, mais dans une perspective purement normative. Si la loi édicte : le volume est un immeuble par nature avant construction, il deviendra difficile d'affirmer le contraire. Cependant, l'incohérence systémique pourrait perdurer, et sans doute s'accroître, cessant d'être seulement une incohérence doctrinale pour devenir en plus, une incohérence légale.

Face à ces critiques, qui tout en contenant une part de vérité peinent à convaincre, et même sont très contestables, il semble préférable de chercher à comprendre la cause de la lacune du volume technique, en observant le contenu de sa définition.

2. Une division engageant le résultat d'un bien immatériel

(668.) Pour D. Sizaïre, le volume est une division, ou pour être plus précis se définit comme : « une technique juridique consistant à diviser la propriété d'un immeuble en fractions distinctes », ce qui a pour particularité de passer sous silence ce qui est divisé.

En accentuant la notion de division du volume, il est évident que se produit un rapprochement, au moins symbolique, entre le volume technique et l'abstraction mathématique. Cette première impression doit cependant être dépassée, car le recours à la notion de division est porteur de bien d'autres enseignements. Pour ce faire, il faut partir de la définition du terme division, qui dans son sens arithmétique (cf. TLFI) signifie : « Opération consistant, étant donnés deux nombres a (le dividende) et b (le diviseur) à trouver un nombre c (le quotient)... ».

Ensuite, l'attention doit porter sur l'identification des termes de la division dans l'hypothèse du volume technique en se posant une série de questions. Quel est le quotient ou le résultat de la division ? La réponse est simple, le volume lui-même. Quel est le diviseur ? La réponse est moins évidente, mais assez rapidement les sujets propriétaires des volumes s'imposent. Par contre, quand il s'agit de déterminer quel est le dividende, la question apparaît autrement plus ardue. Il est d'ailleurs bien difficile d'y répondre en s'en tenant à la définition du volume technique. La locution « la propriété d'un immeuble » comme cela a été exposé, est d'abord source de confusion. Ensuite, même en retenant le terme immeuble seul, pour exclure une division du droit de propriété contredisant le principe du volume lui-même (cf. supra §662 et s.), cela ne nous renseigne pas sur cet immeuble, dont la division permet d'aboutir à un volume.

La démonstration peut être présentée autrement, sans faire varier la conclusion. D. Sizaïre dit le résultat de la division en volumes correspond à des « fractions distinctes ». Or, là

encore, si l'on s'en réfère à la définition mathématique (cf. TLFI), une fraction est : « l'expression sous la forme A/B du rapport de deux nombres, de deux expressions algébriques, en particulier inférieur à l'unité ». Sur la base du volume, A représentera l'expression du volume ou son propriétaire pris isolément, et B les deux pris dans leur ensemble. Par exemple, $1/4$ représentera le résultat d'une division équivalent à un volume d'un ensemble de 4 volumes. Seulement à bien y regarder le problème reste entier. À quoi correspond l'ensemble, ou pour reprendre la définition du terme fraction, quelle est l'unité ? À quoi se réfère la fraction $4/4$ ou $1/1$? Bien difficile de répondre.

La question du dividende, pourtant élément essentiel de la division, reste sans réponse, et nécessite de poursuivre la réflexion encours.

(669.) Ce biais dans la théorie du volume technique va bien entendu être développé. Il ne doit cependant pas masquer l'essentiel, le résultat de la division, ou le volume, sauf vouloir rejeter son principe. C'est pourquoi avant de revenir sur le dividende, l'intérêt du résultat doit être redit, même en quelques mots.

La définition de D. Sizaïre pêche sans doute par le flou qu'elle laisse planer vis-à-vis du sol, mais en permettant le concept d'un immeuble vertical d'exister distinctement, elle répond à l'essentiel, l'appréhension verticale du sol. Cette efficacité fait écho à la dimension pratique et opérationnelle du volume. Elle explique également l'inclination de la définition de D. Sizaïre à facilement démontrer que le volume est un objet de propriété, propriété répondant aux canons de la propriété privée du code, écartant toute référence à une propriété collective. En montrant avec insistance, la capacité du volume technique à remplir son objectif, cela évite de s'attarder sur des aspects plus fragiles du concept. Le volume technique bien immatériel, insusceptible d'être confondu avec le sol traditionnel, est une forme de *tabula rasa*. Néanmoins, l'examen y compris du premier terme de la définition du volume technique, montre la difficulté de voir dans le volume, exclusivement l'avènement d'une ère nouvelle de la verticalité.

Autrement dit, bien que particulièrement pertinent, le volume ne peut s'affranchir du système dont il est issu, ou au moins avec lequel il doit composer, à commencer par le sol lui-même.

3. *L'impossible dépassement du sol*

(670.) L'expression même de division en volumes concourt à l'instauration d'une dialectique nouvelle, rompant les amarres avec le sol naturel traditionnel, mais cette participation demeure insuffisante.

La pesanteur peut être déifiée et utilisée à dessein, avec le principe de l'unité du sol, ou domestiquée avec le volume, également dans un but précis ; cela reste presque sans incidence

sur la place centrale du sol. Le forçage du volume technique apparaît donc comme trop ambitieux, et échoue dans sa tentative à se couper du sol. Cela est apparu à propos de la délimitation du volume (cf. supra §650). Que ce soit au travers de la référence au territoire français via les cotes NGF, voire le sol naturel directement, les contacts avec la chose tangible sont indéniables. C'est encore plus prégnant quand est abordée directement la question du caractère immobilier du volume (cf. supra §652 et s.). Pour affirmer que le volume, pour la partie située au-dessus du sol, est un immeuble N. Le Rudullier se réfère à l'écorce terrestre. La relation est bien plus timide que celle faite par l'auteur qu'il cite (Chauveau), il n'empêche, que le volume en sursol est immeuble en raison du sol, et donc d'une forme de relation qu'il entretient avec ce dernier.

Enfin, un autre argument, allant dans le même sens, peut être tiré de la recommandation de la commission des clauses abusives relative au volume, proche par son esprit du volume technique (cf. supra §646). Concernant le processus de division, la commission distingue deux divisions : « Une division primaire : la division en volumes de l'ensemble immobilier complexe, édifié ou à édifier sur une ou plusieurs parcelles cadastrales, une division secondaire : la division d'un volume en lots de copropriété. Dans cette situation, la notion de terrain, assiette foncière de la copropriété, est remplacée par celle de volume immobilier ; » Autrement dit, pour la commission, la division en volumes part de la parcelle cadastrale. Le dividende introuvable de la division de D. Sizaire (cf. supra §668) ou le flou de « la propriété d'un immeuble » trouverait une réponse, la parcelle cadastrale. Il est même possible de soutenir que c'est tout simplement du sol dont il s'agit pour la division secondaire. La notion de volume se substituant sans autre formalité à celle de terrain, les deux termes désignent en réalité l'assiette foncière. Cette observation ne fait finalement qu'exprimer autrement l'opinion des auteurs rejetant la propriété volumique, et notamment celle de G. Goubeaux exposée dans son article « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière », ou encore celle de F. Zenati, sur lesquels il faudra revenir une dernière fois (cf. supra).

Pour l'heure, une conclusion s'impose, la *tabula rasa* du volume semble des plus relatives. Même ignoré, le sol demeure, *a minima*, un élément de la définition du volume, et d'ailleurs, comment pourrait-il en aller autrement ?

Ce constat imparable ne condamne pas irrémédiablement, tant s'en faut, la définition de D. Sizaire. Il ne s'agit de revenir à une matérialité synonyme d'un sol unitaire condamnant le volume comme le proposent ses opposants. Toutefois, la définition du volume se doit d'être repensée, au moins dans son principe.

§4 De l'intérêt d'une définition du volume immobilier

(680.) Pour tenter de démêler la problématique de la définition du volume, en particulier au regard de la relation avec le sol, il sera considéré que la difficulté tient à la présentation du problème, c'est-à-dire que les éléments de la réponse existent déjà, et ne sont pas à inventer. Pour s'en convaincre, il sera fait appel à un esprit brillant, A. Einstein qui disait : « Un problème sans sa solution est un problème mal posé », et dont la capacité à résoudre les problèmes n'est plus à démontrer. Toutefois, par souci de modestie, il sera rappelé qu'une caution ne vaut que par sa qualité. Or, il ne suffit pas de retranscrire les mots d'Einstein, en respectant sa syntaxe dans un contexte approprié, pour se prévaloir de son génie. Pour autant, la proposition qui sera développée est assez simple, considérant que la difficulté à définir le volume tient au double objectif, tout simplement contradictoire, qu'elle se fixe. Le premier serait de participer à la conception d'un immeuble nouveau, rompant avec le code et avec sa vision matérielle. Le second est que le volume doit permettre la réalisation de projets qui seront réalisés sur un terrain, sur lequel des bâtiments, tout aussi matériels que ceux réalisés en l'absence d'une division volumique, seront construits.

Ce conflit sera dépassé en considérant, que le volume n'est pas un immeuble nouveau, mais seulement une représentation nouvelle d'une chose qui existe déjà, le sol, et tel que le code perçoit cette chose.

Pour ce faire, sera mise en évidence la proximité entre le volume et le sol (A). Puis, sera développée la vocation du concept volume : représenter le sol (B), pourrait-on dire seulement en trois dimensions (C).

A. Sol et volume représentent différemment une seule et même chose

(681.) Pour lancer l'analyse, revenons sur l'opposition de base mise en jeu par la définition du volume, de façon à se donner les moyens de la contourner.

Pour les partisans du volume technique, celui-ci a pour objet une opération de division, dont l'incarnation est un immeuble nouveau, immatériel, s'opposant au sol, dit traditionnel. Cet argument répond à l'objection de la doctrine n'acceptant pas le principe d'une propriété volumique, pour qui le sol désigne une unité indépassable, en raison de l'impossibilité de le diviser dans le sens de la hauteur. Pour les opposants à un immeuble divisible verticalement, l'individualisation du sol n'est réalisable qu'horizontalement, par exemple en divisant une parcelle en deux dans le sens de la largeur, de la longueur, ou encore selon des modalités

intermédiaires. Autrement dit, le volume ne peut pas être défini, car son objet n'existe pas. La définition étant « une opération mentale qui consiste à déterminer les limites et le contenu d'un concept », un concept sans objet ne peut être défini, illustrant une nouvelle fois la raison de la difficulté de D. Sizaire à intégrer la notion de sol (cf. supra §659).

Présentée de cette façon, l'opposition est insurmontable. C'est pourquoi il faut aller au-delà.

(682.) Pour passer outre, l'opposition entre ces deux visions potentiellement conflictuelles de l'objet de la propriété foncière, un schéma en trois étapes est utile.

D'abord, première étape, il faut synthétiser, réduire à l'essentiel, chacune des propositions. Pour le volume technique, (qui sera dénommé A), on dira : le volume est une division dont le résultat est un immeuble tridimensionnel, ou individualisable en hauteur, largeur, longueur. Pour la proposition (B), le sol pourrait être, le sol est un immeuble par nature bidimensionnel, une surface. Ainsi, de façon encore plus résumée, la proposition A correspond à un immeuble tridimensionnel, et la proposition B à un immeuble bidimensionnel. En poursuivant, A et B sont des immeubles mesurables. S'ouvre ici la seconde étape, au cours de laquelle sera discuté le premier terme « immeuble ». Dire A et B sont des immeubles, n'offre que peu d'intérêt. L'affirmation ne répond pas à la critique des opposants du volume, et il existe de nombreux autres immeubles, à commencer par les bâtiments. Non ; l'intérêt du rapprochement tient au fait qu'il facilite une autre affirmation, celle selon laquelle, les deux immeubles peuvent être à nouveau réduits à un seul, le sol. Pour B, réduire l'immeuble sol va de soi, et pour A, la conclusion de la définition du volume technique le démontre, en ne pouvant écarter le sol (cf. supra §670). Le volume au moins dans sa forme unitaire, se confond avec le sol puisque le dividende de la division, ou le référent de la fraction $1/1$ n'est autre que le sol (cf. supra §668 et 669). Or, ce point est essentiel. Il permet en effet une reformulation des propositions en disant, pour A : le volume est le sol tridimensionnel, et pour B : le sol est le sol bidimensionnel. La démonstration pourrait presque s'achever avec cette phrase, tant réfuter l'existence tridimensionnelle du sol au profit d'un sol bidimensionnel sans épaisseur, paraît délicat. Il est toutefois nécessaire de poursuivre à propos du second terme : la dimension, source de différence entre un sol en deux ou trois dimensions, et correspondant à la troisième étape.

Cet enjeu de la dimension est non négligeable puisque seul un sol en deux dimensions serait légitime. Pour rappel, la dimension exprime la capacité du sol à être délimité, individualisé. Pour autant, rien ne permet d'affirmer que le dimensionnement longueur, largeur soit le seul, et encore moins, supérieur aux autres. Historiquement, la vie de l'homme s'est articulée avec un sol horizontal, en dépit du principe anthropique voulant que la vie de l'homme suppose la troisième dimension (cf. infra §757). L'urbanisme moderne a modifié cette logique bidimensionnelle, un peu comme la peinture a abandonné l'idée d'une perspective unique

fondée sur la *construzion legitima* au 19^{ième} (cf. supra §166, §553). Le volume ne serait alors que le signe d'une ouverture à la diversité de la représentation du sol, comme l'art moderne modifia la perception de ce qu'est une œuvre d'art. D'ailleurs, soulignons que si l'individualisation du sol a été un des grands sujets de la Révolution, le sol en deux dimensions n'a jamais été revendiqué en tant que tel. Il s'agit de deux événements distincts qui se sont nourris l'un l'autre. Avant la naissance de la parcelle cadastrale, symbole du sol en deux dimensions, d'autres types de délimitations existaient et ont perduré, par exemple le type de culture, la capacité productive, l'attachement à un domaine, un lieu, etc. (cf. supra 68 et s.). D'ailleurs, le code ne fait pas référence au sol en deux dimensions, mais parle plus synthétiquement de fonds de terre. Le sol en deux dimensions ne peut donc exclure toute autre forme de dimensionnement, mais plus modestement, se prévaloir d'une certaine primauté chronologique et sans doute aussi pratique ou intuitive.

Ainsi, à l'issue de cette troisième étape, un axiome semble se dégager, le volume et la parcelle sont seulement, des représentations différentes désignant une seule et même chose, le sol, comme le démontre une analyse de la conceptualisation du volume.

B. Le volume comme le fonds de terre est un concept ayant pour référent une chose du monde tangible le sol

(683.) Revient ici le reproche de l'oubli du sol adressé au volume technique, et plus encore au volume abstraction mathématique (cf. supra §660 et §661). Ce reproche doit maintenant être précisé de façon à pouvoir en saisir pleinement le sens, qui peut être résumé ainsi : quel que soit le degré de conceptualisation du volume, cela ne remet pas en cause l'axiome suivant : le volume est un concept ayant obligatoirement pour référent une chose du monde tangible, communément dénommée « sol ».

Pour comprendre cet axiome, il faut préciser les notions de concept et de référent (1), en insistant sur la nature tangible du référent du concept volume (2), qui se révèle tout simplement être le sol (3).

1. La distinction entre le concept « volume » et la chose représentée ou « l'idée de carré n'est pas carrée... »

(684.) Le volume est un concept, une représentation, et comme tous les concepts, il possède un référent, un signifié.

Cette affirmation est confirmée par la définition même du terme concept. En effet, dans son sens commun le concept est : « la faculté, manière de se représenter une chose concrète ou

abstraite; résultat de ce travail » et dans un sens philosophique : « Représentation mentale abstraite et générale, objective, stable, munie d'un support verbal »¹⁶²⁹. Que le volume soit un concept et donc une représentation mentale, n'est nié par personne, et n'est somme toute pas contestable. Cela vient d'être exposé avec la portée assignée à l'opération de division, véritable matrice du volume. En revanche, ce qui est plus confus, ce sont les conséquences attachées à cette nature.

Pour anticiper quelque peu, notre démonstration (cf. infra), il faut dire que ce trait n'est pas propre au concept volume. Le sol traditionnel, ou fonds de terre, auquel se réfèrent les juristes est également un concept, soit une représentation mentale, munie d'un support linguistique (cf. supra §45 et s.). Ce parallèle en permet un second, cette fois au travers de ce qui est présenté comme une opposition entre volume et fonds de terre. Il tient à l'idée que le volume, contrairement au sol appréhendé par les juristes au travers de sa matérialité, aurait quant à lui, pour effet de dématérialiser l'immeuble¹⁶³⁰. Or, présenter de la sorte cette idée est source d'incompréhension, pour ne pas dire d'erreur. Le volume n'a jamais dématérialisé quoi que ce soit, et comment pourrait-il le faire ? La dématérialisation, sous réserve de la justesse de l'emploi de ce terme¹⁶³¹, porte sur la représentation et non sur son référent. En d'autres termes, la nature abstraite du volume ne tient pas à sa capacité à dématérialiser le sol, qu'il ne possède tout simplement pas. Le penchant immatériel du volume tient au niveau d'abstraction, de détachement, de la représentation du sol, dont il est porteur. Plus la représentation du référent est abstraite, complexe, détachée de la matière, et plus, ce référent donnera le sentiment d'être immatériel, même si dans le cas du sol et du volume l'objet de la représentation reste semblable. Si l'on compare sol surface et volume immobilier, le second en dehors de la problématique liée au-dessus, sera perçu comme plus abstrait, moins intuitif que le sol surface, quand bien même la portion de sol sera identique.

Se situe ici, l'origine de l'erreur à la base de la théorie du volume, soit la confusion entre le degré de conceptualisation de la représentation de l'objet et, l'objet lui-même.

(685.) Cette confusion entre le concept et le référent n'est pas propre au droit. Par ailleurs, la notion d'espace dont la nature entre le monde matériel et immatériel demeure très discutée ne favorise pas la clarté des débats.

¹⁶²⁹ TLFI, entrée : « dématérialisation ».

¹⁶³⁰ M.C. de Lambertye-Autrand, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Biens. Classification tripartite des immeubles. Immeubles par nature », Fasc. 20, Cote : 03,2007, §50 : « Savatier, en 1958, avait montré comment la représentation juridique de l'immeuble sous la forme d'une parcelle géométrique numérotée avait déjà consacré une forme de dématérialisation de l'immeuble, détaché conceptuellement des éléments corporels qui le constituaient. » ; ou encore W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010, §74.

¹⁶³¹ L'emploi du terme subsumption serait sans doute préférable.

Dans son ouvrage sur l'espace, le philosophe F. Laupies dit à propos de la distinction entre le concept et sa représentation : « l'idée n'a pas à avoir les caractères de ce dont elle est l'idée : l'idée de chien n'aboie pas, l'idée de carré n'est pas carrée. La propriété de l'idée est précisément de pouvoir s'affranchir de la détermination concrète de son *ideatum* : elle n'a pas à épouser la réalité de son objet mais simplement à le signifier de façon compréhensible. Ainsi, l'idée d'infini n'a pas être elle-même infinie... »¹⁶³². En dehors de la dimension ironique, l'argument a pour mérite de rappeler la nécessaire distinction entre le concept et son référent, la qualité du premier ne tenant pas à sa faculté d'assimilation avec le second, mais celle de le représenter au mieux.

Ainsi si l'on accepte que « l'idée de chien n'aboie pas », et que « l'idée de carré n'est pas carrée », alors il faut se résoudre inversement à ce que l'idée de volume, bien qu'appartenant au monde idéal, ne dématérialise pas le sol, que l'on se place au niveau du sol, du sous-sol ou du dessus relèvent du monde du monde réel.

2. *Le référent du concept volume appartient au monde tangible*

(686.) L'inexactitude provenant de l'assimilation signifié, signifiant de la théorie du volume immobilier ne s'est pas traduite par la revendication des juristes d'un volume capable de dématérialiser son référent, tout comme aucun philosophe n'a cherché à démontrer que l'idée de chien pouvait aboyer. Toutefois, le droit a tenté de développer sans y parvenir un référent nouveau, un référent conforme au concept de volume.

C'est pourquoi le processus de dématérialisation des juristes, ou la théorie du volume immobilier, vise un immeuble, sans autre précision. Or, cela a été exposé (cf. supra), cet immeuble suppose la mise à l'écart du sol, mise à l'écart qui n'est pas tenable en raison de la nature immobilière du volume, et son ambition d'être une propriété de même nature. Le concept volume ne peut donc pas représenter un « immeuble désincarné ». Il doit d'une façon ou d'une autre se rattacher au monde sensible.

Réfuter cette proposition reviendrait à dire que le volume se réfère à une chose tangible autre que le sol, obligeant à désigner cette chose et posant l'épineuse question d'un cumul de choses (cf. supra §52 et s.). L'autre option, qui se cumule partiellement à la première, serait de défendre l'idée d'un référent idéal. Celle-ci est encore moins concevable, dans le régime de la propriété du code, puisque l'hypothèse débouche sur une propriété simultanée. La chose idéale est par exemple un droit de construire, une prérogative (cf. supra §743 et s. droit de puiser versus ruisseau). Cette solution ne permet pas de se couper totalement du

¹⁶³² F. Laupies, « L'espace. Leçon philosophique », PUF, « Major », 2013, p. 17.

monde tangible qui restera en bout de course le référent, mais d'organiser un autre modèle d'appropriation, une propriété de droits, acceptant donc la propriété d'un droit de construire qui ne se traduit pas par une chose au sens civiliste (cf. supra §531 et s.).

En dehors de ces hypothèses, qui ne font que contourner le problème, le référent du volume doit être considéré comme appartenant au monde tangible.

(687) Un exemple concret permet d'illustrer l'appartenance au monde sensible de la chose « volume ».

Imaginons un terrain A appartenant à A'. À' cède son terrain en deux lots le premier Ax correspond au sol et sous-sol attribué à B', et le second Ay correspond au-dessus attribué à C'. En retenant la thèse d'une propriété volumique conforme à celle du code, avant cession A' est le propriétaire d'un terrain ou plus précisément d'un fonds de terre, individualisable par rapport à sa localisation, soit en pratique, sa référence cadastrale et ses dimensions longueur, largeur. Après cession, B' sera propriétaire de Ax un volume individualisé sur la base de la même référence cadastrale, avec en complément une cotation NGF intégrant la hauteur, qui dans le cas de B aura pour limite haute, le niveau du sol. Ce premier volume est complété par un second Ay (le dessus) individualisé selon les mêmes modalités et appartenant à C'. Sur la base de cet exemple, un premier enseignement, à l'instant formulé à propos de la propriété de droits, peut-être tiré. Si l'on retient l'hypothèse d'un volume chose idéale, ce volume se traduira par un droit, par exemple de construire en sous-sol (Ax) pour B', et un droit par exemple de construire au-dessus (Ay) pour C'. Ces deux droits se rapporteront au fonds de terre unique sur lequel s'exerceront deux droits de propriété concurrentiels, soit une propriété simultanée¹⁶³³. La problématique de la propriété simultanée, déjà largement présentée, n'est pas le sujet, ici. L'objectif est de démontrer que le fonds de terre n'a pas disparu de l'équation. Cela vaut pour la propriété simultanée mais pas seulement. Si Ax et Ay sont de nature idéale, tout en étant autre chose que des droits (par ex : des abstractions mathématiques), la conclusion n'est pas modifiée. Le sol demeure le référent au moins indirect, et la remarque reste pertinente pour une chose idéale volume. Un volume idéal devra à un moment ou à un autre se confondre avec le sol. Pour reprendre notre exemple, la mise en œuvre (construction, plantation) de Ax et Ay suppose la disparition de A, sauf à ce que Ax ou Ay soient A le terrain originel en cas d'une mise en œuvre partielle. Le problème serait simplement repoussé ; les trois entités ne peuvent être maintenues ensemble sans remettre en cause le principe d'exclusion spatiale (cf. supra, infra).

¹⁶³³ L'alternative consistant à retenir pour le dessus un droit réel sur la chose d'autrui, un droit réel classique ou un droit personnel destiné à muter en droit de propriété après construction est ici sans apport.

Une autre approche conduit à la même conclusion. Après la cession et avant toute intervention matérielle, Ax (hypothèse du droit de construire) se réfère à une chose qui est concurrente avec la chose A pour sa partie en sous-sol, et, selon nous, la même analyse prévaut pour le dessus. Pour revenir à notre exemple, cette règle fait apparaître une incohérence, puisqu'après cession si A subsiste, A' lui, a disparu en raison de la cession. À serait alors soit un bien vacant, soit A est attribué à B' pour le dessous et C' pour le dessus, ce qui est le plus vraisemblable. La propriété de B' et C' porte donc à la fois sur une chose du monde sensible la moitié de A et une chose idéale B' ou C'. D'ailleurs, toujours après cession, si un voisin de la parcelle A venait à construire un bâtiment dans le sous-sol de ce fonds A et une terrasse au-dessus, B' et C' auraient toute légitimité pour intervenir. Toutefois, cette légitimité se fonderait sur la détention de A, respectivement subdivisée en sous-sol et sursol. Il est loisible d'imaginer que ce soient les volumes choses idéelles Ax et Ay, qui légitiment l'action de B' et C'. Seulement le détour par le volume sera limité, car les constructions du voisin imposeront une référence au monde tangible, en l'occurrence le terrain A. Le recours à une chose idéale est sans incidence sur la réalité de A. Le seul moyen de contourner cette contrainte serait des volumes purement virtuels rattachés à une planète bis tout aussi virtuelle, en dehors de notre propos. Leur existence serait découplée du sol, permettant une coexistence de A, Ax et Ay, ces deux derniers Ax et Ay ayant perdu tout caractère immobilier par nature. Ces volumes purement virtuels sans rattachement au monde tangible se situeraient même en dehors du champ de la propriété foncière.

Il paraît donc nettement préférable, voire indispensable, de privilégier l'hypothèse d'un référent appartenant au monde tangible. De cette façon, après cession, la chose tangible A propriété de A' a cédé la place aux choses tangibles Ax et Ay appartenant à B' et C'. L'existence alternative de A puis de Ax et Ay résulte ici de la contrainte suivant laquelle, deux choses tangibles ne peuvent occuper dans le même temps le même espace. Il en va d'une mine de crayon comme d'un terrain de 10 hectares.

3. *Le référent du monde tangible n'est autre que la chose « sol »*

(688.) Arrive ici le second enseignement, qui est de loin le plus important. Le concept de volume immobilier réfère à une chose du monde tangible s'il en est, le sol, une portion dépendant d'un ensemble plus vaste la planète Terre.

Lorsque l'on parle d'une existence alternative, de la chose A, vis-à-vis de Ax, Ay, que dit-on exactement ? On dit dans une première séquence le référent est A, et dans une seconde séquence les référents sont Ax et Ay. Cependant, en procédant de la sorte on commet l'erreur qui vient d'être dénoncée, à savoir la confusion entre l'objet référent et sa représentation, faisant de la représentation de la chose, la chose elle-même. Pour mémoire, A est un fonds de

terre, le sol, qui individualisé se transformera, par exemple, en une parcelle cadastrée section XX numéro X de telle commune d'une superficie de xxx m². Or, Ax et Ay renvoient à ce même fonds de terre, possédant la même référence cadastrale. Bx et Cy seront certes dotés en complément d'une cotation NGF pour permettre leur appréhension verticale et leur division, augmentant leur degré de conceptualisation, sans changer leur nature. À, Ax et Ay ne sont pas des choses mais des concepts (schématisés à l'extrême), des représentations mentales désignant la même chose, le sol, qui dans une vision obligatoirement nominative sera le fonds de terre cadastré XX et situé à tel endroit. D'ailleurs pour s'exprimer avec plus de clarté, il serait possible : A est un concept qui représente la chose « sol », portion de la planète localisée en une unité comprenant le dessus et le dessous. Ax est un concept qui représente la chose sol, portion de la planète localisée comme une unité comprenant le sol et le dessous, et idem pour Ay. De cette façon, le choix apparaît bien A ou B, C et non A puis Ax, Ay. Signalons que le processus ci-dessus est proche de celui décrit lors de l'analyse de l'échange entre le Petit Prince et le businessman compteur et propriétaire d'étoiles (cf. supra §107 et s.).

Ainsi, notre exemple démontre le changement du concept A pour les concepts Ax et Ay, changement qui ne concerne que le concept, l'idée de la chose. Il ne s'est pas traduit par une modification de la chose, ce qui a été appelé sol est resté sol, seule sa représentation a varié. D'un sol surface en deux dimensions, nous sommes passés à un sol volume tridimensionnel, mais le sujet est toujours resté, une portion de la planète Terre.

C. Le volume représente le sol en trois dimensions comme la parcelle le représente en deux dimensions soit le fonds de terre

(689.) La reconnaissance du volume représentation du sol réintroduit la question de la diversité de ces représentations, et du rapport entre le volume et les représentations civilistes traditionnelles du sol (1). À l'examen, le concept de volume se révèle affilié à ces représentations, qui sont le sol surface en deux dimensions et le fonds de terre. La définition du volume se confond même avec ces concepts, à l'exception de la dimension verticale (2).

1. Le concept de volume : une des représentations du sol

(690.) Le volume, par définition, intègre la hauteur et permettrait de la sorte une meilleure représentation du fonds de terre, tout en sachant que le principe d'une hiérarchie des représentations a peu de sens.

Le sol, qui dans son acception la plus large, correspond à la planète Terre, lieu de vie notamment de l'homme, se déploie indiscutablement en trois dimensions. Que l'on se situe au-dessus ou au-dessous du sol naturel, la hauteur ne fait aucun doute, et le sol naturel lui-même possède une épaisseur. C'est pourquoi la solution volumique serait plus satisfaisante, que la représentation parcellaire. Elle offre une meilleure compréhension de son référent pour reprendre l'idée de F. Laupies (cf. supra §686).

Le concept volume peut même prétendre supplanter totalement la représentation en deux dimensions du sol. Dans l'exemple évoqué précédemment, un fonds de terre A s'était transformé en deux volumes Ax et Ay, signifiant le passage d'une représentation du sol en deux dimensions à celle en trois dimensions. Là encore, une précision doit être apportée, car cette présentation laisserait à penser que c'est le recours au concept de volume, voire la division, qui crée le passage de deux à trois dimensions. Or, il n'en est rien. Si la représentation volumique a été validée, c'est parce que A, ou le fonds de terre soit la chose « sol », permettait une représentation en trois dimensions. Indépendamment de la division, ou de la représentation à l'aide des volumes Ax et Ay, la chose signifiée initialement, représentée par le concept A pouvait donner lieu à une représentation volumique. Le volume rend mieux compte de ce qu'est le sol en intégrant la hauteur, faisant qui plus est, le lien avec la représentation du fonds de terre de l'article 552 du Code civil.

Cependant, cette affirmation d'un volume qui serait une meilleure représentation est doublement dérangeante. D'abord, elle perpétue le principe de la position d'un rejet d'un sol en trois dimensions, en affirmant qu'une représentation est meilleure que les autres, excluant ainsi « les moins bonnes ». Or, la représentation d'une chose a pour but de la rendre intelligible, et cet effort est lui-même doté d'une finalité, en raison de sa nature conceptuelle. Le sol surface peut s'avérer plus compréhensible, que le sol volume en fonction de l'objectif poursuivi. Ensuite, implicitement ce rejet concourt à la confusion entre l'objet et sa représentation. En considérant que la troisième dimension est attachée au concept, il est tentant de justifier les qualités de l'objet par celles de l'idée, voire de ne retenir que cette dernière.

Il est donc préférable de considérer que ces deux représentations : le sol surface et le sol volume, diffèrent simplement, et qu'elles ont chacune leur utilité, leur finalité et donc leurs limites. L'équivalente légitimité de ces représentations pose en revanche la question de leur cohabitation.

(691.) Pourquoi, comment, le concept du sol volume est venu rejoindre, voire concurrencer, le concept de sol surface ? La réponse apportée ici sera fatalement brève et incomplète, se limitant à quelques jalons.

Historiquement, l'avènement de la parcelle a coïncidé avec le Code civil, même si le code n'y fait pas référence et que sa genèse s'explique avant tout par des considérations fiscales (cf. supra §137 et s.). Il n'en demeure pas moins que cette représentation du sol a, d'une certaine façon, fusionné avec le fonds de terre. Ce dernier s'attachant à la matérialité du sol, s'accommode fort bien d'un sol décrit comme une surface, ne faisant qu'un avec le sol naturel. Pour autant, avant le sol surface, d'autres représentations du sol existaient. Vraisemblablement, et les relevés cartographiques, ancêtres du cadastre, vont dans ce sens, un fonds de terre était représenté par son usage ou ses qualités, un champ de blé, une prairie, un bois, etc. D'autres exemples pourraient également être cités comme la capacité de production d'un champ exprimée en quintal, en quantité de bois ou capacité pastorale, etc. Quelques réminiscences de ces représentations existent sans doute encore, notamment, en droit rural. Elles demeurent pertinentes pour l'acquéreur d'une parcelle agricole, pour qui la surface sera un élément incontournable, mais pas seulement, ou pas exclusivement. Les qualités culturelles du champ seront aussi un élément déterminant. On en retrouve également trace de ces polyreprésentations en matière de rédaction d'actes, où il sera souvent fait référence à une terre arable, un terrain à bâtir, une prairie naturelle, etc. En s'extrayant du modèle civiliste, la multiplicité des représentations du sol est encore plus évidente. L'anthropologie juridique le démontre avec force. E. Leroy distingue et explicite deux grands modes de conceptualisation qu'il dénomme « matrice géométrique », incarné par le modèle du Code civil, et la « matrice topocentrique »¹⁶³⁴. L'existence de multiples représentations du sol est indéniable. De même, au sein de la catégorie d'E. Leroy « matrice géométrique », il existe plusieurs représentations, et le sol volumique est l'une d'entre elles (cf. supra §150 et s.). La propriété volumique invite à reconnaître cette diversité, et à l'accepter. Il s'agit certainement d'un point de divergence avec le doyen Savatier qui voyait dans le sol surface une vision erronée¹⁶³⁵, devant être supplantée par le volume. Contrairement à ce que semblait penser le père du volume, celui-ci n'est pas une

¹⁶³⁴ E. Leroy, « La terre de l'autre, Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière », Droit et société, Maison des sciences de l'homme. Recherche et travaux, L.G.D.J. 2011, p.55 : « Le traitement de l'étendue : - Dans la matrice géométrique (MG), l'étendue est dilatée au maximum pour couvrir l'étendue de la sphère terrestre. Elle est considérée comme une mosaïque, un ensemble de polygones qui peuvent être chacun mesurés pour leur donner une valeur d'usage ou d'échange. Les modes de mesure peuvent être basés sur le calcul mathématique des superficies ou des unités de temps propres aux fonctions qui sont autorisées.

- Dans la matrice topocentrique (MT), l'étendue est ramenée à un ensemble plus ou moins jointif d'espaces qu'on peut appeler génériquement des territoires (infra), avec une extension correspondant aux capacités et aux compétences de circulation des utilisateurs « jusque-là, on peut aller ». Cet ensemble est rattaché à un point (topos) dont la fonctionnalité détermine la capacité d'attraction des usagers et des espaces. ».

représentation meilleure, mais différente, répondant à une certaine finalité, et renvoyant au sol ou au fonds de terre, qui de surcroît n'exclut pas mais s'articule avec le sol surface. C'est ce que notent avec raison F. Terré et P. Simler en disant : « La propriété foncière n'est autre chose, en définitive, que la maîtrise exclusive d'un espace, dont la définition par référence à une parcelle foncière n'est que le procédé habituel d'identification. Cette référence demeure lorsque la parcelle en question est elle-même subdivisée en plusieurs espaces ayant des propriétaires différents. »¹⁶³⁶.

La parcelle foncière, le sol surface, « n'est que le procédé habituel d'identification » du sol, et sûrement le procédé historique s'il en est. Le volume est simplement une autre représentation de cette même chose, et point important, également relevé par F. Terré et P. Simler, les deux représentations coexistent.

2. *La relativité de la définition du volume immobilier vis-à-vis du fonds de terre*

(692.) Relativiser ici signifie apprécier le volume par rapport au fonds de terre l'immeuble par nature désignant le sol. Ce parallèle fait suite au précédent constat révélant le volume comme une représentation du sol. Cette finalité permet de tisser un lien avec le Code civil dont l'article 518, via le concept de fonds de terre, poursuit le même dessein. Dès lors, le concept de volume non seulement ne voit plus son existence conditionnée à une définition qui lui serait spécifique, mais de plus, cette dernière s'inscrit dans le droit des biens du code (a). De la sorte, cette filiation dévoile l'analogie entre la définition du volume et le concept de sol surface ou parcelle (b), et surtout du concept de fonds de terre (c).

a. Le volume : partie prenante du droit des biens

(693.) En établissant que le volume se réfère à une chose tangible le sol, dont il est « seulement » une représentation, la nécessité de définir le volume s'en trouve relativisée, car le volume n'est que le rouage d'un système.

Définir la notion de volume en soit conserve bien entendu tout son intérêt, et une modeste proposition sera faite en ce sens, ci-après. Néanmoins, s'agissant de la représentation du sol, chose du monde sensible, et non d'une chose idéale (ex : le concept de société unipersonnelle, de licence, etc.), l'enjeu de cette définition est d'une nature différente, et cela d'autant plus que le volume peut, au même titre que la parcelle, revendiquer son

¹⁶³⁵ Cass. 1re civ. 19 janvier 1960, RTDC 1960, p. 340, n°1, observ. R. Savatier : « Elle (propriété volumique visée à l'article 552) en un volume, et non comme le supposent le cadastre et la publicité foncière, en une surface ».

¹⁶³⁶ F. Terré et P. Simler, « Droit civil, Les biens », (8e édition), 2010, Dalloz, § 947 p. 833.

appartenance au concept du fonds de terre. La représentation d'une chose du monde sensible emporte une objectivité plus forte que celle d'une chose du monde idéal, pour laquelle les champs du possible sont presque infinis. La clairvoyance du doyen Savatier ne s'est pas imposée sans peine. La tâche n'a pas été aisée comme en attestent les débats autour de cette notion. Cependant, les juristes ont pu et dû se référer au monde tangible, observer son évolution, comme le développement vertical de la ville ou scruter le passé, à l'exemple de la mine. En comparaison, avec les nanotechnologies, qui elles aussi appartiennent au monde tangible, mais peinent à arborer le célèbre capuchon gris du doyen Carbonnier comme le relève H. Périnet-Marquet¹⁶³⁷, l'effort de conceptualisation du volume fut sans doute plus simple. Ce dernier a pu compter sur un environnement plus propice à la chose immobilière, qu'à un monde de l'infiniment petit. Certes, la tentation de rejet du volume par cet environnement ne doit pas être négligée, mais les avantages dont il a pu bénéficier sont aussi réels.

Le volume immobilier peut en particulier revendiquer en partie la définition du concept de sol surface, les deux notions étant des expressions de la vision géométrique du sol civiliste.

b. Le volume intègre la notion de sol surface

(694.) Pour poursuivre sur la citation de F. Terré et P. Simler mentionnée ci-dessus, la parcelle foncière demeure en présence du volume, contribuant à définir le volume.

La conceptualisation du sol en volume ne fait pas disparaître le sol surface. Le périmètre total du volume en coupe horizontale coïncidera avec la surface. Cette surface pourra être divisée à nouveau à l'intérieur du volume tout en restant la limite extérieure indépassable. Le sol surface originel, c'est-à-dire le sol naturel, demeurera inchangé, également au moins vis-à-vis des autres parcelles. Par ailleurs, même en cas de division du volume initial, chacun des volumes subséquents aura une surface, chaque volume disposera d'une longueur et d'une largeur constituant les deux premiers éléments de l'équation conduisant au calcul du volume, figure géométrique au même titre que la surface, appartenant au monde mathématique.

On retrouve cette complémentarité *in concreto*. Un terrain à bâtir par exemple sera essentiellement une surface dans l'hypothèse d'un développement traditionnel horizontal, du type maison individuelle ou immeuble à étage unique. Pour un développement vertical, le concept du volume sera nécessaire pour les divisions verticales. Néanmoins, le volume avant construction sera un terrain à bâtir d'une surface donnée, et les volumes issus de la division seront eux-mêmes dotés d'une surface. Revenir sur la distinction représentation, objet de la

¹⁶³⁷ H. Périnet-Marquet, « Regard sur les nouveaux biens », JCP 2010, étude 1100, p. 2071 §13.

représentation renforce encore un peu plus la démonstration. En effet, la représentation sol surface s'avère suffisante pour rendre compréhensible le sol dans une optique de construction classique. Cette représentation reste pertinente dans l'hypothèse d'un développement en volume, mais incomplète. C'est pourquoi il est nécessaire de recourir à la représentation du volume. Notons, pour rappel, que la différence entre sol surface et sol volume correspond à ce qui faisait défaut au bien mine de 1810 (cf. supra §242 et s.).

Le concept de volume contient celui de la parcelle, et ces deux concepts, issus « d'un procédé mathématique »¹⁶³⁸, représentent le sol, sol que le droit des biens conceptualise par la notion de fonds de terre. Or, cette notion qui englobe celle de parcelle, une parcelle étant au moins un fonds de terre, englobe aussi celle de volume.

c. Le volume se rattache au concept de fonds de terre

(695.) Le rattachement du volume au fonds de terre de l'article 518, véhicule conceptuel de base pour représenter le sol du Code civil, contribue à la définition du volume, puisque volume et fonds de terre ne font qu'un.

Le concept de fonds de terre, dont J.-P. Bertrel a déjà montré la capacité à représenter autre chose que le sol matière¹⁶³⁹, comprend à l'évidence le sol volumique. L'association s'explique en particulier par l'exclusion d'un volume idéal au profit d'un volume relevant du monde tangible. Le concept de parcelle, représentant l'étendue du sol, est sans conteste perçu comme similaire au fonds de terre dans cette perspective. Le propriétaire d'une parcelle est assurément propriétaire d'un bien, immeuble par nature, répondant à la définition de fonds de terre de l'article 518 du Code civil. Rien ne s'oppose à ce qu'il en aille de même pour le volume. À partir du moment où, le volume est la représentation tridimensionnelle du sol, la corrélation volume, fonds de terre, ne soulève pas plus d'objection que le binôme parcelle, fonds de terre. Ainsi, tout comme la parcelle, le volume peut aussi être défini comme un fonds de terre. C'est pourquoi proposer de relativiser la nécessité d'une définition du volume est parfaitement concevable. S'opposer à l'idée d'un concept volume idéal supposé déboucher sur un immeuble d'un autre type « abstraction mathématique », et renvoyer la définition du volume vers le fonds de terre, participe de la même idée. Le droit se contente de représenter, sans créer, une chose du monde sensible.

¹⁶³⁸ E. Leroy, « La terre de l'autre, Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière », *Droit et société*, Maison des sciences de l'homme. Recherche et travaux, L.G.D.J. 2011, p.51. L'auteur cite P. Bohannan « Land, Tenure and Land-tenure », in Daniel Biebuyck (ed.) *African Agrarian Systems*, Oxford University Press, Oxford 1963, p. 101-110 : « ... En conséquence, dans notre civilisation, la terre est, entre autres choses, une entité mesurable et divisible en portions grâce à l'application d'un procédé mathématique de relevé cartographique ».

¹⁶³⁹ J.-P. Bertrel, « Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie » : *RTD civ.* 1994, p. 737 s.

Le renvoi vers la notion de fonds de terre, aussi nécessaire soit-il pour éviter de confondre signifiant et signifié, n'est cependant pas totalement satisfaisante. D'abord, il y a la gêne découlant de la référence à la terre, du terme fonds de terre, qui nécessite un approfondissement, pour le volume, qui comprend aussi la partie aérienne du sol. Ce trouble est en réalité sans portée réelle. Il existe en partie pour la surface qui est initialement un concept mathématique, et dont l'association avec la terre est aussi troublante. Par ailleurs, le fonds de terre est lui-même un concept, une représentation de l'esprit du sol, dont l'expression s'attache en partie à la dimension matérielle de cette chose par le terme terre. Ce terme est complété par celui de fonds qui dépasse la terre matière stricto sensu, rendant le parallèle avec le volume tout à fait acceptable. Notons au passage que l'avant-projet de réforme du droit des biens remplace l'expression fonds de terre par seulement fonds¹⁶⁴⁰.

Ensuite, seconde raison de la difficulté de l'absence d'une définition propre du volume, la parcelle elle-même est définie au-delà de la référence au fonds de terre, même si cette définition ne fait pas l'objet d'un réel enjeu en droit des biens. La définition de la parcelle en tant que telle est même d'un intérêt secondaire. Le rattachement au fonds de terre, concept de référence pour le code dans ce domaine, n'est qu'un élément, comme le montre la définition du terme parcelle retenue par le dictionnaire G. Cornu : « Portion de terrain d'étendue variable et d'un seul tenant située dans un même lieu qui présente une même nature de culture ou une même affectation et appartient à un même propriétaire, constituant ainsi l'unité. ». En considérant cette définition de la parcelle comme pertinente, celle du volume de D. Sizaire l'est tout autant. De nombreux aspects de la définition de la parcelle, l'étendue, la localisation, l'unité de propriété sont présents dans la définition de D. Sizaire¹⁶⁴¹. Sa seule vraie lacune est l'ambiguïté provenant de l'expression « la propriété d'un immeuble » déjà évoquée (cf. supra §662 s.). Elle pourrait à cet effet être remplacée par « un fonds de terre ». Cette référence établirait un parallèle avec « portion d'un terrain » de la définition de la parcelle, et une référence directe au Code civil.

Par conséquent, la définition du volume serait : « La division en « volumes » est une technique juridique consistant à diviser « un fonds de terre » (voire simplement un fonds si l'on retient la formulation de l'avant-projet de réforme au lieu de « la propriété d'un immeuble ») en fractions distinctes, sur le plan horizontal comme sur le plan vertical, à des niveaux différents, qui peuvent se situer au-dessus comme en dessous du sol naturel, chaque fraction s'inscrivant, respectivement, dans l'emprise de volumes définis géométriquement, en trois dimensions, par référence à des plans, des coupes et des cotes, sans qu'il existe de parties communes entre ces différentes fractions. ».

¹⁶⁴⁰ Cf. Avant-projet de réforme du droit des biens de l'association Capitant Article 527 : « Par leur nature, sont immeubles les parties déterminées de l'espace terrestre. Sont ainsi immeubles : les fonds... ».

Conclusion Chapitre II : Le sol tridimensionnel : méthode de définition

(696.) Le volume représentation du monde tangible est une proposition audacieuse pour la théorie du volume immobilier. Elle n'a cependant rien de dogmatique, et part d'un constat pratique. Les travaux du doyen Savatier s'inscrivent dans un mouvement d'ensemble au sein duquel la propriété du code n'avait que peu de place, voire était appelée à disparaître. En dépit d'incohérences, et d'une certaine rigidité face au besoin d'adaptation du corps social, ce modèle de propriété a perduré ; dans le même temps, la théorie des volumes s'est affirmée comme incontournable. Le volume représentation du monde tangible est donc une simple réinitialisation de ces deux institutions, la propriété volumique et la propriété tout court. Ce faisant, cette dernière s'en trouvera affectée. Si le volume n'est pas immatériel, mais une opération mentale représentant une chose matérielle, le fonds de terre n'est pas plus matériel que le volume n'était immatériel. Ce qui vaut dans un sens vaut dans l'autre. Le concept de fonds de terre « n'a pas (non plus) à épouser la réalité de son objet mais simplement à le signifier de façon compréhensible. »¹⁶⁴². Établir la sensibilité du volume, c'est aussi et surtout ouvrir la voie à une propriété volumique qui finalement ne fait que reprendre le modèle de propriété code, en l'ouvrant à la troisième dimension.

En dehors du droit, la démarche est par contre assez banale, si l'on considère comme B. Bachelet que : « La vie est une conquête de l'espace »¹⁶⁴³, espace renvoyant ici à espace vital, supposant un espace en trois dimensions (cf. infra §757). Pour les juristes, cette thèse est celle de la théorie moniste qu'il convient maintenant de passer en revue.

¹⁶⁴¹ L'unité d'usage « une même nature de culture ou une même affectation » fait défaut dans la définition du volume, mais semble d'abord liée à des préoccupations fiscales.

¹⁶⁴² cf. supra citation F. Laupies, « L'espace. Leçon philosophique », PUF, « Major », 2013, p. 18.

¹⁶⁴³ B. Bachelet, « L'espace », Paris, PUF, Que sais-je n° 3293, p. 24.

Chapitre II : La thèse moniste

(697.) En cherchant à répertorier les auteurs en faveur de la thèse moniste, il apparaît vite évident que leur liste est longue et fournie, y compris en remontant dans le temps. En d'autres termes, que l'on réagisse à propos du droit de superficie ou de sa version moderne : le volume, sa nature est majoritairement qualifiée de droit de propriété.

Le constat se renforce encore en indiquant que les thèses personnaliste et dualiste (cf. supra §351 et §472) se rallient à cette position après construction, et que certains auteurs, à l'instar de Proudhon, vont jusqu'à une propriété superficière proche du modèle de propriété simultanée (Cf. supra §531 et s.). En définitive, seuls Laurent au 19^{ième} et les auteurs du *jus excluendi* actuels, s'opposent véritablement sur le principe, à voir dans le droit de superficie ou le volume au moins partiellement, un droit de propriété.

(698.) Cette question, si âprement débattue, ne se caractériserait donc pas, comme pourrait le laisser croire la durée et l'intensité de la controverse, par la difficulté à fonder une position doctrinale majoritaire actant la propriété superficière ou volumique, mais par celle d'entériner définitivement ce choix. Il faut reconnaître que le sujet est délicat et touche au cœur même de la propriété. Au surplus, la thèse moniste est une formule quelque peu générique, qui masque des variations parfois non négligeables entre les auteurs, ce qui ne favorise pas l'adoption d'une position ferme et résolue. Dans un souci de clarté, ce point mérite d'ailleurs d'être abordé en préambule, pour préciser les conditions de rattachement des auteurs présentés comme adhérents à la thèse moniste (§1).

Passée cette précaution, il est nécessaire de s'attarder sur l'essence de ce courant à savoir, l'accession au statut de propriété de la superficie ou du volume. À ce propos, ce parti-pris de la propriété recèle une dynamique, dont la présentation s'accommode assez bien du plan en deux parties qu'affectionnent les juristes. Comme il se doit, ce plan s'articulera autour du passage du droit de superficie, au volume immobilier. Cela n'est plus à démontrer ; le volume établit la propriété volumique moderne, en suivant au moins intuitivement les sillons tracés par la propriété superficière. La démarche est, cependant, loin d'être mimétique ; le volume marque une étape en soi. En franchissant ce palier, le sol vertical s'émancipe d'une vision du sol en deux dimensions, et jouit pleinement de son statut de propriété.

La terminologie utilisée par la doctrine le confirme. Moniste s'oppose à dualiste, soit un volume droit réel avant construction, et droit de propriété seulement après édification. La

thèse moniste, elle, requiert la mise en œuvre du binôme de la propriété du code un droit, une chose. Cette chose dont les contours conceptuels restaient approximatifs avec la mine, a franchi un cap sous l'impulsion du doyen Savatier. Dans le cas du volume, l'entité objet de propriété s'est stabilisée, répondant à la qualification d'immeuble par nature. Ce faisant, l'affirmation de la propriété a gagné en force.

Certes, le volume a su conserver le goût de la polémique de son ancêtre, le droit de superficie. Toutefois, dans cette nouvelle phase, le rapport de force penche désormais plus ouvertement du côté d'une appropriation verticale du sol, validant l'hypothèse d'un avant (§2) et d'un après-volume (§3).

§1 Propos introductifs à l'exposé de la thèse moniste

(699.) Les auteurs qui seront associés à la thèse moniste, dans les développements à suivre, partagent l'analyse selon laquelle le droit de superficie, ou le volume relève de la propriété, en application de l'article 544. Néanmoins, ce dénominateur commun, base du regroupement, mérite d'être relativisé à plusieurs égards.

D'abord, comme pour la thèse dualiste (cf. supra §472 et s.), figureront dans ce paragraphe des auteurs couvrant une longue période (plus de deux siècles). Une partie de ces auteurs n'a pas eu à connaître de la question du volume immobilier née durant la seconde partie du 20^{ème} siècle, ni même de la thèse moniste formulée comme telle, encore plus récemment. Le volume moderne intègre des espaces situés au-dessus du sol, avant toute construction, les fameux « cubes d'air », nés sous la plume du doyen Savatier dans les années cinquante, soixante (cf. supra §626 et s.). Il est donc raisonnable d'imaginer que peu d'auteurs du 19^{ème} auraient vu, sans sourciller, dans un cube d'air un immeuble par nature, objet de propriété. Aubry et Rau, que nous compterons parmi les auteurs monistes, acceptaient le principe d'une propriété « de l'espace aérien », toutefois ils liaient cette propriété à des droits de construire, et considéraient la propriété du dessous comme plus énergique¹⁶⁴⁴. La transposition d'une

¹⁶⁴⁴ C. Aubry et Rau, « Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae ». Tome 2, Paris, 1865, §192 p.161 : «Le propriétaire d'un terrain est propriétaire de l'espace aérien au-dessus du sol, en ce sens qu'il peut seul en user pour y établir des constructions, et qu'il est autorisé à demander la démolition des ouvrages qui, à une hauteur quelconque, empiètent sur cet espace, ainsi que l'élagage des branches qui s'y avancent. Art. 552, al. 2, et 672, al. 1. D'un autre côté, la propriété du sol s'étend, à une profondeur indéfinie, au terrain existant sous le sol, et à tous les objets qui se trouvent dans ce terrain. Art. 552, al. 3. Le propriétaire d'un fonds est donc comme tel propriétaire des mines qu'il renferme 2. Il l'est aussi virtuellement du trésor qui s'y trouve enfoui 3. La propriété du dessous, plus énergique sous ce rapport que celle du dessus, donne au propriétaire du sol le droit de couper lui-même les racines des arbres du voisin qui s'avancent dans son terrain. Art. 672, al.3.».

propriété superficière souterraine du type de celle de la mine au-dessus s'entend donc, sans relever de l'automatisme dans le passé comme aujourd'hui. Dès lors, le regroupement auquel il sera procédé contient une part d'arbitraire.

Ensuite, les positions favorables à la propriété volumique s'accompagnent d'une certaine hétérogénéité dans l'argumentaire conduisant à cette conclusion. Il est évident que cela n'est pas étranger à la première observation. L'espacement du temps et les variations sur le sujet entre superficie et volume, ne sont guère propices à l'unité. Toutefois, la diversité des arguments apparaît aussi sur des périodes « homogènes ». Il y a même des auteurs qui tout en étant, semble-t-il, favorables à la propriété superficière, se livrent à des observations presque contradictoires avec ce positionnement. Labbé est de ceux-là ; dans son commentaire de l'arrêt de 1873¹⁶⁴⁵, il parle de propriété à propos d'un droit de superficie, sans autre précision. Or, l'examen de son exposé laisse à penser à une propriété *sui generis*, voire d'un droit réel. Troplong, à l'inverse, développe un point de vue parfaitement clair, faisant de la superficie une propriété¹⁶⁴⁶. Simplement, il va presque au-delà de la thèse moniste puisque selon lui, cette superficie pourrait naître d'un bail à long terme, en écho à ces travaux novateurs bien connus, voyant dans le bail un droit réel¹⁶⁴⁷. Sur la problématique du volume, un certain flottement existe également. P. Besombes-Singla, par exemple, qui favorisa la diffusion de la thèse du doyen Savatier, semble dans le même temps, proche de la thèse dualiste pour le volume avant construction. En dehors de la présence d'un bâtiment, l'auteur décrit le volume essentiellement comme un droit¹⁶⁴⁸. Le point de vue de Besombes-Singla, dévoile au passage la question, difficile à trancher, en l'absence d'avis expressément énoncés, de savoir si tous les auteurs ralliés à la thèse moniste, valident dans les mêmes termes le principe de la propriété du dessus avant construction, qui représente l'épicentre de la problématique.

Enfin, l'évolution des caractères de cette propriété et du volume immobilier appellent aussi à la prudence. Le volume abstraction ou le volume technique, voire le volume relevant du monde sensible, au cœur de notre propos, se placent tous sous l'égide de la thèse moniste. Pourtant, selon que le volume appartienne ou non au monde idéal, la qualification de droit de propriété ne peut avoir le même sens.

On le voit, la thèse moniste, y compris limitée au volume, présente des variations significatives, dont les implications sont elles-mêmes loin d'être négligeables. Cette fragilité

¹⁶⁴⁵ Cass. civ. 16 Décembre 1873, S. 1874. I. 457, note Labbé.

¹⁶⁴⁶ M. Troplong, « De l'Échange et du louage, commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code civil, Ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier », Troisième édition, Paris, 1859, §30 p.102 et s.

¹⁶⁴⁷ M. Troplong, « De l'Échange et du louage, commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code civil, Ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier », Troisième édition, Paris, 1859, §8 p.60 « Je sais que je suis le premier écrivain qui ait soutenu que le bail est, sous le Code Napoléon, la source d'un droit réel. ».

explique, aussi sans doute, la propension de la propriété volumique ou superficière à générer le débat.

Néanmoins, malgré ces limites, ce courant doctrinal reconnaissant une propriété foncière verticale, représente une tendance structurelle et ancienne, qui plus est majoritaire, du droit des biens, qu'il convient donc de préciser, avant de s'y rallier.

§2 Le droit de superficie et la propriété superficière

(700.) Au risque de se répéter, la thèse moniste est celle considérant la propriété d'un volume ou d'une superficie comme présentant un schéma similaire à la propriété d'un fonds de terre, ou d'un bâtiment par exemple.

Très tôt, bien avant la théorie moderne du volume immobilier, la doctrine s'est prononcée en faveur d'une propriété superficière relevant de l'article 544 (A). Avec le recul, ce courant apparaît comme une amorce de l'étape suivante de conceptualisation du sol vertical. Toutefois, en amont des travaux du doyen Savatier, si des positions fermes et répétées ont été formulées en faveur de la propriété superficière, elles restent empreintes d'équivoque. La corporalité, caution obligatoire d'une appropriation, n'est pas d'un maniement aisé, en l'absence d'une technique de division du sol en hauteur, y compris pour la propriété minière et de la division du sous-sol avec le sol (B).

A. L'affirmation d'une propriété superficière conforme à l'article 544

(701.) La propriété du volume immobilier moderne est indissociable de la problématique superficière et lui est redevable sur le plan théorique, même si les concepts sont distincts. Par leurs réflexions, et les débats qu'ils suscitèrent, les auteurs favorables à la propriété superficière contribuèrent utilement à ce qui allait devenir la propriété volumique (2). Parmi les thèses avancées, le propos d'A. Weiss apparaît comme particulièrement fécond et doit être singularisé (1).

¹⁶⁴⁸ P. Besombes-Singla, « Droit de superficie et constructions en volumes, in pratiques et évaluations de la copropriété », congrès des notaires 1976, p. 611.

1. *Weiss ou l'ébauche d'une propriété superficielle distincte du droit de superficie*

(702.) Dès le début du 19^{ième}, la jurisprudence s'est prononcée en faveur d'une propriété superficielle relevant de la propriété initiée par le Code civil, avec notamment l'emblématique arrêt du 22 octobre 1811 (cf. supra §278 et s.). La doctrine n'a pas tardé à apporter son écot à ce mouvement. L'un des auteurs les plus explicites sur le sujet est A. Weiss.

Dans sa thèse aussi brève que précise, datant du milieu du 19^{ième} ¹⁶⁴⁹, l'auteur établit le bien-fondé de l'application de la propriété du code à la superficie. La position développée par A. Weiss suscite l'intérêt pour deux raisons. La première est que l'auteur appréhende le droit de superficie sous l'angle de la diversité, parlant des droits de superficie, ce qui était courant à l'époque, la division féodale n'étant pas si loin. Toutefois, il saisit cette ouverture pour isoler au sein de ces superficies, ce qui deviendra le volume immobilier, qu'il nomme « propriété superficielle » fondée sur l'article 552, comme nous le ferons (cf. infra §757 et s.). Ceci conduit à la seconde marque d'intérêt portée à la thèse d'A. Weiss : un effort d'analyse distinguant le bien superficielle et le droit de propriété, c'est-à-dire la distinction entre le droit de propriété et l'objet de ce droit. Contrairement à nombre de ses contemporains, l'auteur aborde les deux notions sans verser systématiquement dans la confusion, lui permettant ainsi une plus grande précision dans son analyse. L'auteur identifie par exemple, « le droit de superficie proprement dit » ¹⁶⁵⁰, et les exceptions à une propriété du sol emportant dessus et dessous, parlant alors « de propriété superficielle » ¹⁶⁵¹. Concernant « le droit de superficie proprement dit », A. Weiss déduit de l'application du droit de propriété à la superficie, sa faculté d'être un objet de propriété ¹⁶⁵², et non sa capacité à être appropriée. Sa position diverge sur ce point de la thèse moniste pour laquelle, sur le principe, la propriété volumique suppose obligatoirement un volume immeuble par nature. Le processus d'appropriation est possible par la qualité de la chose à être un bien approprié (cf. infra §767).

Concernant maintenant ce qu'A. Weiss nomme « propriété superficielle », exception à l'article 552, et dont l'analogie avec le volume est troublante, elle relèverait, elle, de l'évidence, sans que le propos soit réellement précisé. L'auteur laisse à penser, que prises ensemble les deux ou trois composantes de l'article 552 étant objet de propriété, rien ne

¹⁶⁴⁹ A. Weiss, « Des droits de superficie en droit français et en droit romain », Thèse, Strasbourg, 1853.

¹⁶⁵⁰ A. Weiss, « Des droits de superficie en droit français et en droit romain », Thèse, Strasbourg, 1853, p. 39 : « (Partie) I. Du droit de superficie proprement dit ».

¹⁶⁵¹ A. Weiss, « Des droits de superficie en droit français et en droit romain », Thèse, Strasbourg, 1853, p. 65 : « (Partie) II. Des exceptions au principe que la propriété « du sol emporte celle du dessus et du dessous. 1° DE LA PROPRIÉTÉ SUPERFICIAIRE ».

s'opposerait à ce que chacune d'elle le soit individuellement. Malheureusement, A. Weiss n'explicite pas les caractéristiques de ces composantes prises isolément, et pouvant être des biens à part entière. Toutefois, l'auteur contribue à la réflexion du bien volumique en s'attardant sur la notion de bien superficiaire. Ce faisant, il cerne la capacité de division du sol dans le sens de la verticalité, et par là, l'idée de définir verticalement des fractions de sol devenues autonomes, et objet de propriété. A. Weiss parle d'une division du sol suivant le triptyque de l'article 552 par « tranches horizontales »¹⁶⁵³, en visant essentiellement la mine et les immeubles divisés par étages. Sur la base de ce constat, un sol divisible en tranches horizontales, l'auteur met en avant la : « différence essentielle avec le droit de superficie, proprement dit. »¹⁶⁵⁴. Il introduit également la notion de « portion quelconque de l'espace aérien » à propos de ces tranches, marquant ainsi un autre rapprochement avec le volume. A contre sens de ces apports, les distinctions opérées par A. Weiss entre les différentes propriétés superficielles manquent parfois de clarté¹⁶⁵⁵. L'idée de droit de superficie intégral¹⁶⁵⁶, à laquelle il se réfère également, obscurcit l'exposé et ne contribue guère à une catégorisation rigoureuse (cf. supra §485 et s.).

En dépit de ces réserves, la perspective d'A. Weiss participe remarquablement à la compréhension de la problématique superficielle, même si elle n'est pas la seule à œuvrer dans cette direction.

2. Les autres théories classiques en faveur de la propriété superficielle

(703.) D'autres thèses relatives au droit de superficie sont venues confirmer la nature de propriété du droit de superficie.

Pour E. Larcher, par exemple : « Le droit de superficie est (donc) véritablement un bien immeuble par nature »¹⁶⁵⁷ et « Le superficiaire a sur ces bâtiments un droit de propriété

¹⁶⁵² A. Weiss, « Des droits de superficie en droit français et en droit romain », Thèse, Strasbourg, 1853, §17 p. 48.

¹⁶⁵³ A. Weiss, « Des droits de superficie en droit français et en droit romain », Thèse, Strasbourg, 1853, §24 p. 66 : « 1° Ou bien la surface du sol et l'espace au-dessus sont totalement séparés du fonds, coupé alors en deux grandes tranches horizontales. C'est le cas d'une concession de mine; il se rapproche beaucoup du droit de superficie intégral. 2° Ou bien l'immeuble est divisé en un grand nombre de tranches horizontales qui appartiennent chacune à un propriétaire différent. C'est le cas de l'art. 664, C. civ., où les divers étages d'une maison appartiennent à différents propriétaires. 3° Enfin, un tiers peut avoir acquis dans l'immeuble seulement une portion quelconque de l'espace aérien, souterrain ou superficiaire. Il peut avoir 4 une projection, un souterrain ou des ouvrages incorporés sur le fonds d'autrui ».

¹⁶⁵⁴ A. Weiss, « Des droits de superficie en droit français et en droit romain », Thèse, Strasbourg, 1853, §25 p. 66.

¹⁶⁵⁵ A. Weiss, « Des droits de superficie en droit français et en droit romain », Thèse, Strasbourg, 1853, §25 p.67. L'auteur oppose le droit superficie pour la construction d'une maison en surface et celui d'une cave disant : « Le propriétaire de la cave au contraire (de celui de la maison superficielle), ne peut l'agrandir, parce qu'il n'a pas une cave, mais sa cave, telle qu'elle est et rien au-delà; il n'a acquis dans l'immeuble de son voisin que l'espace qu'elle occupe; vouloir en occuper davantage serait une usurpation. ». Or, la propriété de la cave peut s'entendre au-delà de l'espace existant ou occupé (Cf. Supra §275 et s.).

¹⁶⁵⁶ A. Weiss, « Des droits de superficie en droit français et en droit romain », Thèse, Strasbourg, 1853, §16 p.39 et s.

¹⁶⁵⁷ E. Larcher, « Des constructions élevées sur le terrain d'autrui, en droit romain et droit français » Thèse, Paris, 1894 §351/2 p. 469.

identique à celui qu'a sur un fonds de terre un propriétaire ordinaire : il n'y a pas plusieurs espèces de droit de propriété ; »¹⁶⁵⁸. La formulation est très proche de celle retenue par Chauveau déjà cité : « Cette propriété que le superficiaire aura acquise est un véritable droit de propriété, tel que le reconnaît l'article 544, puisqu'il n'y a actuellement qu'une propriété unique ; et c'est même, nous le verrons, une propriété immobilière. »¹⁶⁵⁹. Sans doute encore plus explicite, E. Barreau, qu'il est intéressant de citer in extenso, nous dit : « D'ailleurs, si on va au fond des choses, en quoi la séparation des superficies et du terrain qui les supporte est-elle plus contraire aux principes juridiques que la concession d'une mine ou l'acquisition d'une cave sous le bâtiment d'autrui dont parle l'art. 553 ? Et si l'on admet de diviser un terrain par des plans horizontaux¹⁶⁶⁰, dans le but de constituer en propriétés distinctes et superposées une mine située dans le tréfonds, puis la cave d'un bâtiment, puis ce bâtiment lui-même, pourquoi ne serait-il pas permis de simplifier cette division, et qu'à de contraire au bon sens la constitution de deux propriétés dont l'une comprend le sol, et l'autre, les constructions et plantations qui le recouvrent ? Il est donc bien certain, (contrairement à l'avis de M. Laurent et des partisans du premier système), que le Code civil a converti la superficie, de simple droit réel qu'elle était à Rome, en un véritable droit de propriété. »¹⁶⁶¹. Et, E. Barreau conclut par : « Le droit de superficie, étant un véritable droit de propriété, en présente par suite tous les caractères. »¹⁶⁶². Guyot¹⁶⁶³ développe un propos tout à fait semblable en indiquant : « La Superficie est donc un droit de propriété portant sur les édifices et superficies d'un fonds dont le dessous forme une propriété, distincte. ».

L'adhésion de ces auteurs à un droit de superficie, droit de propriété, est des plus claires, tout en ayant pour particularité d'être formulée dans le cadre d'analyses centrées sur la problématique superficielle et pas le volume. Le point de vue n'en est pas pour autant isolé, puisque la majeure partie de la doctrine dite civiliste, c'est-à-dire embrassant l'ensemble du champ du droit civil, avança un point de vue semblable. Ce courant, pris dans son ensemble, favorisa l'émergence du volume, même si la propriété superficielle resta partiellement inachevée, achoppant sur la récurrente question de la corporalité.

¹⁶⁵⁸ E. Larcher, « Des constructions élevées sur le terrain d'autrui, en droit romain et droit français » Thèse, Paris, 1894 § 350 p. 468.

¹⁶⁵⁹ M. Chauveau, « De la superficie en droit Romain et en droit Français », Thèse Paris, 1886, §18 p. 92.

¹⁶⁶⁰ Pour une référence jurisprudentielle voir par exemple : Cass. 1^{er} août 1866, D.P. 1866. I. 305.

¹⁶⁶¹ E. Barreau, « Étude sur le droit de superficie en droit romain et en droit français », Thèse pour le doctorat, Nantes, 1889, p. 119.

¹⁶⁶² E. Barreau, « Étude sur le droit de superficie en droit romain et en droit français », Thèse pour le doctorat, Nantes, 1889, p. 124.

¹⁶⁶³ C. Guyot, « Des droits d'emphytéose et de superficie », Thèse Nancy, 1876, §238 : « La Superficie est donc un droit de propriété portant sur les édifices et superficies d'un fonds dont le dessous forme une propriété, distincte. Le superficiaire peut avoir la propriété de tous les objets qui se trouvent sur la surface du fonds, ou de quelques-uns de ces objets seulement. ».

B. La superficie une propriété portée et limitée par la corporalité

(704.) La propriété superficière est une notion difficile à apprécier par elle-même, et tenter de la replacer dans le temps en lien avec le volume immobilier, ne facilite pas la tâche. Les notions sont indéniablement proches l'une de l'autre. Toutefois, le volume a connu un développement propre, sous l'impulsion d'un auteur isolé, le doyen Savatier. De même relier ces sujets, contraint à synthétiser la problématique superficière difficilement réductible. Un axe structurant semble tout de même pouvoir être dégagé autour de la corporalité.

D'un côté, cette corporalité a été un frein à la propriété superficière, expliquant un concept inachevé ou imparfait (2). De l'autre côté, la corporalité a conforté le principe d'une propriété volumique en la rapprochant de la propriété du code, justifiant son affiliation au courant moniste (1).

1. La propriété superficière : aiguillon vers le sol vertical

(705) Le soutien des nombreux auteurs classiques à la propriété superficière ne peut pas être dissocié des caractéristiques de cette propriété, proche du modèle de propriété corporelle du code. Ce caractère ne remet cependant pas en cause l'orientation moniste de ces auteurs, qui ne limitent pas le droit de propriété à l'objet matériel comme les auteurs dualistes (cf. supra §472 et s.).

Sans être exhaustif, il est utile de lister les principales prises de position associant droit de propriété et superficie notamment au 19^{ème} siècle. Troplong par exemple, la limite évoquée ci-dessus mise à part (cf. supra §699), considère que : « le contrat de superficie détache la superficie du fonds »¹⁶⁶⁴. De même, pour Aubry et Rau : « Le droit de superficie constitue une véritable propriété corporelle, immobilière. »¹⁶⁶⁵. Demolombe estimait, de son côté, que la propriété superficière née sous l'ancien droit avait été maintenue et consacrée par ce dernier Code civil¹⁶⁶⁶. Il est également possible de citer Colin et Capitant déclarant : « Nous voyons, nous, dans le droit de superficie et de tréfonds deux propriétés distinctes superposées »¹⁶⁶⁷, ou encore Baudry-Lacantinerie¹⁶⁶⁸, même si la formulation retenue par ce dernier est moins explicite.

¹⁶⁶⁴ M. Troplong, « De l'Échange et du louage, commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code civil, Ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier », Troisième édition, Paris, 1859, §30 p. 102.

¹⁶⁶⁵ C. Aubry et Rau, « Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae ». Tome 2, Paris, 1865, §30 p. 392.

¹⁶⁶⁶ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, p. 359, sommaire §483 ter : « Le code Napoléon maintient et consacre aussi la propriété superficière. ».

¹⁶⁶⁷ A. Colin et H. Capitant, « Cours élémentaire de droit civil français », t. I, conforme au programme de première année, 1914, Paris, p. 792.

¹⁶⁶⁸ G. Baudry-Lacantinerie, « Précis de Droit civil », Tome Premier, Paris, 1882, §1016 p.651 §1083 p. 695.

Cependant, si la reconnaissance d'une propriété superficière, conforme à l'article 544, n'est pas douteuse, et signe le rattachement à la thèse moniste, il faut néanmoins aussi aborder les modalités de cette reconnaissance. Au 19^{ième}, et sûrement au-delà, la propriété superficière respecte les canons de la propriété du code, dit plus simplement, la propriété superficière est corporelle. Les auteurs précédemment cités, y compris Weiss, Larcher et Chauveau, optent pour un droit de superficie propriété, tout en se référant, au moins indirectement, à un bien corporel, une mine, une cave, un balcon, un arbre, etc. Pour autant, il faut prendre garde à ne pas surinterpréter cette corporalité. D'abord, les auteurs classiques voyaient dans le fonds de terre, quasi exclusivement la terre matière, et un raisonnement par analogie pour le droit de superficie était logique. La propriété ne pouvait se penser autrement. Ensuite, et cet aspect est essentiel, ces auteurs n'utilisent pas la corporalité pour opposer une séquence avant et après construction, comme les auteurs dualistes, même si ce point n'est pas développé précisément avant le débat opposant thèse dualiste et moniste. Avant le volume, la propriété superficière est appréhendée, comme la propriété classique, comme une prérogative sur un espace, une étendue. « les tranches horizontales » de Weiss symbolisent cette approche. Cette position s'oppose fondamentalement à celle de G. Goubeaux, et à la thèse dualiste, pour lesquels la propriété est une prérogative relative, non pas à une étendue ou un volume, mais d'abord à des choses individualisées¹⁶⁶⁹ (cf. supra §520 et s.).

Il y a donc bien chez les auteurs classiques une reconnaissance de la propriété verticale. Néanmoins, la référence à la corporalité de cette propriété superficière mérite d'être développée, puisque cette condition est au cœur de la problématique du volume.

(706.) La propriété superficière antérieure au volume est porteuse de contraintes tout en contenant les bases de la propriété verticale moderne. L'énoncé sans équivoque de la propriété superficière par la doctrine, valide la relation, souvent rappelée, entre superficie et volume¹⁶⁷⁰, comme il conforte la thèse moniste. Dans le même temps, l'assimilation pure et simple du droit de superficie au droit de propriété s'appliquant à une chose corporelle, reproduit les contingences de cette dernière.

Dans la perspective classique, la matérialité devient la condition de la propriété superficière, une condition trop exclusive. Le droit de superficie est un droit ubiquiste comme le remarquait A. Weiss (cf. supra §702 et s.). Il prend des formes nombreuses et variées.

¹⁶⁶⁹ G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière », *Études A. Weill* : Dalloz, Litec 1983, §14 p. 287.

¹⁶⁷⁰ N. Le Rudulier, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 107-10, Cote : 09, 2013, §24 : « L'immense majorité de la doctrine rattache la technique de la division en volumes au droit de superficie ». Pour un article se rapportant à cette question voir, Ch. Chaput et S. Rochegude, « De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier », *Defrénois* 2007, 38570, p. 573, et plus particulièrement p. 577 : « C'est sur la notion de droit de

Lorsque le droit de superficie se traduit par l'individualisation des éléments de l'article 552 (sous-sol, sol, sursol) comme la mine, recourir au droit de propriété est une option solide, mais la problématique superficière va au-delà de cette configuration. La qualification de droit de propriété d'une cave peut-elle être étendue à celle d'un droit de seconde coupe d'herbage, sans remise en cause du modèle de propriété du code ? Rien n'est moins sûr. Il semble bien qu'une distinction s'impose (cf. supra §472 et s. et infra §768 et s.). De plus, si la propriété superficière est seulement conditionnée par un corps, se pose la question des superficies situées au-dessus du sol. Sous cet angle, le droit de superficie supporte l'hypothèse d'une propriété verticale, mais en même temps l'entrave, en lui imposant un carcan difficile à porter. La contradiction entre ces deux traits est patente, sans être insurmontable. La dépasser suppose, de rappeler, bien sûr, comme cela a été fait à l'instant, la propension matérialiste de la propriété du code. Le fonds de terre se caractérise dans la vision classique par la matière, la terre. Sur la base de ce caractère, la mine, la cave, ou plus génériquement l'article 552, sont des aiguillons vers la construction d'une propriété superficière, sans être suffisants. La dimension étendue, autre caractère identitaire du sol, appartenant au monde de l'abstraction pure, est quasi négligée (cf. supra §45 et s.). En raison de cette lacune, le droit de superficie, ou la chose superficière peine à être définie. Sa conceptualisation demeure inachevée fragilisant le principe d'une appropriation. Pour synthétiser, nous pourrions dire que la corporalité, condition de la propriété, reprise pour la propriété superficière, amorce la propriété volumique, sans pouvoir concrétiser la démarche faute de disposer d'un objet de propriété (superficière) suffisamment finalisé.

2. La propriété superficière corporelle : un concept inachevé repris par le volume immobilier immatériel

(707.) Avant le volume moderne, la délimitation d'un fonds s'entendait seulement en deux dimensions longueur, largeur. Ce format bidimensionnel empêchait le développement réel d'un sol vertical, faute de pouvoir déboucher sur un concept de bien, conforme à la propriété du code, une chose civiliste.

L'exemple de la mine de 1810 a été des plus éloquents sur ce point. En dépit, de la reconnaissance, y compris légale, d'une propriété minière corrélée à l'émergence d'un bien mine, cette propriété du dessous, a toujours buté sur l'impossibilité de disposer de limites basses et hautes (cf. supra §242 et s.). Cette fragilité conceptuelle a été également constatée pour la propriété des autres biens souterrains (cf. supra §292 et s.). Plus largement, la

superficie que repose la technique juridique de la division en volumes immobiliers, bien que ce dernier se voit reconnaître, au fil du temps, sa propre autonomie juridique. ».

propriété superficière a été contingente de cette absence de limites verticales. Comme la mine, les caves ou grottes, la division d'un terrain en « plans horizontaux » de Barreau, ou par « tranches horizontales » suivant l'ordonnement de l'article 552 de Weiss, ne put être totalement finalisée. C'est donc seulement, en raison de cette déficience, que la référence à la matière contribue à gêner le principe d'une propriété verticale du dessous, comme du dessus. Le volume, lui, réussit à passer outre cette contrainte. Avec le système de délimitation en hauteur, telle la cotation NGF, la division verticale d'un fonds débouche sur un bien finalisé, le volume, permettant à la propriété de la marquer de « son énergique empreinte ». D'ailleurs, si les « tranches ou plans horizontaux » des auteurs classiques avaient pu compter sur un système de délimitation tridimensionnel du sol, le parallèle entre ces « tranches ou plans horizontaux » et le volume immobilier devenait évident. Cet apport permettait alors de développer la distinction opérée par A. Weiss entre ce qu'il appelait « la propriété superficière » et « le droit de superficie proprement dit » (cf. supra §701). Dans la première hypothèse, la relation s'organise autour d'une chose appropriable au sens civiliste. Dans la seconde, la relation vise un droit, une prérogative.

Cette distinction entre un objet de propriété chose et un objet droit met en exergue comment le volume est venu prendre la suite de la propriété superficière et le dépasser, pour forger la propriété volumique.

(708.) Le dépassement de la problématique superficière par la propriété volumique a été rendu possible par une meilleure maîtrise de l'étendue du sol, susceptible d'être mesuré en hauteur. Paradoxalement, en parallèle de cette solution, ce changement a fait naître une difficulté nouvelle tenant à la matérialité du sol.

La transition entre la superficie et le volume, par une sorte de retour de balancier dont l'histoire a le secret, s'est réalisée par une mise à l'écart de la matérialité. En se centrant sur l'étendue en dehors de la corporalité, la propriété volumique a gagné en flexibilité, pouvant sans problème s'organiser verticalement, indépendamment du sol. Le parti-pris a pour intérêt de contourner la difficulté de la nature du dessus composé de gaz, qui diffère du sol matière solide. Plus généralement, en devenant une chose purement spirituelle, qui a pu aller jusqu'à un « volume abstraction mathématique », ce bien nouveau ignore les contraintes de la matière en ce sens qu'il peut être pensé en dehors de la matière. À partir de là, il est tentant de voir une propriété foncière seulement matière céder la place à une propriété seulement limite, une chose abstraite. Il est évident que les deux raisonnements sont erronés. Le fonds de terre n'a jamais été seulement réellement matière, étant un concept de la science juridique, pas plus qu'il ne peut être seulement idéal, puisque la chose qu'il représente appartient au monde tangible. Simplement, le volume immobilier en abandonnant la matière reprend le travers de la doctrine classique, l'absence de distinction entre la représentation et

la chose représentée, (cf. supra infra) aux dépens de cette dernière. La stratégie fonctionne redoutablement. Le volume assumant son idéalité par l'entremise de sa nature mathématique, la matière ne peut le contraindre. Cette absence de contrainte est toutefois illusoire, car le volume doit entrer en contact avec la matière, comme est illusoire un concept supposé aussi matériel que la chose qu'il représente (cf. supra §45 et s.).

D'une propriété superficière entravée par la corporalité, on est passé à une propriété volumique venant, à contrario, heurter la matérialité incontournable de l'espace terrestre.

§2 Le volume immeuble par nature et la propriété volumique

(709.) La problématique du droit de superficie n'est jamais bien éloignée de celle du concept de volume, et leur sort est même lié. Dans le même temps, le volume est aussi, paradoxalement, une création *ex nihilo* du doyen Savatier. Suivant cette impulsion fondatrice, presque en marge du droit de superficie, la doctrine moniste a construit la théorie d'une propriété volumique conforme au concept de propriété du code, réinventant au passage la problématique superficière. La nature de l'objet de cette propriété reste certes un sujet de débat, comme cela a été exposé à propos de la définition du volume immobilier (cf. supra §640 et s.). Il n'en demeure pas moins que la propriété volumique fait l'objet d'une théorie stabilisée (A). Cette théorie pourrait dorénavant donner lieu à une consécration législative comme le propose une partie de la doctrine. À cet effet, le sol tridimensionnel prend même toute sa part dans l'avant-projet de réforme du livre II du Code civil, donc du droit des biens, portée par l'association Capitant (B). La proposition de réforme balaie l'ensemble du spectre du sol vertical, et correspondrait sans doute à une nouvelle étape décisive. Toutefois, le procédé rompt avec la genèse du volume et réintroduit l'épineuse question de la légitimité de la propriété (C).

A. La thèse moniste ou la figure classique de la propriété : un bien et un sujet

(710.) Le principe d'une propriété verticale relevant de l'article 544, et dont l'objet serait un immeuble par nature est aujourd'hui largement soutenu, dans le sillage de la définition de D. Sizaire.

H. Périnet-Marquet a clairement formalisé cette propriété verticale dans un article de 2004¹⁶⁷¹. L'auteur note : « Aujourd'hui le volume s'est émancipé du droit de superficie, il est devenu un immeuble par nature en tant que tel... », et conclut ce point en indiquant : « La logique voudrait donc que l'article 518 soit ainsi réécrit : les fonds de terre, les bâtiments, les lots de copropriété et les volumes sont immeubles par leur nature, manière, pour le code, de se réappropriar la nouveauté. ». Ch. Chaput et S. Rohegude, revenant également sur le lien entre le volume et le droit de superficie¹⁶⁷², prennent une position semblable. Les auteurs voient dans ces deux mécanismes une « dissociation conventionnelle de l'immeuble ». Ils poursuivent en mentionnant : « la division en volumes confère au propriétaire d'un volume immobilier un droit de propriété immobilier, ce qui fait de ce volume un immeuble par nature, même lorsque des constructions n'y sont pas encore édifiées. Le volume immobilier est un immeuble par nature. »¹⁶⁷³. Dans son guide, de la propriété en volume C. Atias prend également parti pour la thèse moniste. Selon lui, les volumes sont : « des biens autonomes de nature immobilière ; ils sont objet d'un droit réel principal de propriété. »¹⁶⁷⁴. La propriété volumique peut également compter sur le soutien de F. Terré et P. Simler, dont il est intéressant de citer le propos *in extenso* : « Dès lors, que le droit de propriété immobilier n'est pas confondu, comme dans la vision classique, avec l'immeuble par nature qui en est l'objet, rien ne s'oppose à la reconnaissance, d'une dissociation de la propriété de l'espace délimité par une parcelle de sol en plusieurs propriétés autonomes, d'autre part, de l'existence d'un véritable droit de propriété en l'absence même de bâtiments. »¹⁶⁷⁵. Cette n'est pas exhaustive et d'autres auteurs pourraient être cités¹⁶⁷⁶.

Ici le message est clair. Via la faculté de disposer de limites tridimensionnelles, le volume est devenu un bien à part entière, permettant une appropriation tout aussi entière. Les limites hautes et basses, jointes par celles de la parcelle, remplissent les mêmes fonctions que le bornage, et entraînent des conséquences en tous points similaires.

(711.) Ce progrès significatif accompli par la science juridique concernant l'appropriation d'un sol en trois dimensions n'est cependant pas exclusif d'interrogations. La nature de

¹⁶⁷¹ H. Périnet-Marquet, « L'immeuble et le Code civil », in *Le Code, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004, p. 395.

¹⁶⁷² Notons que le doyen Savatier refusait de voir dans le droit de superficie l'ancêtre du volume : Cass. civ.3^e, 16 mai 1977, D77. I. 161 D. 78. JP p.161, 162. En sens inverse : E. Sommier, « La division de la propriété immobilière en volumes cessibles » : JCP N 1976. I. 2788, §8.

¹⁶⁷³ Ch. Chaput et S. Rohegude, « De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier », *Deffrénois* 2007, 38570, p. 580.

¹⁶⁷⁴ C. Atias, « Guide de la propriété en volumes immobiliers », *Point de droit*, Edilax, 2012, §28 p. 17.

¹⁶⁷⁵ F. Terré et P. Simler, « Droit civil, Les biens », (8^e édition), 2010, Dalloz, § 947 p. 833.

¹⁶⁷⁶ Cass. civ. 3^e, 12 juill. 2000, n° 97-13.107 : *JurisData* n° 2000-002873, RDI 2000 p. 525, obs. M. Bruschi : « La propriété doit pouvoir en effet se décomposer en différentes strates superposées de propriétés, tant en sous-sol qu'au-dessus du sol, en tenant compte d'un volume facilitant son libre exercice à condition qu'elle respecte l'intérêt général et les droits d'autrui. ».

l'objet de la propriété volumique oscille toujours parmi les auteurs monistes, entre corporalité et incorporelité.

Une partie de la doctrine moniste continue d'être attachée à l'incorporelité du volume. C'est le cas de N. Le Rudulier ; tout en appliquant l'article 544 à la propriété volumique, il considère que le volume est une extension de « de ce texte (l'article 544) au monde incorporel »¹⁶⁷⁷. V. Bonnet voit également dans le volume immobilier, un bien objet de propriété incorporel¹⁶⁷⁸. Ces positions doivent être rapprochées de celle de P. Wallet et P. Chambelland, pour qui si : « l'évolution juridique faisant de la superficie une véritable propriété et du volume immobilier un immeuble par nature. », Le volume est : « un espace immatériel »¹⁶⁷⁹. Or, par l'intermédiaire de ces auteurs, le volume immatériel nous ramène au « volume abstraction mathématique » précédemment présenté et écarté (cf. supra §659 et s.). Comme cela a été établi, si le concept de volume est immatériel, il renvoie néanmoins à une chose du monde tangible, puisqu'il n'est rien d'autre que la représentation en trois dimensions du fonds de terre (cf. supra §640 et s.), « l'espace terrestre »¹⁶⁸⁰ pour reprendre le vocabulaire des rédacteurs de l'avant-projet de réforme du droit des biens (cf. supra art. 527 avant-projet). F. Terré et P. Simler confirment la sensibilité du volume, puisqu'après avoir reconnu « l'existence d'un véritable droit de propriété », ils ajoutent, et ce point a déjà été mentionné, « La propriété foncière n'est autre chose, en définitive, que la maîtrise exclusive d'un espace, dont la définition par référence à une parcelle foncière n'est que le procédé habituel d'identification. Cette référence demeure lorsque la parcelle en question est elle-même subdivisée en plusieurs espaces ayant des propriétaires différents. »¹⁶⁸¹.

En dépit de ces divergences non négligeables, la thèse moniste permet de franchir une étape essentielle : le volume est devenu un immeuble par nature, un bien au sens civiliste, un objet de propriété. Cela signifie que le droit a domestiqué les contraintes de la gravité. Une appropriation individuelle dans le sens de la verticalité peut s'organiser, tout comme le Code civil organisa, au sortir de la Révolution, la propriété horizontale du sol. La distribution de ces deux modes d'appropriation diffère. Les contraintes physiques de la pesanteur n'ont pas disparu, mais ont été passées au crible de la propriété individuelle. Tout comme le Code civil généralisa l'individualisation du sol en parcelle, pour en attribuer le monopole à un individu,

¹⁶⁷⁷ N. Le Rudulier, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 107-10, Cote : 09, 2013 §43 : « À considérer que cela existe, il ne faut donc pas y voir une propriété particulière, mais l'octroi sur l'espace déterminé par le géomètre-expert de l'ensemble des prérogatives conférées par l'article 544 du Code civil. Dès lors qu'a été surmontée la difficulté tenant à l'application de ce texte au monde incorporel, il n'existe plus d'obstacle dirimant à une telle reconnaissance, ce qui explique qu'aujourd'hui la doctrine majoritaire voit effectivement dans la division en volumes une superposition de propriétés. ».

¹⁶⁷⁸ V. Bonnet, « Durée de la propriété » RRJ 2002/1, p. 292.

¹⁶⁷⁹ P. Wallet et P. Chambelland, « La construction en volumes », Paris Ed. Masson 1989 §76 et §77 p. 41.

¹⁶⁸⁰ Art. 527 Avant-projet de réforme droit des biens : « Par leur nature, sont immeubles les parties déterminées de l'espace terrestre. Sont ainsi immeubles : les fonds, les volumes, les constructions et végétaux qui s'y trouvent, ainsi que toutes les autres choses qui s'y incorporent. Sont aussi immeubles les lots de copropriété. ».

la théorie du doyen Savatier, reprise par les auteurs monistes, individualise le sol en hauteur, via des volumes appropriables.

Le souhait de H. Périnet-Marquet d'une intégration du volume et de la propriété volumique dans le Code civil apparaît ainsi comme un développement naturel. L'avant-projet de réforme du livre II a justement formulé une proposition allant dans ce sens.

B. L'avant-projet de réforme du livre II ou la finalisation de la propriété volumique

(712.) Plusieurs dispositions de l'avant-projet de l'association Capitant portent sur le volume immobilier, adaptant de facto le droit des biens à la propriété volumique.

L'article 527¹⁶⁸² de l'avant-projet, qui se substituerait aux articles 517 et 518 du Code civil, vient définir l'immeuble par nature et vise expressément le volume immobilier à la suite des fonds, qui perdraient l'expression « de terre ». La formulation de cet article, à l'instant évoquée brièvement, pour définir l'immeuble par nature, est particulièrement évocatrice. Citons la : « Par leur nature, sont immeubles les parties déterminées de l'espace terrestre ». La formule choisie confirme la référence substantielle de l'immeuble à l'espace terrestre. Par là, elle condamne par principe une propriété foncière seulement abstraction, puisqu'il est difficile de réduire l'espace terrestre au monde idéal. L'autre élément de la définition à noter, est le terme de « parties déterminées ». Cette notion n'est autre que la reprise de celle de limites, ou de limites localisées sur « l'espace terrestre ». Elle semble aussi voisine des fractions distinctes de D. Sizaire (cf. supra §648). De plus, pour revenir plus précisément au volume, la définition ne s'enferme pas dans une vision plane du sol. La détermination de ces « parties de l'espace terrestre » est ouverte à la troisième dimension. C'est pourquoi le volume accède d'évidence au statut d'immeuble par nature.

En parallèle, l'article 552 serait remplacé par deux articles 561¹⁶⁸³ et 562¹⁶⁸⁴ regroupés dans un chapitre III - De l'objet de la propriété immobilière. Ces dispositions clarifient ce qui relève de la chose et du droit, puisque le principe de l'accession est, quant à lui, renvoyé au

¹⁶⁸¹ F. Terré et P. Simler, « Droit civil, Les biens », (8e édition), 2010, Dalloz, §947 p. 833.

¹⁶⁸² Art. 527 Avant-projet de réforme droit des biens.

¹⁶⁸³ Art. 561 Avant-projet de réforme droit des biens : « La propriété du sol emporte, dans les limites posées par les lois et conventions, la propriété du dessus et du dessous. ».

¹⁶⁸⁴ Art. 562 Avant-projet de réforme droit des biens : « Un fonds peut faire l'objet d'une division visant à conférer à un tiers la propriété d'une partie de ce fonds situé au-dessus ou au-dessous d'une limite conventionnellement fixée. La propriété du dessus est appelée propriété superficielle, celle du dessous propriété tréfoncière.

Un fonds peut également, moyennant établissement d'un état descriptif de division, faire l'objet d'une division spatiale portant création de volumes.

Les articles 534 et suivants s'appliquent aux fonds issus des divisions mentionnées aux alinéas précédents. ».

chapitre suivant Chapitre IV - De l'accession, avec ces deux articles. « Il est enfin clairement retenu une analyse de la superficie non comme un démembrement du droit de propriété mais comme un découpage de l'immeuble en deux sections séparées horizontalement (art. 562), ce qui est une clarification salutaire »¹⁶⁸⁵. La stabilisation du principe du bien superficie ou volume, s'accompagne d'une seconde précision, tenant à la nature du droit s'appliquant à ces biens.

Le dernier alinéa de l'article 562 renvoie aux articles 534 et suivants, soit le Chapitre I - De la propriété, écartant un éventuel doute quant à l'application du droit de propriété. De manière plus pratique, l'article 562 propose de délimiter plus précisément le champ d'application respectif de la superficie et du volume. La première vaudrait pour une division aboutissant à deux unités : sol dessus, ou sol dessous, alors que le volume concernerait des divisions à plus de deux lots. De même, pour le dessous, la superficie serait dénommée tréfonds, ou propriété tréfoncière, et pour le dessus, il s'agirait de superficie ou propriété superficière.

Enfin, l'avant-projet comprend un Chapitre IV, intitulé « Du droit réel de jouissance spéciale » au sein du titre IV : Des démembrements de propriété, à la suite de l'usufruit et du droit d'usage et d'habitation. Avec ce dernier élément, la proposition de réforme couvre l'ensemble du champ de la propriété volumique, en répondant, au moins partiellement, à l'épineuse question du *numerus clausus*.

La thèse moniste se retrouve totalement dans l'avant-projet de réforme de l'association Capitant. Ce dernier va même au-delà. Le toilettage en profondeur du droit des biens qu'il propose, a pour effet de créer un environnement dans lequel la propriété d'un volume est une propriété relevant pleinement de l'article 544. Cependant, ce changement n'est pas sans incidence sur ce concept.

(713.) La volonté de l'avant-projet de faire du volume un immeuble par nature « supplémentaire » se place dans la perspective du législateur. De ce fait, la proposition bouleverse la teneur du concept de volume, en posant la question de son positionnement vis-à-vis du fonds de terre.

Dans l'hypothèse d'une reprise législative de l'avant-projet, les dispositions portées par la réforme auraient pour effet de renouveler en profondeur la propriété foncière, en traitant sur un pied d'égalité la propriété volumique et traditionnelle. « Le droit de superficie, qui n'avait aucun fondement législatif général, le trouve enfin aujourd'hui, deux siècles après le Code

¹⁶⁸⁵ B. Mallet-Bricout, W. Dross « L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique », Recueil Dalloz 2009 p. 508.

civil »¹⁶⁸⁶. Cependant, bien que représentant une avancée majeure, un tel projet ne suffirait sans doute pas à écarter toutes les questions tenant au concept de volume¹⁶⁸⁷. Ceci peut s'entendre, la loi n'a pas le pouvoir de changer l'opinion de la doctrine, même si elle s'impose à elle. En revanche, ce qui est plus questionnable ce sont les modalités de transition entre le volume « légal » et le concept tel qu'il a été défini par la doctrine.

Ce point rejoint la réflexion sur l'intérêt d'une définition du volume (cf. supra §680 et s.). À cette occasion, un parallèle avait été fait entre, d'un côté le principe du sol surface et la définition de la parcelle, et de l'autre, le principe du sol perçu en trois dimensions et la définition du volume. Tout comme le sol surface existait sans la définition de la parcelle, ou plus justement sans que cette définition conditionne le sol surface, le sol volumique pouvait être indépendant de sa définition. Le propos n'est pas d'écarter l'intérêt de définir le volume, mais de souligner, que sa première caractéristique est d'être une représentation du sol. Ici, la question n'est plus la définition du volume, mais sa mention suivant celle du fonds de terre comme immeuble par nature, et l'articulation des deux notions. Or, si le volume est une représentation du sol au même titre que la surface, relevant comme elle de la géométrie, il n'y a pas d'intérêt à mentionner spécifiquement le volume comme un immeuble par nature. Étant une représentation du sol, la mention du fonds de terre suffit, ou alors la parcelle doit également être mentionnée. La liste des immeubles par nature serait donc : le fonds de terre, la parcelle, le volume ..., ce qui serait pour le moins redondant.

Rappelons par ailleurs, que l'avant-projet exprime le fonds de terre du Code civil par le terme fonds (cf. article 527), facilitant ainsi le lien avec le volume, qui comme la parcelle n'aurait pas à apparaître en tant que tel dans la loi. Paradoxalement, l'absence du volume de la liste des immeubles par nature renforcerait la propriété volumique, en visant directement le sol, à l'image du sol surface. En ne listant pas le volume comme un immeuble par nature, le fondement du volume n'est plus la loi, ou tout au moins plus seulement. Il ne s'agit pas de reprocher aux rédacteurs de l'avant-projet d'avoir voulu instituer une propriété volumique à

¹⁶⁸⁶ F. Zenati-Castaing, « La proposition de refonte du livre II du Code civil Étude critique », RTD Civ. 2009 p. 211 §5.

¹⁶⁸⁷ F. Zenati-Castaing, « La proposition de refonte du livre II du Code civil Étude critique », RTD Civ. 2009 p. 211 §10 : « Dans sa redéfinition de l'immeuble par nature, la proposition innove en incluant les lots de copropriété et les volumes. La première de ces innovations reprend, en fait, un acquis jurisprudentiel, qui appelle une réserve en ce qu'il s'applique à un lot de copropriété non encore construit, car on a alors affaire à un immeuble incorporel et non pas à un immeuble par nature. La deuxième innovation, la reconnaissance des volumes donne un fondement législatif aux ensembles immobiliers complexes. La technique utilisée par les notaires pour réaliser ce type d'opération est la servitude, mais, à supposer qu'il soit possible d'établir une servitude entre une construction et un fonds, cette servitude dépasserait l'utilité marginale qu'il est possible de conférer à un tiers par une servitude puisqu'elle priverait le propriétaire foncier de la jouissance de son terrain, cas dans lequel la jurisprudence interdit de constituer une servitude en raison de l'ordre public des biens. Les rédacteurs de la proposition croient trouver la solution de ce problème dans la théorie de la propriété de l'espace, qu'ils empruntent à Savatier, mais admettre que l'on puisse être propriétaire d'un volume ne résout pas tout, car il faut encore fonder le droit d'appui sur le sol. La proposition est muette sur ce point. Ce droit semble participer de la nature du droit de superficie, car si la construction sise dans le volume est un immeuble par nature, le droit qu'à son propriétaire de l'appuyer sur le sol, directement ou indirectement, est un droit incorporel. C'est la raison pour laquelle, la consécration de la propriété de l'espace aurait dû être accompagnée de la référence au droit de superficie, droit que la proposition consacre par ailleurs. ».

visée positiviste tirant sa légitimité seulement de la loi. Il est évident que la référence au volume est guidée par la volonté de faire de la propriété volumique une propriété à part entière.

Néanmoins, le passage du volume concept doctrinal à un volume, immeuble par nature, figurant à la suite du fonds de terre, modifie la portée du volume, et lui impose de justifier ce positionnement. Au-delà, le principe même d'une reconnaissance législative de la propriété volumique pourrait être contestable.

C. Consécration ou légitimation de la propriété volumique par la loi ?

(714.) Les dispositions contenues dans l'avant-projet de réforme du droit des biens consacrent la théorie moniste et la propriété volumique, tout en faisant naître une nouvelle interrogation.

Les propositions se rapportant au volume ont pour particularité de n'être que l'un des aspects de l'avant-projet, dont l'objet principal demeure la refonte du livre II. Dans cette optique, la prise en compte du volume est une évidence, marquant ainsi la principale innovation de ces dernières décennies en matière de propriété immobilière. L'inverse serait même assurément interprété comme une marque de défiance à l'égard de la proposition du doyen Savatier. Avec le projet de réforme, le volume accède par l'effet de la loi au statut d'immeuble par nature, comme les autres immeubles.

Pour autant, jusqu'à présent le développement du volume a plutôt été le fait de la doctrine et de la jurisprudence, ou encore de la pratique : notaires, développeurs, etc. (cf. supra §626 et s.). La propriété volumique, en organisant un retour aux sources du droit civil, s'est plutôt bien accommodée d'une législation minimaliste. Minimaliste renvoie ici à une législation se limitant à reconnaître au propriétaire une place prépondérante dans l'organisation de sa propriété. Or, de ce point de vue, il est difficile de rivaliser avec l'absolutisme de l'article 544, quel que soit le sens de l'appropriation du sol, horizontal ou vertical. Le Code civil dans son état actuel n'a d'ailleurs pas empêché l'élaboration de la théorie du volume, et satisfait à une utilisation très répandue de la propriété volumique. Les articles 517, 518, 552 et 544, à l'expression parfois ambiguë, et quelque peu obsolète, ont permis l'éclosion du volume, comme avant lui, l'avènement de la parcelle. Cette dernière ne figure pas plus que le volume, dans le Code civil. C'est pourquoi sans exclure une réforme législative, la thèse moniste du volume peut aussi être renforcée en l'état actuel du code, et une proposition sera faite en ce sens (cf. infra §757 et s.). De cette façon, une éventuelle consécration législative n'aurait pas pour effet de conditionner le principe de la propriété volumique, mais seulement de l'entériner. Ce point est important, car la propriété verticale, comme la propriété elle-même,

tient d'abord sa légitimité de la capacité des individus à développer verticalement le sol. Cet aspect est aussi important parce que la propriété tridimensionnelle, comme cela a été vu, doit beaucoup à la notion d'étendue, à la dimension abstraite et conventionnelle de la chose volumique. Or, la loi est la convention suprême. Ainsi, il existe un risque, dans une vision purement positiviste, de poser la loi comme la seule condition de l'existence de la propriété volumique.

Une intervention législative à propos de la propriété volumique qui aurait pour effet de l'institutionnaliser, interrogera donc également le fondement du sol vertical. Or, comme pour la propriété foncière traditionnelle, ce fondement doit conserver une dimension empirique ou pragmatique.

(715) Hisser par la loi, le volume au niveau du fonds de terre pose la question du fondement et de la nature du volume vis-à-vis de la loi. Cette vaste question ne sera traitée que succinctement, et encore au travers d'un point particulier, qui bien que particulier, est loin d'être anodin. Cet aspect concerne l'étendue du volume.

L'article 562 de l'avant-projet entrevoit la division volumique « moyennant établissement d'un état descriptif de division »¹⁶⁸⁸ (EDD). L'EDD, encore appelé état descriptif de division en volumes (EDDV)¹⁶⁸⁹, a pour fonction « d'identifier les volumes et d'en déterminer l'assiette »¹⁶⁹⁰. À partir de là se pose la question de la nature de l'EDD, et ensuite, via la nature de la preuve de la propriété immobilière, celle de la propriété elle-même. Si l'EDD est un élément constitutif de la propriété volumique, alors la preuve de cette propriété n'est plus libre (cf. supra §328 et s.). Dans cette hypothèse, contrairement à la propriété de 1804, qui est au moins autant révélée que créée par la loi, la propriété volumique, via l'EDD, serait une propriété dont la légitimité puiserait sa source exclusivement dans la loi. Pourtant, l'exemple de la propriété minière de 1810, qui il est vrai nécessitait une concession, a déjà montré la fragilité d'une propriété conditionnée par la loi (cf. supra §200 et s.). L'obligation d'un EDD relancerait également, on peut le supposer, le vieux débat entre un rôle confortatif ou constitutif de la publicité foncière, en penchant plutôt pour la seconde option. À titre de comparaison, imposer un EDD à la propriété volumique, reviendrait à rendre obligatoire le bornage pour la propriété parcellaire, et non pas seulement la capacité à obtenir un bornage (cf. supra). Une telle orientation s'articulerait alors naturellement avec une publicité foncière constitutive du droit de propriété. De proche en proche, la physionomie de la propriété

¹⁶⁸⁸ La modification de la loi de 1965 par la loi ALUR mentionne également un EDD (cf. supra §637).

¹⁶⁸⁹ N. Le Rudulier, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 107-10, Cote : 09, 2013, §45.

¹⁶⁹⁰ C. Atias, « Guide de la propriété en volumes immobiliers », Point de droit, Edilaix, 2012, §35 p.20.

volumique s'écarterait totalement du modèle empirique de propriété du code, dans lequel la loi n'a pas le pouvoir de faire ou défaire le propriétaire.

Bien entendu, l'établissement d'un EDD représente aussi une source de sécurisation et de fiabilité de la propriété volumique. Le développement vertical possède des caractéristiques, qu'il est nécessaire de prendre en compte pour garantir la résilience de la propriété foncière en tant que système. Qui plus est, organiser l'appropriation en hauteur du sol est un gain de liberté appréciable pour l'individu, que le corps social peut chercher à compenser légitimement, dans un souci d'équilibre (cf. supra §12 et s.), par un accroissement de responsabilités mis à la charge du propriétaire. L'EDD correspondrait alors simplement à cette contrepartie. Néanmoins, touchant au fondement de la propriété, l'enjeu de cette question ne doit pas être négligé, d'autant, soulignons-le à nouveau, qu'il s'agirait d'une modification majeure et sûrement fondamentale. Il faut le rappeler, en matière de superficie comme de volume, au 19^{ième} comme au 20^{ième} siècle, les décisions affirmant l'existence d'une propriété verticale conforme à l'article 544, n'ont pas lié cette propriété à un EDD. L'axe de la jurisprudence¹⁶⁹¹, sur le modèle de la propriété foncière classique, a d'abord été la capacité d'individualisation du bien volumique ou superficiaire.

Une reprise légale de la propriété volumique, y compris dans l'objectif de la consolider, contient en germe des interrogations d'une portée significative allant jusqu'au concept de propriété lui-même. Certes, le modèle de propriété du code ayant pour axe fondateur la liberté du propriétaire n'est pas un absolu, et la propriété volumique peut décider de s'en écarter. La nature de l'EDD est d'ailleurs d'ores et déjà objet de débats en doctrine et jurisprudence¹⁶⁹². Le changement est toutefois de taille vis-à-vis du code, mais aussi de l'histoire du volume immobilier.

¹⁶⁹¹ Une autre observation, d'une moindre envergure, peut être formulée à propos de l'EDD. Toujours suivant la rédaction de l'article 562, l'EDD serait nécessaire pour le volume, mais pas pour la superficie (une division volumique de seulement deux volumes). Or, même en ignorant la difficulté à distinguer ces deux notions qui, au moins historiquement, semblent se chevaucher, certaines situations, à l'exemple du cas d'espèce tranché par l'arrêt du 19 juin 1973 (Cass. civ. 1^{er}, 19 juin 1973 : Bull. civ. 1973. I. n° 211 ; JCP 1974. II. 17710) seraient source d'équivoque. Une division superficière sol/ dessus n'imposerait pas l'EDD, alors qu'une division volumique : tréfonds, sol, superficie supposeraient le respect de cette condition.

¹⁶⁹² C. Atias, « Guide de la propriété en volumes immobiliers », Point de droit, Edilaix, 2012, §19 p. 13.

Conclusion Chapitre II : La thèse moniste

(716.) La problématique superficielle fut la première étape de la conceptualisation d'une propriété foncière verticale. Les auteurs classiques, en défendant l'idée d'une propriété superficielle semblable au concept de propriété de droit commun, furent les précurseurs de la théorie moderne moniste. La différence entre les deux courants de pensée tient à ce que le second s'articule avec le concept spécifique de volume immobilier. Ce concept représente le sol appréhendé en trois dimensions, comme le sol surface, conformément à ce que certains auteurs appellent « la matrice géométrique » du sol civiliste. Avec le volume, la propriété volumique s'est considérablement affirmée, même si elle s'est aussi singulièrement simplifiée. Au 19^{ième} siècle, A. Weiss distinguait à propos de la problématique superficielle, la propriété superficielle et le droit de superficie (cf. supra §702 et s.). La propriété volumique se réfère seulement à la première, tout en la consolidant, puisqu'avec le volume, le schéma traditionnel de la propriété un sujet, un bien est reformé.

La théorie moniste comme la propriété volumique présente donc aujourd'hui une certaine solidité. Cette stabilité conceptuelle laisse entrevoir la possibilité d'une consécration légale, sur les traces de l'avant-projet de réforme de l'association Capitant. Néanmoins, cette nouvelle étape constitue aussi un défi de taille. L'intervention de la loi ne manquera pas en effet, d'interroger le fondement de la propriété du sol prise verticalement, donc de la propriété elle-même.

Conclusion titre I : La perception du sol tridimensionnel

(717.) Les travaux du doyen Savatier constituent assurément la pierre angulaire de la propriété volumique. La raison en est simple. Ces travaux ont réinventé la matière, et demeurent, encore aujourd'hui la structure théorique d'un sol se développant de bas en haut, et plus seulement horizontalement. Contrairement à ce que pouvait laisser entrevoir le contexte sociétal des « cubes d'air », la propriété du code empreinte de matérialité s'est maintenue face à ce concept relevant, contre toute attente, le défi d'un sol perçu en trois dimensions. Dès lors, la théorie du doyen Savatier s'est adaptée. Sans renier sa dimension scientifique, abstraite, le volume a su renouer avec l'autre branche de sa généalogie, l'individualisme, l'exclusivité, qui ne sont rien d'autre que la marque du modèle de la propriété du code.

Cette double filiation du volume, ne faisant de l'abstraction que l'un des caractères du volume, invite au réexamen de la notion, notamment en retissant le lien avec le sol civiliste. Or, ce sol contient également une dimension abstraite, ou plus précisément géométrique, dont le résultat est le sol surface, ou dit plus simplement, la parcelle. Par analogie, le volume se révèle ainsi « seulement » être le sol volumique. Formulé plus rigoureusement, le volume est un concept, une représentation d'une chose relevant du mode tangible, le sol, ayant pour particularité d'intégrer la troisième dimension, la hauteur.

Le volume par sa qualité de signifiant du sol, le rend plus intelligible grâce à une description tridimensionnelle, il renforce également l'hypothèse de l'application de l'article 544 du Code civil au volume, comme le soutient la thèse moniste. Cette thèse appliquant le schéma de la propriété civiliste un sujet, une chose, au sol perçu en trois dimensions s'impose donc naturellement. L'arrivée d'un sol volume, aux côtés du sol surface, ouvre parallèlement la propriété foncière, et la propriété tout court, sur de nouveaux débats touchant à sa nature et à son fondement, en particulier dans l'hypothèse d'une reconnaissance légale de la propriété volumique.

Pour participer à ce débat, en se plaçant dans la perspective de la thèse moniste, il est intéressant d'éclairer comment l'appropriation volumique prend place dans le système de propriété du code et notamment, comment les dispositions actuelles du Code civil peuvent fonder cette appropriation.

TITRE II : L'APPROPRIATION DU SOL EN VOLUME

(718.) Avec un volume immobilier, représentation d'une chose relevant du monde tangible, la propriété volumique rejoint le modèle de propriété du Code civil. Le volume devient une chose civiliste. En conséquence, rien ne s'oppose à ce qu'un individu soit en capacité de se voir attribuer tous les droits relevant de cette chose, au même titre qu'il pourrait l'être d'un fonds de terre traditionnel.

Cet aspect est essentiel. Il répond aux critiques adressées à la propriété volumique et avant elle, à la propriété superficière. Sur la base d'arguments divers, les tenants de ces critiques se rejoignent sur un point ; le volume par sa nature ne permet pas d'établir le lien défini à l'article 544 du Code civil entre une chose et un sujet, dont l'essence repose sur la qualité de l'exclusivité. Le volume, représentation du fonds de terre écarte par définition cette observation, puisque le sol demeure le sol. Ainsi, qu'il soit pris comme une surface ou un volume le sol peut donner lieu à une relation exclusive.

Pour autant, affirmer le principe d'une propriété volumique ne suffit pas, encore faut-il démontrer comment le volume s'insère dans la logique du code, expliquer l'apport des travaux du doyen Savatier vis-à-vis des lacunes observées pour la propriété superficière, telle la mine de 1810, en un mot comprendre l'arrimage entre le droit de propriété du code et le volume. Une telle démonstration suppose de revenir sur le modèle de propriété civiliste, et d'examiner les composantes de ce modèle, c'est-à-dire le droit de propriété (le lien) et l'objet de ce droit (la chose).

La chose sera bien entendu synonyme de volume, et pour ce qui est du droit, l'analyse portera sur son niveau d'exclusivité, que les auteurs anciens développaient au travers de la notion de propriété parfaite (Chapitre I). Passée cette étape, qui conduira à valider l'applicabilité du droit de propriété du code à la chose volume, la propriété volumique sera fondée textuellement, tout comme le droit de superficie (Chapitre II). Contrairement au volume, le droit de superficie se verra refuser la nature de droit de propriété faute de disposer d'une chose au sens civiliste. Enfin, pour mettre le principe de la propriété volumique à l'épreuve de la pratique, la décision du 31 octobre 2012 de la Cour de cassation sera commentée (Chapitre III). Le litige tranché par cet arrêt présente la double particularité de contenir toutes les facettes de l'appropriation volumique, et de voir les juges se prononcer en sa faveur.

Chapitre I : La relation droit, chose « sol »

(719.) En accédant à la troisième dimension, le sol devient divisible dans le sens de la hauteur. Les volumes qui en résultent, se superposent et engendrent des relations entre unités volumiques. Le sol surface connaît le même sort puisque la parcellisation n'empêche pas l'unité première, la planète Terre. Toutefois, le jeu de la pesanteur est plus marqué pour le volume, qui de surcroît nécessite des limites basses et hautes, dont la conceptualisation est plus récente. Ces particularités ont longtemps constitué un frein à l'application du droit de propriété qui se caractérise par un lien exclusif établi entre le sujet et la chose. La notion de propriété parfaite traduisant la capacité de la propriété civiliste à être elle-même, une propriété individuelle et exclusive, met en lumière la réticence de la propriété du code envers le sol appréhendé verticalement, et le dépassement de cette réticence.

La volonté de perfection de la propriété semble associée à sa quête d'absolutisme. Et, comme la propriété absolue appelle à être relativisée à l'image des pouvoirs du propriétaire bornés par la loi selon la seconde partie de l'article 544, la propriété parfaite conduit donc à l'imperfection créant un mouvement entre ces opposés. Le fonctionnement du tandem perfection, imperfection se relève ainsi être un processus, et non un étant ou un donné. Ce phénomène actif s'oppose à une propriété métaphysique, immuable, que représente aussi l'article 544, notamment par son caractère abstrait. Le processus dont il est question ne conduit pas à la négation de la propriété parfaite, au profit d'une propriété imparfaite. Au contraire, les deux notions coexistent, se combinent, se complètent, ne pouvant se passer l'une de l'autre, créant de la sorte un espace. La propriété parfaite représente le point de départ ou d'arrivée de la figure s'en détachant, tout en dépend d'elle, comme l'atome est constitué d'un noyau et de particules. Une telle figure, une propriété système, met en valeur l'ensemble, pas seulement son centre insuffisant à rendre compte du phénomène dans sa globalité. Dans une telle perspective, le champ de la propriété civiliste s'en trouve élargi, offrant une place à la propriété volumique. À cette première passerelle avec la problématique superficielle, s'en ajoute une seconde plus précise, tenant aux éléments du processus mis en œuvre par le concept de perfection de la propriété, qui requiert les concepts de droit et de chose.

La perfection exige un droit de propriété parfait, s'appliquant à une chose également parfaite. Ce schéma est étroitement associé au concept de propriété et lui est sans doute consubstantiel. Par exemple, la propriété parfaite incarne une propriété idéale, unitaire ; c'est

donc un concept singulier. À l’opposé, l’imperfection est plurielle, et l’on parle des propriétés imparfaites au pluriel. Encore aujourd’hui, la théorie classique considère la propriété comme le plus parfait, entier, complet des droits réels. La propriété renouvelée adopte une position semblable, et même exacerbe la perfection de la propriété. Le *jus excluendi* distingue la propriété des autres droits réels, avec pour objectif d’assurer la suprématie absolue de la propriété (cf. supra §438 et s.). Seulement, si le schéma d’une propriété parfaite est omniprésent dans l’approche civiliste, la portée de la propriété se limite proportionnellement à son niveau de perfection. Cette caractéristique impose à la propriété de se dépasser et par là d’accepter l’imperfection, pour ne pas aboutir à une propriété certes parfaite, mais extrêmement réduite. Ce dépassement s’opère au travers de la relation droit, chose, et plus spécifiquement par le jeu de la représentation de la chose. En raison de l’imperfection, la chose est amenée à évoluer, selon une logique semblable à celle observée pour la nouvelle définition du sol en trois dimensions, soit le processus de conceptualisation de la chose (cf. supra §640 et s.). C’est cette proximité dans l’approche de la notion de la chose qui justifie l’examen de la notion de perfection.

Le concept de propriétés imparfaites conforte le principe d’une propriété volumique, comme les modalités d’appropriation d’un volume dans le cadre du Code civil (§2). Ce constat suppose en amont de détailler le concept de propriété parfaite, pour comprendre comment à partir d’un schéma idéal, le code développe un système, un mode opératoire, lui permettant d’étendre son modèle de propriété, en jouant sur la relation droit, chose (§1). À ce préalable s’en ajoute un autre, sans doute plus étonnant, mais essentiel, celui de revenir brièvement sur le sens de la relation droit, chose. La distinction, presque naturelle, entre ces deux notions prévaut aujourd’hui sans doute plus nettement qu’autrefois. Pourtant, cette distinction revendiquée ne doit pas escamoter une tendance à la connivence de ces concepts, tout aussi naturelle, qui reste à l’œuvre (§Preliminaire).

§ Preliminaire les concepts de droit et de chose entre distinction et confusion

(720.) Consacrer à ce stade un paragraphe au principe de la distinction chose, droit s’opposant à celui obsolète de la confusion du droit, peut surprendre. La nécessité d’une approche distincte de ces deux concepts, plusieurs fois abordée, et clef de la propriété volumique résultat de la division de la chose, pourrait passer pour un truisme. Pour autant, sans remettre en cause ce principe, ces notions nécessitent encore quelques développements axés cette fois sur leur relation ou dynamique, qui vient défier un cloisonnement idéal.

Ce complément est une invitation, sans renier le choix d'une distinction du droit de propriété et de son objet, à reconnaître des zones de chevauchement entre ces deux termes, et non une opposition frontale. Par exemple, pour introduire notre propos par un point de sémantique, il est possible de signaler, sinon une incohérence, à tout le moins un paradoxe terminologique dans les notions de division de la chose et de démembrement du droit. Pour exprimer la scission de la chose, on parle de division, renvoyant d'abord à une opération intellectuelle, et pour le droit, le terme employé est démembrement, qui à l'inverse se rapporte à une action corporelle¹⁶⁹³. Or, si comme on peut le supposer, la chose sol est synonyme de matière, et le droit une opération de l'esprit, alors la division devrait concerner le droit, et le démembrement la chose.

Cette remarque linguistique pourrait simplement relever de l'anecdote, ou alors témoigner d'un flou persistant dans la distinction chose, droit, comme cela semble plus probable.

(721.) Comme les variations dans le temps, observées à propos du concept de propriété (cf. supra), la relation chose, droit semble en apparence avoir connu une évolution binaire : hier la confusion, aujourd'hui la distinction.

D'ailleurs, la confusion droit, chose continue d'influencer la doctrine, y compris celle la dénonçant (cf. supra). De plus, il est intéressant de noter le large rejet du principe de la confusion au sein de la doctrine, transcendant même les clivages traditionnels, par exemple : F. Terré et P. Simler, F. Zenati et T. Revet, P. Berlioz, D. Sizaire, N. Le Rudulier pour n'en citer que quelques-uns de ceux qui se retrouvent sur cette ligne. Cependant, si dénoncer ce travers fait l'unanimité, une analyse plus positive de la relation entretenue par chacun de ces termes dans le système du droit des biens, semble faire défaut. Que suppose ou a supposé par le passé le rejet de la confusion ? Peut-on passer d'une confusion totale à une distinction parfaite ? Si la réponse à ces questions est délicate, il est revanche certain que l'heure n'est plus à la confusion. D'ailleurs, la définition du mot démembrement du dictionnaire de G. Cornu diffère du sens commun. Juridiquement, démembrer, c'est l'« action de détacher certains droits de la propriété ». Démembrer est donc utilisé par les juristes au sens figuré, c'est-à-dire « action de priver de certains de ses éléments un ensemble formant un tout organique, de le décomposer en divers éléments ; ». Et, ce tout organique ne renvoie pas forcément à un corps. Cependant, la corporalité s'estompe difficilement. Pour mémoire, démembrer est étroitement lié à la propriété de l'Ancien Régime, aux liens presque physiques unissant les hommes entre eux. D'ailleurs, démembrement signifie aussi, plus spécifiquement selon le TLFi : « Action de partager un territoire, une terre en plusieurs

¹⁶⁹³ Définition TLFi. Entrée « Démembrer » : Action d'enlever, d'arracher les membres d'un corps.

morceaux... portion de terre ainsi partagée.». Cette brève réflexion à propos des termes « diviser » et « démembrer », atteste, à tout le moins, d'une certaine porosité entre ces termes. Il est délicat d'aller au-delà sans une analyse d'ensemble hors de propos pour ce paragraphe préliminaire, d'autant que le sujet est certainement commun au droit civil et à la *common law* (cf. supra §577 et s.).

Tout au plus, peut-on émettre l'hypothèse selon laquelle la relation droit, chose est l'un des rouages de la théorie du droit de propriété, évoluant comme le concept de propriété, voire servant l'évolution de celui-ci.

(722.) Loin d'appartenir seulement au passé, la problématique de la relation droit, chose s'assimilerait plus à un processus, toujours en cours, dont la stabilisation n'est pas encore atteinte, et pourrait ne jamais l'être.

Une confusion idéale entre la chose et le droit n'a probablement pas plus existé, que n'existe ou n'existera une distinction parfaite. En agissant conjointement sur le droit et la chose, la propriété volumique ou superficière symbolise l'évolution incessante de ces concepts. Elle oblige non seulement à emprunter le chemin sinueux de la distinction entre la chose et le droit pour comprendre la dynamique à l'œuvre, mais en redessine les contours, jusqu'à la nature de la propriété, variant entre la propriété d'une chose, versus la propriété d'un droit. Ce questionnement impulsé par la problématique volumique, ne signifie pas l'abandon de la distinction, au contraire. Elle se trouve même être l'aiguillon conduisant à la propriété volumique, mais cela ne doit pas masquer comment la propriété utilise ces deux notions, les glissements qu'elle opère pour parvenir à ses fins, à savoir une propriété individuelle et exclusive.

La perfection, qui fut un caractère longtemps associé à la propriété, permet de rendre compte du processus d'organisation de ces notions puisque ce sont d'elles, et en particulier de la chose, que dépend le degré de perfection de la propriété. Avec la notion de perfection se confirme la distinction comme une certaine forme de confusion entre chose et droit, via par exemple le processus de réification.

§1 Une distinction droit chose parfaite pour une propriété parfaite

(723.) L'équation de la propriété parfaite se résume à une chose appropriée exclusivement par un individu, sans que cette relation ne puisse être perturbée d'aucune sorte.

Cette propriété idéalisée est une reprise de l'homme à l'état de nature, proche de la soustraction de choses relevant de la communauté négative, pour reprendre l'expression utilisée par Pothier. Le schéma est celui de la confusion entre le droit et la chose puisque le droit ne rencontre, ou ne rencontrerait, aucune interférence dans l'investissement de la chose. Or, cette proposition contient à sa base un biais, justifiant l'emploi du conditionnel. Le caractère appropriable même d'une chose, comme ses modalités, relève du droit, donc d'une forme de convention. Ce constat invalide dans son principe, une propriété parfaite, caractérisée par une relation inconditionnelle entre un sujet et sa propriété. Certaines composantes de cette convention sont historiques rendant difficile leur traçabilité, d'autres échappent et échapperont sans doute toujours à l'esprit scientifique, englobant la science juridique. Il n'en demeure pas moins que la propriété parfaite est relative. En cela, la recherche de la perfection est de peu d'intérêt, puisque l'inclinaison du dispositif est en faveur de l'imperfection.

En revanche, en se plaçant dans cette perspective de l'imperfection, la propriété parfaite retrouve du sens, dans la mesure où cette figure peut être analysée comme le référentiel de la propriété du code, le point zéro de la relation chose, droit (A). Ce modèle idéal se doit d'évoluer sous le coup des épreuves que lui impose le développement du corps social ; la mine en est l'exemple parfait. Pour cela, l'idéal du modèle unique originel doit être dépassé, au profit d'un système dont la propriété parfaite n'en sera que le pygmalion (B).

A. La propriété parfaite un idéal originel impraticable pris isolément

(724.) le caractère parfait de la propriété est un sujet ambitieux, en raison de ses implications qui dépassent, et de loin, le droit des biens. Son traitement sera donc partiel, mais aussi succinct puisque l'objectif n'est pas une présentation exhaustive. Il s'agira plus modestement d'abord d'esquisser à grands traits les causes que sous-tend l'idée d'une propriété parfaite, y compris en dehors du droit (1). Puis, la notion de propriété parfaite sera réexaminée, cette fois plus précisément dans le cadre de la science juridique, via son rapport au binôme chose, droit qui révélera l'idéalisme de ce concept (2), un idéal assez pauvre pris isolément (3).

1. Questionnement sur l'origine de la notion de propriété parfaite

(725.) Comme le concept de propriété, l'origine de la propriété parfaite conserve une part de mystère, et les deux semblent liés. Le processus qui conduisit à l'avènement de la propriété

du code témoigne dans son ensemble d'une volonté de parfaire la relation que l'homme entretenait avec les choses. La Révolution et le Code civil permirent de concrétiser précisément cette volonté, en supprimant le système foncier de l'Ancien Régime jugé imparfait (a). Ce changement aussi important soit-il, ne paraît cependant pas en mesure de contenir la notion de propriété parfaite dont les racines seraient bien plus profondes et anciennes (b).

a. La quête d'une propriété immobilière parfaite

(726.) Avant même de se poser la question des origines de la notion de propriété parfaite, d'autres interrogations seraient légitimes : quel est le sens d'une propriété parfaite ? Quels sont, s'ils existent, les autres exemples de propriétés parfaites ? Ou bien, est-ce un privilège unique ?

Autant de questions, auxquelles il est difficile de répondre, et probablement impossible. L'idée de perfection de la propriété semble très ancienne, presque inhérente au concept de propriété civiliste. L'origine du désir d'une propriété parfaite est elle-même difficile à établir. La propriété du sol semble avoir été particulièrement sensible à cette aspiration à la perfection. Dans ce domaine, la perfection est certainement synonyme de propriété idéale.

Sans doute, une première explication à la perfection est à rechercher dans l'origine révolutionnaire de la propriété. Étymologiquement parfait s'oppose à imparfait, soit défectueux, vicié, etc. L'adjectif imparfait est d'un usage courant en droit, un prix imparfait, une transaction imparfaite, un accord imparfait, renvoyant à l'idée de non-respect d'une norme, par définition, de référence, voire une norme idéale. Or, la propriété du code participant à la création d'une société nouvelle, était censée représenter la perfection par rapport à la société de l'Ancien Régime et sa propriété, justement imparfaite. L'imperfection de cette dernière tenait à sa division, à l'impossibilité de réunir sur une même tête toutes les prérogatives d'une chose favorisant la dépendance des uns vis-à-vis des autres (Cf. Supra §531 et s.). La volonté de disposer d'une propriété proche du modèle suprême de la propriété romaine n'est sans doute pas non plus étrangère à l'idée de perfection. Aujourd'hui encore, cette notion sert de critère pour établir la primauté du droit de propriété, non pas au regard d'un autre type de propriété, mais vis-à-vis des autres droits réels prévus par le code.

Ainsi, la propriété du sol serait parfaite, simplement parce qu'elle permet à un individu de se réserver sans partage une chose, parce qu'elle est individuelle et exclusive. Cette inclination aux accents tautologiques conduit naturellement, vers la recherche d'un droit de propriété, le plus parfait, le plus idéal voire, le plus absolu et bien au-delà.

b. Pour une propriété parfaite une loi parfaite un homme parfait un Dieu parfait

(727.) Cette figure d'un droit de propriété faisant de son titulaire le souverain absolu de sa chose, rencontre de nombreuses idées révolutionnaires. Toutefois, si la Révolution contribua à promouvoir la perfection, notamment grâce au droit, l'aspiration n'est pas née de la Révolution.

Économiquement, avec une propriété parfaite le propriétaire peut disposer de son bien comme il l'entend. Il peut donc, en particulier, l'aliéner sans entrave. Cette perfection du droit fait elle-même écho à celle du bien-fonds, qui se précise également au moment de la Révolution en étant doté alors de limites accédant à l'individualité dans le monde des choses (cf. supra §115 et s.). Socialement, cette propriété parfaite s'inscrit dans l'optique de la petite propriété de type *yeoman* ou Jeffersonienne de cette période, comme le rapporte le doyen Carbonnier¹⁶⁹⁴. La perfection du lien noué entre une chose et un individu illustre également la propriété lockéenne. La chose devient propriété d'un individu, en tant que prolongement de l'individu lui-même, pris comme un corps, par l'effet de son industrie. La chose est le moyen par lequel un individu assure sa survie, son développement, soit par un usage direct de la chose, soit par son échange (cf. supra). La confusion entre la chose objet de propriété et le corps de son détenteur symbolise la perfection.

La loi elle-même fut concernée par cette idée de perfection. Le code a été perçu, au moins par une partie de la doctrine, comme la loi parfaite. La loi conforme au droit « naturel et immuable », ¹⁶⁹⁵ que l'on retrouve à l'article premier du livre préliminaire du Code civil ¹⁶⁹⁶.

Au-delà, l'appel à la perfection de la propriété témoigne sûrement d'une inclinaison aristotélicienne du droit et de son institution phare. La perfection de la propriété reflète celle du monde du vivant, et au sein de cette catégorie hiérarchisée, celle de l'homme que l'on retrouve chez Aristote¹⁶⁹⁷. « L'HOMME est le roi de la nature : tous les autres êtres sont destinés à son service ou à son usage, suivant le décret du Créateur. », comme le disait Proudhon (cf. supra §473 et s.).

Enfin, et sans que ces brèves explications épuisent la question, la perfection de la propriété peut aussi être rattachée à la religion, et, en particulier, à la religion chrétienne. À la

¹⁶⁹⁴ J. Carbonnier, « Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur », 10e édition, Broché, 2001, p. 371 : Chapitre IV « les dimensions personnelles et familiales de la propriété ».

¹⁶⁹⁵ S. Bloquet, « Quand la science du droit s'est convertie au positivisme », RTD Civ. 2015 p. 59.

¹⁶⁹⁶ « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes ».

¹⁶⁹⁷ R. Bodéüs, « Aristote, une philosophie en quête du savoir », Vrin, 2002, p.86 et s. : « Pour Aristote, le corps céleste et le corps de l'animal supérieur (l'homme), sont des sommets de perfection, car dans le mouvement de l'un et l'activité de l'autre, le philosophe voit au fond, la fin de la nature, réalisée sous ses formes les plus sublimes. » ; voir aussi, Miller, Fred, « Aristotle's Political Theory », The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/aristotle-politics/> : « Pour les êtres humains la finalité du bien ou du bonheur (eudémonisme) consiste à atteindre la perfection... »

perfection de la propriété répond l'image d'un dieu idéal et unique¹⁶⁹⁸, à l'origine de l'univers et de la Terre, Terre qui est seulement confiée aux hommes. Dès lors, le domaine de Dieu épouse les traits de son créateur, comme le lien qui unit l'homme à ce domaine, la propriété. Par suite, le statut de propriétaire contribue à rendre l'homme parfait en vue du retour vers Dieu, légitimant une société de propriétaires. L'ordre des choses, ou le droit naturel, comme moyen d'organisation de la mise à disposition du domaine de Dieu, offert aux hommes, contient également la dimension de perfection, en comparaison droit positif. Le second (droit positif) a pour mission de mettre en œuvre le premier (droit naturel), mais aussi de s'y conformer, avec l'éternelle question de savoir si l'homme peut agir sur les choses ou « si l'action est une pure illusion »¹⁶⁹⁹.

Cependant, le schéma d'une propriété parfaite va justement devoir composer avec l'action de l'homme. Cette action suppose l'interaction avec d'autres individus que le propriétaire de la chose, se traduisant par une emprise de plus en plus forte du droit positif, et, corrélativement une potentielle remise en cause de la perfection de la propriété.

2. La figure de la propriété parfaite ou la confusion idéaliste du droit et de la chose

(728.) La propriété parfaite est un idéal aux racines multiples, qui peine à trouver une traduction en pratique, comme le démontre l'analyse juridique.

Le droit témoigne, et garantit même, le caractère individuel et exclusif de la propriété servant de soubassement à l'idée de perfection. Dans le même temps, il dévoile la dimension sociale de la propriété, qui ne peut être limitée au rapport entre le propriétaire et sa chose, puisque la simple idée d'une intervention du droit transforme la propriété en une institution sociale¹⁷⁰⁰. Ceci représente une première difficulté de taille par rapport à l'ambition idéale d'une propriété parfaite, d'une propriété se limitant à la relation individu, chose. Le constat s'impose, y compris avec un état minimaliste du type lockéen (cf. supra §118 et s.). L'attribution de prérogatives minimales à la sphère publique, par exemple trancher les litiges entre deux propriétaires en matière de propriété, valide à elle seule le principe d'une tierce intervention dans la relation individu, chose. Le simple fait que cette chose puisse être objet de propriété, une propriété objective selon la théorie du *jus excluendi*, est source de convention, même si cette convention a pour finalité d'objectiver la chose (cf. supra §389

¹⁶⁹⁸ M. F. Renoux-Zagamé, « Du droit de Dieu au droit de l'homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété. », *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*, No 1, Paris: P.U.F., 1985, p. 16-31

¹⁶⁹⁹ E. Boutroux, « L'idée de loi naturelle dans la science et la philosophie contemporaines : Cours professé à la Sorbonne en 1892-1893 », Paris 1913, p. 11.

et s.). À sa manière, Thiers, l'un des plus ardents défenseurs de la propriété, confirme ce point de vue quand il dit : « Le fait que la propriété, est un droit. Ce fait est le plus respectable, le plus fécond de tous, le plus digne d'être appelé un droit, car c'est par lui que Dieu a civilisé le monde, et mené l'homme du désert à la cité, de la cruauté à la douceur, de l'ignorance au savoir, de la barbarie à la civilisation. »¹⁷⁰¹. Plus simplement, l'article 544 attribue au propriétaire les pouvoirs les plus larges sur sa chose, tout en les bornant au respect de la loi et des règlements.

À partir de là, certaines choses sont appropriables, d'autres pas, ou seulement dans certaines conditions. Par exemple, un terrain peut tout à fait d'un point de vue matériel, ou objectif, remplir les conditions d'un bien relevant de l'article 544, mais en être soustrait par l'application d'une règle de droit public.

(729.) La mise au format par le droit de la propriété suffit-il à invalider le principe d'une propriété parfaite ? La prudence est ici de mise.

La réponse est en effet positive, si l'on se place dans l'optique de choses attribuées à un individu en dehors de toute contrainte ; dans le même temps cette configuration se place dans le champ du fait, non du droit. Il est encore possible de répondre positivement, si la prérogative de la puissance publique est analysée comme étant de même nature que celle détenue par un individu. Par exemple, et c'est certainement un point de différence avec les pays de *common law*, une restriction au droit de construire, voire l'interdiction, venant du droit de l'urbanisme, peut être assimilée à la création d'un droit réel. La théorie du *bundle of rights* (faisceau de droits), notamment influencée par la science économique, contribue à analyser sur un pied d'égalité, prérogative de la puissance publique et droit réel, résultat d'un démembrement, comme probablement certains auteurs classiques¹⁷⁰². Ainsi, peut-on considérer la prérogative publique comme une atteinte à l'exclusivité du propriétaire, tout comme le serait un démembrement synonyme de propriété imparfaite (cf. infra §738 et s.). Inversement, en considérant l'intervention du droit comme relevant d'une nature différente de celle de la création d'un droit réel, le principe d'une propriété parfaite peut-être maintenu. Notons que cette perfection ne contrevient pas à l'orientation que le droit donne à la chose, qui atteste du caractère conventionnel, au sens philosophique, de la propriété. En suivant ce

¹⁷⁰⁰ Pour un raisonnement *a contrario* voir : H. Demsetz, « *Toward a theory of property rights* », The American Economic Review, Vol. 57, 2, mai, 1967, 347-359. : « Au pays de Robinson Crusoe la propriété ne joue aucun rôle. ».

¹⁷⁰¹ N. M. Lesenne, « La propriété avec ses démembrements (usufruit, usage, habitation), suivant le droit naturel, le droit romain et le droit français », Paris, 1858 : Introduction.

¹⁷⁰² M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété » : RTD civ. 1905, §7 p.446 « De même, la propriété étant, par définition, non pas le droit de tirer d'une chose tous ses services sans exception, mais tous ses services sauf exception, elle n'a point de lacune, si l'on peut dire, dans sa structure, elle reste conforme à sa définition, elle ne cesse pas d'être entière, lorsque les lois et conventions la rétrécissent par telles exceptions. Seulement elle est alors, bien

raisonnement, cela revient à dire que la propriété parfaite est un bien. Ainsi, une forme de perfection peut être revendiquée, mais ne serait rien d'autre que la capacité de la propriété à répondre à sa finalité, ce qui est le propre de tout mode d'appropriation. Le seul moyen de dépasser ce modeste constat serait de défendre la posture selon laquelle, la propriété individuelle est le mode d'appropriation parfait, comparativement aux autres systèmes. Une telle proposition supposerait d'établir une orientation individualiste de l'état de nature qu'incarnerait la propriété civiliste. Si l'appropriation individuelle et exclusive n'est pas le fait du droit, cela signifie qu'elle lui préexiste, c'est-à-dire qu'en dehors même du droit, la propriété des choses est individuelle et exclusive. Un tel argument paraissant difficile à soutenir aujourd'hui, il faut donc se contenter de la conclusion limitée, à l'instant formulée et refuser de préjuger du reste (cf. supra §8).

Ainsi, retenir l'idée d'une propriété parfaite c'est assimiler cette notion avec celle d'un bien approprié, ou au moins appropriable, une propriété objective destinée à être la propriété d'un seul. Est-il possible de définir plus avant cette propriété idéale ? Sans doute pas, même s'il est tentant de le vérifier.

3. La figure de la propriété parfaite : un idéal réducteur et assez pauvre

(730.) Quel est l'idéal de la propriété parfaite, ou plus simplement qu'est-ce qu'une propriété parfaite ? Répondre : un bien, n'est pas d'une grande utilité, puisque cela revient à dire : la propriété parfaite, c'est la propriété du code. Pousser plus avant serait sans doute un simple retour à la question, qu'est-ce que la propriété ?

Il y a d'ailleurs un parallèle entre ces deux questions qui tient certainement à l'influence du droit naturel. La propriété se limiterait à être une évidence, et le caractère parfait serait lui aussi tout aussi évident. En raison de ce caractère, la doctrine s'est attachée aux contours de la propriété imparfaite, et s'est assez peu préoccupée de développer la notion de propriété parfaite. L'évidence est avant tout un constat¹⁷⁰³. Toullier propose une définition que l'on retrouve chez d'autres auteurs. Claire d'énoncé, cette définition renseigne en réalité peu sur le contenu du concept : « ... on divise la propriété en deux espèces : propriété parfaite, propriété imparfaite. Elle est parfaite, lorsque le propriétaire n'est gêné dans l'exercice d'aucun des droits qu'elle renferme, lorsqu'aucun de ces droits n'en a été détaché ; »¹⁷⁰⁴.

qu'entière, incomplète, imparfaite, car elle n'a pas toute l'étendue dont elle est susceptible.». cf. aussi le commentaire Cass. 24 juin 1857, D.P. 1857. I. 401 sur le sujet de la fiscalité.

¹⁷⁰³ Dictionnaire TLF. Entrée « évidence » : Caractère de ce qui est immédiatement perçu par les sens et notamment par la vue. », ou « Caractère qui entraîne immédiatement l'assentiment de l'esprit, soit à partir d'un raisonnement, soit à partir de la constatation de faits. ».

¹⁷⁰⁴ C.-B.-M. Toullier, « Le droit civil français suivant l'ordre du Code », Nouvelle édition, augmentée en Belgique, t. II, Bruxelles, 1845, p.23 §92 : « D'après les principes que nous venons d'établir, on divise la propriété en deux espèces :

Demolombe est sur une ligne semblable en disant : « la propriété (parfaite) c'est le faisceau de tous les droits réels possibles sur une chose (art 544) ; »¹⁷⁰⁵. Proudhon, pour qui le critère de la perfection était sans incidence sur la qualification de propriété, disposait d'une approche semblable (cf. supra §473 et s.). Ces auteurs reprennent peu ou prou la position de Pothier, puisque ce dernier précisait sur ce sujet : « Une propriété est pleine et parfaite, lorsqu'elle est perpétuelle, et que la chose n'est pas partagée de droits réels envers d'autres personnes que le propriétaire. »¹⁷⁰⁶. Il est important de noter que ce dernier auteur précéda les deux premiers et s'exprimait avant la Révolution. Sous la plume de Pothier, la notion de propriété parfaite avait un sens qu'elle a perdu depuis l'avènement du code. Parler de propriété parfaite avant la Révolution, c'est d'abord mettre en exergue l'imperfection du domaine divisé. Une fois la propriété du code promue, le contre modèle disparaît, et le concept de propriété parfaite devient simplement la propriété, sauf retour à l'ordre ancien. La notion de perfection perd mécaniquement de son intérêt, et peut même tendre à une vision erronée de la relation droit, chose. La propriété parfaite laisse en effet à penser que le droit se trouve seul vis-à-vis de la chose. Contrairement au domaine divisé ou au démembrement, ce droit ne souffrirait d'aucune concurrence, ouvrant la voie à une maîtrise du propriétaire sans limites. La propriété, droit réel, établirait une relation directe avec les choses en dehors de toute contrainte. Or, une prérogative ne peut être en contact direct avec une chose, comme l'a fort bien démontré Kant¹⁷⁰⁷ (1853-1931).

Cela ne remet pas en cause la distinction droit réel, droit personnel comme certains auteurs ont pu le prétendre, mais la chose en relation avec le droit est un objet de droit, en l'occurrence un objet de droit de propriété¹⁷⁰⁸. Comme le dit Kant : « Il n'est possible d'avoir quelque chose d'extérieur comme sien que dans un état juridique, sous un pouvoir législatif

propriété parfaite, propriété imparfaite. Elle est parfaite, lorsque le propriétaire n'est gêné dans l'exercice d'aucun des droits qu'elle renferme, lorsqu'aucun de ces droits n'en a été détaché ; Imparfaite, lorsqu'il est gêné dans cet exercice, lorsque quelques-uns de ces droits en ont été détachés. La propriété est plus ou moins imparfaite, suivant l'étendue, l'importance et le nombre des droits qui en ont été détachés. », voir aussi p. 22 §90 : « Le propriétaire, qui peut aliéner son droit de propriété en entier, peut, à plus forte raison, ne l'aliéner qu'en partie... Il peut donc, en faveur d'un tiers, renoncer à quelques-uns des actes que comprend le droit de propriété parfaite... ».

¹⁷⁰⁵ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §471 p. 353 : « La propriété, la pleine et parfaite propriété, confère au maître sur sa chose, d'une manière absolue et exclusive, tous les droits dont cette chose est susceptible; la propriété c'est le faisceau de tous les droits réels possibles sur une chose (art 544) ; ».

¹⁷⁰⁶ M. Pothier, « Traité de droit civil et de jurisprudence française », Tome IV. Paris, 1774, p. 346.

¹⁷⁰⁷ E. Kant, « Eléments métaphysiques de la doctrine du droit (Première partie de la métaphysique des mœurs) », trad. Barni, Paris, 1853, p.88 et 89 : « La définition du droit sur une chose, à savoir : Le droit envers tout possesseur de cette chose est une bonne définition de mot. Qu'est-ce qui fait que je puis revendiquer une chose extérieure auprès de quiconque en serait détenteur et le contraindre à m'en remettre la possession ? Ce rapport juridique serait-il un rapport immédiat de mon arbitre à une chose corporelle. Il faudrait alors, le devoir correspondant toujours au droit, que celui qui pense que son droit ne se rapporte pas immédiatement à des personnes, mais à des choses, se représentât (bien que d'une manière obscure) la chose extérieure comme demeurant obligée à l'égard de son premier possesseur, quoiqu'elle fut sortie de ses mains, comme se refusant à tout autre soi-disant possesseur, puisqu'elle est déjà obligée vis-à-vis du premier [...]. Il est donc absurde de concevoir l'obligation d'une personne envers des choses et réciproquement, quoi qu'il soit très permis de rendre sensible par cette image le rapport juridique et de s'exprimer ainsi. ».

¹⁷⁰⁸ Pour une présentation récente de cette problématique voir M. Xifaras, « La Propriété : Étude de philosophie du droit », PUF, 2004, p. 31 et s.

public, c'est-à-dire dans l'état civil. »¹⁷⁰⁹. La chose objet de propriété, doit sa finalité au droit. Cette chose existe en dehors du droit comme relevant du monde sensible, mais se situera également en dehors du droit, sauf à être reconnue par celui-ci. Ainsi, la notion de perfection se limite-t-elle à exprimer la dimension individuelle et exclusive de la propriété dans la perspective du droit, et un bien lorsque la chose est visée ; et, ce constat revient à celui fait en introduction de ce paragraphe.

Prise isolément, sans même parler de l'analyse erronée qu'elle favorise, la propriété parfaite est un concept assez pauvre et redondant ; la propriété parfaite n'est rien d'autre, que la propriété d'un bien en l'absence de tout démembrement. Or, la propriété peut, et même, doit pouvoir être démembrée, dans le respect des conditions que le code prévoit à cet effet. À défaut, le champ de la propriété serait trop restreint pour coïncider avec le besoin de développement économique du corps social. La propriété parfaite serait donc seulement un point de départ, l'entrée vers le système de propriété civiliste.

B. La propriété parfaite seulement référence du système de propriété du code

(731.) La propriété parfaite en elle-même a peu d'intérêt pour le droit, dont la charge est d'organiser la relation entre l'homme et les choses. Pour atteindre cet objectif, le concept de propriété doit disposer d'une certaine dynamique. Il doit pouvoir être dupliqué, modélisé ce qui suppose un processus, une structure opératoire (1). Au cœur de ce processus général s'en trouve un second déjà rencontré (cf. supra §65 et s. §394 et s.), la réification, ou la réduction à l'état d'objet (chose) de choses abstraites (droit) (2).

1. La propriété du code un système destiné à parfaire les choses

(732.) La figure idéale de la propriété est une voie sans issue ou appauvrissante comme la quête d'une propriété parfaite, c'est pourquoi elle doit être remplacée dans le système du code. Limiter la propriété à une propriété non démembrée, signe de la perfection, n'a pas de sens économiquement, puisque seuls relèveraient de la propriété, les biens non grevés d'un droit réel. Difficilement praticable, une telle orientation nuit au surplus, par principe, à un projet de démembrement, pourtant porteur d'optimisation de la chose. Le droit de superficie incarne

¹⁷⁰⁹ E. Kant, « Éléments métaphysiques de la doctrine du droit (Première partie de la métaphysique des mœurs) », trad. Barni, Paris, 1853, p. 80 : titre §VIII.

cette idée d'une organisation non unitaire de la chose, en vue d'optimiser la ressource qu'elle représente, mais c'est aussi le propre de tous droits réels : servitude, usufruit, etc. Ainsi, juridiquement, la propriété parfaite ne permet pas de rendre compte de l'intégralité du spectre de la propriété. En se focalisant sur une propriété non démembrée, c'est-à-dire une chose vue par le droit, mais dont l'action de ce dernier est minimale, il est possible de soutenir que le législateur se limite à procéder à l'inventaire du mobilier du monde. Or, comme nous venons de le voir, il n'en est rien. Le simple fait d'inventorier, de choisir ou pas telle chose, d'opter pour le rattachement de telle chose à telle catégorie, etc. correspond déjà à une inclination (cf. supra 550 et s.). J.L. Bergel confirme cette observation, quand à propos des catégories juridiques il déclare : « Les catégories juridiques ne sont pas de simples données du réel, ni même du droit positif. Elles ne préexistent pas à l'intervention des juristes ou à la science du droit. Elles en sont au contraire l'œuvre constante. Ce sont leurs constructions intellectuelles [...]. Elles procèdent donc de choix intellectuels, même si ceux-ci sont orientés par l'observation des faits et l'étude du droit objectif. Les catégories ne valent donc que ce que valent les choix qu'elles expriment et l'utilité qu'elles représentent. »¹⁷¹⁰.

Au-delà de cette conclusion incontestable, le principe même d'une propriété parfaite s'opposant à une propriété imparfaite, n'est pas satisfaisant. Ce postulat revient, en effet, à masquer l'orientation du droit donnée par le code. Le système de propriété du code reste dans la pénombre, seul le concept de la propriété parfaite bénéficie de la lumière. Tout se passe alors, comme si la propriété parfaite suffisait par elle-même à couvrir le spectre du mode d'appropriation du code, souffrant, à peine ici ou là, des exceptions ou imperfections. En réalité, la propriété parfaite n'est que le modèle exprimant le choix matérialiste et objectiviste des rédacteurs du code. Ce choix est appelé à se déployer en un système de propriété, suffisamment large pour répondre aux besoins du corps social, système. Bien entendu, ce système respectera l'orientation initiale, la matérialité, l'objectivité, tout en supposant des adaptations nécessaires au respect de ce dessein. La propriété parfaite n'est qu'une invitation à l'imperfection.

(733.) Le schéma de propriété à la base du code est celui d'un sujet disposant d'une prérogative la plus étendue qui soit sur une chose, s'appliquant à des situations variées pour lesquelles ce maximum est parfois hors d'atteinte.

Il n'est pas ici question de l'accroissement des interventions de la sphère publique, qui au fil du temps sont venues épaissir le trait de la propriété objective. L'analyse consiste à présenter

¹⁷¹⁰ J.-L. Bergel, « Théorie générale du droit », 5e Édition, Dalloz, 2012 §179 p. 238.

comment le système de propriété du code assimile des choses, sur l'exemple de la propriété parfaite, dans le but de leur appliquer le même modèle de propriété. L'exemple le plus net est celui du lot de copropriété. Sans développer ce point situé en dehors de notre propos (cf. supra §39), signalons tout de même que cette propriété porte sur une chose dont le contenu matériel diffère profondément de celui d'un fonds de terre ou d'un bâtiment. Pourtant, en dépit de cette différence, le droit objective, réifie, la chose « lot de copropriété » pour l'assimiler par exemple à la chose « maison » au regard du droit de propriété.

D'autres situations, plus traditionnelles, s'inscrivent dans la même logique. La servitude par exemple est perçue comme étant d'abord attachée au bien, lui donnant son caractère réel. Elle l'est, puisque comme l'indivision forcée, la servitude est un accessoire d'au moins deux fonds privés. D'ailleurs, la servitude, ou service foncier, est considérée comme attachée au fonds.

Par l'intermédiaire du processus de réification, la relation à la chose, le droit de propriété, ne s'en trouve pas affecté sur le principe, même si la propriété d'un bien grevé d'une servitude diffère d'un bien sans servitude. Cette charge pèse sur le fonds (la chose) et non sur son propriétaire (le sujet). Toutefois, le droit de propriété du fonds servant ne peut ignorer cette particularité. Comme le précisent F. Terré et P. Simler, la servitude : « apparaît comme un démembrement de la propriété, comme une amputation du droit de propriété »¹⁷¹¹. Une servitude est donc un droit, une prérogative, qui vient limiter une autre prérogative, celle du propriétaire. Le sujet, comme la dimension subjective, ne peut être totalement exclu. Cela vaut pour toutes les servitudes, même si parfois cette dimension subjective est plus faible, comme pour les servitudes dites naturelles ou dérivant de la situation des lieux. À l'époque du Code civil, où le cadastre devait être une œuvre éternelle, il était possible de penser que les choses, en particulier le sol, étaient des données invariables. L'homme ne faisait alors qu'accompagner l'ordre des choses, ou s'y plier. Aujourd'hui, à l'heure où l'homme déplace des montagnes, crée des lacs de plusieurs milliers de km², fore le sol à des profondeurs de plus de 10000 mètres, etc., l'intervention de l'homme, comme les choix qui en sont à la base, est indéniable.

La relation homme, chose ne fait pas exception à la règle, voulant que l'homme dispose d'un libre arbitre dans cette relation. La matière ne peut exclure le sujet. La lune existe sans doute lorsque l'on arrête de la regarder, en même temps si personne n'est à pour la regarder... (cf. supra §45 et s.). Cette conclusion vaut pour le juriste, même s'il a tendance à le contester, et à jouer de la matérialité en la mimant via le processus de réification.

¹⁷¹¹ F. Terré et P. Simler, « Droit civil, Les biens », (8e édition), 2010, Dalloz, §878 p. 770.

2. *La réification : le moyen pour atteindre la perfection*

(734.) La réification est la clef du système de propriété du code. Sur la base de choses relevant du monde tangible, la propriété désigne les choses qu'elle reconnaît comme telles (b). Ce niveau est celui de la propriété parfaite, qui est complété par un second niveau caractérisé par l'établissement de liens entre les choses. Ces liens prennent la forme de droits réels, ou de droits réifiés. Ces vecteurs de réification, qui déjouent un cloisonnement pur entre le droit et la chose, ont pour objectif le maintien de la chose (a). Le second niveau est celui des propriétés imparfaites. Cependant, les deux niveaux, loin d'être antinomiques et de s'opposer, fonctionnent selon un processus identique, aboutissant à un système (c).

a. Le droit réel : un droit réifié

(735.) Pour comprendre plus précisément, le rôle joué par la science juridique en matière de propriété d'un bien grevé de droit réel, il est nécessaire de revenir dans le détail sur l'opération qui tend à parfaire les choses, la réification.

Schématiquement, deux phases peuvent être distinguées. D'abord, premier point, il faut souligner que la servitude, pour poursuivre sur cet exemple, bien qu'attachée à la chose, ne modifie en rien la matérialité d'une chose. La chose est affectée par ce service seulement en sa qualité de chose appropriée ou appropriable. Cela va de soi pour les servitudes non apparentes, mais la règle est semblable pour les servitudes apparentes. Le sillon laissé par l'eau s'écoulant du fonds supérieur sur le fonds inférieur sera le même, que ces fonds appartiennent au même propriétaire ou à des propriétaires différents¹⁷¹². La construction placée en limite de propriété en respect d'une servitude d'alignement, sera identique à une construction ayant la même localisation par le seul choix du propriétaire. La matérialisation des servitudes apparentes est donc indépendante de ces servitudes qui résultent de choix, de la volonté du sujet.

À partir de là, il est possible de soutenir que les deux entités, la chose prise en dehors du droit et celle perçue par le code diffèrent, mais qu'elles diffèrent par l'effet du droit, et seulement par l'effet du droit. Avec cette première étape, apparaît comment le droit attache par convention, au sens philosophique, une servitude au sol ; comment il chosifie la servitude. Le code organise la fusion entre le fonds et la servitude en une chose susceptible d'être un objet de propriété à part entière.

¹⁷¹² Les eaux de ruissellement provenant des eaux de pluie ou de sources naturelles pourraient également être considérées comme relevant du domaine public au même titre qu'un fleuve.

D'ailleurs, et arrive ici le second point ; le droit de propriété du fonds servant se comportera comme si de rien n'était. Le droit reconnaît la distinction liée à la servitude. Simplement, l'exclusivité de l'article 544 ne sera pas remise en cause sur le principe. La chose représentant le fonds grevé d'une servitude sera considérée comme un fonds classique, par l'effet de la réification, même si dans les faits, le propriétaire sera privé d'une partie des utilités de sa chose. C'est en cela que la propriété du code est un système.

Sur la base de la figure parfaite, cohérente avec une appropriation individuelle et exclusive, la propriété du code est capable de déployer un processus conduisant à l'assimilation de figures patrimoniales ne présentant pas la même cohérence. La servitude sert à domestiquer, c'est-à-dire à individualiser dans la vision du code, la dimension collective inhérente, et parfois incontournable, dans une relation mettant aux prises aux moins deux choses et deux sujets.

b. Le bien : une chose réifiée

(736.) Pour expliciter le système du code au travers du rapport droit, chose, il est possible de dire que la science juridique identifie, nomme des choses relevant du monde extérieur, comme des choses appropriables. Cette étape marque l'avènement du bien ou de la propriété objective.

Ce bien sera par exemple un champ. Par l'effet de l'article 544, le titulaire du droit de propriété se rapportant à ce bien, se verra attribuer toutes les prérogatives susceptibles d'en être tirées. Toutefois, malgré des prérogatives les plus étendues qui soient, le propriétaire sera tenu de respecter les lois et règlements, comme, déjà en son temps, le remarquait Pothier¹⁷¹³. Pour reprendre l'exemple du champ, le propriétaire pourrait se voir interdire d'y construire, ou d'y planter certaines espèces. De plus, la chose pour devenir un bien appropriable a subi des transformations par l'effet du droit. Ainsi, la chose « champ » est identifiable par un système de localisation, puisqu'il est nécessaire que le champ dont il est question soit différenciable des autres champs. Il peut aussi avoir été borné, ou doit, à tout le moins, pouvoir l'être. La chose juridique « champ », en dépit de ces aménagements, réfère bien sûr toujours au champ, marquant l'objectivité de la chose civiliste, même si le champ dans sa matérialité n'a pas été affecté par l'œuvre du droit. Pour le formuler autrement, la conception dont il est question pour la chose « champ » tient au traitement de l'étendue de la chose « sol », et notamment de sa délimitation (cf. supra §104 et s.). Cette figure

¹⁷¹³ M. Pothier, « Traité de droit civil et de jurisprudence française », Tome IV. Paris, 1774, p.348 « ...quel qu'étendu que soit le droit qu'à un propriétaire de faire de sa chose ce que bon lui semble, il ne peut en faire néanmoins ce que les lois ne lui permettent pas d'en faire. ».

patrimoniale du bien est celle de la propriété parfaite. Un sujet unique dispose de toutes les utilités d'une chose (juridique) sans partage. La combinaison est simple et très efficace. Un sujet est à la fois libre et responsable du développement exclusif de la chose, qui n'est rien autre que son propre développement, dans un cadre prédéfini objectivement. Néanmoins, une limite importante est attachée à ce binôme : l'obligation de protéger la chose vis-à-vis d'autrui pour maintenir intacte l'exclusivité accordée au propriétaire. Or, l'homme vit en société supposant des relations, et certaines choses, dont en premier lieu le sol, ne peuvent être totalement isolées.

La propriété foncière ne peut pas être une addition linéaire de binômes chose, droit. Le tête-à-tête chose, droit subit des perturbations inévitables à la vie en société.

c. La réification système de production des choses juridiques

(737.) Le code, au travers de son système de propriété, dépasse la mise en commun de la chose via le détachement, par exemple d'un droit réel. Le procédé utilise les mêmes modalités que celles exposées ci-dessus à propos du bien objet d'une propriété parfaite. D'une certaine manière, la conceptualisation d'un bien, puis d'un bien grevé d'un droit réel, peuvent s'apparenter à deux niveaux de modélisation¹⁷¹⁴.

Ces deux opérations seraient même successives puisqu'un bien grevé d'un droit réel est avant tout un bien. Dans l'hypothèse du second niveau de conceptualisation (droit réel), la chose juridique est remaniée pour tenir compte de l'exception d'exclusivité, sans en remettre en cause le principe. Pour cela, la chose est dépouillée de l'une ou de plusieurs de ses utilités. Cette utilité est alors mise au service d'un autre fonds (ex : servitude), ou au profit d'un tiers (usufruit). À nouveau, il y a réification puisque le détachement, rattachement de l'utilité s'opère vis-à-vis de la chose. Si l'on reprend l'exemple du champ, déjà utilisé, la chose juridique du schéma de la propriété parfaite, a été modifiée pour intégrer la perte de l'utilité correspondant à une servitude. Avec cette seconde étape, un partage des utilités de la chose est opéré, faisant que ces utilités ne sont plus exclusivement attribuées à un sujet

¹⁷¹⁴ Voir pour une analyse à la fois proche et très différente W. Dross, « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? », RTD Civ. 2015 p. 27. L'auteur parle d'objet reconfiguré économiquement à propos des servitudes, tout en opérant une distinction entre droit et objet du droit. Néanmoins, cet objet reviendrait à la notion d'utilités ou de valeur, ce qui serait une forme de retour au droit ou à la prérogative : « Il était plus fructueux d'en rétablir l'exact objet. Le démembrement ne porte pas sur des prérogatives offertes par le droit de propriété, mais sur l'objet même que ce droit saisit. Seulement, la division qu'il opère ne porte pas sur l'objet appréhendé dans sa matérialité - car la division se ferait alors dans le plan ou dans l'espace -, mais dans sa dimension économique. » [...] « On diminue donc les utilités du fonds servant en augmentant réciproquement celle du fonds dominant et, ce faisant, on recompose l'objet du droit des propriétaires concernés. Leur propriété ne porte plus sur la totalité des utilités qu'offre un bien matériellement circonscrit mais sur un objet juridiquement reconfiguré dans une perspective économique. ». Toutefois dans ce même article, l'auteur considère, à juste titre que cette fois : « La propriété a pour objet une chose qui occupe une place définie de l'espace (cela qu'elle soit mobile ou immobile) et permet de profiter de l'ensemble des utilités qu'elle peut offrir. ». Ainsi, il existerait une distinction entre la chose et ce qu'elle permet, c'est-à-dire ses utilités. ».

unique. Toutefois, en dépit de ce partage, la chose juridique restera appropriable en vertu de l'article 544, c'est-à-dire qu'elle continuera à faire l'objet d'un monopole de la part d'un seul individu. Rappelons que la chose « champ » pour conserver le même exemple, n'a pas été affectée dans sa matérialité par l'instauration d'une servitude (cf. supra §734 et s.), et surtout, qu'elle demeure le référent de l'objet de propriété. Cette seconde modélisation opérant un partage des utilités de la chose, correspond à ce que les juristes classiques appelaient les propriétés imparfaites, l'adjectif imparfait traduisant l'atteinte à l'exclusivité (cf. infra §742 et s.). En réalité, lorsque l'on observe le système de la propriété du code, la chose grevée d'un droit réel correspond sans aucun doute à une étape supplémentaire, mais reprend le schéma de la propriété parfaite : la conceptualisation d'une chose relevant du monde tangible, appelée à être réservée à un seul individu.

La notion de propriété parfaite rend difficilement compte du système de propriété du code. La perfection s'associe d'abord à une propriété de droit naturel s'imposant d'évidence, et se suffisant à elle-même, souffrant tout au plus quelques exceptions ou imperfections. Le temps a montré que le point de faiblesse de la propriété du code, sa difficulté à sortir de la relation binaire chose, droit a pesé de plus en plus, en particulier par l'entremise du droit de superficie, toujours prompt à défier la propriété. Les propriétés imparfaites sont devenues des figures permanentes marginalisant l'objectif de perfection. La distinction même propriété parfaite, propriétés imparfaites n'est plus un sujet en doctrine. Il n'en demeure pas moins que ces notions représentent un support d'analyse privilégié de la relation droit, chose au cœur de la problématique du sol en trois dimensions.

Dans cette perspective, la même conclusion s'impose, le concept de propriété parfaite n'a de sens que replacé dans un système, système au sein duquel l'imperfection a toute sa place. C'est pourquoi après avoir développé le concept de propriété parfaite, il est utile de s'intéresser dans le détail aux propriétés imparfaites.

§2 Une distinction droit chose imparfaite pour des propriétés imparfaites à l'image de la propriété volumique

(738.) Le sujet des propriétés imparfaites est ancien, et même appartient au passé. Il a néanmoins été repris dans une thèse récente¹⁷¹⁵. Son auteur, S. Ravenne, propose une vision différente de la notion de propriété imparfaite de celle des auteurs classiques, puisque son

analyse porte d'abord sur la propriété des choses incorporelles. S. Ravenne distingue en introduction « ses propriétés imparfaites » des concepts développés par la doctrine du 19^{ième}¹⁷¹⁶. Son argumentaire le conduit à se rattacher à la théorie renouvelée de la propriété¹⁷¹⁷, en opérant au passage une distinction pertinente de la notion de droit de propriété entre titre et émolument¹⁷¹⁸. Intéressante, l'approche n'aborde cependant pas la différence entre les choses idéelles et celles du monde tangible ; elle se focalise sur les premières, ce qui conduit à une opposition frontale entre la théorie classique et *jus excluendi*¹⁷¹⁹. Accessoirement, l'analyse de la question de la perfection du droit de superficie qui s'articule autour de la perpétuité peine à convaincre¹⁷²⁰.

Contrairement à la thèse de S. Varenne, les développements à suivre conservent l'acception traditionnelle de la notion de propriété parfaite. Cette dernière, comme le souligne S. Varenne, manque parfois de clarté, mais peut être résumée assez simplement comme il le fait à : « une atteinte aux prérogatives du propriétaire », c'est-à-dire une atteinte à l'exclusivité pour reprendre l'analyse de la propriété parfaite présentée ci-dessus. Cette atteinte au monopole du propriétaire constitue le point de liaison avec la problématique superficielle, qui introduit elle aussi la question du partage de la chose. D'ailleurs la doctrine du 19^{ième} siècle associait le concept de propriété parfaite à celui de propriété, ou domaine, entier par opposition à partiel, dont le droit de superficie était l'une des illustrations¹⁷²¹. À nouveau, ces termes renvoyaient à des doctrines variant de façon significative, favorisant un certain flou.

¹⁷¹⁵ S. Ravenne, « Les propriétés imparfaites : contribution à l'étude de la structure du droit de propriété », Thèse, 2007.

¹⁷¹⁶ S. Ravenne, « Les propriétés imparfaites : contribution à l'étude de la structure du droit de propriété », Thèse, 2007 §2 p. 6 : « l'acception classique de la notion de propriétés imparfaites: une atteinte aux prérogatives du propriétaire...il s'agit toujours d'une propriété amputée d'une partie de ses prérogatives. » et §303 p.235 : « les propriétés imparfaites ne peuvent être assimilées ni à un démembrement du droit de propriété ni à une dissociation de son objet. ».

¹⁷¹⁷ S. Ravenne, « Les propriétés imparfaites : contribution à l'étude de la structure du droit de propriété », Thèse, 2007 §622 p.483 : « l'aménagement du droit de propriété porte en réalité sur sa structure même, décrite en termes de titre et émolument. Le titre, support de la relation exclusive, est attribué au propriétaire imparfait, tandis que l'émolument, porteur de l'absolutisme, l'est au bénéficiaire. Une telle dissociation n'est cependant possible que dans la conception moderne du droit de propriété, le définissant comme une relation d'appropriation. ».

¹⁷¹⁸ S. Ravenne, « Les propriétés imparfaites : contribution à l'étude de la structure du droit de propriété », Thèse, 2007 §355 p. 276.

¹⁷¹⁹ Voir aussi en critique des propriétés imparfaites de S. Ravenne par B. Mallet-Bricout, « Fiducie et propriété », in Liber amicorum Christian Larroumet, Economica, 2009, p.297, §3.

¹⁷²⁰ S. Ravenne, « Les propriétés imparfaites : contribution à l'étude de la structure du droit de propriété », Thèse, 2007. L'auteur se prononce en faveur d'une propriété superficielle parfaite pour les superficies perpétuelles tout en signalant une difficulté de fondement de la position §58 et s. Par contre pour les superficies temporaires, l'auteur met en avant le caractère dual de l'institution (§69 et s.), rendant sa position sur la nature du droit de superficie difficile à cerner.

¹⁷²¹ A. Duranton, « Cours de droit français : suivant le Code civil », Tome quatrième, 1844, p. 206 §265 « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété plein et absolu, ou un droit de jouissance, ou bien simplement des services fonciers à prétendre. Mais les auteurs considèrent la propriété sous un autre rapport.

Ainsi, disent-ils, on divise le domaine en domaine plein et en domaine moins plein. Le premier donne la faculté de disposer de la chose, d'en percevoir tous les produits, toute l'utilité, et de la revendiquer le second attribue à un autre les émoluments de la chose, et même aussi le droit de la revendiquer, dans les limites de son droit. Dans ce dernier cas, l'un a ce qu'on appelle le domaine direct, et l'autre le domaine utile.

Anciennement, on regardait le domaine comme moins plein dans plusieurs cas dans ceux où il était grevé du droit de fief, du droit d'emphytéose, ou du droit de superficie. Le fief est abrogé par nos lois, mais il subsiste encore dans la plupart des Etats de l'Europe ; l'emphytéose et le droit de superficie peuvent encore être constitués pour un temps n'excédant pas 99 ans et ils donnent, selon nous du moins au preneur, un droit réel immobilier, susceptible d'hypothèque comme celui résultant de

Proudhon, par exemple, retenait largement la nature de propriété, y compris en cas de propriétés imparfaites dites « partielles », marquant une forme de rapprochement avec le double domaine de l'Ancien Régime (cf. supra §724 et s.). D'autres auteurs, à l'inverse, étaient plus restrictifs sur l'attribution de la nature de propriété, même imparfaite. C'est le cas de Vareilles-Sommières, qui en s'interrogeant sur la définition de la propriété en général, développa assez largement la notion de propriété parfaite, dans un article resté célèbre¹⁷²².

Pour ce dernier auteur, dont nous suivrons le raisonnement, la propriété imparfaite est bien une propriété à part entière, ce qui laisse le champ libre à l'hypothèse de la propriété volumique (A). Toutefois, contrairement à Proudhon, Vareilles-Sommières pose une condition tenant à la chose. Le droit de propriété doit s'appliquer à un objet de propriété distinct, statut que peut revendiquer le volume immobilier moderne (B).

A. La propriété imparfaite ou le prolongement « naturel » de la propriété parfaite ouvrant la voie à la propriété volumique

(739.) L'intérêt de la pensée de Vareilles-Sommières ne consiste pas à revenir au principe de l'intégration des propriétés imparfaites, mais au processus qui met en exergue le système de propriété du code (1). De plus, l'extension du modèle de propriété du code aux propriétés imparfaites profite directement à la propriété volumique (2).

1. Les propriétés imparfaites de Vareilles-Sommières : des produits du système de propriété du code

(740.) L'article de Vareilles-Sommières, daté de 1905 et contestant l'idée d'une propriété absolue,¹⁷²³ fut annonciateur du siècle qui débutait au cours duquel les propriétés imparfaites allaient s'affirmer.

Souvent perçu comme une critique à l'égard de la propriété¹⁷²⁴, l'exposé est aussi un moyen de maintenir la propriété du code en la redéfinissant, notamment via la notion de perfection.

l'usufruit, lequel étant même généralement moins étendu, moins plein que l'emphytéose et le droit de superficie, peut, avec raison, être considéré, sous ce rapport, comme renfermer dans l'un ou l'autre de ces deux derniers droits. ».

¹⁷²² M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété » : RTD civ. 1905, p. 443 et s.

¹⁷²³ M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété » : RTD civ. 1905, §1 p. 443 : « c'est le droit en vertu duquel une personne peut en principe tirer d'une chose tous ses services. Ou encore : c'est le droit en vertu duquel une personne peut en principe faire d'une chose ce qu'elle veut. Le droit de faire d'une chose absolument tout ce qu'on veut n'existe pas, ne peut pas exister, car les lois naturelles, qui sont immuables, défendent ou ordonnent, comme nous le verrons, un certain nombre d'actes sur les choses qu'on peut avoir légitimement sous sa puissance. ».

Ainsi, Vareilles-Sommières dit de la propriété qu'il propose : «...tout droit réel qui prend naissance sur la chose dont quelqu'un est propriétaire s'établit au détriment et comme aux dépens de la propriété. Il la rend moins large, moins avantageuse, incomplète, imparfaite. »¹⁷²⁵. En résumé, une propriété sur laquelle porte un droit réel, par exemple une servitude, est une propriété imparfaite, en comparaison d'un propriétaire disposant d'une chose grevée d'aucun droit réel. Ce principe est essentiel, car il crée une passerelle vers le droit de superficie. Si une propriété grevée d'une servitude est une propriété, mais imparfaite, alors la propriété d'un volume est une propriété, une propriété qui par nature est une propriété imparfaite. Pour mémoire, en raison de l'organisation verticale du volume, la pesanteur engendre fatalement des servitudes, par exemple pour le volume construit, *a minima*, des servitudes d'appui. L'imperfection évoquée par Vareilles-Sommières est, il faut le souligner, sans conséquence sur la nature de la propriété. L'auteur poursuit d'ailleurs son propos à l'instant cité par : « Mais il ne se forme point d'elle (la propriété) et n'en est donc point un lambeau, un démembrement. ».

Sur la base de cette affirmation, deux enseignements, qui vont structurer la suite de ce paragraphe, peuvent être tirés. Premièrement, en se plaçant du côté du droit détaché, l'auteur indique ce droit : « n'est pas un lambeau de propriété », l'empêchant de revendiquer la nature de droit de propriété. Il n'est qu'un simple droit réel. Par contre et deuxièmement, du point de vue du droit, ou disons la propriété, « au détriment ou aux dépens duquel le droit a été accordé », le droit réel concédé ne modifie pas la nature du droit de propriété, même si son objet a perdu une utilité. Ce schéma confirme, sur le principe, l'idée d'un droit de superficie qui par nature serait un droit de propriété, jugé toutefois imparfait en raison de la présence d'une ou plusieurs servitudes. En dehors de la problématique superficière, la reconnaissance de la nature de propriété en cas de concession d'un droit réel, est somme toute assez évidente. En effet, on voit mal comment, sous prétexte, par exemple, d'une servitude de passage, un fonds ne pourrait pas être appropriable, comme l'est un fonds sans servitude. Il n'existe d'ailleurs pas d'alternative ; quelle serait la nature du fonds grevé de servitude ? Un droit réel à mi-chemin entre la propriété et la servitude ?

Ces questions ont aujourd'hui peu d'intérêt, tant elles sont entendues, ce qui explique certainement la désuétude de la perfection de la propriété. L'équilibre du système de propriété du code penche sans équivoque pour l'assimilation pure et simple des propriétés imparfaites au droit de propriété. L'intérêt ne réside donc pas tant dans la solution mise à

¹⁷²⁴ W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », RTD Civ. 2012 p. 419 §2 : « La critique de cette présentation (classique) du droit de propriété n'est plus à faire depuis la charge définitive qu'a portée contre elle Vareilles-Sommière en 1905. ».

¹⁷²⁵ M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété » : RTD civ. 1905, §90 p. 492.

jour par Vareilles-Sommières, que dans le processus conduisant à cette solution, qui témoigne de l'obligation d'une approche dynamique de la définition de la propriété.

2. *La propriété volumique ou l'imperfection de la propriété de Vareilles-Sommières*

(741.) En revenant sur le mécanisme fondamental de la propriété, son système (cf. Supra §740 et s.), Vareilles-Sommières remet en mouvement le concept de propriété du code, en le débarrassant d'un absolutisme pesant, ouvrant ainsi la voie à la propriété superficière.

Par l'entremise de la propriété imparfaite, tout en soulignant l'anormalité théorique de ces situations, l'auteur consolide par extension le champ d'application de la propriété individualiste. En hissant les propriétés imparfaites au rang de propriété, il accroît les possibilités de la propriété individuelle, et plus simplement, lui permet d'exister. Une propriété individuelle restreinte aux fonds n'étant pas grevée d'un droit réel, serait certes une propriété idéale théoriquement, mais sans grand intérêt. La consolidation-extension de Vareilles-Sommières a cependant un prix, puisque la propriété imparfaite sort du schéma idéal de la propriété du code un homme, une chose. Pour la part concernant le droit réel, le droit de propriété se trouve neutralisé, justifiant l'imperfection. Il ne s'agit peut-être pas d'« une fiction » au sens où l'entend l'auteur quand il parle de la propriété de droits¹⁷²⁶ ; Il n'en demeure pas moins que la chose, objet de propriété, a subi une transformation, pour tenir compte du droit réel. L'aménagement permet au modèle de propriété du code de continuer à fonctionner, en perdant de sa pureté originelle. Ainsi, suivant la logique de Vareilles-Sommières, la perte d'une prérogative n'est pas seulement synonyme de dénaturation du droit de propriété, mais renforce aussi l'institution, faisant apparaître un dilemme. La perspective du profit d'un accroissement de son domaine, indispensable à son rayonnement, empêche la propriété civiliste de condamner par principe un démembrement. Dans le même temps, emprunter cette voie, signe l'éloignement du modèle de base. Vareilles-Sommières, avec le concept de propriété imparfaite prend le parti du développement.

Par ricochet, cette position est favorable à la propriété volumique. En validant le principe qu'un fonds grevé d'un droit réel, ce qui est inévitable en cas d'organisation verticale du sol, le droit de superficie peut prétendre à cette nature. Néanmoins, si le propos de Vareilles-

¹⁷²⁶ M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété » : RTD civ. 1905, § 94 p. 494. L'auteur évoque la possibilité d'une propriété de droits concernant la copropriété en fin d'article. Malheureusement, il ne développe pas son propos, ce qui aurait permis de mettre en lumière la différence entre une propriété parfaite, une propriété imparfaite et une propriété fictive comme la propriété de droits. La mention de cette propriété laisse à penser, *a minima*, que l'auteur n'y était pas défavorable sur le principe. Voici ce qu'il dit : « Il n'y a qu'un droit réel qui soit vraiment un droit partiel de propriété et puisse, sous l'empire des fictions qui des droits font des choses susceptibles de transmission, correctement recevoir le nom de démembrement de la propriété : c'est le droit de copropriété. ».

Sommières corrobore la possibilité d'une propriété volumique, il n'apporte pas, à ce stade, d'indication sur le fait de savoir si le volume est un objet d'appropriation à part entière, au même titre qu'un fonds.

C'est pourquoi après avoir établi qu'en dépit de son organisation verticale, le volume peut être une propriété, via le concept de propriété imparfaite, il est nécessaire de vérifier que le volume permet l'assemblage entre droit et chose. Pour ce faire, le raisonnement de Vareilles-Sommières sera à nouveau un support utile.

B. La chose tel un volume comme limite de l'imperfection du droit de propriété

(742.) L'extension du domaine de la propriété du code de Vareilles-Sommières dispose d'une condition fondatrice, dont la proposition tire sa force. La propriété, y compris imparfaite, doit disposer d'un objet de propriété distinct (1). La propriété volumique, propriété imparfaite, respecte cette condition (2).

1. Un objet de propriété distinct : condition des propriétés imparfaites de Vareilles-Sommières

(743.) L'affirmation, selon laquelle les propriétés imparfaites relèvent de l'article 544, engendre un besoin de justification.

Vareilles-Sommières s'en rend compte, et en appelle d'abord à l'évidence. Il indique : « C'est (les propriétés imparfaites sont des propriétés), ce nous semble, un point démontré et nous pourrions considérer la question comme vidée et nous en tenir là. »¹⁷²⁷. Puis, l'auteur, percevant la fragilité de la démonstration, avance deux arguments illustrés d'exemples concrets. Ce sont ces arguments, en particulier le second, qui sera utilisé pour vérifier le principe d'un volume objet à part entière de propriété.

Premièrement, Vareilles-Sommières considère que le droit réel concédé n'empêche pas la propriété de rester elle-même, ou conforme à sa définition¹⁷²⁸. Il ajoute en guise d'illustration « un ruisseau ne cesse pas d'être entier quoiqu'on y puise de l'eau ». Ici, l'auteur se place du point de vue de la propriété au détriment de laquelle un droit a été concédé. Cette concession

¹⁷²⁷ M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété » : RTD civ. 1905, § 90 p. 492.

¹⁷²⁸ M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété » : RTD civ. 1905, § 91 p. 492 : « D'abord la propriété qui a cédé quelques-uns des droits qu'elle contenait n'en reste pas moins entière, car, encore une fois, elle ne cesse pas d'être conforme à définition, d'être le droit de tirer en principe de la chose tous ses services ».

n'affecterait pas la nature de la propriété (le ruisseau), car le droit détaché est d'une autre nature (puisage de l'eau). Éclairant de prime abord, cet exemple est en fait, gênant. Le droit de puiser, sous certaines conditions, peut faire naître un ruisseau, sans doute plus petit, mais un ruisseau tout de même, ayant à sa base un droit de puisage. Pareillement, le ruisseau peut être divisé en deux bras, ce qui arrive parfois du fait de la nature, passant sur des terrains appartenant à deux propriétaires différents. Les deux bras peuvent alors prétendre à la nature de ruisseau. Ce premier argument de Vareilles-Sommières incline en réalité vers la circularité, dans la mesure où il ne dit pas pourquoi le ruisseau a conservé sa nature, permettant au propriétaire « de tirer en principe de la chose tous ses services ». Il n'explique pas en quoi le ruisseau est resté entier.

C'est pourquoi le second élément d'explication est plus intéressant puisque Vareilles-Sommières développe plus précisément sa pensée et dit : « Qu'importe que le droit réel nouveau se soit formé, par hypothèse, avec des éléments pris dans la propriété ? Une fois constitué, il n'a pas, même pour partie, figure de propriété, et ne peut être regardé comme une portion d'un droit d'essence contraire. Même dans le monde physique il y a bien des choses qui formées avec des éléments pris à une chose existante, ne peuvent cependant en être regardées comme une partie, parce qu'elles n'en conservent pas tous les caractères. L'eau puisée au ruisseau n'est pas une partie du ruisseau : c'est l'eau est rien de plus. Le corps de l'homme est formé avec des éléments pris dans l'air et dans le sol : il n'est pourtant pas une partie de l'air ni un démembrement du sol... »¹⁷²⁹. Notons, subsidiairement une forme de confusion entre droit et objet de propriété. À chaque fois, l'argument, dans le premier comme le second cas, semble se rapporter au droit, puis est illustré par la chose (le rapport ruisseau, eau). Cela mis en aparté, Vareilles-Sommières explicite cette fois clairement son propos. L'auteur fonde la différence entre la propriété imparfaite, qualifiée de propriété, et le droit réel, qui ne peut accéder à cette qualification, sur l'existence d'un objet de propriété distinct. Le ruisseau demeure ruisseau, alors que « ...l'eau, [...] c'est l'eau et rien de plus... ». Selon l'auteur, l'objet du droit de propriété, la chose « ruisseau », ne perd pas sa nature, car la création d'un droit réel, ex : droit de puisage, n'empêche pas l'objet du droit de propriété de référer à la chose initiale, ici la chose « ruisseau ». En écho au processus de conceptualisation des propriétés imparfaites analysé au paragraphe précédent, il faut rappeler que la nature de propriété est retenue au prix d'une modélisation de la chose (cf. supra §736). La chose, ou le fonds, est formatée pour tenir compte du droit réel concédé, par exemple une servitude. La chose n'est plus seulement le réceptacle du droit du propriétaire du fonds. Elle est aussi placée au service d'un autre fonds, lui-même détenu par

¹⁷²⁹ M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété » : RTD civ. 1905, §92 p. 493.

un autre sujet. La chose référence demeure donc une chose réelle, le ruisseau dans l'exemple de Vareilles-Sommières. Simplement, sa représentation s'éloigne un peu plus de la réalité matérielle de la chose. La dimension conventionnelle se trouve accrue par l'intégration du droit réel, avec à la clef la redéfinition de la notion de bien pour assimiler un fonds grevé d'un droit réel et un fonds libre de droits.

En acceptant de faire entrer dans le giron de la propriété, les propriétés imparfaites, le droit des biens valide une faculté de définition de la chose objet de la propriété, à la condition du maintien du lien avec la chose référente. Or, cette faculté, et c'est là l'intérêt, est directement profitable à la propriété superficière, frappée mécaniquement d'imperfection en raison de sa configuration naturelle.

2. Le volume immobilier moderne est un objet de propriété distinct au sens des propriétés imparfaites de Vareilles-Sommières

(744.) En substance, Vareilles-Sommières accepte le principe des propriétés imparfaites, parce que ces dernières conservent un objet distinct de propriété.

Pour la bonne compréhension du propos, il faut rappeler que le constat de l'auteur s'applique à une propriété existante (parfaite), à partir de laquelle un droit réel a été concédé. Le droit réel lui n'accède pas à cette qualification faute justement d'avoir un objet distinct, ce qu'illustre l'exemple de l'auteur comparant l'eau et le ruisseau (Cf. Supra §743). Ce raisonnement peut-être repris au profit de la propriété superficière, tout en nécessitant une précision. Un volume, supportant des servitudes, est assimilable à la propriété imparfaite de Vareilles-Sommières. Toutefois, si pour l'auteur, la propriété parfaite se transforme en deux entités, une propriété imparfaite et un droit réel, le sort de l'autre propriété est passé sous silence. Dans le cas du volume, il s'agit d'une propriété parfaite débouchant sur deux propriétés imparfaites, l'imperfection étant le droit réel (la ou les servitudes).

Cette différence ne remet pas en cause le raisonnement, et la condition posée par Vareilles-Sommières, c'est-à-dire la présence d'un objet distinct pour chaque propriété imparfaite, peut-être vérifiée. Ce point permet même de souligner l'apport essentiel de la théorie moderne du volume immobilier. En délimitant le volume en trois dimensions, il devient ainsi divisible dans le sens de la hauteur, se transformant en un objet de propriété distinct, puisque le volume est un immeuble par nature, susceptible d'être grevé de droits réels de type servitude (cf. supra §737). La reprise du raisonnement appliqué aux propriétés imparfaites au profit du volume s'explique ainsi par la délimitation et la divisibilité du volume moderne, c'est-à-dire la redéfinition du fonds de terre en un immeuble en trois dimensions. Sur le modèle du volume initial, chaque volume issu d'une division, devient une chose tridimensionnelle et accède à la qualité d'objet distinct de propriété. Le recours à l'article

552 comme fondement de la propriété, développé ci-après (cf. infra §757 et s.), conforte ce schéma.

Le propos de Vareilles-Sommières, conditionnant la propriété imparfaite à un objet de propriété distinct, confirme ainsi le principe d'une propriété volumique. En sens inverse, l'absence de la condition qu'il pose, celle d'un objet distinct de propriété, synonyme d'un simple droit réel, est exploitable. C'est l'hypothèse d'une superficie, qui n'aurait pas la nature de propriété, renvoyant alors à l'article 553.

Conclusion Chapitre I : La relation droit, chose « sol »

(745.) La notion de propriété parfaite est porteuse de nombreux enseignements. D'abord, le concept prend tout son sens seulement, comme élément central d'un système intégrant des figures patrimoniales de ce centre, telles les propriétés imparfaites. Ensuite, ce système repose sur le processus de réification. Le point de départ du système est évidemment le monde tangible, mais aussi l'objectivité, la volonté de transformer les relations, tels les droits réels, en des choses. Enfin, ce système a pour finalité de mettre les choses au format de la propriété du code, c'est-à-dire une propriété individuelle et exclusive.

Partant de ce constat, rien ne s'oppose sur le principe à une propriété volumique, qui n'est somme toute rien d'autre qu'une propriété imparfaite. La condition suprême à la mise en œuvre de ce principe est de disposer d'une chose relevant du monde tangible, qui constituera l'objet du droit de propriété, reprenant en cela le chemin tracé par Vareilles-Sommières. Or, le volume représentation du fonds de terre remplit cette condition. Dès lors, reste à la propriété volumique à franchir une dernière étape, celle de prendre la place qui lui revient dans les dispositions du Code civil.

Chapitre II : La relation droit, chose « sol » : fondement textuel

(746.) La notion de propriétés imparfaites donne du poids au principe d'une propriété volumique, en confortant la conceptualisation d'une chose volume. Cette propriété gagnerait encore en légitimité par un rattachement à l'article 552 du code, et c'est précisément l'objet principal de cette section.

Seulement voilà, si on affirme, la propriété volumique est une propriété imparfaite, comme tous les fonds grevés d'un droit réel, et le volume est un objet de propriété distinct, immeuble par nature délimité en trois dimensions, alors la propriété volumique est conditionnelle. Établir que la propriété se développant verticalement répond aux critères de la propriété du code, c'est évidemment légitimer l'évolution d'un sol tridimensionnel, c'est aussi conditionner la problématique à cette figure. Or, le droit de superficie est bien trop complexe pour obéir seulement à une seule et même configuration.

C'est pourquoi en parallèle d'une propriété volumique fondée sur l'article 552, il est nécessaire de recourir au droit réel et au fondement de l'article 553. Un des moyens pour arriver à ce résultat est d'établir un compromis entre la thèse moniste et la théorie du droit réel sur la chose d'autrui du *jus excluendi*. Ces deux théories seront cumulatives, et non, exclusives l'une de l'autre, étant précisé, que le droit réel sera une option subsidiaire. Cette association sera très proche de celle opérée par Weiss, entre « droit de superficie proprement dit » et « propriétaire superficiaire » (cf. supra §697 et s.). Simplement, cette propriété superficiaire sera remplacée par la propriété volumique, et, contrairement à Weiss, seule celle dernière accèdera à la qualité de droit de propriété.

En suivant ce schéma, la problématique superficie, volume sera donc décomposée en une propriété volumique relevant de l'article 544 et fondée sur l'article 552 (§2), un droit de superficie, simple droit réel de jouissance conforme à l'article 553 (§3). Auparavant, nous exposerons les enseignements précédemment tirés de la relation droit, chose au regard de la propriété volumique (§1), toujours pour nourrir notre propos à venir, et maintenir l'indispensable distinction droit, chose.

Finalement, nous terminerons par l'examen des droits d'assec et d'évolage, dont le particularisme représente un moyen d'étendre notre réflexion sur la notion d'espace à celle de temps, en guise d'épilogue (§4). Cette problématique de l'évolage se situe à la lisière de

notre sujet, puisque l'appropriation des étangs de la Dombes ne relève pas de la propriété volumique, la notion clef de ces biens étant la durée. Pour autant, il s'agit bien d'une appropriation dérogeant au modèle de propriété du code, et dont l'examen contribue à comprendre le fonctionnement.

§1 Synthèse de la perturbation de la distinction droit/chose par la problématique superficière

(747.) De la division d'une chose volumique, résulte une chose appropriable, susceptible d'être rattachée à l'article 552 ; le démembrement, lui, donne lieu à la création d'un droit réel, en référence à l'article 553. Ce principe, au cœur de notre propos, s'édicte facilement, mais peut dans la pratique perdre en clarté, nécessitant donc un effort d'explication. Une prérogative, un droit, n'est pas une chose matérielle ou, plus précisément, une chose référant au monde tangible. Le droit de construire par exemple ne réfère pas, dans le sens où il signifie, ni à la chose « bâtiment », ni à la chose « sol ». Le fonds de terre appartient lui au monde réel, et représente le réceptacle de la ou des prérogatives, à l'exemple du droit de construire.

Le droit de propriété est censé regrouper toutes les prérogatives pouvant être tirées d'une chose, que cette chose soit celle visée par la propriété parfaite, ou la propriété imparfaite (cf. supra §734). À ce stade, la distinction droit, chose est pertinente puisque d'un côté se trouve le schéma que l'on peut dénommer « propriété », et de l'autre le schéma « droit réel ». Le schéma « propriété » est constitué par un droit regroupant les prérogatives de la chose et la chose elle-même, étant précisé que certaines prérogatives pourront avoir été soustraites ou ajoutées à cette chose. Le schéma « droit réel » correspond à une prérogative sans la chose, puisque cette chose est déjà l'objet d'un droit de propriété. La question superficière ou volumique défie ce schéma binaire, qui doit pourtant être conservé comme pierre de touche de la propriété, et donc de la propriété volumique.

Trois aspects, susceptibles de laisser libre cours au caractère perturbateur de la problématique superficière, doivent être examinés pour comprendre les forces en présence, et finalement maintenir la distinction droit, chose. Le premier concerne le contenu du droit de propriété dans sa relation à la chose (A), le second celle du droit réel vis-à-vis du droit de propriété (B), enfin le troisième se rapporte à la mise en œuvre du droit réel dont le résultat est une chose (C).

A. Le droit de propriété et la conditionnalité de son objet

(748.) Le droit de propriété du code est semblable quel que soit son objet. Toutefois, cette égalité de traitement est trompeuse car l'objet interagit sur le droit. Les qualités dites naturelles ou juridiques, qui résultent du système de propriété du code, influencent *in concreto* l'étendue des prérogatives dont disposera le propriétaire (1). Cette variation entre le droit de propriété et son application n'est pas de nature à remettre en cause unicité du droit de propriété, mais correspond à la figure du volume et permet de la comprendre (2).

1. Le rapport du droit de propriété et de son objet dans un système de propriété en deux dimensions

(749.) Le droit de propriété est par définition le plus étendu qu'un individu puisse détenir sur une chose. Toutefois, son effectivité dépendra de la chose elle-même, le rendant relatif, conditionnel à son objet, malgré que les rédacteurs du code n'aient pas souhaité distinguer entre les châteaux et les chaumières pour reprendre le bon mot du doyen Carbonnier (cf. supra §6).

Le droit de propriété ne peut dépasser le potentiel de la chose. Ceci est vrai pour le potentiel provenant des qualités naturelles de la chose, exemple un sous-sol de mauvaise qualité contreviendra à certaines constructions, voire à la majorité des constructions, ou encore à certaines plantations. Toujours pour le sol, le propriétaire sera contraint par la situation de sa parcelle. En reprenant maintenant, l'exemple déjà utilisé, de deux champs contigus dans le sens de la hauteur situés sur un coteau pentu (cf. supra §99), la liberté d'excaver ou de construire en limite de propriété sera restreinte par le risque d'éboulement du terrain voisin. Le potentiel de la chose découle également des qualités juridiques de cette chose. Un terrain défini comme inconstructible restreindra le champ de l'usage du titulaire du droit de propriété, même si celui-ci peut se targuer de conserver le droit de construire sans pouvoir le mettre en œuvre. L'autre limitation d'ordre juridique, provient du ou des droits réels susceptibles de grever la chose, qui sont autant d'atteintes à l'exclusivité du propriétaire.

Encore une fois, ces différentes contraintes sont extérieures à la chose, y compris les contraintes dites naturelles. Le risque d'éboulement, cité à l'instant, est la conséquence de l'attraction terrestre, mais n'existe qu'en raison de l'individualisation de la chose « sol », via des limites de nature idéale et conventionnelle¹⁷³⁰. De même, la question de la qualité du

¹⁷³⁰ En supprimant la ligne séparative fictive, la construction présentera le même risque d'éboulement. Simplement, le constructeur aura la liberté de laisser les choses en l'état, voire de tirer avantage de l'éboulement en réaménageant le terrain en conséquence.

sous-sol se pose essentiellement parce qu'une prérogative, donc un sujet, est présente. Dit plus simplement, la chose est le produit d'un système de propriété, en l'occurrence en deux dimensions. C'est la finalité assignée par ce système à la chose qui est d'abord la cause de la contrainte. Cette finalité est attachée à la chose par le phénomène de réification, permettant d'aboutir à la définition de la chose objet de droit (cf. supra §737 et s.). L'observation revient à celle précédemment faite, la chose est un concept qui part seulement de la chose relevant du monde tangible, et s'en éloigne plus ou moins selon une orientation objectiviste (cf. supra). Dans une vision interne, le droit de propriété investit la chose juridique sans contrainte ou exclusivement. Seulement, les contours externes de cette chose juridique sont le fruit d'une modélisation contingente, relative. Cette conclusion est imparable, puisque même le modèle de propriété parfaite la respecte, comme d'ailleurs l'article 544, relativisant les pouvoirs du propriétaire par le respect de la loi.

Tout en restant le plus étendu, le contenu (effectif) du droit de propriété peut varier considérablement. Or, cette variation va jusqu'à poser la question de sa nature, quand le champ du droit s'amointrit de façon significative par les restrictions du potentiel de la chose, suivant le processus ou système conduisant au concept de la chose « juridique ». La problématique superficielle, dans l'hypothèse d'un droit de superficie droit réel ou d'une division volumique, représente une forme particulière de reconfiguration de la chose, qu'il convient de préciser pour comprendre ce phénomène d'interaction entre le droit et son objet.

2. Le rapport du droit de propriété et de son objet volume dans un système de propriété en trois dimensions

(750.) le droit de superficie ou le volume brouille les contours de la chose, dans la mesure où ces contours initiaux sont à l'origine produits dans un système en deux dimensions. Or, ces contours initiaux ensuite sont remis en cause lors du formatage de la chose en trois dimensions.

La division volumique en créant plusieurs volumes, auxquels des droits de propriété distincts seront rattachés sur la base d'un volume initial, modifie le périmètre spatial de la chose, d'une part ; d'autre part, des droits réels tenant à la création de servitudes sont créés. À cette étape, la chose objet du droit de propriété fait seulement l'objet d'un second niveau de conceptualisation pour tenir compte de l'octroi des droits réels (servitudes). Le droit de propriété initial persiste ; simplement, son domaine s'est restreint. Les auteurs anciens parlaient alors de propriétés imparfaites, et Vareilles-Sommières cite l'exemple du ruisseau grevé d'un droit de puisage (cf. supra §743 et s.). Pour revenir au volume synonyme d'une division de la chose, la perturbation générée par une appréhension en trois dimensions a mis du temps à être maîtrisée par le droit. La division en plusieurs entités d'une chose perçue

intuitivement comme unitaire, rendait difficile la perception et ne facilitait pas la définition de la chose objet de propriété. C'est ce phénomène qui avait été identifié lors du développement de l'industrie minière avec en relais la loi de 1810, sans toutefois avoir pleinement réussi à s'imposer ? Le trouble en résultant fut extrêmement fort. Certains auteurs allaient jusqu'à revendiquer, au nom du respect des principes de la propriété, que la mine devienne le seul objet de propriété, tout en considérant les propriétaires des bâtiments et des champs du dessus comme des simples titulaires de droits réels (cf. supra §190 et s.).

L'avènement du volume moderne coté en trois dimensions a permis de dépasser cette contrainte ; désormais dessus et dessous, pour s'en tenir au schéma de base, constituent des objets de propriété à part entière, constituant un système de propriété en trois dimensions. Rappelons que c'est le passage d'une chose, représentée initialement par le droit en deux dimensions, à une chose tridimensionnelle qui sert à concevoir, dans l'exemple d'une mine, deux propriétés superposées. Ce schéma revient à la figure classique : deux droits disposant de deux objets de propriété. Ces deux objets diffèrent bien entendu de l'objet initial, puisque la division verticale a pour effet d'attribuer des portions uniques à chaque volume, et chacun des volumes fera l'objet de servitudes. L'étendue aussi bien physique, que purement juridique par le fait des servitudes, aura été modifiée, et plus précisément diminuée, en raison de la division en comparaison de la propriété initiale. Ce droit est contraint par les caractéristiques de la chose nouvelle. Tout comme la mine de 1810, tenue de respecter des restrictions d'usage au regard des mines voisines avec les investissements ou encore, les règles tenant au plafond ou au plancher de la mine, le volume moderne doit respecter des contraintes physiques dues à la présence de volumes supérieurs ou inférieurs. De même, comme la mine, l'usage du volume sera plus spécialisé. Un volume en surface exclut l'extraction de minerais et un volume en sous-sol, la plantation par exemple. D'ailleurs, les volumes modernes appartiennent principalement à l'espace urbain, et seront essentiellement destinés à la construction, sans que cet usage soit exclusif. Dans un futur peut-être pas très éloigné, des usages liés à des ballons dirigeables, des engins volants pouvant produire de l'électricité ou autres, occupant un volume de l'espace aérien peuvent aussi être envisagés. Au-delà des hypothèses d'utilisation actuelles ou futures, les restrictions sont conséquentes, sans être l'apanage du sol vertical, puisque des terrains disposant de localisations spécifiques, comme nous venons de l'exposer, peuvent aussi conduire à de fortes contraintes. De plus, la comparaison avant et après division est critiquable, car elle met face à face deux choses différentes. La propriété du dessus est seulement comparable à celle d'un autre dessus, pas à celle d'un volume comprenant le dessus et le dessous. Sinon, cela revient à dire qu'il vaut mieux être propriétaire d'un terrain de 100m², que de la moitié de ce terrain d'une surface de 50m². C'est très vrai, et il y a des petits et des grands propriétaires, mais pour le juriste tous seront soumis aux mêmes dispositions du code.

Ainsi, quelle que soit la conditionnalité du droit de propriété vis-à-vis de la chose, le droit de propriété demeure. C'est pourquoi les deux propriétés volumiques pour réagir à propos de l'exemple du dessus et du dessous, en disposant d'un objet référent au monde sensible, seront appréhendées par un droit de propriété, sur le modèle du sol en deux dimensions. Ce n'est pas le cas du droit réel, dont l'étendue peut aussi soulever des difficultés sur lesquelles il convient maintenant de s'attarder.

B. L'étendue du droit réel

(751.) Par étendue du droit réel, il faut entendre contenu des prérogatives du droit, ce qui renvoie mécaniquement à la question du *numerus clausus* déjà traitée (cf. supra), puisque les droits dont il sera question sont des droits allant au-delà de ceux listés à l'article 543. En complément, deux autres aspects relatifs à l'étendue du droit réel doivent être abordés. Tous deux se rapportent à la comparaison : droit de propriété versus droit réel, et représentent des problématiques connexes, tout en étant parfaitement dissociées. La première problématique concerne l'hypothèse d'un droit réel aussi étendu que le droit de propriété en raison de l'objet de ce droit (1), la seconde d'un droit réel dont le contenu serait similaire à celui du droit de propriété (2). Ce dernier cas fait écho à ce qui vient d'être dit sur l'étendue du droit de propriété et le rapport à son objet.

1. Le rapport entre le droit réel le droit de propriété et l'étendue de la chose

(751.^{bis}) Dans les situations relevant de la première hypothèse, en raison des contours de la chose, le droit de propriété se limitera concrètement à un usage bien précis, par exemple le droit de construire, voire même de construire dans le respect de certaines modalités, servitudes non aedificandi, type de bâtiments, destination des ouvrages, etc.

Or, le droit de construire, pris isolément en dehors du droit de propriété, a la nature d'un droit réel. Imaginons un terrain sur lequel il est possible de planter et construire, ce dernier droit peut être cédé, constituant un cas classique de droit de superficie. Toutefois, ce type de droit de superficie droit réel peut aussi être concédé sur un bien dont les utilités vont se résumer au droit de construire en raison des contours de la chose (impossible de planter). Cela ne signifie pas qu'une division volumique ne puisse pas prendre place, mais que le choix des parties s'est porté sur l'option du droit réel. Se pose donc la question de savoir comment distinguer la nature de droit de propriété, avec un droit constitué essentiellement d'un droit de construire en raison de la chose, et celle de droit réel sur cette même chose. La

durée est un critère important puisqu'il s'agit de l'un des caractères de la propriété. Cependant, l'objet du droit en est un autre, et même le critère essentiel, puisque c'est à partir de ce critère que la propriété du sol vertical peut-être fondée sur le modèle de la propriété civiliste. Le droit de propriété a pour particularité d'avoir pour objet une chose, qui bien que réduite, telles les propriétés imparfaites (cf. supra §738 et s.), réfère à une chose du monde tangible. À l'opposé, le droit réel aura pour objet une prérogative, et non une chose. La chose ne sera pas absente puisque la prérogative droit de construire par exemple, sera mise en œuvre via une chose, en l'occurrence la chose « sol » (cf. infra §768 et s.). Cependant, la cause essentielle du droit réel n'est pas la chose, mais le droit. Cela s'entend dans la mesure où la chose est déjà la cause d'un autre droit ayant la nature de droit de propriété et que ce dernier, *a priori*, l'emporte en raison de sa primauté sur cette chose. Rompre cet équilibre, reviendrait à passer d'un modèle de propriété des choses à une propriété de droits (cf. supra §531 et s.). Ainsi, le critère de distinction est l'objet du droit, qui pour la propriété sera la chose (réfèrent du monde tangible). Il n'en demeure pas moins qu'en pratique, la distinction peut s'avérer délicate. Ce sera le cas, à chaque fois que l'étendue du droit réel consenti pourra venir concurrencer un droit de propriété en raison du potentiel limité de la chose, faisant que les prérogatives du droit réel équivalent à celles du droit de propriété. Dans de tels cas, d'autres éléments doivent être pris en compte telles : la durée, la volonté des parties, la valeur du droit réel au regard de la chose, etc. Ces éléments serviront à déterminer si le droit dont il est question se réfère à la chose sol par exemple, ou simplement à une prérogative. Si tel est le cas alors, le droit de superficie devra répondre à la qualification de droit réel, même si en raison des contours de la chose ce droit est très proche en pratique d'un droit de propriété.

La raison tient au fait que l'objet du droit réel est une prérogative pas une chose, qui est déjà l'objet d'un droit de propriété détenu par un autre sujet.

2. *Le rapport entre droit réel et droit de propriété sans référence à la chose*

(752.) Une autre situation, également tendancieuse, correspondant à notre seconde hypothèse, soulève une difficulté analogue, même si, le choix de principe sera ici la qualification de droit de propriété.

Le cas de figure est le suivant : la chose ne fait l'objet d'aucune restriction, le propriétaire peut planter, construire, extraire, etc. Seulement, le droit réel concédé, dont la cause est d'abord une prérogative et non une chose, est tellement large qu'il contient en réalité toutes les prérogatives de la propriété : planter, construire, extraire, etc. En exceptant la contradiction venant d'autres éléments, le basculement vers le droit de propriété s'avère

presque naturel, et doit être retenu. Si, le transfert porte sur un droit, dont l'étendue correspond au droit de propriété, alors, le propriétaire a transféré toutes les prérogatives dont il disposait sur son bien, ce qui revient au transfert du bien. Un parallèle peut-être fait avec l'hypothèse émise par certains auteurs d'un transfert complet du droit d'accession¹⁷³¹; si le droit d'accession est analysé comme le moyen de tirer profit de toutes les utilités de la chose, alors son transfert équivaut à celui de la chose. Le seul moyen de mettre en échec cette conclusion serait de faire appel au concept d'arrière droit de propriété, de *vis attractiva*, déjà évoqué. Or, cette notion est difficilement justifiable, sauf à vouloir accorder un avantage absolu au premier propriétaire de la chose, et comporte le risque de favoriser des démembrements inutiles, voire indéfinissables ou relevant de la métaphysique (cf. supra §751). Par ailleurs, retenir le principe pour le propriétaire initial d'un droit réel pose la question de la nature de ce droit réel, et des effets de ce maintien sur la nature du modèle de propriété (cf. supra §368 et s., §389 et s.).

À nouveau, le critère de l'objet du droit, donc de la distinction droit, chose, reste le principe pour la qualification de la nature du droit réel ou du droit de propriété. L'hypothèse du transfert d'un droit réel équivalent au droit de propriété qui tend à s'analyser comme un transfert de la chose elle-même, le démontre. Cependant, un autre aspect du droit réel, qui se rapporte non pas à son étendue, mais sa mise en œuvre, peut-être source de distorsion dans la distinction droit, chose, et il convient d'en dire quelques mots.

C. Le droit réel réfère à une prérogative

(753.) L'objet du droit permet de maintenir la distinction droit de propriété, droit réel. Pourtant ce dernier bien que reposant initialement sur une prérogative est lié à une chose du monde tangible, par exemple le bâtiment pour le droit de construire. Pourtant la distinction entre droit de propriété, droit réel peut être maintenue sur la base de l'objet du droit (1). Il doit même l'être dans la perspective civiliste, sauf à remettre en cause la structure du droit de propriété (2).

¹⁷³¹ Contra F. Frenette, « Cours de formation continue de l'ordre des arpenteurs géomètres du Québec, la propriété superficielle une propriété superposée », février 2006, p. 12, l'auteur analyse la renonciation au droit d'accession comme une droit personnel.

1. La chose référente critère de distinction entre droit de propriété et droit réel

(754.) Ce sujet reprend le questionnement au cœur de la thèse dualiste déjà traitée (cf. supra §472 et s.). Pour éviter toute redondance, le propos n'a pas pour but de revenir sur cette thèse, mais seulement de préciser la relation entre le droit réel et la chose. Comme cela vient d'être indiqué, l'objet du droit réel, contrairement au droit de propriété, n'est pas une chose, mais une prérogative.

Ainsi, le propriétaire d'un fonds de terre aura un droit de propriété, dont l'objet sera une chose juridique « sol ». Le titulaire d'un droit réel aura lui un droit dont l'objet est une prérogative, par exemple le droit de construire. Cependant, la chose n'est pas absente puisque le droit réel a pour objet, certes une prérogative, mais cette prérogative sera mise en œuvre sur une chose qui n'est autre que la chose juridique « sol ». Nous venons de voir qu'il était possible de maintenir la distinction, puisque seul le droit de propriété pouvait revendiquer comme objet, la chose. Toutefois, ce n'est pas la seule relation entretenue par le droit réel avec les choses. D'ailleurs, la thèse dualiste ne conclut pas à la propriété superficielle en raison de la chose (sol) qui sert à la mise en œuvre du droit réel, mais sur la base de la chose qui sera le résultat de la prérogative. Cette chose résultant du droit réel sera par exemple, un bâtiment pour un droit de construire, un arbre pour un droit de planter, etc. À ce stade, il n'est plus possible de recourir au premier critère pour écarter la propriété, en disant que la chose « sol » est objet exclusif du droit de propriété. Le débat ne porte plus, du moins en apparence sur la chose « sol » (cf. supra), car une nouvelle chose est apparue. Cette nouvelle chose, par exemple, la chose « bâtiment » aura les mêmes caractéristiques que la chose « sol ». C'est un immeuble par nature, appartenant au monde tangible, localisable dans l'espace, et par là même un potentiel objet de propriété. Rappelons que la technique du volume moderne, se définissant comme un espace tridimensionnel accédant au statut d'objet distinct, et donc d'objet de propriété, est la base de la reconnaissance de la propriété volumique. Ce concept applicable à un espace non construit, pourrait bien évidemment être utilisé dans le cas d'un bâtiment, ce qui ne vaut pas pour tous les biens résultant de la mise en œuvre d'un droit, comme nous le verrons ci-après (cf. infra §776). La tentation de voir dans le bâtiment un volume, sera d'autant plus grande, si le bâtiment couvre la totalité de la parcelle, ne laissant au propriétaire que le sous-sol, l'espace situé au-dessus du bâtiment, et bien sûr le reliquat de droits sur le volume du bâtiment (cf. supra §751). Le droit réel ayant pour objet la chose « bâtiment », un volume immobilier construit, peut donc, en apparence, se voir qualifier de droit de propriété. Et pourtant, le postulat est de ne pas aboutir à confondre droit réel et droit de propriété.

Ce constat ne signifie pas que la propriété du volume construit, distincte de la propriété du sol, ne soit pas possible. Elle l'est, et notre objectif premier a été de l'établir (cf. infra §757 et s.). Toutefois, cette propriété n'est pas la seule option et n'a rien d'automatique.

Ainsi, un droit réel, dont la prérogative est de construire, aboutissant à une construction, ne se traduira pas un droit de propriété sur cette chose. Pourquoi cette différence de traitement ? La réponse peut être formulée simplement, même si elle nécessite quelques explications.

2. *La nécessité de maintenir une superficie ayant la nature de droit réel*

(755.) La réponse est simple puisqu'il s'agit d'une conséquence de la distinction droit, chose évoquée à maintes reprises: l'objet du droit réel est une prérogative, un droit, pas une chose. En d'autres termes, le titulaire du droit réel dispose d'une prérogative, dont il pourra profiter sans restriction. Seulement, cette prérogative n'a pas la faculté de se transformer d'elle-même.

Or, c'est ce qu'il adviendrait, si l'apparition de la chose conduisait à transformer un simple droit réel en droit de propriété. Encore une fois, la propriété volumique permet aisément de retenir la qualification de propriété, et nombre de situations en relèveront. Pour autant, cette nature ne peut être le fruit d'une volonté, s'imposant de plus sans alternative. Pour qu'il y ait propriété, il est nécessaire que l'opération ait portée positivement sur une chose, en l'occurrence un espace destiné à un être construit, ou déjà construit, et non sur un droit, une prérogative. Si, l'opération trouve son origine dans un droit réel, cette nature doit être conservée, ce qui n'est pas exclusif d'une requalification sur la base de la volonté des parties par exemple, et encore moins de la loi. Toutefois, à défaut, cette option reviendrait à faire coexister un droit réel et un droit de propriété, en sachant que la physionomie du premier est toute différente de celle du second.

Une telle proposition correspond à l'hypothèse de la propriété *sui generis* déjà évoquée (cf. supra §472 et s.). La superposition droit réel, droit de propriété est incohérente, puisque le droit réel par définition sera d'une étendue plus restreinte que le droit de propriété. Ainsi, le droit réel pourra être d'une durée limitée, comporter des restrictions d'usage diverses et variées. Ces restrictions dérogent au principe du droit de propriété, qui est d'attribuer à un individu toutes les utilités de la chose, qui plus est, tant que durera la chose. Dans le cas de la chose « sol », cette chose est un volume comprenant les deux composantes dessous et dessus, dont la divisibilité n'entraîne pas automatiquement le transfert de la propriété.

Transformer un droit réel en droit de propriété revient justement au transfert de la chose « sol », ou à une partie seulement de cette chose, ce qui est difficilement acceptable.

(756.) Requalifier le droit réel en un droit de propriété sur une chose, emporte soit une modification de l'objet du droit de propriété, la chose, soit du droit lui-même.

Commençons par la chose, qui est en l'occurrence la chose « sol ». Si le droit réel se transforme en un droit de propriété, alors ce droit se réfère à une chose. Cette chose sera dénommée par exemple « bâtiment » dans l'hypothèse du droit de construire. Simplement, en vertu du principe selon lequel deux choses ne peuvent occuper le même espace au même moment, la chose « bâtiment » se confond avec la chose « volume », ou « volume à construire » ou « dessus ». Autrement dit, en octroyant un droit de propriété sur la chose « bâtiment » au profit du titulaire du droit réel, on opère un transfert de propriété partiel de la chose « sol » correspondant au-dessus, puisque l'espace occupé par le bâtiment est devenu l'objet d'un autre droit de propriété. À nouveau, la démonstration n'a pas comme objectif d'exclure le principe de cette propriété, mais simplement de préciser les processus de chacune des situations, et surtout de les distinguer.

La difficulté tenant à la chose peut être contournée par le droit, tout en opérant un retour au concept de la propriété *sui generis*, déjà rejetée (cf. supra §472 et s.). La propriété du bâtiment serait une propriété différente de la propriété initiale, instituant une propriété de droits, puisque deux droits de propriété portent sur une même chose, dans un modèle de propriété de choses, qui est celui du code. C'est pourquoi si l'on souhaite conserver une propriété portant sur des choses, et la distinction droit, chose, il est nécessaire de préserver la nature de droit réel de certaines superficies. Ainsi, tout en pouvant accéder à la qualification de droit de propriété volumique à chaque fois que le droit de superficie portera sur une chose, la nature de droit réel devra être retenue, si l'objet du droit est seulement une prérogative. Le volume qui est un immeuble par nature peut-être un objet de propriété, et donc à fortiori donner lieu à un droit réel, voire un droit personnel. Pour autant, il va de soi que dans les deux derniers cas, le droit de propriété sera détenu par un tiers.

Sur cette base, le sol volumique apparaît alternativement appréhendable par l'intermédiaire d'un droit de propriété ou d'un droit réel, ce qui peut être articulé avec les articles 552 et 553 du Code civil. L'article 552 correspondant au modèle de principe, la propriété volumique, il convient de commencer par lui.

§2 Le principe : le volume immobilier un objet de propriété fondé sur l'article 552

(757.) L'article 552, en tant que fondement de la propriété volumique, en renforce indiscutablement le concept, puisqu'une disposition clef du code vient légitimer la représentation tridimensionnelle du sol. Pour autant, cette reconnaissance du droit positif n'est que le reflet d'une activité humaine qui se développe en trois dimensions. En d'autres termes, le droit en articulation avec le code conçoit la propriété volumique pour répondre à une organisation sociale du sol devenant de plus en plus verticale et pas l'inverse.

La vie sur terre est elle-même synonyme de la troisième dimension en vertu du principe anthropique. C'est ce qu'explique S. Hawking¹⁷³² en considérant qu'en l'état actuel de la science, l'homme au regard de sa conception physiologique (appareil digestif, fluide sanguin notamment) se doit d'évoluer en trois dimensions. Concernant la science juridique, en dehors du doyen Savatier, des auteurs civilistes admettent la volumétrie du sol depuis longtemps,¹⁷³³ comme nous l'avons constaté en exposant la propriété proudhonienne et sa « maîtrise de l'espace » (cf. supra §473 et s.). L'auteur le plus explicite fut sans doute P. Brouillaud qui indiquait en introduction de sa thèse sur les limites physiques du droit de propriété : « La possession de la terre est soumise, dans son objet, à la règle des trois dimensions. De même qu'elle suppose une certaine extension latérale, de même serait-elle inconcevable si elle se limitait à la ligne idéale du sol. L'exercice pratique du droit de propriété comporte nécessairement une certaine amplitude au-dessus et au-dessous du sol: les racines de l'arbre, les fondements de la maison s'enfoncent dans la terre, tandis que les rameaux et les superstructures s'élèvent dans l'espace. »¹⁷³⁴. Le monde de la *common law* fait semblable constat : « Le sol se doit d'avoir trois dimensions; une parcelle dotée de seulement deux dimensions aurait peu de sens et encore moins d'utilité. Le droit des biens reconnaît déjà l'existence de nombreuses choses susceptibles d'être possédées indépendamment de la surface du sol, et pouvant être divisées dans le sens de la hauteur. En conséquence, il est à peu près clair que le fonds de terre représenté sous une forme géométrique (le sol cartographié), comprend au moins certaines parties du dessus et du dessous. »¹⁷³⁵.

¹⁷³² S. Hawking, « Une brève histoire du temps : Du big bang aux trous noirs », Champs sciences, Flammarion 2008, p. 207.

¹⁷³³ H.-L. et J. Mazeaud, F. Chabas et F. Giantivi, « Leçons de droit civil », t. 2, 2e vol. Biens: droit de propriété et ses démembrements, 8e éd. 1994, §1357 p. 120 : « le droit de propriété est un droit en volume. Le droit de propriété ne porte pas seulement sur la surface des fonds ; aucune culture, aucune construction ne serait possible si le droit de propriété ne portait pas sur un volume. ».

¹⁷³⁴ P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse Bordeaux, 1926, p. 3.

¹⁷³⁵ Kevin Gray, Susan Francis Gray, « *Elements of Land Law* », fifth edition, Oxford, 2009 1.2.14 (p. 14) « *The third dimension of land* ».

D'ailleurs, le recours à l'article 552 pour fonder la propriété volumique est largement répandu en doctrine, et repris en substance par l'avant-projet de réforme de l'association Capitant. Par l'emploi des termes dessus et dessous, ce célèbre article, aux origines très discutées (cf. supra §168 et s.), est une référence idéale au sol en trois dimensions. Le principe d'une division de la chose s'accorde parfaitement avec la distinction opérée au premier alinéa de l'article : « La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous ». Néanmoins, des résistances importantes, à faire de l'article 552 le fondement de la division verticale du sol, ne peuvent être niées.

Il est essentiel de les présenter (B), même si elles seront ensuite dépassées (C). Cependant, avant d'arriver au fondement textuel du volume, les enjeux non négligeables du rattachement du sol volumique à l'article 552 doivent être examinés (A).

A. Le sol un bien volumique divisible verticalement suivant l'article 552

(758.) La division en volumique accroît mécaniquement le niveau des relations entretenues avec les unités foncières qui en découlent. Ces conséquences heurtent la vision idéale de la propriété, ou de la propriété parfaite, provoquant un phénomène de rejet. Pourtant, le volume est l'outil d'une appropriation individuelle et exclusive du sol vertical (1). Les techniques de mesurage modernes, rappelant la dimension mathématique du sol civiliste, confortent la nature individualiste du volume et renforcent le lien avec la vision originelle de l'article 552 du Code civil (2).

1. La nature individualiste de la chose volume

(759.) La problématique du volume se rapporte directement à la chose, ou à l'objet de la propriété, en produisant deux actions simultanées propres au volume. Toutefois, ces spécificités n'entraînent pas de différences fondamentales entre le volume et le sol surface. Au contraire, à l'instar des servitudes inhérentes à la division volumique, ces spécificités marquent l'appartenance du volume au régime de la propriété individuelle.

La première action est de mettre en lumière la troisième dimension du sol. Soulignons-le à nouveau, le volume n'a pas pour effet de créer une chose en trois dimensions, mais seulement de la révéler. Seconde action, ce sol en trois dimensions est divisé en au moins deux entités dans le sens de la hauteur. Ces entités se superposent, et sont de même nature, bien que portant sur des éléments différents (tréfonds, sol, superficie). Le sol est divisé verticalement exactement comme il l'est horizontalement. Comme une parcelle donne

naissance à deux (ou plus) unités foncières planes, la division en hauteur débouche sur deux (ou plus) unités foncières volumiques. Encore une fois, l'opération n'a pas pour effet de déjouer les lois de la physique et de la pesanteur. La division verticale débouche sur la création d'un ensemble de servitudes organisant les relations entre ces unités foncières volumiques.

Ces servitudes sont d'ailleurs la marque de la propriété individuelle, ce sont elles qui permettent à la propriété du code de se déployer. Paradoxalement, la présence des servitudes est le signe d'un degré de sociabilisation plus élevé comparativement au sol vertical. Simplement, cette sociabilisation est individualisée, accroissant du même coup le champ de la propriété individuelle. Ce trait a certainement longtemps été un frein à la reconnaissance de la propriété volumique, puisque ces relations viennent heurter l'idéal individualiste de la propriété et sa quête de perfection (cf. supra §723 et s.). La présence de servitudes est la règle en matière de propriété volumique, sans toutefois devoir être exagérée. La situation de la propriété d'une cave située au pied d'une falaise, illustrée par le litige tranché par l'arrêt de cassation de 1977¹⁷³⁶, en est le meilleur exemple (cf. supra §306 et s.). L'absence de limites précises des biens souterrains gêne une appropriation individuelle et peut présenter un niveau d'autonomie quasi totale vis-à-vis de son accès et de son usage. Reste bien entendu la question de l'appui, puisque par définition, le terrain du dessus devra en raison du jeu de la gravité être soutenu par la cave, ou s'appuyer sur celle-ci. Néanmoins, là encore, il faut se garder d'une analyse simpliste, qui serait source d'erreur. Si l'on compare le champ placé au-dessus de la cave avec une parcelle totalement idéalisée, située au beau milieu d'un espace plan, alors, le champ superficiaire apparaîtra comme moins parfait car dépendant, ou en relation avec la cave (cf. supra §723). Maintenant, si la comparaison est réalisée avec une parcelle moins idéale, par exemple une parcelle située au milieu, ou en haut, d'un coteau extrêmement pentu. Il est fort probable que cette parcelle fasse, elle-même, l'objet de servitudes d'écoulement des eaux de pluie par exemple, dont elle jouira et dont elle souffrira tout à la fois.

Mais allons plus loin, la parcelle placée au milieu du coteau escarpé imposera du fait de sa situation une forme de servitude. Le propriétaire de la parcelle basse devra conserver une part de remblai, ou construire un mur de soutènement, pour éviter un éboulement ou un glissement de terrain. Avec cette seconde comparaison, plus concrète, le champ superficiaire situé au-dessus d'une cave n'apparaît guère plus imparfait que celui positionné au sommet d'un coteau. Pire, les servitudes d'écoulement des eaux, voire d'appui, dont le doyen Carbonnier disait qu'elles résultaient de la force des choses (du droit naturel), ont en fait

¹⁷³⁶ Cass. civ. 3^e, 15 novembre 1977, n° 76-11.365 ; JurisData : 1977-099389.

pour cause la pesanteur. Si l'eau coule du haut de la montagne vers le bas, et si le glissement de terrain se produit suivant le même sens, c'est par l'effet de l'attraction terrestre. Dans cette hypothèse, pourquoi les effets de la pesanteur pourraient-ils être traités par la création de servitudes « de droit naturel » pour une parcelle en hauteur, tandis que cette même attraction mettrait en échec la propriété verticale d'une parcelle surplombant une cave ? Ou, est-ce en raison du principe de l'unité du sol qui relèverait lui aussi de la nature des choses et du droit naturel ?

En réalité, ces deux situations peuvent appeler un traitement tout à fait analogue, dès lors que l'on accepte que le concept de parcelle, comme celui de volume se réfèrent tous deux au sol, et que ce sol pris *in concreto*, se rapproche plus du volume que d'une représentation géométrique plane.

2. La mesure du sol en volume donne corps à la vision du sol de l'article 552

(760.) La présence de servitudes fut perturbante, tant que la chose volumique ne disposait pas de limites en hauteur lui assurant ainsi une individualisation complète, une individualisation en volume coïncidant avec la vision de l'article 552.

Il faut le rappeler, c'est grâce aux cotes NGF que la doctrine a défini le volume comme un immeuble par nature, par le détour du concept du volume technique (cf. supra §640 et s.). En dotant le volume de limites basses et hautes, une appropriation individuelle devient aussi évidente que celle d'une parcelle. La différence entre ces deux représentations provient uniquement de l'ajout de la troisième dimension pour le volume. Les deux entités s'articulent avec la « matrice géométrique » du sol. Leur marquage spatial répond à la même logique de délimitation, le développement horizontal étant simplement complété par la possibilité d'une division verticale. Ainsi, dans ce second cas de figure, l'objet du droit de propriété se réfère aussi à la chose « sol » perçu en trois dimensions. Parcelle et volume sont deux représentations différentes de ce même objet, unies par leur appartenance à la géométrie (cf. supra 689 et s.). Cette généalogie « mathématique » commune opère un rapprochement naturel entre le volume et la parcelle. Ces termes sont alternatifs puisque, si une signification propre est attachée à chacun d'eux, ils ne s'excluent pas mutuellement.

Le jeu des représentations en deux ou trois dimensions, reste sans incidence sur la chose désignée qui demeure unique, le dédoublement ne portant que sur la façon dont elle est perçue. Cet axiome absolu d'une chose unique est la conséquence de la règle de l'exclusion spatiale des choses tangibles, encore une fois : « là où quelque chose est rien d'autre ne peut être au même moment. » (cf. supra §54).

(761.) Une illustration concrète permet d'éclairer le propos.

Prenons l'exemple de la parcelle ; cette représentation du sol en deux dimensions sera utilisée lorsque le caractère volumique du sol n'a que peu d'intérêt ; c'est la vision historique du sol, encore très utilisée et assurément prépondérante à l'échelle d'un pays comme la France. Cela ne signifie pas que la chose sol se limite à deux dimensions, simplement une représentation longueur, largeur suffit. Dans le même temps, la représentation en parcelle, c'est-à-dire la surface peut aussi être exprimée par le volume pris au niveau du sol naturel, une vue en coupe dans le sens de la hauteur. Cependant, cette représentation de la surface possède alors un rôle second, ou complémentaire, puisque dans cette hypothèse l'accent est mis sur la troisième dimension, le volume et non la parcelle. Pourtant, et c'est la finalité de la démonstration, que l'on se place dans la perspective de la parcelle ou du volume, la chose sol, que ces deux concepts désignent, conserve les mêmes caractéristiques, et surtout ne disparaît pas. Le volume n'est pas un sol nouveau faisant disparaître le sol ancien (cf. supra §640 et s.). Le volume immobilier désigne le sol au même titre que la parcelle. La division volumique est l'égale de la division parcellaire, validant le principe d'une propriété verticale fondée sur une chose, divisée en hauteur. Il rappelle en cela l'énoncé de l'article 552, qui pour matérialiser les pouvoirs du propriétaire, s'applique à présenter le sol en trois dimensions. Le schéma venant d'être exposé, définit une chose (volumique) pouvant être attribuée à un sujet, sujet qui par l'effet du droit de propriété disposera des prérogatives les plus larges sur cette chose, conformément à la théorie classique ou renouvelée de la propriété.

L'attribution de la chose issue d'une division verticale du sol emporte la mise en œuvre des pouvoirs du sujet (propriétaire) sur cette chose. Cette configuration diffère de celle où la prérogative, par exemple le droit de construire, suite à un démembrement du droit de propriété, préexiste par rapport à la chose, le bâtiment pour le droit de construire (cf. infra §768 et s.). Avant d'arriver à ce second schéma, il est nécessaire, pour consolider le principe d'une propriété volumique par division de l'objet de propriété, de le fonder textuellement. L'article visé est de toute évidence l'article 552, mais faire de ce texte le fondement de la propriété volumique n'est pas sans difficulté comme nous allons le voir.

B. Les freins à faire de l'article 552 le fondement d'un volume objet de propriété

(762.) Associer l'article 552 au volume est presque naturel lorsque l'on songe à la formulation de cette disposition faisant référence au-dessous et dessus. Pourtant, l'histoire

montre que le texte peut être ambigu (1) et des arguments fondés viennent même contredire une telle hypothèse (2).

1. L'article 552 fondement du sol volumique : un fondement ambigu

(763.) La combinaison formée par le sol volumique et l'article 552 n'est pas nouvelle, et semble dotée d'une certaine ambiguïté.

Cette association a même la particularité de pouvoir être utilisée pour légitimer un découpage vertical du sol, ou inversement pour l'empêcher. Lorsqu'il est appelé à conforter une vision tridimensionnelle du sol, l'article 552 est vu comme le guide de la division en hauteur. En édictant expressément les éléments, ou plus exactement un exemple d'architecture, puisqu'un découpage dessous, sol, dessus, n'est qu'une des moutures possibles, l'article exprime le principe d'un sol en trois dimensions. L'argument est traditionnellement articulé avec l'article 553, qui donne une crédibilité supplémentaire au sol vertical, même si l'association des articles 552, 553 est source de confusion (Cf. supra). Dans un dessein totalement opposé, l'article 552 se révèle aussi un allié fidèle d'un sol unitaire. Souvenons-nous, les opposants à la propriété minière, portée par la loi de 1810, utilisèrent avec efficacité l'argument, selon lequel le triptyque sol, dessus, dessous, serait une entité indissociable répondant à la plénitude des pouvoirs du propriétaire, (cf. supra 190 et s.). Néanmoins, si l'on excepte le célèbre « coup de chapeau », le parti en faveur de la division finit par l'emporter. Depuis, la disposition est indissociable de la problématique. D'ailleurs, le doyen Savatier l'utilisa dès le début de ses travaux comme base de sa théorie (Cf. Supra), même si cette référence ne déboucha pas sur une réflexion plus large associant l'article 552 à la division verticale du sol.

Il faut dire que si l'idée d'un fondement d'un sol divisible en hauteur sur l'article 552 est attrayante, les obstacles à une telle hypothèse sont nombreux.

2. L'article 552 fondement du sol volumique : un fondement critiquable

(764.) Plusieurs difficultés, d'origines diverses, à fonder la propriété volumique sur l'article 552 sont identifiées.

Il y a d'abord la difficulté, examinée ci-dessus, tenant à la proximité entre les situations relevant de la division de la chose objet du droit de propriété, et celle s'expliquant par un démembrement du droit de propriété (cf. supra §751). La relation avec l'article 552 est indirecte, puisque le manque de clarté entre ce qui relève du droit et de la chose, conduit à s'interroger sur la faculté d'une division de la chose (cf. infra).

Il y a ensuite l'absence d'une position tranchée de la jurisprudence entre une division de la chose relevant de l'article 552 et un démembrement fondé, lui, sur l'article 553, comme le révèle le contentieux sur la nature des présomptions contenues dans ces deux articles (cf. supra §292 et s.). Un certain penchant en faveur de l'article 552 est probable, en se référant par exemple à la décision de cassation du novembre 1996¹⁷³⁷, ou à celle de la cour de Paris de septembre 1997¹⁷³⁸. Pour chacune de ces affaires, la superficie dérive d'une dissociation de la chose, et l'article 552 est expressément visé par les juges, seul ou associé à l'article 544. D'autres décisions pourraient même venir supporter l'orientation, mais sur le long cours, dégager une position claire s'avère délicat. Les juges opèrent des choix pragmatiques, à géométrie variable en se fondant sur une combinaison des articles 552 et 553¹⁷³⁹, mais aussi 544¹⁷⁴⁰ et même 551¹⁷⁴¹, 555¹⁷⁴² ou encore 815¹⁷⁴³.

Enfin, et surtout, il y a la difficulté liée à la lettre de l'article 552 et son positionnement au sein du titre II. La disposition est le premier article de la section I « Du droit d'accession relativement aux choses immobilières », du chapitre II intitulé « Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose ». À partir de là, sa dimension unitaire, comme une certaine proximité avec le droit d'accession ne peut être niée. Au-delà de la philosophie commune des articles 552 et 553, servant les intérêts du propriétaire, leur rédaction fait apparaître un certain enchevêtrement entre droit et objet du droit. Cela tient peut-être à l'absence d'une séparation nette opérée par les rédacteurs du code, entre le monde tangible et le monde idéal, au sens où nous l'entendons aujourd'hui. Il n'en demeure pas moins un savant imbroglio entre ce qui relève de la prérogative et la chose elle-même. L'article 552 par exemple, possède un alinéa premier¹⁷⁴⁴ se rapportant au sol, l'objet de la propriété, alors que les deux alinéas suivants¹⁷⁴⁵ se placent plutôt sur le terrain du droit, étant introduits par « peut faire ». Certains auteurs considèrent d'ailleurs que ces dispositions doivent être associées à la liberté d'agir du propriétaire, donc à l'article 544¹⁷⁴⁶. Le troisième alinéa,

¹⁷³⁷ Cass. civ. 3^e, 20 novembre 1996, JCP éd. N. 1997, 4010, p.141, Chron. H. Perrinet-Marquet.

¹⁷³⁸ CA Paris, 25 septembre 1997, JurisData : 1997-023502 ; JCP. éd. N. 1998, 847, note D. Sizaire.

¹⁷³⁹ Cass. civ. 3^e, 6 mars 1991, Bull. civ. III, n° 84 : « ... les dispositions de l'article 553 ont pour effet, par exception à la règle générale posée par l'article 552, d'ouvrir au véritable propriétaire d'une construction... ».

¹⁷⁴⁰ La dernière grande décision de cassation d'octobre 2012 (cf. supra arrêt de la Maison de la poésie §800 et s.) a été prise au visa des articles 544 et 1134.

¹⁷⁴¹ Cass. civ. 3^e, 6 novembre 1970, JurisData : 1970-000592 ; Bull. civ. 1970, III, n° 592 ; D. 1971, p. 395.

¹⁷⁴² Cass. civ. 3^e, 4 octobre 1972, Bull. civ. 1972, III, n° 493.

¹⁷⁴³ Cass. civ. 3^e, 19 juin 1973, JCP 1974, II-17710 note Dagot.

¹⁷⁴⁴ Art. 552 alinéa 1 : « La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. ».

¹⁷⁴⁵ Art. 552 alinéa 2 et 3 : « Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre "Des servitudes ou services fonciers".

Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police ».

¹⁷⁴⁶ W. Dross, J.-Cl. Civil, V° «Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010, §4 : « Les deuxièmes et troisièmes aliénas changent nettement de logique, car il ne s'agit plus de délimiter l'objet de la propriété foncière, mais de décliner les prérogatives attachées au droit de propriété : "Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à

quant à lui, revient à la chose en parlant de la mine, l'objet du dessous, soit la chose. À l'inverse, l'article 553 lui est associé au droit, à la prérogative, et non à l'étendue de l'objet. En établissant une présomption simple de propriété au profit du propriétaire du sol, susceptible d'être renversée par la preuve contraire, la perspective est celle du droit de faire, de construire, de planter. Toutefois, la seconde partie de l'article évoque la délimitation de la chose au travers de l'exemple du « souterrain sous le bâtiment d'autrui ». À ce savant mélange, s'ajoute un autre élément de texte. Le premier alinéa de l'article 552 atteste sans aucun doute de la troisième dimension, sans que la formulation soit tout à fait satisfaisante. D'abord, le sol, et donc l'idée de la matérialité du sol naturel, dispose d'une place dominante, laissant sous-entendre une dépendance du dessus et dessous montrant une inclination pour l'unité (cf. supra §294 et s.). Ensuite, les deux voire trois éléments (sol, dessus, dessous) sont d'un maniement délicat. Comment distinguer le sol du dessous ? voire le sol du dessus, les deux termes sont-ils synonymes ? Une carrière fait-elle partie du dessous, comme une mine, ou du sol comme le champ ? Doit-on rattacher une plantation au sol puisqu'il y prend racine, ou au-dessus puisqu'il s'y développe au moins pour ce qui est visible ? Ces questions appartiennent essentiellement à des exemples du passé, mais le volume moderne en soulève d'autres, toutes aussi ardues. À l'heure des grands ensembles sur dalles pour lesquels des superstructures se substituent totalement au sol naturel, dessus et dessous deviennent des repères loin d'être absolus ; le sol naturel devient lui-même une notion relative. Qui se souvient encore que La Défense fut d'abord une sculpture commémorant la résistance des Parisiens durant le siège de Paris de 1870-1871, sculpture placée sur un sol qui déjà n'avait plus rien de naturel ? Le volume, c'est d'abord un espace qui s'étend sur les trois composantes de l'article 552 indistinctement.

Les freins à un arrimage d'une propriété volumique conceptualisée autour de la division de l'objet du droit et fondée sur l'article 552, sont donc nombreux et consistants. Ils n'en sont pas pour autant indépassables, et une cohérence d'ensemble allant le sens d'un couplage volume, article 552 peut être dégagée.

propos, sauf les exceptions établies au titre des servitudes ou services fonciers. Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police". En cela, ce texte ne fait que conjuguer l'article 544, qui définit le droit de propriété au cas particulier où ce droit de propriété porte sur un objet immobilier. On y retrouve l'idée essentielle d'une liberté d'agir de principe (construire et affouiller, prérogatives perçues comme essentielles par le codificateur bien qu'il soit évident que le droit du propriétaire ne saurait s'y réduire), cantonnée néanmoins par les lois et les règlements. Le texte est donc assez redondant, et si l'on tenait vraiment à expliciter la portée de l'article 544 en matière immobilière, les deux derniers aliéas de l'article 552 auraient mérité d'être ceux de l'article 544 lui-même. ».

C. Le dépassement des freins à fonder le volume objet de propriété sur l'article 552

(765.) Tout en étant critiquable, fonder le volume immobilier sur l'article 552 comporte des avantages certains.

D'abord, cet article permet de légitimer une propriété d'un sol vertical conforme au Code civil en renouant avec son schéma de base un sujet, une chose (1). Ensuite, ce fondement a une vocation didactique de première importance en scindant la propriété volumique entre division de la chose et démembrement du droit (2).

1. L'article 552 ou la légitimation d'une propriété civiliste du sol volume

(766.) La division en hauteur du sol a pour conséquence la création de volumes, portions de sol individualisées prises verticalement, similaires à la parcelle donnant naissance à des portions de sol individualisées prises horizontalement. Ces portions de sol en trois dimensions correspondent sinon à la lettre, à tout le moins à l'esprit de l'article 552.

Les arguments opposés à cette proposition sont réels, et retenir cet article comme fondement du volume suppose de forcer quelque peu le texte. Cet effort correspond au prix à payer pour un volume individualisé, un immeuble par nature, clé de son appropriation au sein du code. Fonder le volume sur l'article 552 participe, en effet, à dévoiler la chose « volume », et à mieux la comprendre notamment en la distinguant du droit de propriété. Cette meilleure connaissance du volume s'exprime au moins par deux aspects d'inégale importance.

Le premier a été évoqué à l'instant, mais doit être rappelé, son apport étant loin d'être négligeable. L'article 552, non seulement reconnaît la troisième dimension du sol, mais en plus, donne des indications spatiales sur ces composantes. L'épure est sans doute archaïque, mais les rédacteurs du code mentionnent expressément à cet article un sol délimité verticalement, et composé d'éléments distincts. Dessus, dessous, sont des amorces brutes, mais exemplaires de volumes immobiliers, comme n'avait pas manqué de le souligner le doyen Savatier (cf. supra). L'article 552 marque non seulement la dimension volumique du sol en dehors de toute idée de division, mais il rattache le principe d'une éventuelle pluralité verticale de la chose « sol ». Certes, l'ombre de l'accession plane sur cette disposition, qui en plus entremêle chose et droit (cf. supra §762 et s.). Pourtant, l'article indique clairement la divisibilité en hauteur du sol, même s'il n'est pas le seul, puisque l'article 553 fait référence au cas du sous-terrain.

Le second aspect d'un volume fondé sur l'article 552 est de loin le plus prégnant. En légitimant le choix de la division de la chose en cohérence avec une chose délimitée en

volume, l'article 552 ferme la porte à l'option du démembrement de droit. Cette dernière option subsiste ; simplement avec l'article 552, une clef de répartition apparaît. Et, cette clef s'inscrit parfaitement dans le modèle d'une propriété de choses du Code civil. Soit l'opération se place sur le terrain de l'article 552, c'est-à-dire de la division de la chose, soit sur le terrain du démembrement du droit.

Or, une telle approche conforte une distinction droit, chose, et concourt au renforcement du concept de volume immobilier. En partant de cette hypothèse, la division de la chose de l'article 552, la propriété volumique reprend le schéma classique de la propriété, soit une chose attribuée à un sujet sur laquelle ce dernier disposera des pouvoirs les plus étendus. En l'occurrence, cette chose est un volume, né de la division verticale d'un fonds de terre. Ce volume, ou propriété objective pour reprendre la dialectique du *jus excluendi*, est alors complètement extérieure à toute idée de démembrement de droit, au même titre que la parcelle, division horizontale d'un fonds de terre.

Par l'entremise de l'article 552, la propriété volumique s'affirme donc comme portant sur une chose en trois dimensions. C'est ce phénomène de légitimation d'une appropriation civiliste du sol volume qui justifie le fondement de l'article 552.

2. *L'article 552 ou la division de l'objet du droit de propriété excluant par principe un démembrement de droit*

(767.) La division volumique se rapporte à l'objet du droit, à l'exclusion de tout démembrement du droit de propriété. Ce postulat met en lumière la source de la confusion encore à l'œuvre aujourd'hui entre droit et objet (cf. supra §662 notamment §664) associant la division volumique au principe de l'accession.

Si, le volume résulte de la division d'un fonds, alors l'opération ne peut pas être assimilée à la renonciation, partielle ou totale, du bénéfice de l'accession des articles 551 et suivants. C'est directement le droit de disposer, totalement ou partiellement de la chose, c'est-à-dire le droit de propriété (article 544) qui est à l'œuvre. Le sens de la division du fonds, vertical ou horizontal, est sans incidence. À l'image de ce qui se produit pour une parcelle, une fois la division opérée, le volume devient une propriété objective, sur laquelle le droit de propriété (propriété subjective) pourra s'exercer pleinement. Le titulaire de ce droit jouira alors du bénéfice d'accession lui permettant de construire, de planter, etc., mais ce droit sera indépendant du droit d'accession du propriétaire initial sur la chose, avant division. Ce droit d'ailleurs subsistera si, suite à la division, le premier propriétaire n'a transféré qu'une partie de sa chose, exemple : la division a donné lieu au transfert du dessous et la conservation du dessus. Le droit d'accession est alors attaché au droit de propriété détenu par chacun des sujets, droit par définition exclusif l'un de l'autre, et s'exerçant sur deux choses distinctes, le

tréfonds et la superficie, dans notre exemple. Le recours à un démembrement de droit, à l'article 553, est inutile dans cette configuration, voire de nature à brouiller le débat.

En conséquence, il est possible d'affirmer que la division volumique contourne la question du *numerus clausus* des droits réels, simplement parce qu'à aucun moment ne se pose la question du démembrement du droit de propriété, et donc de la limite du démembrement. Il s'agira d'une propriété certes imparfaite (cf. supra §738 et s.), sans pouvoir être confondue avec un simple droit réel, voire une propriété *sui generis* (cf. supra §472 et s.). Reste l'hypothétique situation d'un transfert total du droit d'accession. Simplement, là encore, le sens de l'opération ne change rien. Une organisation verticale ou horizontale du sol n'influence pas la question de savoir, si ce type de transfert s'apparente purement et simplement à un transfert de la chose, comme cela peut être soutenu (Cf. Supra).

Une propriété volumique ayant pour objet une chose, fondée sur l'article 552 se suffit à elle-même. Elle contrevient, par hypothèse, à la théorie qualifiant la superficie exclusivement de droit réel, tout en conciliant la possibilité du démembrement de droit, mais seulement à titre complémentaire.

§3 L'alternative : le droit de superficie droit réel fondé sur l'article 553

(768.) Développer un droit de superficie démembrement de droit peut paraître paradoxal après avoir prôné la propriété volumique. Les démarches ne sont pourtant pas opposées, mais complémentaires.

Le volume propriété, aussi légitime soit-il, ne peut être en mesure d'épuiser le champ des possibilités du droit de superficie. Le compléter par la notion de démembrement accroît le spectre du sol vertical sans modifier aucunement cette première conclusion fondée sur l'article 552. D'autres solutions seraient même légitimes - tel le concept trust ou le statut de la copropriété tous deux cependant placés en dehors de notre sujet. Toutefois, avec les articles 552 et 553, une partie non négligeable de la problématique est couverte, notamment en raison de leur complémentarité. Complémentaire ne signifie pas similaire. D'ailleurs, chacune des situations disposera d'une nature différente, qu'elles renvoient à une dissociation de la chose fondée sur l'article 552, ou à un démembrement de droit relevant de l'article 553. Le démembrement de droit répondra à la qualification de droit réel, sans remettre en cause la qualité de propriété du volume, puisque seules seront visées les superficies ne répondant pas au critère de la propriété volumique, qui est de disposer d'un objet distinct (cf. supra §757 et s.).

Cet objet est le résultat de l'élaboration d'un concept de bien représentant le sol en trois dimensions, conformément au bien civiliste, par là même susceptible d'être approprié, et donc à fortiori détenu par un simple droit réel (A). Cependant, il est aussi des cas de superficies pour lesquels le concept de volume est inopérant. Ces superficies irréductibles à une chose au sens civiliste, se réfèrent, disons-le, à des droits qui appartiennent aux relations hommes, choses antérieures au Code civil. Ces relations échappent au droit de propriété du code, et sont, dans cet environnement, de simples droits réels de jouissance (B).

A. Le droit de superficie démembrement de droit complément du sol en volume

(769.) Avant d'expliciter la complémentarité du droit de superficie, droit réel, une précision déjà formulée doit être rappelée. Le propos n'est pas la reconnaissance d'un droit de superficie droit réel. Cette proposition a été rejetée (cf. supra §368 et s.) au profit d'une propriété volumique, et bien entendu, ce rejet vaut toujours. Le présent paragraphe vise à concevoir un droit de superficie droit réel, démembrement de droit, c'est-à-dire démembrement du droit de propriété (1), ce qui conduit à s'interroger sur les contours de ce droit réel (2). Dans cette hypothèse, droit de superficie, droit réel, est parfaitement compatible avec la propriété du sol en volume.

1. Le couplage droit de propriété et droit réel du sol volumique

(770.) L'objectif est ici d'exploiter au maximum le champ d'application du sol vertical. Pour cela, il est possible d'avoir recours, sur la base de la figure unitaire de la propriété un sujet, une chose, à un véhicule conceptuel dupliquant cette figure, ou bien, seconde hypothèse, de mettre en place en complément, la figure un sujet, une prérogative. Dans la logique du code, la première situation correspond au droit de propriété et la seconde au droit réel.

Le volume immobilier objet de propriété peut par définition être objet de droit réel, tout comme le serait un fonds traditionnel, par application de l'adage qui peut le plus peut le moins. Le sol, cela a été développé, est, et demeure, une chose en trois dimensions (cf. supra). Dans l'hypothèse de droit commun du code, celle de l'article 552, le propriétaire dispose des trois éléments. À partir de là, soit premier cas, une opération de division de la chose en hauteur est réalisée (Ex : le tréfonds), synonyme de propriété volumique. Soit, second cas, l'opération trouve son origine dans le démembrement d'une prérogative, auquel cas la superficie est un droit réel. Cette seconde opération n'empêche pas, évidemment, au préalable une délimitation volumique, qui se traduira seulement par un transfert de droit réel,

et non de la pleine propriété. En procédant de la sorte, la propriété volumique s'en trouve confortée puisqu'une figure alternative est organisée. Plutôt que de privilégier une position exclusive, supposant que toutes les configurations volumiques doivent respecter les conditions de la propriété verticale, et notamment celle tenant à son objet, un mode de détention, d'une certaine façon moins exigeant, s'ajoute au premier, renforçant l'ensemble.

L'intérêt de l'ajout de cette seconde figure est double.

D'un point de vue de la technique juridique, le concept de propriété volumique démontre sa supériorité en organisant deux options alternatives. La propriété volumique n'exclut pas l'hypothèse de superficies, droit réel, alors que la thèse du *jus excluendi* refuse cette propriété rendant obligatoire la figure du droit réel (cf. supra §389 et s.). D'un point de vue socio-économique, l'avantage est aussi indéniable. Un projet de développement vertical pourra se traduire par une division en propriété, avec classiquement un propriétaire pour le tréfonds, un propriétaire pour le sol et un propriétaire pour le dessus. La logique sera alors celle de l'individualisme. Chaque propriétaire aura la charge exclusive de son volume. Toutefois, le projet pourra également donner lieu, sur la base de la même répartition, au transfert pour chaque volume, seulement à un droit réel, par exemple par l'intermédiaire d'un bail long terme, voire d'un terme indéfini (cf. infra §795 et s.). La logique du projet ne sera alors plus l'exclusivité accordée à chaque volume, ou plus seulement, mais leur dimension commune qui dépendra du titulaire du droit de propriété. De plus, ces choix pourront varier dans le temps ; une division volumique est susceptible d'alterner avec une opération de démembrement de droit, et même avec une propriété unique sans démembrements ni divisions. Si, comme cela a été indiqué en critique de la thèse du droit réel sur la chose d'autrui, rien ne justifie que la science juridique, s'oppose à une appropriation verticale du sol, l'inverse est vrai.

La propriété même avec une division verticale n'a pas vocation à être le seul mode de détention du sol volume. Pour comprendre le champ d'application de chacune de ces options, il est utile de revenir sur les contours du droit de superficie, droit réel, et de le distinguer de la propriété d'un volume.

2. *Les contours du droit de superficie simple droit réel de jouissance spéciale en écho à l'article 543 du Code civil*

(771.) Le droit de superficie référant seulement à une prérogative est un droit réel. Cette qualification opère de fait une distinction avec la propriété, mais elle ne donne pas d'indication sur la nature du droit réel visé ou son fondement, ni sur la dénomination de ce droit ni son contenu.

Or, ces questions sont loin d'être anodines puisque dans la perspective du Code civil, la configuration du droit réel est relative au droit de propriété. Comme le signale un auteur en commentaire de l'arrêt de janvier 2015 qui se rapporte directement à notre sujet, le droit réel peut : « transformer la propriété en une véritable coquille vide »¹⁷⁴⁷. Pour éviter de vider de son sens la propriété, il convient donc de tracer les contours du droit réel en les distinguant de ceux de la propriété (b). Cette étape doit être précédée par un autre effort de précision presque aussi indispensable, définir le fondement du droit de superficie, droit réel (a).

a. Le droit de superficie droit réel de jouissance spéciale fondé sur l'article 543

(772.) Fonder le droit de superficie, droit réel est loin d'être une chose aisée et plusieurs options sont recevables. La notion de droit réel de jouissance de l'article 543 est sûrement la plus satisfaisante, notamment au regard des inconvénients des solutions alternatives.

Sous réserve de ne pas être exclusif d'un droit de propriété, le droit réel sur la chose d'autrui de la propriété renouvelée pourrait assez naturellement venir fonder lui aussi un droit de superficie, droit réel. Il est exact de soutenir avec les tenants du *jus excluendi* que le titulaire du droit de superficie n'est pas le propriétaire de la chose. Toutefois, comme nous l'avons vu, la notion à tendance à faire du droit de superficie un droit de seconde classe, en passant à côté de la dynamique essentielle de l'opération superficiaire. En effet, dans cette optique le démembrement de droit est au moins autant le moyen d'aboutir au développement le plus efficient du fonds, que celui d'asseoir la suprématie du propriétaire du sol comme le soutient la théorie renouvelée de la propriété. D'autre part, le droit réel sur la chose d'autrui est absent du code.

De leur côté, les droits réels classiques cités par le code ne sont pas vraiment pertinents (cf. supra §368 et s.). La décision de janvier 2015 évoquée à l'instant se réfère, par exemple, à l'usufruit pour limiter la durée d'un droit réel à trente ans. B. Mallet-Bricourt en commentant cette décision regrette cette référence, et considère que l'article 543¹⁷⁴⁸ aurait été plus

¹⁷⁴⁷ C. Juillet, « La durée du droit réel de jouissance spéciale », Construction - Urbanisme n° 4, Avril 2015, comm. 55 : « En effet, qu'il s'agisse de l'usufruit, des droits d'usage et d'habitation ou même des droits conférés à l'emphytéote et au preneur à bail à construction ou à bail réel immobilier, tous ont pour caractéristique de conférer à leur titulaire une jouissance exclusive de tout ou partie du bien (certes, les droits d'usage et d'habitation sont limités à ce qui est nécessaire aux besoins de leur titulaire et de sa famille par les articles 630 et 633 du Code civil. Il n'en demeure pas moins que sur la partie sur laquelle ils portent, ils confèrent une jouissance exclusive). Le propriétaire est donc corrélativement privé de cette jouissance. Par conséquent, pour ne pas transformer la propriété en une véritable coquille vide, il est apparu indispensable au législateur de limiter dans le temps les droits de jouissance afin de permettre au propriétaire de récupérer cette jouissance de son bien. »

¹⁷⁴⁸ Art. 543 Code civil: « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre. ».

adéquat¹⁷⁴⁹. Il faut dire que la cour se prononçait sur un droit réel désigné comme étant un droit d'usage par les parties, droit requalifié par les juges en un droit réel de jouissance spéciale en référence aux travaux de l'association Capitant¹⁷⁵⁰. Ce droit de jouissance spéciale est lui aussi absent du code, mais l'objectif de l'avant-projet est justement d'amender les dispositions du code. Par ailleurs, la formule utilisée se retrouve au moins partiellement dans l'article 543. Comme le relève B. Mallet-Bricourt, cet article est intéressant, car il contient la notion de « simple droit de jouissance ». Certes, le « simple droit de jouissance » se distingue du droit de jouissance spéciale, tout en laissant percevoir un rapprochement possible, comme semble le confirmer l'analyse doctrinale de l'article 543 à venir.

Ainsi, le droit de jouissance spéciale devient un véhicule vraisemblable pour l'instauration d'un statut particulier d'un droit de superficie droit réel, compatible avec la propriété du sol en volume, sans pouvoir être confondu avec elle.

(773.) L'article 543 paraît pouvoir être désigné comme le fondement textuel d'un droit de superficie, droit réel de jouissance spéciale, en référence à la lettre de ce texte.

La doctrine actuelle¹⁷⁵¹ ou passée¹⁷⁵² interprète l'expression « simple droit de jouissance » de l'article 543 comme une reprise synthétique du droit d'usufruit, et des droits d'usage et d'habitation. L'interprétation s'accorde avec la forme introductive de l'article 543 d'une liste limitative, en cohérence avec la volonté de faire de la propriété l'instrument de rupture avec la simultanéité de l'Ancien Régime¹⁷⁵³. Des discussions existèrent, et existent toujours, sur le fait de savoir si d'autres droits réels, au premier rang desquels le droit de superficie, pouvaient venir compléter ceux de l'article 543, puisqu'il s'agit tout bonnement de la question du *numerus clausus* des droits réels. Pour rappel, l'objet du débat est de savoir si la liste des droits de cet article peut être, ou non, complétée (cf. supra). La cour opte pour une réponse positive en ayant recours au droit de jouissance spéciale en dehors d'un texte l'instituant, comme l'a souligné H. Périnet-Marquet¹⁷⁵⁴.

¹⁷⁴⁹ B. Mallet-Bricout, « Droits réels de jouissance spéciale : premier signe de rejet de la perpétuité », Recueil Dalloz 2015 p. 599 §10.

¹⁷⁵⁰ Avant-projet de réforme du droit des biens. Chapitre IV - Du droit réel de jouissance spéciale

¹⁷⁵¹ Voir par exemple F. Terré et P. Simler Droit civil ; les biens (8e édition), 2010, Dalloz, § 774 p. 692.

¹⁷⁵² Voir par exemple C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §462 p. 337.

¹⁷⁵³ Voir par exemple expose Treilhard, P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. T11, 1836, p.41 « Enfin, le dernier article de la loi nous ramène à ce que 541 nous vous annonçons en commençant on ne peut avoir sur les biens que trois sortes de droits, ou un droit de propriété, ou une simple jouissance, ou seulement des services fonciers ainsi notre Code abolit jusqu'au moindre vestige de ce domaine de supériorité jadis connu sous les noms de seigneurie féodale et censuelle. »

¹⁷⁵⁴ H. Périnet-Marquet, « La liberté de création des droits réels est consacrée », Construction - Urbanisme n° 1, Janvier 2013, repère 1; Voir également J.-L. Bergel, « Un droit réel de jouissance spéciale n'est pas limité à trente ans et ne s'éteint qu'au terme de la durée pour laquelle il a été consenti », RDI 2014 p. 634 « La consécration d'un droit réel de jouissance spéciale par la jurisprudence marque clairement l'abandon de la thèse controversée d'un « numerus clausus » des droits réels que prônait encore une partie de la doctrine... ».

Il est mal aisé d'arguer que la notion de « simple droit de jouissance » de l'article 543 comprend autre chose que l'usufruit, l'usage et l'habitation. La disposition dans son ensemble semble dépourvue de « portée normative »¹⁷⁵⁵, ce qui serait cohérent avec les intitulés des titres du livre II, comme avec les travaux préparatoires du code¹⁷⁵⁶ (cf. supra §771). Il n'en demeure pas moins qu'à défaut de l'introduction par la loi du droit réel de jouissance spéciale de l'avant-projet de réforme, le texte pourrait être utile, et devenir le chaînon manquant du droit de superficie, droit réel.

Cela d'autant que la notion de droit de jouissance n'est pas, en elle-même, des plus précises, et dispose donc d'une certaine élasticité¹⁷⁵⁷. Après tout, si le législateur utilise le terme « simple droit de jouissance » et pas « usufruit ou usage et d'habitation », c'est peut-être parce que les deux groupes nominaux ne coïncident pas exactement¹⁷⁵⁸ ; cette hypothèse est confortée par la formulation des autres droits cités par l'article : la propriété, les servitudes ou les services fonciers. Avec cette interprétation, l'adjectif simple aurait alors pour fonction de distinguer le droit de jouissance du droit de propriété, en introduisant une catégorie dans laquelle se trouverait l'usufruit, l'usage, l'habitation, plus un autre type de jouissance. Puis, l'article 543 se conclurait par la troisième catégorie des servitudes et services fonciers. Le qualificatif de spéciale, proposé par l'avant-projet, pourrait même être utilement conservé. Le terme s'applique en effet à la jouissance, pas au droit, justifiant l'accord au féminin. Par conséquent, il est possible de dire que la jouissance contenue dans ce droit est spéciale vis-à-vis de l'usufruit, l'usage et l'habitation.

Le droit de superficie dénommé simple droit de jouissance de l'article 543 trouverait alors toute sa spécificité dans une articulation avec l'article 553. Ce second article est en effet une exception au principe du droit de l'accession, attribut du droit de propriété, emportant la nature de simple droit réel de jouissance spéciale. Le fondement basé sur l'article 543 associé à l'article 553 représente un point d'ancrage solide pour le droit de superficie, droit réel. Il doit néanmoins être complété par une définition du contenu de ce droit, qui *a minima*

¹⁷⁵⁵ W. Dross Juris Classeur Code Civil, Art. 543, Fasc. unique : BIENS. - Droits dont les biens peuvent être l'objet, Cote : 11,2010, §1 « Absence de portée normative de l'article 543 du Code civil ».

¹⁷⁵⁶ P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. T11, 1836, p. 55 : « Le dernier déclare qu'on peut avoir sur les biens ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre. Cet article tient à la loi actuelle en ce qu'elle s'occupe des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent; mais il n'est ici que le précurseur des lois sur la propriété, l'usufruit et les servitudes, qui seront incessamment discutées devant vous. ».

¹⁷⁵⁷ A propos de l'usage de cette notion antérieurement au Code civil voir E. Chénou, « Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815 », t. II, Paris, Sirey, 1929, §373 p. 164 : « Quant au vassal, il acquérait sur le fief servant un droit de jouissance complet, et de plus transmissible à ses héritiers. », §377 p.185 : « Le censitaire, comme le vassal, avait en principe la jouissance complète de la terre qui lui était concédée. C'était donc à lui à tenter les actions possessoires ou à y défendre. Il faisait aussi tous les fruits siens. Toutefois, son droit de jouissance se trouvait réduit par l'obligation de payer le surcens au seigneur, ... » et §381 p.200 : « Dans le Limousin et la Marche, le bail à métairie perpétuelle où la colonage perpétuel ne rappelait que par la similitude des dénominations et nullement par ses effets le bail à locatairie perpétuelle de la Provence et du Languedoc. Il ne donnait en effet au preneur, ni le domaine utile, ni même l'usufruit, mais un simple droit de jouissance, qui n'eût, en rien différé du droit d'un colon partiaire ordinaire... ».

¹⁷⁵⁸ Les travaux préparatoires, ne paraissent pas limiter strictement la définition du simple droit de jouissance à l'usufruit, l'usage et l'habitation voir P.-A. Fenet, « Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil », T11, 1836, p.33 et p. 49.

ne peut être le droit de propriété, puisque le droit de superficie droit, réel est une figure complémentaire de la propriété volumique.

b. Un droit de superficie de jouissance spéciale n'est pas un droit de propriété

(774.) Les questions de la dénomination de la superficie, droit réel, ou de son fondement textuel ne sont pas les seules en suspens ; s'y ajoute celle bien plus délicate encore du contenu du droit.

Sur cet aspect aussi, le droit réel de jouissance spéciale de l'avant-projet apporte des éléments de réponse tangibles. Ce droit couvrirait en effet : « le bénéfice d'un usage spécial ou d'une jouissance spéciale d'un ou de plusieurs de ses biens »¹⁷⁵⁹ pouvant appartenir au domaine public. La durée du droit réel de jouissance spéciale est calquée sur celle de l'usufruit, soit 30 ans¹⁷⁶⁰, comme le régime de jouissance¹⁷⁶¹. Le champ d'application prévu par les rédacteurs de l'avant-projet est donc conséquent, d'autant plus qu'il n'est pas exclusif de la propriété d'un volume. Il semble pourtant que cela n'empêche pas des discussions notamment à propos de la limite temporelle du droit consenti. Pris plus largement, ce point reprend le questionnement autour du *numerus clausus* déjà abordé (cf. supra), qui est de savoir si le *numerus clausus* doit être maintenu, ou non ; et dans le cas d'une réponse négative, si la liberté complète de création des droits réels doit être totale ou déboucher sur une solution intermédiaire entre interdiction de création, et absence de toute contrainte ? Cette solution intermédiaire, s'apparentant à un quasi-*numerus clausus* (cf. supra §593) peut prendre plusieurs formes. Elle peut se traduire par une extension de la liste des droits de l'article 543 par des droits précis. Autre alternative, le *numerus quasi-clausus* peut coïncider avec une définition de principes encadrant la liberté de créer des droits réels, voire une option de compromis avec un droit doté d'une définition souple. Le droit réel de jouissance spéciale n'est pas loin d'avoir ce profil. Par ailleurs, il y a aussi la faculté de traiter cette question via un concept du type trust à l'exemple de la *common law*. Bien que disposant d'une liste de droits réels, plus fournie que celle de l'article 543, le droit anglais offre l'opportunité de créer des démembrements supplémentaires via ce véhicule (cf. supra §577 et s.).

Il n'est pas ici, raisonnable de penser trancher précisément la question. En revanche, quelques bornes ou principes déduits d'analyses précédentes peuvent être rappelés. Premièrement, le contenu du droit réel ne peut pas être aligné sur celui du droit de propriété.

¹⁷⁵⁹ Art. 608 avant-projet de réforme du droit des biens.

¹⁷⁶⁰ Art. 611 avant-projet de réforme du droit des biens.

¹⁷⁶¹ Art. 609 et 610 avant-projet de réforme du droit des biens.

Sinon, il s'agit du droit de propriété. Or, cette option existe déjà au travers de la propriété volumique. Par ailleurs, pour les droits ne pouvant être réduits à une chose civiliste (cf. *infra* §776 et s.), cela revient à introduire une propriété de droits sur des choses relevant du monde tangible. Deuxièmement, deux éléments vont être déterminants dans l'appréciation du contenu du droit réel : l'étendue des prérogatives vis-à-vis de la chose et leur durée, étant précisé que l'intégralité des prérogatives, sans limites de durée, correspond à la propriété. Sur la base de ces deux éléments, étendue des prérogatives et durée, il semble possible de configurer un droit de jouissance spéciale qui ne puisse pas être confondu avec le droit de propriété. Le titulaire d'un droit de jouissance spéciale ne pourrait ainsi disposer de l'ensemble des utilités d'une chose à perpétuité. Ce second élément concernant le temps est sans doute le plus controversé, et appelle quelques précisions.

(775.) Le droit de superficie, droit réel de jouissance spéciale, ne peut pas disposer de la perpétuité sauf à se transformer en un droit de propriété. Pourtant, la question reste vivement débattue.

La durée de 30 ans du droit de jouissance spéciale de l'avant-projet du livre II correspond déjà à une longue période. Faut-il aller au-delà ? Des baux le prévoient, et on peut imaginer une durée supérieure, 99 ans voire plus. Toutefois, la propriété doit conserver le monopole de la perpétuité, au moins au sens d'imprescriptible (cf. *infra* §795 et s.). À défaut, la nature de la propriété au sens civiliste serait remise en cause. De même, toutes les prérogatives ne peuvent pas être transférées au titulaire du droit réel. Une telle hypothèse ne laisserait au propriétaire que la maîtrise du temps, et son droit étant imprescriptible, il se transformerait en maître du temps, voire en rentier de l'Ancien Régime (cf. *supra* §26 et s.). Le propriétaire doit être en mesure de préserver une certaine proximité avec la chose. La notion de « destination normale de la chose »¹⁷⁶² de l'avant-projet semble parfaitement satisfaire cette contrainte. Ainsi, le droit réel de jouissance spéciale peut comprendre les prérogatives relevant de la destination normale de la chose dans sa totalité, et cela, sur une longue durée, voire sur une durée indéterminée sans pouvoir être imprescriptible. De son côté, le propriétaire du fonds conserverait au moins l'imprescriptibilité et ce qui va au-delà de la destination normale de la chose.

Suite à un arrêt de 2012 dit de la « Maison de la Poésie » qui sera longuement développé, certains auteurs avaient jugé que la Cour de cassation acceptait un droit réel perpétuel. Nous verrons que cette interprétation est critiquable (cf. *infra* §800 et s.). Du reste, la cour s'est clairement opposée à un droit réel perpétuel dans l'arrêt du 30 janvier 2015 précédemment

¹⁷⁶² Art. 609 alinéa 2 avant-projet de réforme du droit des biens.

cité. La doctrine a salué ce retour au profil d'un droit réel plus classique¹⁷⁶³. Dans cette affaire de 2015, les juges appliquent la durée maximale de 30 ans de l'usufruit (article 619 Code civil), à un droit réel qualifié étrangement de droit d'usage par les parties, et qui encore plus étrangement ne s'étaient pas prononcées sur la durée de ce droit.

L'intérêt de la décision est double, car les juges, tout en encadrant le droit réel, laissent une marge de manœuvre à la liberté contractuelle, puisque la limite de 30 ans résulte de l'absence de durée. De la sorte, le droit réel dispose d'une certaine consistance, sans venir concurrencer le droit de propriété. Comme le précise B. Mallet-Bricourt : « ...la portée de l'arrêt commenté devra être précisée, en regard de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation relative à divers droits d'usage originaux et perpétuels sur lesquels elle a déjà eu l'occasion de statuer. »¹⁷⁶⁴. La question est tumultueuse, et il faut se garder de jugements trop hâtifs. De même sur le droit de jouissance spéciale, H. Périnet-Marquet suite à l'arrêt de 2012 « la Maison de la Poésie » appelait à une certaine retenue en disant : « Comme toute innovation majeure du droit, et celle-là en est une, il faudra du temps pour apprécier l'exacte portée de ces droits réels de jouissance spéciale. On ne peut, pour l'instant, que saluer l'audace mesurée, mais réelle de la Cour de cassation qui fait, indiscutablement, avancer le droit des biens. »¹⁷⁶⁵.

Ainsi, une conclusion semble pouvoir être formulée. Même sans être confondu avec le droit de propriété, le simple droit de jouissance spéciale offre des opportunités extrêmement vastes. Retenir ce droit paraît cohérent, y compris en l'état actuel du code en référence aux articles 543 et 553, et cette posture contribue à renforcer le droit des biens du code. C'est aussi une nécessité, pour recevoir les droits réels irréductibles à une chose civiliste, comme aux démembrements de droits prévus par le code.

B. Les droits irréductibles à la chose volume

(776.) Jusqu'à présent, le propos était de distinguer entre droit de propriété et droit réel. Avec l'avènement du volume immobilier, toutes les situations mettant en œuvre un immeuble par nature susceptible de pouvoir être délimité en trois dimensions, peuvent, sur le

¹⁷⁶³ B. Mallet-Bricout, « Droits réels de jouissance spéciale : premier signe de rejet de la perpétuité », Recueil Dalloz 2015 p. 599 §3 : « La Cour de cassation, dans la présente décision du 28 janvier 2015 (7), destinée à une large diffusion, confirme la reconnaissance des droits réels de jouissance spéciale et prend parti dans le débat sus-évoqué, refusant sans ambiguïté la potentielle perpétuité de ces droits réels spécifiques, du moins lorsque les parties n'ont prévu aucune durée dans l'acte constitutif. » ; C. Juillet, « La durée du droit réel de jouissance spéciale », Construction - Urbanisme n° 4, Avril 2015, comm. 55 « Ce rejet de la perpétuité du droit réel de jouissance spéciale mérite d'être approuvé. ».

¹⁷⁶⁴ B. Mallet-Bricout, « Droits réels de jouissance spéciale : premier signe de rejet de la perpétuité », Recueil Dalloz 2015 p. 599 §19.

¹⁷⁶⁵ H. Périnet-Marquet, « La liberté de création des droits réels est consacrée », Construction - Urbanisme n° 1, Janvier 2013, repère 1.

principe, prétendre au statut de propriété, l'exemple type étant celui du bâtiment. Or, tous les cas ne relèvent pas de la propriété, et il est essentiel que le développement vertical du sol ne se traduise pas obligatoirement par l'attribution d'un droit de propriété. Le droit réel, bien que contenant des droits moins étendus que le droit de propriété, est un outil de gestion du foncier et des immeubles, qui a sa propre raison d'être (cf. supra). Cependant, il est également des cas où la question de la distinction ne se pose pas, car certains droits réels ne peuvent pas se voir attribuer la nature de droit de propriété. C'est en cela qu'ils sont irréductibles à une chose volume ou à une chose civiliste. D'autres dénominations sont possibles, avec néanmoins des variations de sens. Certains auteurs parlent de droits partiels, d'autres de propriété partiaire¹⁷⁶⁶, d'autres encore, comme Demolombe, de propriété *in parte qua*¹⁷⁶⁷. Ces droits prennent aussi des formes diverses, incluant le droit de superficie tout en allant au-delà. Ils rappellent le droit des biens antérieurs au Code civil, et en particulier sa complexité (1). Leur profil rend leur intégration difficile dans le schéma patrimonial civiliste, d'autant que la jurisprudence, dans un souci de pragmatisme, est amenée ponctuellement à adapter les canons du Code civil. Toutefois, cela ne conduit pas à remettre en cause la distinction droit de propriété, droit réel, et encore moins la nature de la propriété du code (2).

1. Le droit réel de jouissance spéciale un droit complexe pour le format du Code civil

(777.) Il existe des droits dont la ou les prérogatives qu'ils renferment, ne sont pas de nature à pouvoir se traduire par un objet de propriété au sens du code, à l'inverse du volume immobilier, qui lui peut être un bien appropriable.

Ces droits sont essentiellement des droits d'usage restreints à certaines activités, et relevant dans leur conception de la propriété foncière antérieure au Code civil. Sans prétendre à l'exhaustivité, les droits visés par cette catégorie sont par exemple: le droit d'une seconde coupe d'herbe, de bois crû et à croître, le droit de ramassage du petit-bois, des droits de cueillette, etc. Ici, le droit en question ne peut avoir pour objet un immeuble au sens civiliste, car la prérogative qu'il contient ne peut pas donner lieu à un volume délimité. Les objets de ces droits sont des prérogatives et le demeurent, en raison de leur incapacité à se muer en une chose reconnue par le code comme un objet de propriété immobilière. Pour expliciter cet aspect, prenons comme exemple le droit de seconde coupe d'herbe ; ce droit constitue la faculté de prélever sur une prairie la récolte d'herbe qui fait suite à la première.

¹⁷⁶⁶ M. Merlin, « Recueil alphabétique des questions de droit ». Tome deuxième, Paris, 1827 §1 p. 31.

¹⁷⁶⁷ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §526 p. 440.

Conformément au code, cette première coupe et toutes les autres utilités attachées à cette prairie sont la propriété d'un autre sujet, permettant le rattachement de ce droit de propriété à la chose prairie, soit un fonds de terre. Or, ce schéma ne fonctionne pas pour un droit de coupe de seconde herbe. Contrairement au droit de construire, dont la mise en œuvre aboutit au bâtiment, et le droit de planter à des arbres, le droit de seconde coupe échappe à l'idée d'une conceptualisation sous la forme d'un volume immobilier.

Le volume auquel référerait la seconde coupe d'herbe bute sur deux difficultés. La première tient à la difficulté pour ce droit de considérer la prérogative qu'il renferme comme suffisamment large pour être analysée en un droit de propriété s'appliquant à un volume donné. La prérogative coupe d'herbe, même par rapport à une prairie se limitant au-dessus d'une parcelle, semble ne pas être en mesure de couvrir la potentialité de cette chose. Si, en plus, le droit se limite à la seconde coupe, alors le champ du droit apparaît encore plus limité. Par ailleurs, une seconde difficulté, plus prégnante encore, vient s'ajouter à celle de l'étendue du droit. Cette difficulté vient rappeler la contrainte objectiviste du code, l'obligation de disposer d'une chose, étant considérée comme objet de propriété, c'est-à-dire pour le sol vertical, un volume immobilier. Or, comment concevoir un volume constitué par une seconde coupe d'herbe ? La tentative paraît vouée à l'échec. Ce volume correspondrait en effet à l'espace occupé par la partie du fourrage à venir, et qui plus est sur une partie de l'année seulement. Ainsi, le volume « seconde coupe » serait grossièrement l'espace ayant pour côtés ceux du champ, pour limites basses une ligne placée à environ 5 ou 10 cm au-dessus de la partie aérienne de la plante, et la limite en hauteur une ligne juste au-dessus de la partie haute de l'herbe. À ce volume, déjà très virtuel, resterait à retrancher toutes les superficies qui ne sont pas de l'herbe, comme les arbres, et à concevoir des servitudes pour disposer d'une seconde coupe (ensemencement, première coupe, etc.). Enfin, la notion de temporalité de ce droit nécessiterait également un traitement. Or, si l'on peut aussi imaginer une réification du temps, au moins sur le principe comme nous le verrons, il reste à finaliser cette faculté en cohérence avec le code (cf. infra §814 et s.).

Face à ces difficultés, il paraît plus pertinent de qualifier ces droits de droits réels, en raison de leur incapacité à renvoyer à une chose du monde tangible satisfaisant aux critères civilistes pour être un objet de propriété (immobilière).

(778.) Labbé dans un arrêt ancien de 1873¹⁷⁶⁸, déjà cité (cf. supra §524), aborde la problématique des droits réels irréductibles à la chose civiliste, au sujet d'un droit de superficie pour des arbres de hautes futaies crûs et à croître.

¹⁷⁶⁸ Cass. civ. 16 décembre 1873, D.P. 1873. I. 249 ; S. 1874. I. 457, note Labbé.

La décision prise au visa de l'article 815 concluait à l'absence d'indivision analysant le droit de superficie comme un « droit formant une propriété distincte ». Labbé critique cette décision, dont, précisons-le, la nature du droit de superficie n'était qu'accessoire aux modalités de partage d'un espace boisé, véritable enjeu du litige¹⁷⁶⁹. Dans son commentaire, Labbé s'attarde sur la question de propriété distincte de ce droit de superficie. Il évoque pour cela la notion de plan idéal, présentant certaines ressemblances avec le volume (cf. supra §705), et dit : « Ce plan idéal pourrait tout au plus se concevoir si le superficiaire recueillait la totalité des produits croissants dont les racines appartiendraient au tréfoncier. ». L'auteur ajoute ensuite : « Il résulte de cette situation une promiscuité de propriété et de jouissance, qui, suivant les hasards de la végétation, peut procurer à l'un ou l'autre des parties un revenu plus ou moins considérable. », et conclut par : « c'est précisément cette variabilité qui, dans des circonstances données, produit l'indivision, et, par, suite, donne lieu à l'action en partage. ». En résumé, le raisonnement de Labbé est de dire : le droit de superficie dont il est question, ne peut pas se traduire par une découpe en plan de la parcelle, une division géométrique de la chose, car son objet (les arbres de hautes futaies) ne peut être subsumé en un espace, comme aurait pu l'être une mine. Or, le droit de seconde coupe d'herbe est frappé des mêmes apories. Face à ce type de droit, la conclusion est donc le rejet de la nature du droit de propriété, au profit d'un droit réel.

La chose objet de ce droit ne pouvant se référer à un volume immobilier, la qualification de propriété doit être rejetée, sinon cela revient à reconnaître une propriété de droits sur une chose relevant du monde tangible (cf. supra §531 et s.). Ce refus, il faut le dire, s'articule difficilement avec la décision de cassation commentée par Labbé, qui n'est pas très différente de la position actuelle des juges de la cour suprême.

2. *Le maintien de la distinction droit réel droit de propriété*

(779.) Les droits réels irréductibles à une chose civiliste supposent de conserver la qualification de droit réel en parallèle d'une propriété volumique. Cette dualité donne de la résilience à l'ensemble en faisant courir le risque de la confusion. Le droit réel de jouissance spéciale contribue à mettre en échec cette confusion en offrant une architecture alternative au droit de propriété, même en présence de droits réels irréductibles à une chose civiliste. Les contours de ce droit reste à finaliser pour partie, comme celles des droits réels irréductibles à une chose civiliste. Néanmoins, la distinction droit réel, droit de propriété

¹⁷⁶⁹ L'Etat était dans cette affaire le titulaire du droit de superficie dont il rejetait la nature de droit de propriété faisant valoir que dans cette hypothèse (le droit de superficie n'est pas un droit de propriété) : « Que les bases de ce partage ne sauraient

peut être maintenue en dépit de la grande diversité que recouvre cette problématique (a), qui donne lieu de surcroît à une jurisprudence changeante (b). Le tableau se complexifie encore, si l'on tient compte de la tendance du législateur à prendre des libertés à l'égard de la distinction droit réel, droit de propriété à l'exemple du récent bail réel dédié au logement (c).

a. La diversité des droits réels irréductibles à une chose civiliste

(780.) Par une décision de mai 2012¹⁷⁷⁰, la Cour de cassation est venue relancer, ou alimenter, le débat sur la nature et le régime des droits réels irréductibles à une chose civiliste, rappelant la complexité et la diversité de cette question.

Sur la base de cette décision, certains commentateurs ont conclu que les juges avaient retenu la qualification de droit de propriété pour un droit de crû et à croître, voyant la propriété comme une institution supplétive de volonté. Ainsi, pour L. d'Avout : « ... l'arrêt du 23 mai 2012, (qui) tient au principe libéral du droit français des biens selon lequel il ne faut pas interdire les emplois individuels innovants de la propriété du seul fait que ceux-ci ne sont pas expressément prévus par la loi. »¹⁷⁷¹. L'inspiration libérale du code n'est plus à démontrer. Toutefois, il est également possible de considérer que la propriété en est le garant et non une contrainte à dépasser (cf. infra §813). D'ailleurs, d'autres auteurs, à raison, se montrent beaucoup plus circonspects sur l'orientation réelle des juges¹⁷⁷². Dans la perspective qui est la nôtre, celle du volume et du droit de superficie, retenir sans limites la nature de propriété, a pour inconvénient de déstabiliser l'institution propriété, dont la souplesse permet l'intégration du sol en volume (cf. supra). Reste maintenant à concilier cette position avec certains arrêts comme celui de mai 2012, dont le positionnement laisse planer le doute quant à l'intention des juges. L'opération s'avère délicate, notamment en raison de la grande diversité des situations traitées. Peuvent être recensés par exemple des arrêts se rapportant à des droits acquis sur des parties communes de lots en copropriété¹⁷⁷³, renvoyant d'une certaine façon à la problématique de la nature du lot de copropriété¹⁷⁷⁴. Il existe également des droits de chasse¹⁷⁷⁵, des droits de seconde coupe d'herbe¹⁷⁷⁶ ou de bois existants et futurs,

être celles du cantonnement ; qu'elles doivent être réglées sur la proportionnalité respective des parties dans le domaine et dans la jouissance... ».

¹⁷⁷⁰ Cass. civ. 3e, 23 mai 2012, n° 11-13.202.

¹⁷⁷¹ Cass. civ. 3e, 23 mai 2012, n° 11-13.202, D. 2012. 1934, note L. d'Avout §4.

¹⁷⁷² B. Mallet-Bricout, « Droit des biens septembre 2011 - juillet 2012 », Recueil Dalloz 2012 p. 2128 : « la Cour de cassation ne semble pas disposée à éclairer davantage le justiciable tout en ne fermant pas la porte aux droits réels d'usage ou de jouissance créés par convention, y compris à ceux érigés à titre perpétuel, ce qui est en soi remarquable. ».

¹⁷⁷³ Cass. civ. 3e, 24 oct. 2007 n° 06-19.260.

¹⁷⁷⁴ Cass. civ. 3e, 15 novembre 1989, Juris-Data n° 1989-703481 ; Bull. civ. 1989, III, n° 213 ; D. 1990. J. p. 216, note P. Capoulade et Cl. Giverdon ; RTDC 1990. p. 304, obs. F. Zenati.

¹⁷⁷⁵ Cass. civ. 3e, 22 juin 1976, Defrénois 1977, 46, note Frank.

¹⁷⁷⁶ Cass. civ. 3e, 25 mars 1992 n° 89-21.866.

des droits de passage¹⁷⁷⁷, voire des clauses de non-concurrence imposées à un fonds¹⁷⁷⁸. Certains de ces droits sont accordés au profit de personnes physiques, d'autres de groupements, pour des périodes très longues, et même à perpétuité ; de plus, ces droits, pour une part non négligeable, ont été consentis avant le Code civil. Ces situations portent assurément sur la mise en commun d'un fonds immobilier, mais elles gagneraient certainement à faire l'objet d'un traitement différencié. Les droits associés au statut de la copropriété semblent par exemple devoir être appréciés en relation avec ce statut¹⁷⁷⁹. De même, les clauses de non-concurrence par leur proximité avec le droit des obligations se placent en périphérie de la problématique classique des droits réels¹⁷⁸⁰. Le statut du bénéficiaire du droit est également un critère de différenciation à ne pas négliger. Lorsque ces droits sont attachés à un groupe d'individus ou une communauté, la notion de durée ou de force obligatoire de la convention en faisant état, s'en trouvent affectées. C'est pourquoi des sujets n'étant pas parties prenantes d'une convention peuvent s'en prévaloir au motif qu'ils sont membres d'une communauté ou collectivité¹⁷⁸¹. Concernant la durée, un droit conféré à une communauté territoriale influencera le régime de la prescription ou l'usucapion de ce droit. P. Simler et P. Delebecque à propos d'un arrêt de 2002, relatif à un droit de seconde coupe d'herbe accordé en 1652 à des habitants, pointent la difficulté d'une conclusion uniforme, et au surplus celle d'en attribuer la paternité à la jurisprudence¹⁷⁸². Là encore, l'aspect communautaire paraît devoir être pris en compte, au moins pour ce qui est de la portée des décisions portant sur ces droits collectifs.

Cette étape servant à différencier les sujets est donc indispensable pour, *a minima*, rendre compte de la diversité de la problématique. Elle est en même temps insuffisante, puisque l'articulation de ces droits avec la propriété volumique reste à établir, invitant à poursuivre l'analyse.

¹⁷⁷⁷ Cass. civ. 3^e, 6 mars 1996, n° 93-17.424 ; RDI 1996. 536, obs. J.-L. Bergel.

¹⁷⁷⁸ Cass. civ. 3^e, 25 mars 1992, n° 89-21.866, D. 1993. 306, obs. A. Robert.

¹⁷⁷⁹ On peut par exemple s'interroger sur la capacité à usucaper un droit réel sur une partie commune notamment pour un sujet qui ne serait pas copropriétaire. La copropriété est une forme de propriété collective, d'ailleurs l'avant-projet de réforme positionne la copropriété en section 2 « De la copropriété par lots » de son chapitre V « Des propriétés collectives ». Cette collectivité marque une distinction dans la relation susceptible d'exister entre le bien objet de la copropriété et les copropriétaires.

¹⁷⁸⁰ A. Robert, « La possession fait présumer la propriété et cette conséquence ne peut être détruite que par la preuve contraire », Recueil Dalloz 1993 p. 306. L'auteur évoque la théorie de l'obligation réelle en écho à la proposition Terré et Simler.

¹⁷⁸¹ J.-L. Bergel, « Servitude du fait de l'homme : notion », RDI 1996 p. 536. L'auteur indique : « Dans son arrêt du 6 mars 1996, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel de Paris pour avoir refusé de qualifier de servitude un droit de passage qui ne bénéficiait pas à un fonds dominant, mais aux habitants de la ville de Paris ainsi qu'à tous les passants et qui devait s'analyser comme une charge grevant à perpétuité le fonds des copropriétaires d'un immeuble au profit de la collectivité. ».

¹⁷⁸² Cass. civ. 3^e 25 mars 1992, RDI 1993 p. 532 observations P. Simler P. Delebecque : « Le litige, à l'évidence, n'opposait pas les parties à une convention passée en... 1652. On peut imaginer que les parties aux litiges étaient les successeurs à titre universel des parties initiales, de tels successeurs étant, en effet, traités comme les parties elles-mêmes. Mais rien, dans l'arrêt, ne permet de l'affirmer. Le droit réel contesté, constitué en 1652, n'était pas, en réalité, soumis à publicité à l'époque. Par ailleurs, les conditions de la prescription acquisitive, toujours opposable, étaient sans doute réunies (faute de quoi l'extinction pour non-usage aurait pu être invoquée). En définitive, la formulation du second motif de cassation est pour le moins elliptique. ».

b. Les revirements jurisprudentiels de la distinction entre le droit de superficie les droits réels et le droit de propriété

(781.) Avant d'aller plus avant, il est utile de revenir au principe, c'est-à-dire la distinction entre une propriété volumique dotée d'un objet, et un droit réel relevant d'une prérogative. La clarification est d'autant plus nécessaire que la jurisprudence, en dépit d'une certaine cohérence, est loin d'être linéaire sur ce sujet.

Dans l'hypothèse du droit réel, ce droit naît de l'article 553 du code, et prend la qualification de droit réel de jouissance spéciale en référence à l'article 543 de ce même code ou à l'avant-projet de réforme du droit des biens. Ce droit réel dispose d'un champ d'application large. Toutefois, comme nous venons de le voir, l'assimilation de certaines situations est pour le moins hasardeuse (ex : clause de non-concurrence), d'autres présentent des spécificités telles, qu'elles entraînent *a minima* une différence de régime (copropriété, propriété communautaire). Nous trouvons aussi, bien sûr, les cas relevant d'une propriété volumique, c'est-à-dire pour lesquels le droit peut se traduire par un volume, par exemple le droit de passage de l'arrêt de 1996¹⁷⁸³ ou l'étage d'un immeuble (cf. infra §800 et s.). Ces cas seront pour autant forcément marginaux, et sont qualifiés de droits réels seulement à titre optionnel, puisqu'un droit de propriété est envisageable. Sur le principe, la superficie droit réel s'applique d'abord aux droits irréductibles à une chose civiliste. L'arrêt de 2012, par exemple, portait sur du bois crû et à croître sur des espèces précises¹⁷⁸⁴, autre exemple encore plus retors à l'idée d'une conceptualisation géométrique le droit de seconde coupe d'herbe (cf. supra). Dans ces situations, la nature de droit de superficie droit réel sera la seule qualification.

Une fois ces jalons posés, reste à tenter de les harmoniser avec les décisions de la Cour de cassation. Pour cela, le point de départ pourrait être l'importance qu'accordent les juges au respect de l'engagement donné. Cette volonté transparaît dans la référence à l'article 1134 du Code civil, mais pas seulement. Ainsi, la Cour de cassation refuserait de condamner les droits réels consentis par convention, au motif que ces droits contreviendraient à l'institution propriété, ce qui s'entend au regard de l'importance du consensualisme dans le code. La question centrale demeure ici la pérennité de ces droits. Retenir par exemple, la proposition d'une durée maximale de 30 ans pour le droit réel de jouissance spéciale de l'avant-projet de l'association Capitant, rendrait caduc bon nombre des droits, dont la validité a pourtant été validée par la jurisprudence. Or, il faut le reconnaître, la position des juges est sans doute la plus équitable. En condamnant ces droits dans une perspective purement normative, la cour

¹⁷⁸³ Op. cit. Cass. civ. 3^e, 6 mars 1996, n° 93-17.424 ; RDI 1996. 536, obs. J.-L. Bergel.

aurait modifié l'équilibre de situations, pour certaines établies depuis plusieurs siècles, au profit d'un certain opportunisme de la part des propriétaires du sol. Néanmoins, la poursuite par les juges de cet objectif légitime, doit-elle avoir pour conséquence de fragiliser le modèle de propriété du code, et de soumettre cette institution à la volonté des parties ? Il s'agirait d'une autre forme d'excès tout aussi critiquable, et rien ne permet d'affirmer que telle est la volonté des juges. Pour sortir du dilemme, il serait envisageable de contourner le couperet d'une durée maximale, pour une durée indéterminée, se distinguant toutefois de l'imprescriptibilité, qui resterait du seul ressort de la propriété (cf. supra §775).

Ainsi, les droits de superficie, droits réels pourraient survivre sans porter atteinte à l'institution propriété. Leur existence imposerait aux bénéficiaires de ces droits de les utiliser, contrairement à la propriété, seul droit qui ne se perdrait pas par non-usage. Cette position serait cohérente avec la Cour de cassation. Par exemple dans son arrêt de mai 2012, la cour lie avant tout la reconnaissance du droit de crû et à croître, à sa mention dans tous les actes le concernant, le dernier datant de 2006,¹⁷⁸⁵ laissant supposer l'effectivité de la prérogative. Dans une autre décision, la formulation des juges est d'une interprétation plus délicate, puisque la renonciation du droit réel est conditionnée par des « actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer »¹⁷⁸⁶. Il semble certainement vain de vouloir poser un calque trop rigide sur la jurisprudence de la Cour de cassation. D'ailleurs, une nouvelle décision du 28 janvier 2015¹⁷⁸⁷ est revenue à une distinction plus classique entre droit réel et droit de propriété en refusant un droit réel perpétuel.

Sauf à changer d'avis au gré des revirements de la jurisprudence, qui peut-être n'en sont pas, il semble préférable d'accepter le principe d'une distinction entre des situations relevant de la propriété, et celles d'un droit réel. Une telle perspective, complémentaire, entre une propriété volumique et un droit de superficie droit réel ne servirait pas seulement à une meilleure compréhension de la jurisprudence, mais éclairerait aussi certaines innovations législatives.

¹⁷⁸⁴ CA Lyon 1ère chambre civile 16 décembre 2010 N° de RG: 09/03767 : « Un canton de bois de sapin et d'hêtres, crû et à croître à perpétuité, morts et vivants... ».

¹⁷⁸⁵ Arrêt de cassation : « Mais attendu ..., et que ce droit était invariablement mentionné dans tous les actes subséquents au profit des successeurs ... ». Arrêt CA Lyon : « Contrairement à ce qu'affirment les consorts Y... ce crû et à croître au profit des successeurs de Joseph Marie Z... est mentionné dans tous les autres actes de 1861 à 2000 comme se situant sur le lot d'origine attribué à Monsieur Jean Marie Z..., auteur des consorts Y... et est également mentionné dans l'attestation rectificative de leur propre notaire publiée le 2 juin 2006 comme appartenant aux consorts J...- B... sur la parcelle B 20 du nouveau cadastre. ».

¹⁷⁸⁶ Cass. civ. 3^e 01 avril 1992 Bulletin 1992 III N° 115 p. 70, voir aussi pour un droit de chasse Cour Amiens 2 décembre 1832 Bezannes, Dev., 1836. II. 198 : « Le vendeur peut se réserver, sur le fonds vendu, le droit de chasser à perpétuité, pour lui, ses héritiers ou ayant-cause. Une telle réserve ne présente ni le caractère du droit de chasse supprimé par les lois abolitives de la féodalité, ni le caractère d'une servitude personnelle prohibée par le Code civil. — Et celle clause est obligatoire pour les tiers acquéreurs ultérieurs, comme pour le premier acquéreur. ».

¹⁷⁸⁷ Cass. civ. 3^e, 28 janvier 2015, n° 14-10.013, 94.

c. *La tentation législative d'une confusion droit réel droit de propriété : l'exemple du « BRILO »*

(782.) La jurisprudence n'est pas le seul lieu d'expression de la complexité à distinguer droit réel et droit de propriété. Le législateur est également tenté par la confusion, ignorant la clarté dont pourrait être porteur le droit réel de jouissance spéciale.

Le dernier exemple législatif en faveur de cette confusion répond à la dénomination de « bail réel immobilier dédiée au logement ». Popularisé sous l'acronyme « BRILO », ce nouveau droit réel a été précisé dans une ordonnance de février 2014¹⁷⁸⁸, codifiée aux articles L. 254-1 à L. 254-9 CCH. Il ne s'agit pas ici de livrer une analyse détaillée de ce dispositif. Remarquons simplement, sans préjuger aucunement de la pertinence de ce bail réel, sa contribution au phénomène de confusion que nous décrivons. Tout porte, en effet, à croire que le BRILO se rapproche plus du droit réel que du droit de propriété. C'est pourquoi il répond notamment à la définition de bail réel. Dès lors, le droit réel de jouissance spéciale aurait pu être un fondement idéal. Couplé avec l'article 543 du Code civil, le BRILO aurait pu éviter dix articles supplémentaires au Code de la construction et de l'habitation. L'économie aurait été modique et faisait, de surcroît, courir le risque de la simplicité. Néanmoins, en retenant la qualification de droit réel, les développeurs auraient pu monter des opérations de la même manière. Le droit aurait même facilité ces opérations en faisant œuvre de clarté. Inversement, prétendre faire du BRILO un droit de propriété « ... dans tous ses attributs avec cependant deux spécificités : une durée limitée (et non susceptible de tacite reconduction) et une affectation relative à l'objectif de maintien des logements dans le parc intermédiaire. »¹⁷⁸⁹, contribue à complexifier le droit, sans incidence concrète sur les opérations de promotion. Il y a fort à parier qu'un ménage accédant à un logement via un BRILO fasse très clairement la différence avec une accession classique, indépendamment du point de vue des juristes. En reconnaissant la nature de droit réel du BRILO, le logement dont il est l'objet continue à remplir la fonction qui est la sienne. Le droit accompagne le phénomène de façon satisfaisante. Le cadre juridique n'empêche pas la production de ce type de logement, et en même temps contribue à sécuriser l'opération, notamment en soulignant la spécificité de ces opérations.

Cet aspect a déjà été abordé lors de l'étude des clauses d'inaliénabilité. Le droit de superficie droit réel permet d'organiser des situations que la propriété du code rechigne à appréhender (cf. supra §421 et s.). L'exemple du BRILO montre à nouveau l'intérêt du droit réel de jouissance spéciale pour recevoir les droits réels ne pouvant référer à une chose au sens

¹⁷⁸⁸ Ordonnance n° 2014-159 du 20 février 2014 relative au logement intermédiaire.

civiliste. Qualifier ces droits réels complexes de droit de propriété a vraisemblablement seulement pour effet d'apporter de la confusion à la complexité.

C'est pourquoi la distinction, droit de propriété, droit réel, reprenant celle de la division de la chose, démembrement du droit, et la distinction article 552, article 553, et finalement, droit et objet de ce droit, doit lui être préférée. Les droits réels partiels relèvent toujours, au moins dans leur philosophie, de l'Ancien Régime. Leur prise en compte dans le Code civil constitue un défi de principe, puisque l'une des marques de fabrique du code a été de concourir à l'établissement d'une société nouvelle. Comme le démontre la problématique superficielle, ces droits sont aussi de formidables outils d'introspection du droit des biens civilistes.

Les droits d'évolage et d'assec font assurément partie de cette catégorie ; ils déjouent en particulier les repères traditionnels en matière de temps des droits réels, et éclairent d'un jour inédit la pérennité de ces droits.

§4 Le cas particulier des droits d'évolage et d'assec : des droits perpétuels pour un temps

(783.) Le droit d'assec et d'évolage est une méthode de culture par rotations selon des cycles de plusieurs années¹⁷⁹⁰, ayant cours dans un pays de la région Lyonnaise, dénommé la Dombes¹⁷⁹¹. Le dictionnaire Larousse définit l'assec comme la : « période pendant laquelle un étang est maintenu vide pour y cultiver des céréales. », et l'évolage la : « période pendant laquelle un étang est en eau et consacrée à la pisciculture ». L'alternance sur une même parcelle de la culture de céréales et de la pisciculture a pour objectif une bonification mutuelle de l'étang et du champ, en raison du caractère complémentaire de ces usages. Ce système reprenait celui, plus classique, de l'assolement biennal ou triennal, alternant cultures

¹⁷⁸⁹ B. Cheuvreux et R. Leonetti, « Le bail réel immobilier dédié au logement », Le bulletin de CHEUVREUX Notaires Édition spéciale - juillet 2014 – p. 21.

¹⁷⁹⁰ R. Sceau, « Les étangs de la Dombes, fondements socio-économiques d'un système hydraulique », In: Revue de géographie de Lyon. Vol. 55 n°2, 1980. pp.129-159. L'auteur parle initialement d'un cycle de quatre ans p.138 : « Au début du siècle, il ne faut pas moins de quatre années pour obtenir des carpes marchandes. Les alevins sont le plus souvent produits dans le domaine, un ou deux petits étangs « à pose » servant de bassins de reproduction. », qui aurait évolué p. 148 « L'introduction de carpes d'origine étrangère, puis les premières opérations de sélection menées dans les années 1920-1930 ont permis de produire des carpes marchandes en trois ans, au lieu de quatre précédemment », voire qui n'a plus cours p.137 : « La méthode la plus répandue, vers 1970 fait alterner trois années d'évolage et deux d'assec, puis un mouvement se dessine en faveur de quatre à cinq années d'eau consécutives, suivies d'une ou deux de culture. Certains étangs même, ayant pour vocation quasi exclusive la chasse, deviennent semi-permanents et ne sont que rarement asséchés. Actuellement, il n'existe plus de mode d'exploitation unique fondé sur une périodicité régulière et immuable, mais une grande diversité. ».

¹⁷⁹¹ V. Manceron, « Être maître de l'étang, Histoire d'une appropriation de l'eau au XIX^e siècle en Dombes », Éditions de l'E.H.E.S.S., Études rurales, 2005/3 - n° 175-176 p.149 : « Située au nord-est de Lyon, dans le département de l'Ain, la Dombes est une région agricole d'environ 110 000 hectares associant l'élevage bovin et la culture céréalière. ».

et jachère. Ces quelques lignes suffisent à mettre en exergue la dimension passéiste de ces droits, et du modèle social qui les fonde. Le fonctionnement de l'agriculture moderne comme le système patrimonial du code renvoie ses pratiques au rang de particularités historiques. Pourtant, derrière cette dimension quasi folklorique, se cachent des questions de fond essentielles. Elles portent sur le lien d'appropriation entre les choses et les hommes, qui pour le juriste moderne réintroduit inévitablement la propriété du code.

Le premier enseignement des droits d'évolage et d'assec tient là la variation spécifique de leur nature au fil du temps (A). Le second se rapporte à leur réception dans le Code civil. Cette réception se traduit par une mise au format civiliste de ces droits, qui en retour, ne laisse pas indifférente la propriété du code (B).

A. La nature des droits d'évolage et d'assec au fil du temps

(784.) Tout comme le concept de propriété civiliste, les droits d'assec et d'évolage ne sont pas insensibles au temps et au contexte dans lequel ils évoluent. L'intérêt de l'exemple de ces droits tellement particuliers, vient de leur évolution à la fois disjointe de celle du code (1), et finalement ayant tendance à se rapprocher du modèle civiliste (2).

1. Les droits d'évolage et d'assec soumis tardivement à la propriété du code

(785.) Nés sous l'impulsion d'institutions religieuses au 13^{ième} siècle, les étangs artificiels de la Dombes, puisque principalement faits par la main de l'homme, s'expliquent par le souhait de tirer profit de l'essor économique de la pisciculture¹⁷⁹². D'un point de vue foncier, ce système fut encouragé par la faculté donnée au propriétaire d'un champ encaissé d'inonder les champs voisins pour disposer d'un étang plus vaste.

Cette « mutualisation forcée » du sol se traduit par un démembrement des usages entre culture et pêche, caractéristique de la propriété divisée de l'Ancien Régime. Le droit d'assec et d'évolage ne constituaient cependant que les principaux démembrements du fonds de terre, de nombreux autres droits s'y rajoutent, ou s'y rajoutaient, comme le droit de parcours, de chasse, de naizage¹⁷⁹³, de brouillage, de champéage, et même le droit à la chute d'eau pour

¹⁷⁹² Syndicat Mixte des territoires de Chalaronne, « Étude du réseau hydrographique des étangs de la Dombes, 2005, p.121.6.1.1 « Histoire des étangs ».

¹⁷⁹³ Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État. Tome cinquante-sixième, 1856, note bas de page p.378 « Le naizage c'est le droit de faire rouir son chanvre et son lin dans une certaine partie de l'étang. Le brouillage c'est le droit de faire manger les herbes aquatiques lorsque l'étang en eau. On appelle ces herbes la brouille ».

les moulins ou encore de gazonage¹⁷⁹⁴. Ce système illustre la complexité de la propriété de l'Ancien Régime, comme la difficulté du code à en rendre compte¹⁷⁹⁵. Un monde sépare le propriétaire souverain d'une parcelle unitaire civiliste, de la communauté paysanne de la Dombes, jouissant de liens entrelacés sur un domaine divisé. Ce modèle de propriété communautaire a par ailleurs fortement évolué, mais à contretemps, ou en marge, de l'évolution du droit des biens dans son ensemble, intimement liée au code de 1804.

Sur le plan législatif, c'est une loi de 1856¹⁷⁹⁶ qui œuvra à rattacher le droit d'évolage et d'assec au système civiliste. Cette loi mit fin à la question de la nature des différents droits détenus sur les étangs. En autorisant la licitation des étangs, le législateur fermait la porte à une propriété distincte de l'assec et de l'évolage, au profit d'étangs détenus en indivision, indivision soumise à l'article 815 du Code civil et donc, au partage.

La nature de ces droits avait donné lieu à une hésitation de la part de la jurisprudence. Pendant, longtemps, un mouvement porté par les cours d'appel des terroirs coutumiers, s'opposa au régime de l'indivision, qui signifiait une appropriation individuelle et exclusive de ces fonds. Pour le dire avec les mots d'A.-M. Patault, via ce courant jurisprudentiel « la propriété non exclusive résiste au mythe unitaire »¹⁷⁹⁷, même si la teneur de certaines décisions laissait planer le doute vis-à-vis d'opinions trop tranchées¹⁷⁹⁸. En parallèle de ce courant, des décisions de cassation se positionnaient, elles, en faveur de l'application du statut de l'indivision, et finirent par s'imposer, en particulier via un arrêt du 5 juillet 1848¹⁷⁹⁹.

De son côté, la doctrine avait du mal à choisir son camp. Rapprochant l'évolage et l'assec du droit de superficie, qui était, sous l'empire du code, une voie ouverte vers la propriété de ces droits, les auteurs n'étaient pas toujours à l'aise sur le sujet. Demolombe par exemple, analysait le droit d'évolage et d'assec, et plus généralement les droits d'usage, en une copropriété¹⁸⁰⁰, mais une copropriété relevant de l'article 815, d'après lequel nul ne peut être

(Brouiller c'est paître -dans un étang plein d'eau). Le champéage est le droit de faire paître le bétail sur le fonds dans le temps de l'assec, et en tout temps sur les digues et chaussées de l'étang. ».

¹⁷⁹⁴ V. Manceron, *Etre maître de l'étang*, Histoire d'une appropriation de l'eau au XIX^e siècle en Dombes, Éditions de l'E.H.E.S.S., Études rurales, 2005/3 - n° 175-176 p. 155 « droit de prendre, sur le fonds de l'étang, de la terre et des pierres pour submerger le chanvre ».

¹⁷⁹⁵ V. Manceron, *Etre maître de l'étang*, Histoire d'une appropriation de l'eau au XIX^e siècle en Dombes, Éditions de l'E.H.E.S.S., Études rurales, 2005/3 - n° 175-176 p. 153 « Un imbroglio de droits de propriétés et d'usages ».

¹⁷⁹⁶ Loi sur la licitation des étangs situés dans le département de l'Ain (XI, Bull. CDXV, n. 3855.)

¹⁷⁹⁷ A.M. Patault, « La propriété non exclusive du XIX^e siècle, histoire de la dissociation juridique de l'immeuble », *Rev. d'hist. du dr.* 1988, p. 225.

¹⁷⁹⁸ Ca Lyon 18 février 1844, S. 1844. II. 641. La cour ne se prononce pas en faveur d'un droit de propriété, mais impose au propriétaire du sol des restrictions pour ne pas nuire au droits par exemple de brouillage sur le fondement de l'article 701 du Code civil concernant les servitudes. A.M. Patault développe et confirme ce point dans l'article précité : A.M. Patault, « La propriété non exclusive du XIX^e siècle, histoire de la dissociation juridique de l'immeuble », *Rev. d'hist. du dr.* 1988, p. 215.

¹⁷⁹⁹ Voir par exemple Cass. 5 juillet 1848, S. 1848. I. 697 : « [...] l'évolage ne constitue pas une propriété distincte de l'assec, et dès lors, les divers ayant droit peuvent demander le partage de l'étang comme étant en état d'indivision. » ou Cass. 31 janvier 1838, S. 1838. I. 20.

¹⁸⁰⁰ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §514 p.428 : « Le droit de propriété peut être fractionné de telle sorte que l'un ait la jouissance d'un fonds, tant qu'il est en nature d'étang (droit

contraint de rester dans l'indivision¹⁸⁰¹. D'autres, comme Aubry et Rau étaient plus favorables à la propriété superficière et voyaient seulement dans la loi de 1856, une dérogation au principe de la propriété¹⁸⁰².

Aujourd'hui, la nature du droit d'évolage et d'assec n'a plus qu'un intérêt théorique, et suit les orientations de la nature du droit de superficie. La doctrine se positionne plutôt pour la reconnaissance d'un droit de propriété, mais la position doit être relue en gardant à l'esprit la distinction entre thèses moniste et dualiste¹⁸⁰³, qui peine par son orientation civiliste à rendre compte de ce que sous-tend la propriété des étangs de la Dombes.

2. Une évolution conforme à l'unification du modèle économique des étangs

(786.) En complément, de ce premier niveau de débat sur la nature des droits d'évolage et d'assec, les étangs de la Dombes sont une source d'enseignement plus large.

Exemple de la propriété divisée de l'Ancien Régime, ils ont survécu à la propriété du code, comme au procès en féodalité qui leur avait été intenté au moment de la Révolution. La loi de 1856, qui promut la solution de l'indivision en reprise de la jurisprudence de la Cour de cassation, s'inscrivait en réalité dans une logique datant de la période révolutionnaire, visant à l'assèchement des étangs. En 1792¹⁸⁰⁴, une loi autorisa les Préfets à enjoindre les propriétaires d'étangs de les assécher, pour des raisons de santé publique. Les étangs, représentant des étendues d'eau conséquentes, favorisaient le développement de maladies et la région se caractérisait par un état sanitaire médiocre. La mesure se heurta à de nombreuses résistances, poussant le pouvoir législatif à durcir sa position par décret du 14 frimaire an II (4 décembre 1793), ce qui produisit un effet inverse à celui escompté, en renforçant l'opposition. Le législateur fit en conséquence marche arrière, et le décret de 1793 fut abrogé le 13 messidor an III. La loi de 1792 redevint le cadre réglementaire, sans plus d'efficacité qu'auparavant. Néanmoins, la volonté de remettre en eau les étangs se heurtait à des motifs qu'il était difficile d'ignorer, d'autant que la surmortalité, et le départ des populations de ces

d'évolage); et l'autre, la jouissance de ce même fonds, quand il est asséché (d'assec) ; avec cette condition qu'à des intervalles déterminés, le fonds sera alternativement mis en étang ou desséché. ».

¹⁸⁰¹ C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §528 p. 444.

¹⁸⁰² C. Aubry et Rau, « Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae », Tome 2, Paris, 1865, §223 p.395 : « Les usages de la Bresse offrent encore une espèce remarquable de droit de superficie, quant aux étangs qui sont alternativement remplis d'eau et empoissonnés pendant deux années, puis ensuite mis à sec et cultivés la troisième. La jurisprudence ancienne et moderne et la loi du 21 juillet 1856 ont également reconnu que l'évolage, c'est-à-dire l'étang mis en eau, peut constituer une propriété matériellement distincte de l'assec, c'est-à-dire du sol de l'étang. Toutefois, pour favoriser le dessèchement des étangs insalubres, la loi précitée a, par dérogation au principe précédemment établi, autorisé les divers intéressés à provoquer la licitation des étangs dont l'évolage et l'assec n'appartiennent pas au même propriétaire... ».

¹⁸⁰³ Voir par exemple P. Wallet, V° « Superficie », Rép. Immo., fév. 2000, §70. L'auteur émet une interprétation pour le moins critiquable de ce qui semble être l'arrêt du 5 juillet 1848 §71 : « Hormis ces cas particuliers, la jurisprudence avait retenu l'absence d'indivision entre les deux droits et l'impossibilité de demander la licitation (Cass. 5 juill. 1848. S. 1848. I.697 ; D.P. 1848. I. 137). ».

territoires semblaient établis¹⁸⁰⁵. Cette cause finit donc par s'imposer en 1856, puisque la faculté de partage facilitait la réunion sur une seule tête du fonds, et par là le maintien des parcelles à l'état de terres arables.

Toutefois, il faut se garder de voir la question de l'hygiène comme le seul enjeu du débat. L'assèchement des étangs exprimait aussi une tension forte et récurrente, entre petite propriété favorable au modèle de propriété du code, et une grande propriété préférant le maintien des étangs, donc du droit d'évolage et d'assec, une propriété de droits. Comme l'a écrit V. Manceron : « Selon les intérêts privés en cause et l'idéologie défendue, l'assèchement des étangs représente, pour les uns, une redistribution heureuse de la propriété au sein de la population – l'étang leur apparaît comme un obstacle à la création de la petite propriété et au défrichement de nouvelles terres – et, pour les autres, cela représente une spoliation, un obstacle à la valorisation et au maintien de la grande propriété. »¹⁸⁰⁶. Or, ce qui est intéressant, c'est que cette grande propriété était au milieu du 19^{ième} siècle détenue principalement par la bourgeoisie, en particulier lyonnaise, qui par définition souffrait moins des inconvénients sanitaires des étangs. Cette situation trouve en partie sa source dans la distribution des biens nationaux, enfantée par la Révolution, dont l'équité est apparue avec le temps pour le moins fragile. D'ailleurs, avant la Révolution, cette bourgeoisie urbaine était déjà un acteur de la propriété des étangs, aux côtés du clergé et de la noblesse de robe, cette « vieille » noblesse étant alors minoritaire¹⁸⁰⁷. En aparté, signalons qu'une analyse historique pourrait certainement aider à comprendre les raisons de la survivance des droits de la Dombes, d'autant qu'il existe un autre exemple proche géographiquement, celui des immeubles des hospices de Lyon, dérogeant eux aussi au mode de propriété du code.

Les droits d'évolage et d'assec tout en dérogeant à la propriété du code ne restèrent pas en marge du phénomène d'individualisation, représentant un angle d'observation particulier.

(787.) L'évolution de ces droits montre en particulier les interactions sociales, économiques et juridiques intimement liées au mode de détention des étangs, et tout particulièrement l'opposition grande et petite propriété.

¹⁸⁰⁴ Loi du 11 septembre 1792.

¹⁸⁰⁵ Voir sur ce point, Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État. Tome cinquante-sixième, 1856, note bas de page p.378 : « Des documents statistiques ont constaté que de 1820 à 1834, dans 21 communes de l'arrondissement de Trévoux, d'une population de 12,781 habitants, l'excédent des décès sur les naissances est de 1 258 c'est-à-dire 9,84 pour-cent. La vie moyenne est de 23 ans. On ne rencontre pas dans ces communes un sexagénaire. La carte de Cassini donne, sur la diminution progressive des habitations, une preuve bien évidente ; elle indique un grand nombre de domaines et de maisons aujourd'hui disparus, et des étangs là où étaient des habitations agglomérées. ».

¹⁸⁰⁶ V. Manceron, « Être maître de l'étang, Histoire d'une appropriation de l'eau au XIX^{ème} siècle en Dombes », Éditions de l'E.H.E.S.S., Études rurales, 2005/3 - n° 175-176 p. 161.

¹⁸⁰⁷ V. Manceron, « Être maître de l'étang, Histoire d'une appropriation de l'eau au XIX^{ème} siècle en Dombes », Éditions de l'E.H.E.S.S., Études rurales, 2005/3 - n° 175-176 p. 151 note bas de page 4 : « Au XVIII^{ème} siècle, un tiers de la terre dombiste appartient à des officiers du Parlement de Trévoux, nobles de fraîche date (conseillers, présidents, avocats, maîtres des

Ironie de l'histoire, l'assèchement des étangs a profité aux propriétaires qui décidèrent de les conserver en dépit des injonctions des pouvoirs publics, la réduction de l'offre ayant contribué au maintien élevé du prix du poisson, tandis que les terres asséchées se sont révélées être de piètre qualité¹⁸⁰⁸. Qui plus est, les méthodes piscicoles évoluant, les étangs sont devenus des entités à part entière. La rotation évolage, assec perdue, mais prend place au sein de cette unité en dehors de la transversalité d'antan. Le démembrement des droits n'a donc plus le sens d'autrefois, puisque c'est le propriétaire de l'étang qui cultive soit directement, soit par location¹⁸⁰⁹. Là encore, ce point est intéressant. Il tend à prouver que c'est avant tout les changements d'exploitation de ces biens qui a influencé le droit, non l'inverse. Le travail communautaire a cédé la place, à une organisation plus unitaire. Aujourd'hui, les étangs semblent toujours majoritairement la propriété de la bourgeoisie, et leur viabilité repose sur une nouvelle activité, la chasse, maintenant ainsi l'équilibre foncier et naturel de la région. La pisciculture n'est plus apte à porter seule économiquement ce patrimoine. Les progrès des techniques piscicoles n'ont, semble-t-il, pu combattre la concurrence étrangère, et le poisson d'eau douce est un met assez peu en vogue.

Dernier rebondissement, la petite propriété pourrait effectuer un retour en force, sous le coup d'un phénomène nouveau, l'expansion de l'agglomération lyonnaise¹⁸¹⁰, avec pour corollaire le risque d'étalement urbain. Enfin, autre nouveauté s'apparentant aussi au passé, les agriculteurs sont aidés à remettre en place des méthodes mêlant pêche et culture respectueuses de l'environnement, ce qui dans le futur pourrait déboucher sur une exploitation plus transversale¹⁸¹¹.

requêtes, procureurs), un quart est détenu par la bourgeoisie d'affaires, et le reste est distribué au clergé et à la vieille noblesse de robe déjà sous-représentée [Perceveaux 1970 : 17] »

¹⁸⁰⁸ R. Sceau, « Les étangs de la Dombes, fondements socio-économiques d'un système hydraulique In: Revue de géographie de Lyon. Vol. 55 n°2, 1980 p. 134.

¹⁸⁰⁹ C. Toussaint Soulard, « La multifonctionnalité de l'agriculture en pratique : étude des relations entre exploitations agricoles et étangs de la Dombes », *Cybergeo : European Journal of Geography, Espace, Société, Territoire*, 2005, p.319 §6 : « Depuis le milieu du XXème siècle, l'interdépendance fonctionnelle entre l'agriculture et l'étang s'est transformée. Les usages agricoles de l'eau (pâturage et fauche des bordures, abreuvement des animaux) ont disparu. L'alternance assec/évolage a quant à elle persisté, mais les relations entre agriculteurs fermiers et propriétaires d'étangs se sont distendues. Les propriétaires ont eu tendance à se réserver l'exploitation piscicole, en renonçant au fermage des étangs au profit du aire valoir direct. Aujourd'hui, le chiffre de 10 % est habituellement cité pour le nombre d'étangs affermés ou appartenant à des agriculteurs (Chambre d'Agriculture de l'Ain, 2000). Pour les cultures d'assec, le métayage verbal, voire le recours aux travaux à façon, tendent à remplacer la location de l'étang par bail à ferme. ».

¹⁸¹⁰ R. Sceau, « Les étangs de la Dombes, fondements socio-économiques d'un système hydraulique In: Revue de géographie de Lyon. Vol. 55 n°2, 1980 p.180 : « Or, c'est la grande propriété de chasse qui, jusqu'à présent- a assuré la sauvegarde de la personnalité profonde de la Dombes face aux pressions de l'urbanisation lyonnaise. Aussi, le danger ne doit-il pas être sous-estimé, et il est plus que jamais nécessaire de concevoir un aménagement de la Dombes capable de la préserver d'une rupture brutale des équilibres anciens tout en lui assurant un développement économique suffisant. ».

¹⁸¹¹ C. Toussaint Soulard, « La multifonctionnalité de l'agriculture en pratique : étude des relations entre exploitations agricoles et étangs de la Dombes », *Cybergeo : European Journal of Geography, Espace, Société, Territoire*, 2005, 319 §7 « Cette évolution coupe progressivement l'exploitation agricole de l'étang (la tendance à l'unité), celui-ci étant de moins en moins conçu par le fermier comme partie intégrante du domaine exploité et de plus en plus comme une enclave au sein de ses terres. Progressivement délaissées dans les années 70-80, les cultures d'assec ont cependant connu un regain d'intérêt suite à la réforme de la PAC 4 de 1992. L'instauration du système d'aides à la surface a exacerbé la recherche de parcelles agricoles primables, ce qui a incité certains agriculteurs à réintégrer les étangs dans leur déclaration de surface d'exploitation éligible aux primes. Cette reconquête agricole des étangs a été aussi favorisée par la mise en place de mesures agri-

Il n'est guère possible d'aller au-delà de cette modeste présentation des droits d'évolage et d'assec. Elle montre toutefois parfaitement, le caractère mouvant de la relation homme, choses, comme l'impossibilité d'un schéma unique et intemporel. Le mode d'appropriation de la Dombes est resté étrangement à l'écart du code, pour ensuite être rattrapé par la propriété civiliste. Cet alignement doit beaucoup aux changements des moyens de valorisation de ces biens et à des contraintes économiques plutôt que normatives. Finalement, la grande propriété, propice au faire-valoir indirect, éloigné d'une relation exclusive, se retrouve en phase avec l'écosystème de cette région, confronté aux risques de l'urbanisation. Autre enseignement, l'application de la propriété civiliste des étangs de la Dombes s'explique par une évolution propice à une certaine unité de ces biens. Il faut demeurer bien évidemment prudent sur cette conclusion. D'une part, la tendance à l'unité n'est pas exclusive du maintien de droits, survivance du passé. D'autre part, la chasse qui serait le nouveau moteur économique des étangs, est aussi un droit démembré, et la réintroduction de cultures anciennes pourrait faire renaître une forme de division. Enfin, l'approche civiliste des étangs s'est traduite par une simplification, voire un appauvrissement, de la figure patrimoniale résumée succinctement par les droits d'évolage et d'assec.

C'est pourtant cette figure simplifiée qui servira de base à l'analyse de la nature de ces droits en droit positif.

B. La nature des droits d'évolage et d'assec au regard du Code civil

(788.) Pour arriver à se prononcer sur la nature du droit d'évolage et d'assec cela suppose de réinterpréter ces droits dans la perspective de la propriété du code, c'est-à-dire la distinction droit, chose (1). L'exercice conduit à s'intéresser à la notion de temps inhérente aux droits d'évolage et d'assec, puisque ces droits portent sur des périodes de temps définies, se répétant indéfiniment. Il est donc intéressant d'interroger le processus de prise en compte de ce schéma particulier dans le cadre du code, et notamment la chose « temps » (2), ou la réification du temps.

Auparavant, il faut à nouveau insister sur le caractère simplificateur de notre démarche visant à limiter le système des étangs de la Dombes à l'évolage et l'assec, comme sur la

environnementales destinées à protéger l'avifaune nicheuse 5, apportant des subventions pour inciter les agriculteurs à refaire des cultures d'assec suivant les techniques agro-piscicoles traditionnelles comme la culture d'avoine sans intrants et l'entretien de la végétation des abords d'étang. ».

dimension théorique de l'analyse, puisqu'aujourd'hui la culture par rotation n'entraîne plus les mêmes conséquences en termes de propriété.

1. La perspective civiliste sur les droits d'évolage et d'assec

(789.) Pour analyser les droits d'évolage et d'assec dans le système du droit des biens du code, il est nécessaire d'examiner successivement ces droits sous l'angle de la chose (a) puis de la prérogative (b).

a. Les droits d'évolage et d'assec vus sous l'angle de la chose

(791.) Qu'est-ce que la chose « droit d'évolage et d'assec » ? Ou, à quoi peut prétendre le titulaire de ce droit ? Pour tenter de répondre, repartons de la définition donnée à l'instant, en disant l'assec est la « période pendant laquelle un étang est maintenu vide pour y cultiver des céréales. », et l'évolage la « période pendant laquelle un étang est en eau et consacré à la pisciculture ».

Sur cette base, dans le cas de l'assec, un sujet est titulaire d'un droit sur une chose, un champ, dans le but de le cultiver. Pour l'évolage, la configuration est semblable sur le fond, tout en prenant une forme différente, puisque le sujet est titulaire d'un droit sur une chose, un étang, dans le but de le pêcher. Avec une telle analyse, la qualification de droit de propriété semble acquise, puisque chaque sujet pris isolément dispose d'une chose, en l'occurrence un champ ou un étang. Le droit qui est exercé sur chacune de ces choses est certes contraint par un usage précis dépendant de l'autre droit, mais le titulaire du droit d'assec peut seulement *a priori* mettre en culture sa chose champ, et le détenteur du droit d'évolage mettre en eau son étang. Ces prérogatives sont cohérentes avec les choses auxquelles elles sont supposées renvoyer, marquant une certaine objectivité. Ainsi, nous aurions un sujet propriétaire d'un champ destiné à être cultivé, et un sujet propriétaire d'un étang réservé à la pêche.

Pourtant, cette vision est trompeuse. Tout comme l'est la thèse dualiste, qui conclut à la propriété de la superficie sur la base de la chose, résultat de la mise en œuvre du droit pour réagir par analogie (cf. supra §472 et s.). En retenant un droit de propriété pour l'assec et l'évolage la question de la chose « sol » n'est pas prise en compte. Or, elle ne disparaît pas, et l'évolution des étangs montre que cette chose demeure le référent. Aujourd'hui, dans la Dombes, l'utilité source de développement économique, n'est plus seulement la culture, ou la pêche, mais aussi, et peut-être surtout, la chasse comme nous venons de le voir. Cette chasse est vraisemblablement liée aux étendues d'eau des étangs. Elle pourrait donc être

rattachée au droit d'évolage, même s'il ne serait pas absurde d'envisager un partage avec le droit d'assec, qui lui aussi pourrait prétendre à ce type d'utilité après assèchement de l'étang. Au-delà, un autre phénomène plus récent bouleverse ou risque de bouleverser plus profondément encore le territoire de la Dombes, le développement urbain.

Dans cette hypothèse, d'un sol constructible : qui peut prétendre à l'utilité de construire ? L'assec qui utilise le sol pour planter, l'évolage dont le fond de l'étang correspond aussi au sol, ou les deux puisqu'une construction suppose la disparition du champ comme de l'étang ?

(792.) La réponse n'a rien d'évident. La difficulté tient à une double perspective, avec d'un côté les étangs dombistes organisés autour d'usages alternatifs, et la chose civiliste synonyme de la totalité des usages.

La propriété volumique n'est ici d'aucun recours, puisqu'il ne peut y avoir de division de la chose comme dans le cas de la mine. Nous sommes en présence d'un droit irréductible à une chose volumique (cf. supra §776 et s.). Une division verticale n'a pas d'intérêt puisque l'utilité de construire est, dans notre hypothèse, exclusive de planter ou pêcher. Dès lors, comment attribuer le droit de construire ? Une première option consisterait à voir dans le droit d'assec, un droit de propriété, et un droit réel pour l'évolage. Après tout, historiquement, les étangs furent tous plus ou moins des terrains ; attribuer le sol à l'assec, et en conséquence toutes les utilités n'étant pas liées à l'évolage, ne laisser à celui-ci qu'un droit réel, pourrait se concevoir. En pratique, cependant un tel raisonnement aurait peu de sens, voire serait incongru. Les premiers étangs datent du 13^{ème} siècle, et attribuer la propriété à l'assec irait sans doute contre l'équilibre économique de ces fonds, en particulier actuellement. Aujourd'hui, l'acteur central du patrimoine dombistes est le détenteur de l'étang. De ce point de vue, l'attribution de la propriété à l'évolage serait plus cohérente, mais moins en phase avec la relation au sol du titulaire de l'assec. Reste la solution préconisée par l'arrêt de 1848 et la loi de 1854 (cf. supra), c'est-à-dire l'indivision. De la sorte, le conflit sur le principe de la propriété disparaît, tout en se déplaçant sur la répartition des quotes-parts indivises.

En s'attachant à la chose, les droits d'évolage et d'assec semblent passer au travers de la logique de la propriété individuelle quand celle-ci est attribuée à l'un des deux protagonistes, et plus encore quand ils en sont tous les deux bénéficiaires. Cette première conclusion doit néanmoins être complétée, car si ces droits se caractérisent par des choses différentes placées sur un même fonds, ils possèdent une autre particularité au moins aussi prégnante, tenant à leur durée.

b. Les droits d'évolage et d'assec vus sous l'angle du droit (prérogative)

(793.) Les droits d'évolage et d'assec coïncident avec des périodes de temps définies qui se répètent pour satisfaire des besoins agricoles et piscicoles, autrement dit ce sont des prérogatives temporaires renouvelables indéfiniment selon un cycle déterminé.

Là encore, une analyse centrée sur le champ et l'étang dissimule cette caractéristique essentielle de la temporalité. Parce que l'étang apparaît, puis disparaît pour laisser la place à un champ et vice versa, la notion de temps semble être une conséquence de la nature de ces choses. Or, il n'en est rien. Cette temporalité dérive de la nature de la prérogative accordée aux titulaires de ces droits. Ces droits correspondent à l'exercice d'un usage spécifique borné dans le temps. Étant d'abord des prérogatives, ils ne peuvent accéder conjointement à la nature de droit de propriété. En apparence, la limite temporelle est liée à la chose puisque la rotation d'usage avait pour objectif la valorisation du fonds. Originellement, le titulaire du droit d'évolage devait maintenir en eau la parcelle pendant trois ans pour permettre la culture pendant deux ans, et ainsi de suite.

Pendant longtemps, ce système a pu apparaître comme indépassable, justifiant la mise en commun de la ressource. La chose « sol » avait de raison d'être exclusivement au travers d'un usage alternatif. Aujourd'hui, ce raisonnement a perdu de sa pertinence. Les étangs ont tendance à devenir permanents suite aux progrès des techniques piscicoles. Pour des raisons également économiques, la chasse est venue se substituer à la pisciculture, et enfin, la pression urbaine pourrait voir certaines parcelles se construire. La chose « sol » s'en trouve redécouverte ou découverte, tandis que les droits d'assec et d'évolage voient leur spectre se restreindre, seulement à une partie d'un ensemble plus vaste.

Hier, ces droits coïncidaient avec toutes les utilités de la chose. Désormais, ils ne représentent que certaines utilités, redonnant du sens à la chose « sol », et au principe d'une propriété individuelle. Cette chose présente quant à elle une gamme d'utilités plus large (ex : droit de construire) que celles contenues dans les droits d'évolage ou d'assec, relayant au rang d'aménagements volontaires la contrainte temporelle.

(794.) À partir de là, le droit d'évolage et d'assec apparaissent bien comme référant essentiellement à une prérogative, une prérogative qui a la particularité d'être limitée dans le temps, et qui échappe à la propriété civiliste.

Ici, une précision s'impose, car en appliquant l'article 544 aux étangs de la Dombes, l'urbanisation, perçue comme un risque pour ce terroir (cf. supra) devient une hypothèse plus probable. Un tel rapprochement est critiquable, car le modèle de propriété n'est pas à l'origine de l'urbanisation. Un territoire soumis au régime de la propriété simultanée connaîtrait certainement une évolution analogue. Tout comme la propriété individuelle ne

peut s'autodéclarer comme le seul modèle, ou le modèle de propriété supérieur, il ne peut être reproché à la propriété individuelle de favoriser telle ou telle orientation. Le risque d'urbanisation, ou plutôt le projet d'urbanisation, des territoires de la Dombes n'est en réalité que la conséquence du développement social de la population de cette région, à savoir une poussée démographique de la ville voisine. La réalisation ou non de ce risque est indépendante de la nature individualiste et exclusive de la propriété du code, cette dernière se contentant de permettre ce type de développement. À l'inverse, il est loisible d'imaginer à l'avenir une autre voie de développement de ce territoire. Suivant le redéveloppement de méthodes de culture ancestrale (cf. supra), les étangs pourraient redevenir le centre de ressources vivrières de communautés dont le développement se traduirait par des activités interdépendantes ou intégrées. Le modèle de la propriété du code pourrait très bien conforter cette perspective ou alors être en décalage avec cette orientation, lui imposant de s'adapter, voire de se retirer.

En guise de compromis, et pour poursuivre sur le terrain de l'adaptation, une question pourrait être posée. Est-ce que la propriété du code, qui permet le regroupement de la propriété d'une parcelle sur une seule tête, peut permettre la division d'une prérogative dans le temps ?

2. Réflexions sur la réification du temps prescriptible

a. Le temps est-il une chose ?

(795.) La question de la propriété temporaire, que pose le droit d'évolage et d'assec, est en dehors de notre sujet, tout en présentant des similarités avec le droit de superficie et le volume immobilier¹⁸¹². Le présent paragraphe se limitera donc à faire le parallèle entre ces problématiques, et à indiquer une hypothèse de conceptualisation de la propriété temporaire, dans la logique de la propriété du code, en pointant les difficultés d'une telle entreprise.

Les choses du monde tangible vues par le droit donnent lieu à convention, c'est-à-dire que le droit porte une vision du monde qui formate les choses juridiques. Le simple fait de reconnaître ou pas la qualité de bien à une chose en atteste, tout comme le traitement de l'étendue du sol civiliste (cf. supra §104 et s.). Le passage d'une représentation du sol de deux à trois dimensions témoigne d'une modification du format (cf. supra). De même, le bien grevé d'une servitude via la réification d'un service, correspond à la marque du droit sur la

¹⁸¹² Pour des exemples de superficies temporaires voir : Cass. req. 10 avril 1867, S. 1867. I. 277 ; Cass. req. 1^{er} avril 1884, D. 1884. I. 345, S. 1885. I. 85.

chose (cf. supra §723 et s.). Pareillement, le sol en deux comme en trois dimensions correspond à un espace délimité d'une entité plus vaste qu'est la planète Terre, espace qui peut par ailleurs donner lieu à des restrictions d'usage, dans l'hypothèse par exemple d'une servitude de passage. La question posée serait donc de savoir si le temps peut comme, une limite spatiale ou un service foncier, être réifié ? Il serait déraisonnable d'envisager de répondre ici à cette question. Néanmoins quelques remarques peuvent être émises. Le temps peut-il être une chose ? À nouveau, il est difficile de formuler une réponse catégorique. Cependant, pour les économistes cela semble être le cas. Le temps est même un élément fondamental, qui est pris en particulier en compte au travers du concept d'actualisation¹⁸¹³. Cependant, en ouvrant le débat à la physique ou à la philosophie, on retombe vite sur des questionnements semblables à ceux qui existent autour de la notion d'espace, et pour cause, puisque les deux concepts sont liés. Tout comme l'espace, le temps absolu de Newton a cédé la place à un temps relatif. D'ailleurs, il existe plusieurs temps, et même un organisme du temps, le Bureau International des Poids et Mesures, chargé de contrôler le temps, ou plus exactement le temps standard. Est-ce à dire que le temps ne peut être objectivé ? Notre expérience quotidienne démontre le contraire. L'homme a visiblement appris à borner le temps, à faire des tranches de temps, tout comme il limite l'espace. Ces limites appliquées au temps et à l'espace sont arbitraires, tout en disposant d'une forte dimension objective permettant de se situer dans le temps et l'espace, individuellement ou collectivement. Dès lors, si la science juridique a réussi à chosifier un espace délimité, pourquoi ne pourrait-elle pas réifier un temps délimité ou une durée ?

Sur le principe, rien ne semble s'opposer à une délimitation objective du temps, qui serait reconnue par le droit. Néanmoins, une telle option n'est pas sans soulever un certain nombre de difficultés.

b. La difficile question des limites de la chose « temps »

(796.) Pour revenir au droit d'évolage et d'assec par exemple, l'une des raisons empêchant l'attribution de la nature de propriété simultanément à ces deux droits, était le fait que la chose « sol » n'était pas réductible à la chose « étang » plus la chose « champ » prise alternativement. Dit autrement, la somme des utilités du sol dépassait le cumul des utilités de l'étang alternant avec le champ.

C'est pourquoi la solution de l'attribution de la propriété à un seul des deux droits, et celle de droit réel au second a semblé préférable. Le temps peut aboutir à un raisonnement

¹⁸¹³ Définition TLFI entrée « actualisation » : Econ. Pol. « Méthode permettant de comparer des flux monétaires à des

analogue puisque le droit de propriété est perpétuel ou imprescriptible ; il dure tant que dure la chose sans imposer un usage particulier au propriétaire, ni même un usage. Ainsi, la qualification de propriété du droit d'évolage ou d'assec ne peut pas conduire à ce que ces propriétés soit inférieures en terme de durée, à la propriété dite perpétuelle du code. C'est en l'occurrence le cas puisque ni le droit d'évolage, ni le droit d'assec ne semblent assortis d'un terme. L'évolage prenait place pour une durée de trois ans et l'assec de deux ans, tout en se renouvelant perpétuellement. La solution serait différente pour un ou plusieurs droits d'une durée de 70 ans par exemple, puisque se poserait alors la question de la propriété au-delà de cette durée, ou celle du titulaire du droit imprescriptible. Le caractère alternatif des droits d'évolage et d'assec ne modifierait pas la conséquence du terme. Il en irait autrement si l'un des deux droits était réputé perpétuel, ou sans terme, et l'autre d'une durée déterminée. Ainsi, au terme de la propriété temporaire, la propriété perpétuelle reprendrait ses droits. À défaut, se pose la question de la nature de l'objet de la propriété au terme de sa durée. S'agit-il d'un bien vacant ? Tombant dans le patrimoine de la collectivité, etc. ? La solution de disposer d'au moins une propriété perpétuelle est en phase avec la propriété civiliste, qui fait du propriétaire l'acteur central du droit des biens. Dans le même temps, se pose la question de la nature d'une propriété perpétuelle, vis-à-vis d'une propriété temporaire, ramenant au concept d'une propriété *sui generis* (cf. supra §472 et s.).

Notons en complément, que le respect de la contrainte de la durée des droits d'évolage et d'assec n'exclut pas celle des usages, voire l'accentue. On peut par exemple s'interroger sur la longueur de la durée d'une propriété temporaire. Y a-t-il une durée minimale ? *A priori* non, puisque la durée minimum serait celle nécessaire à la revente d'un bien, le droit de disposer représentant la forme la plus synthétique de la propriété. Dans le même temps, quels seraient le sens et l'usage d'une propriété réduite à un mois, quelques, jours, heures, minutes ? Ne risquerait-on pas de retomber dans le travers évoqué pour le rentier, un propriétaire sans contact avec sa chose ? Par ailleurs, rappelons-le, la longueur de la durée n'a pas d'impact sur l'étendue des utilités de la chose en termes d'usage, qui doit être la plus large possible, même si des contraintes sous forme de servitudes, par exemple, peuvent venir restreindre l'étendue de la chose.

(797.) Sans prétendre à l'exhaustivité, une seconde difficulté peut être mentionnée. Le temps, en l'occurrence, l'absence de limite de temps, est un caractère se rapportant au droit de propriété, pas à la chose.

époques différentes en les exprimant en une unité monétaire à valeur constante. ».

La perpétuité du droit n'a pas d'incidence sur la chose. Indépendamment du droit de propriété, son objet peut disparaître, voire réapparaître comme le rappelle la célèbre décision dite de l'étang Napoléon de 1972¹⁸¹⁴. La réification du temps a donc pour effet de faire passer ce qui relève de la prérogative à l'état de chose, revenant de fait sur la distinction droit, chose. Ainsi, le temps peut devenir une chose, posant la question de savoir si cette chose peut être soumise en tant que telle au droit de propriété. Or, une telle hypothèse encourt au moins deux objections, au-delà du problème de nature du temps appartenant au monde idéal. La première objection tient au fait que la réification du temps n'a pas pour finalité d'aboutir à la chose temps, mais dans notre exemple au bornage dans le temps d'une chose tangible, une parcelle de terre, un étang ou un champ. La chose tangible est toujours le référent, qui va servir d'objet au droit de propriété. Cette chose fait l'objet d'un niveau de conceptualisation spécifique tenant au temps, mais demeure, tout comme demeure la parcelle grevée d'une servitude. La seconde objection est proche de la première, tout en la développant. La réification du temps vis-à-vis d'une chose tangible pourrait conduire à ce que la propriété de cette chose soit réduite, au temps. Ainsi, toutes les autres utilités de la chose seraient transférées à un tiers, le propriétaire ne disposerait, lui, plus que du temps. Or, ce propriétaire dont le statut se limiterait à la maîtrise du temps, en sa qualité de seul dépositaire de la perpétuité, renvoie à la question du *numerus clausus* des droits réels. Peut-on avoir une propriété dont la seule prérogative serait le temps, et un droit réel disposant du reste ?

Cette configuration d'un maître du temps de la chose, semble aller à l'encontre de la propriété, qui est d'assurer une proximité entre la chose et le propriétaire. Elle impose aussi de renouer avec le système des rentes foncières de l'Ancien Régime (cf. supra §26 et s.).

(798.) Si tentante soit-elle, la réification du temps, ou l'avènement de propriétés temporaires comporte divers obstacles. Ces derniers mériteraient un examen bien plus approfondi que ces quelques lignes, nous invitant à conclure avec prudence.

Aussi, à défaut de cette analyse, il serait, semble-t-il, ni possible de soutenir que les droits d'évolage et d'assec soient des droits de propriété, ni possible de se prononcer sur le principe d'une propriété temporaire. Dans le cadre du Code civil, l'attribution de la nature de propriété seulement à l'un d'eux est plus aisée, l'autre se limitant à être un droit réel, étant précisé comme le montre l'exemple des droits d'évolage et d'assec, que l'option de l'indivision demeure disponible. Cela ne signifie pas qu'une propriété satisfaisant aux contraintes de ces droits soit exclue *ad vitam aeternam* du modèle civiliste. Simplement, à

¹⁸¹⁴ Cass. plénière 23 juin 1972, (Société *** c. Directeur général des Impôts), n° de pourvoi: 70-12960.

défaut d'un véhicule conceptuel capable de répondre à ces contraintes, il est préférable de se replier sur la distinction traditionnelle. W. Dross considère cet effort de conceptualisation comme inutile puisqu'il aurait déjà en l'état du code « mille cas de propriété temporaire »¹⁸¹⁵, reste à savoir si le terme temporaire n'est pas polysémique¹⁸¹⁶. À l'heure actuelle, il ne semble pas exister des propriétés temporaires assimilables à l'assec et l'évolage, tels que ces droits étaient pratiqués traditionnellement.

La propriété volumique sur le fondement de l'article 552, correspondant à la propriété du code, n'est donc pas accessible à l'assec et l'évolage. Cette exclusion tient à ce que ces droits ne sont pas, au moins dans l'immédiat, réductibles à une chose civiliste (cf. supra §776 et s.). En conséquence, la qualification de droit réel renvoyant à l'article 553, et au droit réel de jouissance spéciale, devient la seule option supportable pour un de ces deux droits.

Conclusion Chapitre II : La relation droit, chose « sol » fondement textuel

(799.) Le niveau de conceptualisation du volume actuel permet aisément une intégration en droit positif, et même son renforcement grâce à une articulation avec les articles 552, 553, 543, 544 et 518 du Code civil. Ce faisant, le volume immobilier, immeuble par nature sur le fondement de l'article 518, est appropriable sur le fondement de l'article 544 dans la configuration de l'article 552. Le droit de superficie s'analyse lui, en un démembrement de droit en vertu de l'article 553, répondant à la définition de droit d'usage de l'article 543.

Le volume s'avère de la sorte un formidable outil d'introspection du droit des biens, obligeant à interroger des notions structurantes comme la chose, le droit, mais aussi leur relation. Sans nier le potentiel de déstabilisation qu'entraîne une telle démarche, le gain en termes de résultats est de loin bien supérieur. Ce bénéfice se traduit par une meilleure connaissance intrinsèque de l'institution propriété, mais surtout elle lui permet d'être plus efficiente. La propriété volumique, c'est d'abord le moyen de rendre plus intelligible, de mieux représenter la chose « sol », dont la troisième dimension est une évidence. L'amélioration du traitement spatial laisse entrevoir d'autres pistes d'évolution comme la délimitation de séquence temporelle. Cette question dont le dénouement est situé en dehors de notre propos, a été seulement effleurée, laissant le soin à d'autres de la résoudre.

¹⁸¹⁵ W. Dross, « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? », RTD Civ. 2015 p. 27 : « Pour peu que l'on accepte de regarder les choses en face, il y a mille cas de propriété temporaire, si bien que, sur ce second terrain encore, fascinée par le dogme de l'absoluité de la propriété, la doctrine préférerait, en en dérivant la perpétuité, sa théorie à la réalité. ».

Notre dernière ambition sera plus modeste, mais tout aussi utile. Il s'agit de tester, d'éprouver la théorie de la propriété volumique en la mettant en pratique, et l'arrêt soumis aux juges de cassation en octobre 2012 dispose de tous les ingrédients pour mener à bien cet exercice.

¹⁸¹⁶ H.-L. et J. Mazeaud, F. Chabas et F. Giantivi, « Leçons de droit civil. t. 2, 2e vol. Biens: droit de propriété et ses démembrements », 8e éd. 1994, §1349-2 p. 106. Pour une distinction entre propriété temporaire et multipropriété.

Chapitre III : La propriété volumique à l'épreuve de la pratique

(800.) L'affaire jugée par la Cour de cassation le 31 octobre 2012¹⁸¹⁷, articulant tout simplement les deux principes fondateurs du Code civil, propriété et consensualisme, représente un intérêt particulier pour notre sujet. Elle met en effet en scène deux protagonistes se disputant la propriété d'une partie d'un immeuble organisé verticalement.

Quels sont les faits ?

Par acte authentique des 7 avril et 30 juin 1932, la fondation Maison de la poésie vend, après autorisation par décret, à la Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques (SACD) un hôtel particulier parisien au prix de 2 750 000 €. La SACD était déjà locataire du bien par bail assorti d'une promesse de vente, datée de juillet 1929. L'acte de vente intervenu trois ans plus tard en 1932, excluait expressément de la transaction, la jouissance et l'occupation perpétuelle des locaux situés au deuxième étage de l'immeuble. Cette prérogative susceptible d'être relocalisée ailleurs dans la propriété était consentie au profit de la fondation venderesse dudit immeuble. Par ailleurs, en dépit du caractère personnel du droit de jouissance, une partie des locaux du deuxième étage sont loués en 1948 par la fondation (venderesse) à la SACD (acquéreur), l'ensemble des opérations laissant, *a minima*, percevoir une certaine proximité entre les deux entités. En mai 2007, la SACD assigne en expulsion, avec demande d'indemnisation, la fondation Maison de la poésie, la considérant comme occupante sans droit, ni titre.

Un long contentieux s'engage alors, allant jusqu'à l'arrêt de la troisième chambre civile du 31 octobre 2012, publié au bulletin de la cour. Il prononce la cassation pour violation de loi de l'arrêt confirmatif de la Cour d'Appel de Paris du 10 février 2011¹⁸¹⁸. Précisons que la Cour de renvoi¹⁸¹⁹ se rangea derrière l'avis des de la Cour de cassation reprenant *in extenso* son attendu.

La demande d'expulsion de la SCAD s'appuyait sur un argumentaire solide (repris par les juges d'appel) au terme duquel : l'acte de 1932, ayant eu pour effet de transmettre la propriété de l'immeuble dans son ensemble à la SACD, le droit de jouissance de la fondation

¹⁸¹⁷ Cass. civ. 3^e, 31 octobre 2012, n°11-16.304 ; Bull. 2012, III, n°159.

¹⁸¹⁸ CA Paris Pôle 4 - chambre 1, 10 février 2011, n° 10/06554 ; JurisData : 2011-001678.

¹⁸¹⁹ CA Paris pôle 4 - chambre 1, 18 septembre 2014, n° 12-21592 : « Considérant qu'il résulte des dispositions des articles 544 et 1134 du Code civil que le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien ; ».

répondait à la définition de l'un des droits réels prévus par le Code civil, en l'occurrence un droit d'usage et d'habitation soumis au régime de l'usufruit. D'une durée ne pouvant excéder 30 ans lorsqu'il est concédé à une personne morale, le droit réel au cœur du conflit, devait, en conséquence, s'éteindre le 1^{er} juillet 1962, soit quelque 45 années avant la demande d'expulsion. À l'appui de son pourvoi en cassation, la fondation Maison de la poésie faisait quant à elle valoir, que l'acte de 1932 établissait clairement à son profit un droit réel de jouissance perpétuel, ne pouvant être qualifié de droit d'usage et d'habitation d'une durée maximale de 30 ans, sans dénaturer la volonté des parties. Subsidiairement, elle prétendait dans son troisième et dernier moyen, avoir prescrit la propriété des locaux occupés, à compter de juillet 1962.

(801.) Le litige soumis à la Cour de cassation contenait tous les éléments de la problématique volumique précédemment exposés (cf. supra) : un fonds se développant verticalement, des droits concurrents se rapportant à ce fonds, et l'ambition pour chacun de ces droits d'accéder au statut de droit de propriété. Cette situation étant née d'une convention transférant ce qui était à l'origine une propriété unitaire (un droit, un objet), se posait alors à la cour la question à double détente classique, celle du *numerus clausus* de droits réels, puis à la suite, celle de son influence sur la nature de la propriété elle-même.

Autoriser l'établissement conventionnel d'un droit réel en dehors de ceux visés à l'article 543 du Code civil ou la loi, tel un droit de jouissance perpétuelle, entraîne la question de « savoir si le concours de plusieurs propriétaires sur un seul et même fonds ne peut pas s'établir sous la forme particulière indiquée »¹⁸²⁰ à cet article. La création de droits réels disposant de la nature de droit de propriété, reviendrait en effet à remettre en cause sans le dire, le principe d'une propriété unitaire pour celui du domaine divisé¹⁸²¹ (deux ou plusieurs droits, une chose), que l'on pensait révolu.

Au visa des articles 544 et 1134, dispositions fondatrices du Code civil, les juges de la cour suprême reconnaissent : « que le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien », confortant ainsi la prérogative de la fondation Maison de la poésie sur les locaux du deuxième étage de l'immeuble. Dotée d'une dimension pragmatique indéniable,¹⁸²² la décision de la Cour de cassation défie donc le principe du *numerus clausus*, au moins dans sa version la plus rigoriste, et ouvre la porte à un questionnement sur la nature de la propriété, synonyme

¹⁸²⁰ C. Aubry et Rau, Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae. Tome 2, Paris, 1865, §221 bis, 2 p. 366, Note bas de page 1, en commentaire de la position restrictive de Demolombe.

¹⁸²¹ « De là à dire que le hobereau bienfaiteur avait, divisant son domaine, concédé une propriété utile, il n'y avait qu'un pas qui nous aurait ramené sans détour au cœur de l'âge féodal ! » Cass. civ. 3^e, 6 mars 1991, RTDC 1992 p. 793, obs. F. Zenati

¹⁸²² B. Mallet-Bricout, Droit des biens septembre 2011 - juillet 2012, Recueil Dalloz 2012 p. 2128 à propos de l'arrêt Cass. civ. 3^e, 23 mai 2012, n° 11-13.202.

d'enjeux théoriques d'importance. Par ailleurs, la portée de la position des juges se trouve accrue par le rapprochement explicite qu'ils opèrent avec la doctrine classique moderne. Incarné par l'avant-projet de réforme du droit des biens de l'association Capitant¹⁸²³, ce courant doctrinal prône une vision ouverte et empirique de la propriété foncière. L'avant-projet reconnaît, en effet, une propriété en trois dimensions, fondée sur la division de l'objet du droit de propriété, reprenant la voie ouverte par la célèbre théorie du doyen Savatier du volume immobilier. En complément, l'avant-projet étend substantiellement la faculté d'un démembrement du droit de propriété par la concession d'un droit réel, ouverture dont s'inspire la Cour de cassation en se référant au concept de droit réel de jouissance spéciale¹⁸²⁴.

C'est au travers de cet adossement à la doctrine classique moderne, ouvrant le droit de propriété au développement vertical du sol, comme à son démembrement sous certaines conditions, qu'il faut apprécier la portée de l'arrêt d'octobre 2012.

Tout comme les travaux de l'association Capitant, la Cour de cassation semble se placer dans un équilibre cher au code. Les juges confortent au maximum la liberté du propriétaire, tout en rappelant la limite de l'ordre public, garant de cette liberté, ce qui n'est pas sans rappeler la théorie de la propriété systémique reposant sur l'équilibre liberté, responsabilité.

Pour apprécier ce sens de la mesure des juges, il convient de replacer, presque naturellement, la problématique du *numerus clausus* des droits réels, dans celle plus vaste de la nature du droit de propriété. L'exercice ramène inévitablement aux choix fondamentaux du code. La relation du droit de propriété avec les droits réels peut, à cet effet, s'analyser suivant le rapport croisé, faisant de la loi la seule limite de la liberté dans le domaine des choses (§1) et une contrainte indépassable nécessaire à garantir cette liberté (§2).

§1 La loi garante de la liberté du propriétaire

(802.) Placer côte à côte loi et propriété, c'est courir le risque de glisser vers la sempiternelle question de l'origine de la propriété. Pour éviter cet écueil, il est préférable de rallier l'opinion de F. Terré et P. Simler, considérant que Rousseau aboutit à un compromis entre la propriété travail et la propriété convention¹⁸²⁵. C'est aussi la position de Portalis, qui évoque

¹⁸²³ <http://www.henricapitant.org/node/70>, Association Henri Capitant Des amis de la culture juridique française. Proposition de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens.

¹⁸²⁴ Article 608, alinéa 1 avant-projet: « Le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un ou plusieurs droits réels conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un ou de plusieurs de ses biens. ».

¹⁸²⁵ F. Terré et P. Simler, « Droit civil, Les biens » (8e édition), 2010, Dalloz, §114 p. 120.

« l'occupation », « le travail », et même la raison et l'équité¹⁸²⁶. La propriété du code, symbolisée par l'article 544, fait naturellement sienne ce compromis en ayant successivement recours à une loi garantissant la propriété conforme à la vision de Locke¹⁸²⁷, puis à une loi qui prescrit et prohibe, plus proche du pouvoir sans partage du souverain de Hobbes¹⁸²⁸. En investissant le propriétaire du pouvoir de créer des droits réels, la cour a favorisé, au moins, de prime abord, la première école. Dès lors, il devient indispensable de présenter le fondement de ce pouvoir (A) puis ce qu'il recouvre en matière de droits réels (B).

A. Un propriétaire libre de gouverner exclusivement sa chose

(803.) Avec la propriété du code, l'ordonnancement du droit des biens vise non seulement à attribuer à un seul sujet l'ensemble des utilités d'une chose (1), mais à préserver ce monopole (2). C'est pourquoi ce système fait le choix d'une propriété *in solidum*, ou unitaire, dans laquelle le droit réfère à une chose, et écarte la propriété *in parta*, ou partiaire, pour laquelle le référent est d'abord une prérogative, à l'image du modèle de propriété ayant eu cours avant la Révolution.

1. La propriété du code ou l'exclusivité d'une chose

(804.) Le pouvoir du propriétaire se traduit par la faculté de gouverner, seul, sa chose en toute liberté. Le droit de propriété représente la liberté dans l'ordre des choses¹⁸²⁹. Pour percevoir la portée de cette liberté dans la perspective du code, il est nécessaire de recourir au concept d'exclusivité, défini par exemple, par A.-M. Patault ; « La notion d'exclusivisme, ..., donne, au titulaire du droit, vocation à la maîtrise de toutes les utilités offertes par sa chose. Si l'une des utilités du bien échappe au propriétaire..., le bénéficiaire de cette utilité n'est pas considéré comme un propriétaire partiaire, ..., il est seulement

¹⁸²⁶ Recueil complet des discours, prononcés lors de la présentation du Code civil, par les divers orateurs du Conseil d'État et du tribunal, et discussion particulière de ces deux corps avant la rédaction définitive de chaque projet de loi. Tome 1er, Paris 1838, N° 43. Exposé des motifs du titre II, livre II, du code civil, de la propriété par le conseiller d'État Portalis. Séance du 28 ventôse an XII. p. 286.

¹⁸²⁷ J. Locke, « *Two treatises of government* », London, 1821, Book II, notamment Chapter V. « *Of Property* » p.208 et Chapter XI. « *Of the Extent of the Legislative Power* », p. 301.

¹⁸²⁸ Y. Ch. Zarka, « Hobbes et la pensée politique moderne », Paris, PUF, Quadrige, 2001, p.173. L'auteur commente le Léviathan : « L'État ne se contente pas de donner des règles positives à la propriété, il fonde plus radicalement la possibilité d'une appropriation des choses ».

titulaire d'un droit sur la chose d'autrui, ou même, ..., titulaire d'un simple droit de créance. »¹⁸³⁰.

De cette définition, il ressort que le propriétaire peut exclure tous les non-propriétaires de sa chose, mais encore, que cette prérogative lui est exclusivement réservée. Ce second mouvement, poussé à l'extrême par les tenants de la théorie contemporaine du *jus excluendi*¹⁸³¹, symbolise véritablement la propriété du code. En passant d'une propriété privée à une propriété privée et individuelle, une propriété unitaire reposant sur le couple un sujet, une chose, le code a enfanté un nouveau modèle d'appropriation.

Pour bien comprendre l'ampleur du changement, il convient de préciser que moins de deux décennies avant le Code civil, cette propriété unitaire (*in solidum*), placée sur la tête d'un seul, et, lui offrant toutes les utilités de la chose tant naturelles que civiles¹⁸³², était l'exception et, la propriété partiaire (*in parta*), la règle. Sous l'Ancien Régime, les biens, en particulier immobiliers, étaient détenus, ou plus exactement tenus, par plusieurs individus. Le modèle de référence était celui du domaine divisé, entre le domaine utile et le domaine direct. Le premier, pouvant se subdiviser en fonction des utilités du fonds, était détenu par le tenancier – exploitant le bien, et le second, le domaine direct ou éminent, par le détenteur du fonds. La figure d'ensemble se traduisait par une chose et plusieurs sujets. Cette organisation répondait à l'organisation féodale de la société construite sur la base d'obligations personnelles entre les individus. Il en découlait une société marquée par une hiérarchie sociale, dont le modèle historique était la séparation schématique, et sans doute simpliste, du seigneur, disposant du domaine direct, et son vassal, détenteur du domaine utile. Simpliste, parce que ce schéma du domaine divisé était bien plus complexe, et existait aussi en dehors du lien hiérarchique de seigneur à vassal. Il avait alors un fondement par exemple économique, et l'on parlait de tenure roturière ou de féodalité contractante, par opposition à la féodalité dominante¹⁸³³. Quoi qu'il en soit, là où les relations hommes, choses de l'Ancien Régime s'inscrivaient dans une logique bien différente de celle que voulurent impulser les rédacteurs du code.

¹⁸²⁹ Voir par exemple F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ. 1993, p. 305 : « C'est parce qu'il est liberté et donc faculté dans l'ordre des choses que le droit de propriété est, contrairement aux autres droits, qui ne sont pas intrinsèquement facultatifs, imprescriptible. ».

¹⁸³⁰ A.M. Patault, « La propriété non exclusive du XIXe siècle, histoire de la dissociation juridique de l'immeuble », Rev. d'hist. du dr. 1988, p. 217.

¹⁸³¹ Théorie de la propriété développée par Mrs Zenati et Revet encore dénommée théorie renouvelée de la propriété ou école moderne, F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3^e Édition, PUF, 2008.

¹⁸³² C. Atias, « Droit civil, Les Biens », Litec, 10^e éd., 2009, p.76 et 79.

¹⁸³³ Voir sur le domaine divisé H. Regnault, « Manuel d'histoire du droit français », 2^{ème} éd. , Paris, Sirey 1942, p. 101 et s. ; J.B. Brissaud, « Cours d'histoire générale du droit français public et privé », Tome 2, 1904, Paris §1 p. 1214 et s.

Pour marquer, le fossé entre ces deux mondes séparés par la Révolution française, Marc Bloch écrivait : « le mot de propriété, appliqué à un immeuble (de l'Ancien Régime), eût-il été à peu près vide de sens »¹⁸³⁴.

(805.) Le passage de l'un à l'autre de ces modes d'appropriation, bien que porté par une volonté profonde de renouveau, ne s'est pas fait en une seule fois ni sans heurt.

Pendant, la période révolutionnaire d'abord, même si la fin de la féodalité dominante coïncide, peu ou prou, avec l'abandon des privilèges décidé dans la nuit du 4 août 1789, il en est allé autrement pour la féodalité dite contractante, distincte de la première. En dépit de plusieurs interventions législatives en 1792 et 1793, la question est restée malgré tout pendante. Sa résolution se heurtait à la difficulté « technique » de distinguer en pratique les deux régimes de féodalité. Des considérations plus politiques ou sociales jouèrent également un rôle non négligeable. Nourri à l'idéal révolutionnaire, le petit peuple restait vigilant à ne pas voir ses aspirations se réduire à l'avènement d'une nouvelle classe dirigeante, se substituant simplement à la précédente¹⁸³⁵.

L'avènement du code en 1804, en dépit de la légitimité de la propriété nouvelle symbolisée par l'article 544, ne permit pas non plus de régler la question. La frontière avec le passé s'avéra sur ce point poreuse, et cohabitèrent pour un temps, propriété *in solidum* et *in parta*, montrant la complexité de l'histoire. C'est en fait la jurisprudence, au terme d'un demi-siècle de débats¹⁸³⁶ (cf. supra §26 et s.), qui scella la relégation de la propriété partiaire, en la soumettant au régime de l'indivision de l'article 815¹⁸³⁷, soit le partage forcé. Cette orientation permettant au seul droit de propriété de référer exclusivement à la chose dont il est l'objet, résulte en réalité d'un mouvement d'ensemble plus vaste.

2. La propriété : une exclusivité attribuée à un seul

(806.) Au sein de ce mouvement, tendant à faire de la propriété un droit sans égal sur une chose, la contribution des juristes fut conséquente. Par l'intermédiaire de la notion d'exclusivité intrinsèquement liée à celle d'individualisme, la doctrine forgea, en particulier

¹⁸³⁴ M. Bloch, « La société féodale » 1939, 1940, « Les classiques des sciences sociales », version numérique par Pierre Palpant, p. 118.

¹⁸³⁵ M. Planiol et G. Ripert, « Traité pratique de droit civil français », Tome 3, Les biens par M. Picard, 2ème éd., LGDJ 1952, §4 p. 5.

¹⁸³⁶ A.-M. Patault, « Un conflit entre la Cour de cassation et le Conseil d'État, l'abolition des droits féodaux et le droit de propriété » R.H.D. 1978, p. 427 et s.

¹⁸³⁷ A.-M. Patault identifie l'arrêt Civ. 18 mai 1858, S 1858. I. 661 comme étant la décision pivot, « La propriété non exclusive du XIXe siècle, histoire de la dissociation juridique de l'immeuble », Rev. d'hist. du dr. 1988, p. 235.

au cours du 19^{ième} siècle, le concept de propriété¹⁸³⁸ moderne, tel que nous le connaissons aujourd'hui, et souvent décrit comme immuable.

En complément d'un régime de l'indivision, marqué du sceau de la précarité, rendant impossible à la propriété partiaire l'accès à la perpétuité, la doctrine s'appuya sur l'article 543 du Code civil, et le concept de *numerus clausus* des droits réels. Cet article accéda ainsi à un destin d'importance auquel rien ne le prédisposait réellement. Placé après un article sur les biens communaux (quelque peu éloignés des idéaux du moment), à la fin du dernier chapitre du titre précédent le titre II, lui-même introduit par l'article 544, l'article 543 n'avait rien de commun avec son illustre successeur vantant l'absolutisme du propriétaire. Même si l'interprétation est contestable (cf. supra), l'article 543 est souvent perçu comme appelé seulement à jouer modestement un rôle de guide introductif¹⁸³⁹. Toutefois, si l'on se place dans la perspective de limiter la création de droits réels, la lettre de l'article est féconde. Première qualité, la disposition contient une allusion à la notion de droit réel. La notion représente un lien avec la *summa divisio* fondatrice : droit réel, droit personnel, bâtie par la doctrine¹⁸⁴⁰. Cette distinction a pour conséquence de créer un clivage absolu entre les relations créées entre sujets et entre des sujets et des choses. Second aspect, au moins tout aussi intéressant, en raison de son énumération présentant les droits que l'on peut avoir sur un bien, l'article permet de catégoriser ces droits et même de les hiérarchiser.

À la tête de cette hiérarchie vient dans cette perspective se placer le droit propriété, suivi seulement des démembrements de ce droit.

(807.) Sur la base de ce double constat, l'énumération des droits réels de 543 fut interprétée comme étant limitative, soit le concept du *numerus clausus*.

Cette lecture donne une orientation toute particulière au droit des biens, dont l'épicentre naturel devient la propriété, une propriété évidemment *in solidum*. Dans cette perspective, l'article 543 contient toutes les relations susceptibles d'être organisées entre les hommes et les choses et les hiérarchise en faisant du droit de propriété la tête de pont de ses relations. Ensuite, les autres relations d'ordre inférieur, en comparaison de la propriété dont ces secondes relations ne font que découler, sont elles-mêmes listées et définies. Le périmètre des prérogatives attachées à ces relations, les empêche de rivaliser avec le droit de propriété, le protégeant de ses concurrents. Ainsi, non seulement le droit de propriété octroie à son

¹⁸³⁸ Pour un hommage critique voir M. Xifaras, « La Propriété : Étude de philosophie du droit », PUF, 2004, p. 11.

¹⁸³⁹ P.-A. Fenet, « Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil », Tome XI, 1836 : « Cet article (art.543) tient à la loi actuelle en ce qu'elle s'occupe des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent; mais il n'est ici que le précurseur des lois sur la propriété, l'usufruit et les servitudes, qui seront incessamment discutées devant vous. ».

¹⁸⁴⁰ J. Carbonnier, « Droit civil (Thémis) », Tome second les biens et les obligations, PUF, Paris 1956, §12, p. 33.

titulaire l'exclusivité d'une chose, mais en plus, aucun autre droit ne se trouve en mesure de pouvoir prétendre offrir des prérogatives semblables.

En reconnaissant au propriétaire la possibilité de créer un droit réel, la Cour de cassation, dans son arrêt d'octobre 2012, s'écarte de ce raisonnement *stricto sensu*, qui disons-le a toujours été discuté (cf. *supra*). La cour considère que le *numerus clausus*, dans cette version, ne protège pas la liberté du propriétaire, mais l'entrave. Par cette rupture, la décision promeut d'une certaine façon le propriétaire au rang de législateur. Ce dernier peut démembrer la propriété de sa chose en dehors des droits réels préétablis par l'article 543, ce dernier ne serait plus alors qu'une disposition indicative des droits réels possibles. Plus gênant encore, cela déjouerait la hiérarchie des relations hommes, choses, réintroduisant une possible propriété *in parta*, ce qu'il convient d'examiner.

B. Une liberté transcendant le numerus clausus de l'article 543 ?

(808.) Soulignons-le d'emblée, la décision de la Cour de cassation doit être approuvée sur le fond. Une interprétation littérale de l'article 543, faisant *in concreto* de l'usufruit la seule institution permettant le démembrement¹⁸⁴¹, institution qui par ailleurs a perdu de son éclat¹⁸⁴², n'aurait eu que peu de sens. Pour autant, la question a bien un sens, dépassant même les frontières de l'hexagone¹⁸⁴³ et gagnant jusqu'aux terres de la *common law*¹⁸⁴⁴. Le sens du *numerus clausus* tient à son influence sur la nature de la propriété, et l'arrêt d'octobre 2012 fait état des risques du retour à une propriété *in parta* (2). Pour autant, la plus ou moins grande latitude laissée aux individus de créer des droits réels, se distingue d'une adaptation du concept de propriété leur permettant d'appréhender un immeuble en trois dimensions, ce qui est le véritable point clef du litige (1).

¹⁸⁴¹ J. Carbonnier, « Droit civil (Thémis) », Tome second les biens et les obligations, PUF, Paris 1956, §29, p. 90.

¹⁸⁴² M. Boudot, « L'image du « démembrement » dans la doctrine française », in *Quarte giornate di studio Roma tre – Poitiers, Il problema della tipicità e del numero chiuso dei diritti reali*, Roma, 16 e 17 giugno 2006.

¹⁸⁴³ S. van Erp, « *A numerous quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future European property law ?* » adapted version of an essay published in a *Festschrift for Ewoud Hondius*.

¹⁸⁴⁴ Merrill and Smith, « *Optimal Standardization* », 110 *Yale Law Journal* (oct. 2000), Hansmann, Henry and Kraakman, Reinier, « *Property, Contract, and Verification: The Numerous Clausus Problem and the Divisibility of Rights* » (2002). *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 388* (http://lsr.nellco.org/harvard_olin/388) articles référencés par S. van Erp.

1. *Numerus clausus et propriété volumique*

(809.) Le sujet du *numerus clausus* est débattu de longue date. La position classique était traditionnellement opposée à une vision libérale de l'article 543, privilégiant les intérêts de la propriété. Au 19^{ème} siècle, Demolombe livra à ce sujet l'un des plaidoyers les plus étayés. Sur la base de la libre circulation des biens relevant de l'ordre public, il s'opposa à la liberté de démembrer les utilités, en particulier civiles, d'un bien, même si sa position était, in fine, plutôt pragmatique (cf. infra). Aujourd'hui, on a coutume de présenter des visions antagonistes au sein de la doctrine. La ligne de crête, mettant face à face : les théoriciens de la propriété renouvelée pour la position restrictive et la doctrine classique moderne pour une vision ouverte¹⁸⁴⁵, et cependant très sinueuse. Les perspectives sont peut-être moins opposées qu'il n'y paraît, si l'on intègre la faculté pour le sol de se développer en hauteur comme en largeur, via le concept de volume immobilier. Pour comprendre ce dernier, l'anthologique question de la nature du droit de superficie, représente une clef de lecture utile. Les tenants de la théorie renouvelée rejettent en effet l'idée d'une dissociation du fonds de terre, donc d'une superficie indépendante¹⁸⁴⁶, alors que la doctrine classique l'accepte en ayant recours à la théorie du volume du doyen Savatier¹⁸⁴⁷ (cf. supra §626 et s.).

Ce faisant, ses tenants retrouvent la figure unitaire de la propriété une chose, un sujet, leur permettant de qualifier le volume immobilier (droit de superficie moderne), de droit de propriété, ayant pour objet la chose « volume ».

(810.) Inversement, la théorie renouvelée, de F. Zenati et T. Revet, s'en tient strictement à un droit de superficie, droit réel sur la chose d'autrui, soit un droit référant à une prérogative. La position serait la conséquence de l'indivisibilité verticale du sol.

La qualification de droit réel sur la chose d'autrui permet alors d'éviter de fragiliser le modèle de propriété du code¹⁸⁴⁸, étant précisé que ce droit réel n'est pas conforme à la lettre de l'article 543, et le détour par le concept de l'obligation réelle n'y change rien. Sans plus développer et pour synthétiser le débat, disons que le désaccord entre les deux thèses semble ainsi d'abord porter sur la vision du fonds de terre. Pour le courant doctrinal des classiques modernes, le fonds de terre se divise verticalement permettant une appropriation classique ; pour le *jus excluendi* en revanche, ce fonds est une unité irréductible imposant un simple démembrement de droit pour éviter une propriété *in parta*. La doctrine classique s'en tient à

¹⁸⁴⁵ W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », RTD Civ. 2012 p. 419, §14.

¹⁸⁴⁶ F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie », Thèse, Lyon 3, 2001.

¹⁸⁴⁷ Notamment R. Savatier, « La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers » : D. 1976, chron. P. 104.

une position, en réalité, proche de celle de ses pères¹⁸⁴⁹, savamment illustrée par la propriété de la mine issue de la loi de 1810¹⁸⁵⁰ (cf. supra §190 et s.). Si l'on élude un instant, la différence dessus, dessous de la mine et du volume aérien, les raisonnements sont très similaires. Dans les deux hypothèses, un objet distinct de propriété reçoit un droit de propriété unitaire, attribué à un seul sujet.

L'arrêt d'octobre 2012 va-t-il au-delà de cette position en acceptant la propriété *in parta* indépendamment d'une division verticale du fonds ? Rien n'est moins sûr, puisque le droit de la fondation Maison de la poésie a pour objet un volume immobilier constitué de locaux du deuxième étage de l'immeuble. Toutefois, avant de répondre précisément à cette question, il est intéressant de développer les implications induites par le domaine divisé. Le litige tranché par les juges de cassation offre, de ce point de vue aussi, une opportunité peu commune.

2. *La propriété du code un idéal difficile à dépasser sans risque*

a. Un droit réel plus avantageux que le droit de propriété

(811.) L'affaire dite de la fondation Maison de la poésie présente la particularité d'opposer deux propriétaires rivaux et successifs. Cela a pour conséquence de brouiller les repères déjà complexes de la nature de la propriété de l'objet du litige, tout en offrant un angle d'analyse unique.

Pour mémoire, le titulaire du droit de jouissance était le propriétaire initial (Maison de la poésie), auteur de celui supportant le droit de jouissance (la SACD). Le pourvoi met donc, au moins, aux prises deux propriétaires au sein de séquences temporelles différentes, l'ancien avant 1932 et le nouveau propriétaire, à compter de 1932. Ainsi, lorsque la cour reconnaît au propriétaire le droit de démembrement librement sa chose, elle vise l'ancien propriétaire, celui disposant de la chose au moment de la cession, en 1932. Cependant, cette décision favorise aussi les intérêts du titulaire du droit réel, au détriment du nouveau propriétaire de la chose. Apparaît ici un premier paradoxe, la décision des juges qualifiée de libérale¹⁸⁵¹ est préjudiciable aux intérêts d'un propriétaire, le nouveau. Rejaillit ici, l'argument de

¹⁸⁴⁸ F. Zenati, « Etendue de la propriété foncière » RTD Civ. 1999 p. 142 : « le droit de superficie imposée perpétuellement au propriétaire foncier n'est pas conforme à la Constitution ».

¹⁸⁴⁹ C. Aubry et Rau, « Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae ». Tome 2, Paris, 1865, p.391 ou C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, § 483 quater p. 371.

¹⁸⁵⁰ L'analogie entre mine et volume est cependant imparfaite car la mine de par sa situation en sous-sol est constituée de matière à l'état solide et aussi parce que la loi du 21 avril 1810 définissait le droit du concessionnaire comme un droit de propriété, voir supra Partie I Titre II Chapitre I ou par exemple J. Personnaz, F. Verrier, P. Jallade, J.-Cl. Administratif, « Droit des mines - Institution des titres miniers », Fasc. 371.

Demolombe à propos de la circulation des biens et la gêne occasionnée par des démembrements sans limites. C'était aussi le point de vue de Portalis, qui disait à propos des rentes foncières : « un premier acquéreur ne voit pas dans l'établissement de la rente perpétuelle à laquelle il se soumet ce qui lui rend profitable. Ses successeurs ne sont plus sensibles qu'à ce qui peut la rendre odieuse »¹⁸⁵².

Second paradoxe, et pierre de touche de cette très brève démonstration, le titulaire du droit réel légitimé par la cour, aurait pu se voir reconnaître la pleine propriété par le jeu de l'usucapion ; c'est d'ailleurs l'objet du dernier pourvoi. Cette hiérarchie des priorités surprend, et cela d'autant plus que, dans une affaire très proche de mai 2012¹⁸⁵³, le titulaire d'un droit réel, pour des « cantons de bois crû et à croître » sur le sol d'autrui, réclamait lui, sans ambages le statut de propriétaire. La réponse à cette interrogation sur l'exclusion de la propriété pour la Maison de la poésie pourrait tenir à la stratégie du pourvoi. Comment expliquer, la posture autrement ? L'occupation du second étage d'un hôtel particulier situé dans le VIIIème arrondissement (cf. Arrêt d'appel) ne vaudrait-il pas des coupes de bois actuelles et futures ? La remarque mêlant sociologie et bon sens du doyen Carbonnier¹⁸⁵⁴, voyant dans la propriété un statut toujours envié en dépit de critiques incessantes, ne serait-elle plus d'actualité ?

Aussi étonnant cela soit-il, la réponse à l'interrogation invite à investiguer dans cette direction. En effet, en l'espèce, le titulaire du droit réel, une fondation, ne semblait pas intéressée par le droit de disposer de l'étage occupé. Dans le cas contraire, elle aurait procédé, sans doute, à une vente pure et simple en 1932. De ce constat en naît un second : le droit réel de jouissance constituait un horizon suffisant, et cela d'autant plus que ce droit comportait un avantage de taille : les charges du bien occupé sont assumées par le propriétaire futur (la SACD). L'acte dispose, en effet : « la société acquéreur doit supporter les réparations de toute nature concernant l'immeuble, même celles des locaux occupés par la Maison de la Poésie » et l'arrêt d'appel indique que la SACD : « était tenue au paiement de la totalité des charges de l'immeuble ».

Sans entrer dans le détail, force est de reconnaître que la pleine propriété n'aurait pas permis un tel avantage. La titularité du droit perpétuel de jouissance apparaît, en ce sens, donc, contre toute attente, plus avantageuse que la propriété.

¹⁸⁵¹ M. Khebir, « Démembrement de la propriété : droit réel de jouissance spéciale », Dalloz Actualité, 21 novembre 2012.

¹⁸⁵² Portalis présentation au corps législatif, in Fenet T11 p.73, cité par F. Dumont, La nature juridique du droit de superficie : Thèse, Lyon 3, 2001 §357 p. 409.

¹⁸⁵³ Cass. civ. 3^e, 23 mai 2012, n° 11-13.202, B. Mallet-Bricout, « Droit des biens septembre 2011 - juillet 2012 », Recueil Dalloz 2012 p. 2128.

b. Les questions attachées au dépassement du droit de propriété

(812.) La conclusion de cette observation s'impose d'évidence : la liberté du propriétaire de créer des droits réels lui offre l'opportunité de dépasser l'idéal du droit de propriété. Celui-ci ne serait-il plus, ni le premier des droits réels, ni le droit réel par excellence¹⁸⁵⁵, mais un droit obligé ?

La maison de la poésie, en raison de ce droit réel de jouissance, peut à perpétuité utiliser un immeuble sans même avoir à supporter les frais inhérents à cette jouissance. Mieux, elle a pu en tirer des fruits via une location. Location, il est vrai, non conforme à la destination personnelle du droit, mais l'usufruit n'aurait pas présenté cette limite. Le propriétaire initial, en abandonnant volontairement son droit de propriété pour un droit réel en 1932, a assurément fait preuve d'une grande diligence. Tout irait donc pour le mieux dans le meilleur des mondes, et la propriété aurait, y compris en organisant son propre dépassement, permis au propriétaire de retenir la solution optimale au regard de ses intérêts. Le nécessaire abandon du *numerus clausus* des droits réels se confirmerait alors. Poussant l'analyse hors de la science juridique, la solution ferait sens, la notion même de *numerus clausus* ne serait-elle, par principe, contraire au libre-échange ? L'argumentaire de Demolombe est totalement retourné et la libre circulation des biens interdirait de contraindre de quelle que manière que ce soit la volonté du propriétaire. Cependant, à bien y regarder, cette nouvelle conquête de la propriété pourrait s'avérer hasardeuse, soulevant de nombreuses questions, telles que : Comment évaluer par exemple la valeur de l'obligation souscrite en 1932 toujours valide en 2012, en 2032, etc. ? Quelle est la crédibilité d'un tel engagement ? Un contrat perpétuel est-il compatible avec le droit libéral de 1789 ? S'agit-il d'une charge portant sur le fonds ou sur son propriétaire ? Si c'est une charge réelle, à quel fonds profite-t-elle ? En raison de l'ampleur de leur portée, débordant largement notre cadre, ces questions ne seront pas traitées ici.

En revanche, il est essentiel de souligner que par cet aspect, le droit réel de la fondation rompt avec une dimension essentielle de la propriété du code, et certainement avec le code lui-même, à savoir un équilibre intrinsèque entre la liberté et la responsabilité (cf. supra §12). Or, en mettant à la charge exclusive du propriétaire le coût de fonctionnement et d'investissement de l'immeuble, cela revient à faire peser exclusivement sur un seul la responsabilité, pour réserver une liberté exclusive à un autre. Dans la présente affaire. Le

¹⁸⁵⁴ J. Carbonnier, « Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur », 10e édition, Broché, 2001, p. 353 : « ... force nous est de constater qu'être propriétaire n'est pas un fait tellement dépourvu d'intérêt, à preuve que ceux qui ne le sont pas luttent âprement pour le devenir... ».

titulaire du droit réel pouvait jouir sans obligation vis-à-vis de l'immeuble¹⁸⁵⁶ de ce bien, à charge pour le propriétaire d'en assumer la responsabilité en termes d'entretien.

Doit-on pour autant en déduire, une volonté de la Cour de cassation de contourner la propriété du code ? La réponse est non. La cour suprême est d'ailleurs venue depuis sa décision de 2012 relativiser sa position. Dans un arrêt du 28 janvier 2015¹⁸⁵⁷, les juges ont refusé la perpétuité au droit réel de jouissance spéciale (cf. supra §776 et s.). Parallèlement à cet éclaircissement jurisprudentiel, la décision de la Maison de la poésie permet aussi de soutenir le choix du maintien d'une distinction entre propriété et droit réel.

Pour motiver sa décision, la cour fait en effet une référence expresse à l'ordre public. Ainsi, cet ordre public est posé comme une condition *sine qua non*, placée au centre, et serait-on tenté de dire au cœur, du dispositif de l'arrêt autorisant la création de droits réels : « ... le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel... ».

§2 La loi : borne de la liberté du propriétaire

(813.) « La liberté politique, dans un citoyen, est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté; et, pour qu'on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen. »¹⁸⁵⁸, disait Montesquieu pour sceller l'équilibre liberté, responsabilité. La Cour de cassation fait sien cet axiome. La liberté du propriétaire suppose le respect de ses engagements comme l'impossibilité de se faire l'égal du législateur. La propriété ne peut conduire à l'irresponsabilité, sauf à renier la liberté qui en est le fondement (cf. supra §12).

L'équilibre à la base de la décision des juges prend place dans celui de la propriété unitaire classique (A), tout en faisant état d'un besoin de renouveau par le ralliement au projet de réforme de l'association Capitant (B).

¹⁸⁵⁵ Allusion à la célèbre formule de Demolombe : « La propriété est évidemment le premier et le plus complet de tous les droits réels; c'est le droit réel par excellence ! » C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §471 p. 352.

¹⁸⁵⁶ L'obligation d'entretien perpétuelle n'est pas sans rappeler les rentes foncières, immobilières et perpétuelles, ayant cours avant la Révolution.

¹⁸⁵⁷ Cass. civ. 3^e, 28 janvier 2015, n° 14-10.013, 94.

¹⁸⁵⁸ C. Montesquieu, « Œuvres complètes », Paris, Firmin Didot frères, fils et Cie., 1857, Chapitre 6 du livre XI de L'Esprit des lois, « De la constitution d'Angleterre », p. 270.

A. La liberté du propriétaire limitée par la propriété des autres propriétaires

(814.) En cassant la décision de la Cour d'appel de Paris, les juges ont refusé l'instrumentalisation de la propriété (2), lui préférant l'équilibre indépassable liberté, responsabilité (1). Le choix de la Cour de cassation se révèle conforme à la vision classique de la propriété, distincte d'un modèle de propriété simultanée. Cette orientation est confortée par l'adhésion à la doctrine classique moderne. Cette dernière favorable à la propriété volumique organise par là un axe d'évolution à la propriété, lui évitant de se renier.

1. La propriété libre est responsable

(815.) Par l'intermédiaire du volume immobilier, la doctrine classique moderne accroît le champ d'application de la propriété, alors que la théorie renouvelée s'installe dans une posture essentiellement dogmatique et cassante.

Le rite « propriétaire » du *jus exluendi*, légitime une propriété par essence exclusive, qui dans une figure condensée se réduit à l'abus. Très efficace dans la relation sujet, chose, la théorie pêche en revanche par son manque de flexibilité. Ce travers est accentué en présence d'un sol refusant la troisième dimension, renouant avec le travers du concept de la confusion entre droit et objet de propriété.

Ainsi, dans la perspective du *jus excluendi*, le droit réel de la fondation Maison de la poésie, au regard de son étendue, empêchait le propriétaire (SACD) de se prévaloir de la jouissance d'un étage, créant une zone non exclusive dans sa chose, ou d'exclusivité relative. Pire, l'obligation du propriétaire de supporter les charges du bien occupé par la fondation, venait obérer la capacité de disposer de l'ensemble du bien. Comment vendre un immeuble devant supporter les coûts, sans limites de temps, de la partie dont il n'a pas la jouissance ? La seule échappatoire possible : dénoncer le principe de l'engagement du propriétaire, rendre celui-ci irresponsable au mépris du contrat, tout ceci à l'entier préjudice du titulaire du droit réel. Le non-respect de l'engagement conventionnel est seulement indirect puisqu'il s'appuie sur la limitation de durée de 30 ans, ce qui n'est pas très différent. La propriété, droit subjectif, n'offre aucune alternative hormis la reddition du non propriétaire, synonyme de renoncement partiel ou total à son bien.

Si de reddition il n'y a pas, alors la conclusion s'impose, il s'agit d'une propriété *in parta*, du domaine divisé, puisque le schème met en concurrence pour une seule chose, deux sujets. Par sa rigidité, la théorie de la propriété renouvelée impose à la propriété un mode binaire.

Or, comme le montre, son évolution, la propriété : « est trop humain(e) pour prétendre à l'absolu de la ligne droite »¹⁸⁵⁹.

(816.) La théorie de la doctrine classique moderne en acceptant, elle, la propriété de l'espace fait preuve d'une meilleure adaptabilité en la matière.

Par le biais du concept introduit par le doyen Savatier, le volume, le propriétaire a toujours la possibilité de retrouver la pleine et entière propriété de son bien en faisant sécession, en le divisant. Grâce la division de la chose, la propriété unitaire renaît de ses cendres. Elle n'est plus le bras armé du conflit, mais la solution à ce conflit. À l'issue de l'opération de division dans le sens de la hauteur, les deux propriétaires subsistent, sans toutefois être en concurrence, puisque chacun d'eux possède une chose, dénommée volume. Dans cette configuration, à la liberté de démembrer du propriétaire, répond la responsabilité de l'engagement pris vis-à-vis d'autrui. Cette responsabilité pourra aller jusqu'à entraîner une reconfiguration de la chose, dans l'hypothèse où le démembrement du droit est en fait une division de la chose.

C'est le prix de la liberté accordée au propriétaire, dont le coût ne peut être mis, arbitrairement, à la charge d'un autre, comme l'a très justement décidé la Cour de cassation.

2. Le respect de l'engagement ou la liberté de la propriété retrouvée

a. Le respect du droit de propriété impose celles des propriétés volumiques

(817.) Un bref retour sur les faits permet de vérifier l'affirmation faisant de la liberté et la responsabilité du propriétaire, les deux faces d'une même pièce.

En 1932, la vente de l'immeuble donne lieu à l'octroi d'un droit réel à perpétuité pour l'occupation d'une partie du bâtiment avec accès par un escalier privatif, au profit de la fondation Maison de la poésie. Le propriétaire (SACD) doit régler les charges de l'ensemble et dispose de la faculté de relocaliser le titulaire du droit, ailleurs dans la propriété. Le prix payé est alors de 2 750 000 euros, la transaction ayant donné lieu à une autorisation administrative. D'un point de vue financier la question est simple : Le prix intègre-t-il une décote représentant le droit réel perpétuel¹⁸⁶⁰ ? Si la réponse est positive, et il s'agit de notre hypothèse, rien ne justifie d'accorder à l'acheteur une propriété entière qu'il n'a pas payée

¹⁸⁵⁹ J. Carbonnier, « Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur », 10e édition, Broché, 2001, Préface.

¹⁸⁶⁰ Notons qu'une troisième option est envisageable, sans avoir d'incidence. Il s'agirait de l'hypothèse du prix de l'immeuble incluant non pas l'octroi d'un droit réel perpétuel mais d'un droit d'usufruit. Il n'en demeure pas moins que le

au terme de 30 années ou de 80 avec effet rétroactif à 30 ans. En laissant de côté la validation par l'autorité administrative de la vente qui, *a priori*, garantit une certaine équité à la transaction, trois aspects confortent cette position.

La prise en location partielle par la SACD des locaux dont jouissait la fondation, correspond au premier. Il serait étrange pour la SACD de louer, donc de payer un loyer, pour un bien dont elle s'est acquittée du prix lors de l'achat¹⁸⁶¹. Le second aspect est plus déterminant encore, la dotation de la fondation est en effet constituée par deux éléments, le prix de la vente et le droit réel de jouissance à perpétuité (cf. arrêt d'appel). Ce dernier, représentant un actif à part entière pour la fondation, il est douteux qu'une forme de compensation n'ait pas eu lieu. À défaut, cela laisserait à penser que la SACD a payé le bien sans tenir compte du droit réel, puis à supporter l'équivalent de la valeur de ce droit, charges en sus, le tout à perpétuité¹⁸⁶². Enfin, troisième argument, la formulation utilisée par les rédacteurs de l'acte, qui indique : « n'est toutefois pas comprise dans la présente vente et en est au contraire formellement exclue, la jouissance... ». Sur la base de ce constat, le schéma est clair. Une partie de l'immeuble correspondant au droit de jouissance est restée en dehors de la transaction. La réintégrer après coup, au nom de la propriété, serait dommageable à l'institution même, tout en méconnaissant le droit de propriété de la fondation.

En maintenant hors de la convention, une partie de l'immeuble, dont le prix de vente ne tient vraisemblablement pas compte, la fondation Maison de la poésie n'a pas vendu un immeuble grevé d'un droit réel, mais un immeuble divisé en volume. Il est important de noter que la Cour de renvoi en 2014, après avoir repris l'attendu de principe de la Cour de cassation, prend soin de détailler l'accord intervenu entre les parties avant de conclure : « Considérant qu'il se déduit de l'ensemble de ces éléments, que le droit réel de jouissance spéciale concédé à la fondation « la maison de la poésie », par l'acte de vente susvisé, sur les locaux litigieux n'est pas expiré ; »¹⁸⁶³.

Dans ces conditions, il aurait été incongru de transférer gratuitement par le simple effet de qualités attribuées au droit de propriété, le volume correspondant aux locaux du deuxième étage.

second est théoriquement supérieur au premier. Ainsi, la qualification de droit d'usufruit revient à accorder à la SACD un immeuble grevé d'un droit d'usufruit d'une durée maximum de 30 ans au prix d'un immeuble grevé d'un droit réel perpétuel.

¹⁸⁶¹ Pour poursuivre sur l'hypothèse évoquée en note ci-dessus, il serait possible de considérer que le prix payé lors de la vente était ni le prix de l'immeuble tenant compte du droit perpétuel, ni le prix de l'immeuble en dehors de toute concession, mais le prix de l'immeuble avec usufruit. Le litige résiderait alors dans une simple erreur de rédaction de l'acte dont le rédacteur aurait utilisé la notion de droit réel perpétuel, la confondant avec celle d'usufruit, ce qui est assez improbable.

¹⁸⁶² L'hypothèse d'une libéralité est envisageable mais ne modifierait en rien le droit de la fondation.

¹⁸⁶³ CA Paris pôle 4 - chambre 1, 18 septembre 2014, n° 12-21592.

b. Le droit de la Maison de la poésie réfère à une chose, un volume immobilier

(818.) Si l'on excepte les modalités, la transaction intervenue en 1932 s'apparentait en fait à la vente avec division verticale de l'immeuble, dont le vendeur conserve une partie.

La partie conservée n'est rien d'autre qu'une chose individualisée, par un système de cotation en trois dimensions, et relevant du monde tangible, dit plus simplement un volume immobilier, ou un immeuble par nature. Dans cette affaire, le volume était constitué de locaux situés au second étage sur le modèle du tréfonds¹⁸⁶⁴, une station de pompage¹⁸⁶⁵ ou bien encore une cave¹⁸⁶⁶, etc. C'est pourquoi il était loisible pour la SACD de reconstituer sa pleine propriété par la division de la chose, mais seulement sur le bien lui revenant. Dans cette hypothèse, le second étage de l'hôtel avec accès indépendant, devenait un volume immobilier, au même titre que celui dont elle avait la pleine propriété. La SACD pouvait encore décider, en substitution du second étage, de constituer le volume immobilier dans une autre partie de la propriété, conformément à l'acte. La Cour de cassation rappelle que dans le cas d'une mise œuvre de cette faculté de substitution l'acte prévoit : « ... à charge par elle (la SACD) d'édifier dans la propriété présentement vendue et de mettre gratuitement à la disposition de La Maison de Poésie et pour toute la durée de la fondation, une construction de même importance, qualité, cube et surface pour surface ». En faisant le choix d'un partage en volume, la SACD aurait consolidé son droit de propriété, qui devenait plus lisible, et pouvait même contester la charge de l'entretien du volume de la fondation (Cf. Supra).

Un autre élément, tiré à nouveau de l'arrêt de renvoi, vient conforter l'idée selon laquelle, la Maison de la Poésie pouvait prétendre non seulement à une prérogative, mais aussi à la propriété d'une chose. La cour de Paris en 2014 (juridiction de renvoi) devait se prononcer sur une demande de la SACD visant à considérer la faculté de substitution de locaux qui lui était accordée comme une condition potestative. Or, la Cour de renvoi rejette cette demande considérant qu'il s'agit d'une faculté : « ... dont les caractéristiques ont été précisément convenues entre les parties, constitue une modalité d'exécution de la convention conclue entre les parties, sans s'analyser comme une condition potestative. »¹⁸⁶⁷. En d'autres termes, l'accord entre les parties visait au moins autant une chose qu'une prérogative.

¹⁸⁶⁴ Cass. req. 14 novembre 1888, D.P. 1889. I. 469 ; Cass. civ. 20 mars 1939 Gaz. Pal., 1939. I. 1931.

¹⁸⁶⁵ Cass. 1re sect. civ., 15 oct. 1956, Bull. civ. I. n° 421.

¹⁸⁶⁶ CA Metz Chambre civile, 17 novembre 1994, JurisData : 1994-048937.

¹⁸⁶⁷ CA Paris pôle 4 - chambre 1, 18 septembre 2014 n° 12-21592 : « Mais considérant que cette clause, qui se limite à stipuler une faculté offerte à la SACD de substituer aux locaux litigieux d'autres locaux, dont les caractéristiques ont été précisément convenues entre les parties, constitue une modalité d'exécution de la convention conclue entre les parties, sans s'analyser comme une condition potestative ; que la demande en nullité de cette clause sera donc rejetée ; ».

Finalement, le litige entre la SACD et la fondation Maison de la poésie de 2012 est semblable sur le fond à l'affaire tranchée en 1960 par la Cour de cassation¹⁸⁶⁸, légitimant les travaux du doyen Savatier pour une organisation verticale du sol. Dans le commentaire de cette décision qui applique l'article 544 à un immeuble divisé verticalement¹⁸⁶⁹, R. Savatier fait le lien avec son concept du découpage de l'espace en « cubes d'air » susceptibles de recevoir des constructions divisibles dans le sens de la hauteur¹⁸⁷⁰.

La division de l'immeuble de la SACD et de la fondation Maison de la poésie remplissait également les conditions d'une opération volumique. Apparaît ici, comment la doctrine classique moderne, via le développement de la théorie des volumes, renforce la propriété unitaire, en permettant à la liberté du propriétaire de s'exercer en son sein. Par ricochet, cette liberté est soumise à l'ordre de la propriété qui devient une limite indépassable, vis-à-vis de la propriété d'un autre, et une liberté entière vis-à-vis de son propre bien. L'avant-projet de réforme du livre II, porté par la doctrine classique moderne, en reconnaissant la propriété volumique, accompagne l'évolution de la propriété. Il en découle une liberté supplémentaire accordée au propriétaire dans la gestion de son bien, qui a pour contrepartie des responsabilités nouvelles.

Cet équilibre de la propriété d'un bien volumique se conforme à celle du code un sujet, une chose, ici la fondation et le volume dans lequel les locaux du deuxième étage prennent place. En complément, de la propriété d'un sol se développant verticalement, l'avant-projet envisage l'hypothèse d'un démembrement de droit. Le démembrement le plus novateur de la proposition de l'association Capitant s'articule autour de la notion de droit réel de jouissance spéciale, qui tout comme la propriété volumique s'inscrit dans la vision de la propriété du code.

B. Vers de nouvelles limites de la propriété

(819.) En ralliant explicitement l'initiative de l'association Capitant, par la référence au concept de droit réel de jouissance spéciale, la Cour de cassation donne force à l'ambition réformatrice de la doctrine classique moderne (1). Ce mouvement de réforme pourrait être

¹⁸⁶⁸ Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1960, RTDC 1960, p. 340, n^o1, observ. R. Savatier.

¹⁸⁶⁹ « Le partage a pour objet de faire cesser complètement l'indivision en attribuant à chaque copartageant une propriété privative comportant tous les attributs définis à l'art. 544 c. civ... ».

¹⁸⁷⁰ Cass. 1^{re} civ., 19 janvier 1960, D1960. I. 479 : « ...la technique de la division d'un immeuble en appartement s'est abstenue, jusqu'ici, d'utiliser à fond l'art. 552 c. civ. par une division de la propriété de l'espace, en mètres cubes cotés en hauteur, indépendamment des constructions qui les enferment et les encadrent. On n'a pas suivi jusqu'ici, pour l'espace à trois dimensions, la technique acquise qui divise abstraitement, en mètres carrés la surface du sol. ».

une invitation à aller au-delà, ou au moins, à réfléchir à cet au-delà, conduisant à terme, à enrichir encore les figures de la propriété entre unité et division (2).

1. Les limites de la propriété proposées par la lettre de l'avant-projet

(820.) L'ouverture proposée par l'avant-projet a bien sûr son revers et « la nouvelle ère du droit civil » s'enracine dans l'ordre public comme le souligne C. Atias¹⁸⁷¹. S'agit-il vraiment d'une nouvelle ère ou plus simplement de l'influence de Hobbes éclairée sous un jour nouveau, qui ne sera jamais que l'une des filiations assumées de la propriété du code (Cf. Supra). Par ailleurs, cela ne doit pas avoir pour effet de minimiser l'apport de la proposition, qui va jusqu'à apporter une réponse à l'épineuse question du *numerus clausus* des droits réels.

Pour s'en tenir à ce qui intéresse directement notre propos, la reconnaissance de la propriété volumique prévue à l'article 562¹⁸⁷², analysant la superficie : « comme un découpage de l'immeuble en deux sections séparées horizontalement... », apparaît comme une : « ... clarification salutaire »¹⁸⁷³. Elle permet de conclure la question de la nature du droit de superficie lorsque celui-ci porte sur un objet distinct, tel le volume immobilier¹⁸⁷⁴. Plus globalement, l'avant-projet propose une théorie de la propriété incluant démembrements et propriété collective. Ainsi, il évoque par exemple le démembrement de droits réels consentis par bail¹⁸⁷⁵, et même directement. Il s'agit du droit réel de jouissance spéciale¹⁸⁷⁶ limité à une durée de 30 ans. Ces dispositions, et particulièrement la seconde, appréhendent les cas de démembrements sans division de la chose, à l'inverse du volume. Contrairement à la division de la chose appréhendable par un droit de propriété, ces droits s'articulent autour du détachement d'une ou plusieurs utilités précises de la chose, comme le droit de construire ou d'occuper, selon des modalités propres. Le droit réel de jouissance spéciale est sans doute le plus innovant. Il se différencie de l'usufruit portant sur certains attributs de la totalité de la chose, en dehors de la référence à une utilité précise, et de l'indivision quote-part du droit de propriété. La distinction avec le bail longue durée est moins franche, et tiendrait à l'étendue des droits transmis. Toutes dispositions comprises, le spectre couvert par l'avant-projet de

¹⁸⁷¹ C. Atias, « L'enracinement du droit des biens dans la nouvelle ère du droit civil français (le futur nouvel article 516 du Code civil) », Recueil Dalloz 2009 p. 1165.

¹⁸⁷² Art. 562 aliéna 1 Avant-projet de réforme du livre II : « Un fonds peut faire l'objet d'une division visant à conférer à un tiers la propriété d'une partie de ce fonds situé au-dessus ou au-dessous d'une limite conventionnellement fixée. La propriété du dessus est appelée propriété superficielle, celle du dessous propriété tréfoncière. ».

¹⁸⁷³ B. Mallet-Bricout, W. Dross « L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique » Recueil Dalloz 2009 p. 508.

¹⁸⁷⁴ Contra F. Zenati-Castaing, « La proposition de refonte du livre II du Code civil. Étude critique », RTD Civ. 2009 p. 211 §10.

¹⁸⁷⁵ Chapitre III - Des droits réels conférés par des baux, Article 607 Avant-projet de réforme du livre II.

réforme est donc large. Cette couverture permet une multitude de combinaisons avec une propriété unitaire, acceptant la division d'un fonds dans le sens de la hauteur semblable à la division du sol surface, et des démembrements variés.

L'avant-projet n'aborde pas ouvertement le *numerus clausus* des droits réels tout en répondant indirectement à la problématique¹⁸⁷⁷. Pour ce faire, comme nous venons de le voir, les opportunités de démembrement ont été démultipliées et, second point, l'ensemble des dispositions du livre II sont réputées d'ordre public¹⁸⁷⁸. Le dispositif représente donc un ensemble fermé comprenant de nombreux modes d'appropriation en complément de la propriété unitaire.

Ainsi, en dépit de l'avis contraire du F. Zenati, la théorie du démembrement contenue dans l'avant-projet de réforme s'inscrit dans la droite ligne de la vision unitaire classique de la propriété du code.

(821.) Le droit réel de jouissance spéciale ne peut en effet s'analyser en une propriété *in parta*, ne serait-ce que parce qu'il est limité dans le temps, alors que le caractère perpétuel de la propriété est quant à lui affirmé¹⁸⁷⁹.

C'est aussi, la signification du ralliement de la Cour de cassation. En reprenant la notion de droit réel de jouissance spéciale et en écartant la « notion de droit de jouissance perpétuelle » visée dans la convention, cette dernière fait le choix de la propriété unitaire ou *in solidum*. Notons incidemment que la stratégie d'un encadrement des démembrements par l'ordre public du droit des biens, permet de passer d'une catégorie à l'autre. Ainsi, le droit réel limité à 30 ans est-il susceptible de se muer en une division de la chose, la première séquence n'étant qu'une modalité de mise en œuvre, préalable à la division. Le droit réel de jouissance spéciale reviendrait donc à aller au-delà de la liste limitative de l'article 543, sans remettre en cause la hiérarchie de cette liste et la place de la propriété. Il pourrait ainsi s'agir d'un quasi-numerus clausus. Il est même envisageable en dehors de l'avant-projet de réforme de rattacher le droit réel de jouissance spéciale à la rédaction actuelle de l'article 543 faisant état « d'un simple droit réel de jouissance », notion perçue aujourd'hui comme synonyme exclusivement de l'usufruit et du droit d'usage et d'habitation (cf. supra §768 et s.). Ce droit de réel de simple jouissance, ou de jouissance spéciale pourrait aussi être un lien vers le droit réel sur la chose d'autrui de la propriété renouvelée. Il serait ici raisonnable de conclure en considérant que l'arrêt du 31 octobre 2012 corroborant la démarche de l'association Capitant,

¹⁸⁷⁶ Chapitre IV - Du droit réel de jouissance spéciale, Article 607 à 611 Avant-projet de réforme du livre II.

¹⁸⁷⁷ Contra F. Zenati-Castaing, « La proposition de refonte du livre II du Code civil. Étude critique », RTD Civ. 2009 p. 211 §6 et 22.

¹⁸⁷⁸ J-L Bergel, « Du numerus clausus des droits réels ? » RDI 2010 p. 409.

apporte une réponse pertinente à la problématique du développement d'un fonds dans le sens de la verticalité, dont le litige soumis à la cour n'est qu'une illustration. C'est vraisemblablement le cas, mais cela n'empêche pas une nouvelle question de surgir. Comment procéder, si le droit réel perpétuel ne peut aboutir à une division de la chose ? Loin d'être un cas d'école, cette situation est celle tranchée par la Cour de cassation en mai 2012 pour un droit sur les coupes de bois « crûs et à croître », reprenant la problématique du célèbre arrêt Caquelard¹⁸⁸⁰ et d'autres¹⁸⁸¹. Pour cette question, il y a la réponse de l'indivision qui offrait à Demolombe la faculté de, tout à la fois, supporter le *numerus clausus* des droits réels¹⁸⁸² et la célèbre décision de 1834¹⁸⁸³. Et puis, la pratique a ses travers que la théorie juridique peut ignorer, comme le soulignait l'auteur à propos de l'emphytéose, dont l'existence ne pouvait être niée et pourtant savamment ignorée par le code¹⁸⁸⁴.

Ces arguments ont assurément conservé leur force. Simplement, l'environnement social, économique, quant à lui, a singulièrement évolué, et il serait peut-être opportun d'organiser un régime de propriété pour ces droits, dont l'objet ne peut aboutir à une division, c'est-à-dire des droits irréductibles à une chose volumique.

2. *Les limites de la propriété proposées par l'esprit de l'avant-projet*

(822.) L'avant-projet a ouvert la propriété du code, passant d'une institution monolithique à un monolithe doté de ramifications, et ce schéma mériterait d'être encore développé.

Une branche fait en effet toujours défaut, celle de la propriété partiaire, soit un droit réel consenti à perpétuité, hors du champ de l'indivision, ou dit encore autrement, la propriété d'une prérogative attachée à une chose sur laquelle un ou plusieurs droits de même nature existent. Il ne s'agit pas de refaire 1804 en sens inverse, mais de permettre au principe de l'unité d'investir toutes les formes de division. L'opération est sans doute délicate et ne manquera pas d'attiser les passions, tant la propriété du code a été construite sur le mode de l'opposition. La démarche représente aussi une formidable opportunité au regard de l'histoire, un moyen de réconcilier l'ancienne France et la nouvelle, née de la Révolution française. Accepter l'avant, c'est aussi empêcher la négation de l'après et de ses apports. La *common law* a réussi à passer de la division à l'unité sans se renier. Pourquoi pas l'inverse ? La méthode de l'avant-projet est certainement un bon moyen d'atteindre cet objectif. Œuvre

¹⁸⁷⁹ Il s'agit de la perpétuité de l'action en revendication et la non-perte de la propriété par le non-usage, cf. Art. 537 Avant-projet de réforme du livre II.

¹⁸⁸⁰ Cass. req. 13 février 1834, D.P. 1834. I. 118 ; S. 1834. I. 205.

¹⁸⁸¹ Cass. req. 5 novembre 1866, D. 1867. I. 32 ; S. 1866. I. 441.

¹⁸⁸² C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §519 p. 436.

¹⁸⁸³ C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §520 p. 437.

¹⁸⁸⁴ C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870, §529 p. 445.

doctrinale, son ambition semble avant tout axée sur le sens du compromis efficace plutôt que la guerre de religion. Les propositions innovantes, tel le droit réel de jouissance spéciale s'inspirent de la pratique, retrouvant pour l'occasion les racines du code, code dont les rédacteurs étaient d'abord des praticiens. Le concept d'avant-projet offre toutes les formes de discussions et contradictions, sans nuire aux prérogatives du législateur. Au contraire, il lui est utile, l'expertise enrichissant par principe la volonté législative, qui elle-même a ses limites. L'avant-projet peut être la ressource de référence, comme il le fut dans le litige opposant la fondation de la maison de la poésie et la SACD.

Cette ressource permet de tester les hypothèses vers un renouveau, par une évaluation coûts, avantages par rapport au mètre étalon de la propriété individuelle. Ce faisant, celle-ci devient moins abstraite et expose, plus facilement, *in concreto* les dangers dont elle doit s'écarter, y compris pour ce qui semble être de bonnes raisons, à l'image de l'obligation d'entretien imposée à la SACD.

(823.) Il n'est pas pensable d'imaginer ici, ne serait-ce que l'ébauche d'un processus de conceptualisation d'une forme de propriété partiaire compatible avec le modèle de propriété du code, soit une ramification nouvelle du monolithe de la propriété unitaire lui permettant de rester au centre d'un l'échiquier marqué, aussi, par la diversité.

Nous nous limiterons à exclure un axe qui peut paraître tentant, mais qui justement ne remplit pas la condition susvisée. Puis, à l'inverse, sera seulement mentionnée une piste plus prometteuse, pour contribuer même modestement à cette réflexion passionnante, qui a déjà était évoquée, également brièvement, lors de l'étude de la propriété simultanée (cf. supra §531 et s.). L'option à écarter, est celle tendant à reconnaître un droit réel perpétuel, sur le modèle du droit de jouissance, se confondant avec le droit de propriété. Si droit réel et droit de propriété se confondent, alors non seulement la liste de l'article 543 n'a plus de sens, mais la propriété perd sa situation dominante. S'opère alors un changement pur et simple du modèle de propriété, et un retour à la propriété simultanée. Pour éviter ce travers, une des pistes de réflexion consisterait à creuser l'option d'une propriété *in parta*. À cet effet, le mode d'appropriation partiaire pourrait être délimité par l'instauration d'un outil de gestion de la simultanéité, évitant ainsi un risque de renversement du modèle de propriété. L'existence de cet outil conditionnerait l'appropriation divisée de la chose, ce qui permettrait de revenir à une configuration unitaire en son absence, et par là même de maintenir la propriété du code. Cette hypothèse fait songer au trust anglais, mais aussi à des institutions civilistes comme l'indivision ou des sociétés non dotées de la personnalité morale. Sous réserve d'être finalisée, cette option repousserait encore les frontières de la propriété, accroissant les solutions de relations entre les hommes et les choses.

Les grandes mutations sociales en cours présentent le paradoxe d'avoir vu l'avènement d'un seul et même modèle de développement, et de propriété, modèles uniques qui semblent, pourtant, irrémédiablement, appeler la diversité.

Conclusion Chapitre III : La propriété volumique à l'épreuve de la pratique

(824.) La décision rendue par les juges en octobre 2012 n'est au fond rien d'autre que la réponse à une situation donnée. Néanmoins, pour reprendre les mots de H. Périnet-Marquet : « Ce grand arrêt de droit des biens, qu'il faut saluer... »¹⁸⁸⁵ est aussi un pas notable en direction d'un sol volume.

Cette contribution est réalisée conformément aux dispositions du Code civil, même si les juges confortent leur approche en se référant à l'avant-projet de réforme du droit des biens. Par cette décision, la jurisprudence témoigne du changement à l'œuvre depuis plusieurs années introduit par la propriété volumique. La propriété est coutumière de cette évolution cyclique¹⁸⁸⁶. Pour la propriété foncière, le dernier changement de cycle significatif a été la dématérialisation de l'immeuble portée par les travaux du doyen Savatier.

La cause de ce bouleversement, qui aurait relevé de l'hérésie un siècle plus tôt, fut l'urbanisation. Or, ce phénomène, au moins à l'échelle de la planète, pourrait n'en être qu'à ses débuts. Il nous indique que la ville ne sera plus seulement une référence du ressort du monde occidental. La ville de demain conservera sans nul doute un fort ancrage territorial, historique et culturel. Cependant, dans cette ville de demain, la propriété sera aussi celle de demain, et cette dernière pourrait y être privée, publique, exclusivement exclusive, mais aussi ségrégationniste, collective, indivise, partiaire, communautaire, partielle dans le temps, dans l'espace sans parler des formules à la croisée de toutes ces figures.

¹⁸⁸⁵ H. Périnet-Marquet, « La liberté de création des droits réels est consacrée », *Construction - Urbanisme* n° 1, Janvier 2013, repère 1: « Ce grand arrêt de droit des biens, qu'il faut saluer, n'a donc pas fini de faire parler de lui et de susciter des applications diverses et variées dans les divers secteurs du droit immobilier, à moins que la Cour de renvoi ne résiste, amenant l'assemblée plénière à se prononcer. ».

¹⁸⁸⁶ F. Terré et P. Simler, « Droit civil. Les biens » (8e édition), 2010, Dalloz, §77 et suivants p. 92.

Conclusion Titre II : L'appropriation du sol en volume

(825.) L'examen des notions de chose et de droit, comme de leur relation, explique le système de propriété du code. Dans ce système, la chose relève du monde tangible tout en faisant l'objet d'un formatage plus ou moins complexe, via le phénomène de réification. Le niveau de conceptualisation peut être observé grâce à la notion de perfection de la propriété développée par les auteurs anciens. Une fois mise au format, ces choses sont destinées à être attribuées exclusivement à un individu. C'est la finalité du système d'appropriation civiliste. Le volume, chose civiliste à part entière, s'intègre parfaitement à ce système ouvrant la voie à une appropriation volumique, c'est-à-dire un lien exclusif d'un individu sur un volume. Par suite, cette relation conforme à la propriété de l'article 544, peut être directement combinée à d'autres dispositions du code et en particulier l'article 552, qui mentionne le sol tridimensionnel, mais aussi à l'article 518 en référence au fonds de terre. Cette appropriation volumique n'est pas exclusive de développements dans le sens de la hauteur se traduisant par l'établissement d'un simple droit réel de jouissance sur la base des articles 543 et 553. Ce droit réel sera même la seule option en présence de droits irréductibles à la chose volume, renvoyant à une organisation patrimoniale antérieure au code. Concernant cette superficie, droit réel de jouissance, un dernier effort de conceptualisation reste à produire au regard de sa définition. Les deux options les plus extrêmes : une lecture rigide de l'article 543 et une confusion entre droit réel et droit de propriété pourraient être les bornes de cette définition. Par exemple, un droit réel de jouissance disposerait d'une durée semblable au droit de propriété sans pouvoir être imprescriptible. Le droit de jouissance se perdrait par non-usage, ce qui s'entend assez bien pour un droit de cette nature.

Le fondement textuel d'un sol appropriable verticalement permet à la théorie de la propriété volumique de franchir une étape supplémentaire, théorie qui par ailleurs est en capacité d'attester de sa pertinence à l'épreuve de la pratique, à l'exemple de l'affaire du 31 octobre 2012.

Conclusion Partie III : La reconnaissance de la propriété volumique

(826.) Depuis les premiers écrits du doyen Savatier sur le volume immobilier à la fin des années cinquante, un long chemin a été parcouru, faisant du volume un concept pas si moderne que cela. Rattrapé par ses origines, sa filiation avec le fonds de terre apparaît aujourd'hui comme une évidence. Le volume conserve une part d'abstraction, mais il se définit d'abord en tant que représentation du sol, référant sans aucun doute possible au monde tangible. La figure, chère au code, un sujet, une chose peut alors se former, validant la thèse moniste.

Plus précisément, la chose volume appartient à la géométrie et se révèle être conçue selon le système de propriété du Code civil, débouchant simplement sur une propriété imparfaite. Loin de remettre en cause l'appropriation volumique, ce trait est même la marque de la propriété individuelle et exclusive. Finalement, le droit des biens du code, qui apparaissait dépassé, obsolète, vis-à-vis de la modernité du volume, se trouve à l'orée du 21^{ème} siècle, en position de revendiquer l'appropriation d'un sol en volume, et de lui proposer un fondement textuel tout à fait satisfaisant.

Conclusion

(827.) Nous arrivons au terme d'un marathon qui nous a plongés au cœur de la propriété foncière civiliste, et parfois même, au-delà. Sur le point de franchir la ligne d'arrivée, il convient de revenir à notre point de départ, pour refaire le chemin à l'envers et livrer d'ultimes réflexions avant de conclure définitivement.

L'origine de notre questionnement consistait à savoir si la propriété du code était en mesure d'organiser l'appropriation d'un sol divisé dans le sens de la hauteur.

Cette question a donné lieu à une réponse affirmative ce qui nécessite une synthèse explicative soulignant les points les plus saillants de la reconnaissance de la propriété d'un sol en volume (I). Par ailleurs, cette proposition conduisant à établir une propriété volumique, qui plus est complétée par un droit de superficie droit réel, étend singulièrement le royaume du dieu Terme et renforce le concept de propriété du code. Ce parti-pris appelle donc une réflexion, même succincte, concernant la portée de cette propriété qui s'étend au-dessus et au-dessous (II). Enfin, quelques lignes consacrées aux perspectives ouvertes par la propriété volumique viendront en clôture de cette conclusion (III).

I. Éléments saillants de la propriété d'un sol en volume

(828.) Pour rappel, la question de savoir si la propriété du code pouvait appréhender une ressource foncière se développant verticalement était motivée par un double constat contradictoire.

L'individu dans son rapport à la ressource foncière se place dans une situation d'exclusivité, à laquelle la propriété civiliste répond parfaitement. En divisant le sol en parcelles unitaires et en dotant l'individu d'un lien exclusif avec chacune de ces parcelles, le Code civil apporte une réponse satisfaisante aux besoins de développement de cet individu. Ce modèle de propriété unitaire, relevant initialement d'une propriété de type *yeoman*, a muté vers un système où l'individu est d'abord un être social, sans que cela remette en cause l'essence même du modèle.

Toutefois, le modèle de propriété du code se révèle moins pertinent lorsqu'il s'agit d'organiser une division verticale du sol, comme son appropriation. Contrairement à d'autres propriétés qui réussirent à passer de la division à l'unité, la propriété civiliste peine à sortir de son schéma original, voire se trouve enferrée dans cette dialectique. La perspective

novatrice du doyen Savatier formula une réponse à cette problématique par une transformation du sol en « cubes d'air ». Seulement, dans ce schéma le sol devient une chose immatérielle en rupture avec la vision classique de la propriété foncière. Se pose donc la question de savoir si la propriété foncière du code peut appréhender un sol divisé sans se renier, c'est-à-dire sans abandonner un modèle unitaire et exclusif, appliqué à une chose du monde réel.

La réponse est clairement positive. Le concept de propriété, tel qu'incrusted dans le Code civil, serait apte à saisir la modernité foncière dans ses vieilles griffes¹⁸⁸⁷. Cette première réponse a pour effet d'entraîner immédiatement une nouvelle question, qui est : comment le cadre conceptuel patrimonial du code parvient-il à appréhender un sol tridimensionnel ?

(829.) La réponse à cette seconde question est assez simple sur le principe : Pour passer d'un sol horizontal, ou surface, à un sol volume, il faut dupliquer le mode d'individualisation du sol au cœur de la mécanique civiliste, selon lequel « la limite fait corps »¹⁸⁸⁸.

En d'autres termes, le procédé de géométrisation à la base du fonds de terre, un bien objet d'une propriété individuelle et exclusive, passe de deux à trois dimensions aboutissant à un sol volumique. Toujours, suivant l'exemple de la parcelle qui se divise horizontalement, le volume offre quant à lui, la faculté d'une division du sol en hauteur. La propriété du code n'est plus une contrainte, mais un schème opératoire capable d'être appliqué à un sol perçu dans le sens vertical ou horizontal. En conséquence, le Code civil est en mesure de développer la propriété d'un sol en volume, qui n'est rien d'autre que la forme moderne de la propriété d'une parcelle, définie en 1804.

Textuellement, la propriété du sol en volume s'articule en un volume immeuble par nature visé à l'article 518, et se fonde sur l'article 552 du Code civil, disposition qui se réfère explicitement à un sol tridimensionnel, comprenant le dessous et le dessus. En complément d'une propriété volumique, un droit de superficie, droit réel est établi sur le fondement des articles 553 et 543 du Code civil. Dans ce second cas de figure, la division, ou démembrement, ne porte pas sur l'objet du droit mais sur le droit lui-même. Ce droit de superficie, droit réel, permet d'établir un lien avec la théorie renouvelée de la propriété, mais aussi, et surtout, avec le droit réel de jouissance spéciale, récemment évoqué par la cour suprême en écho à l'avant-projet de réforme du livre II de l'association Capitant.

¹⁸⁸⁷ Allusion J. Carbonnier, « Droit civil » vol. 2 : « Le concept de propriété, tel qu'incrusted dans le Code civil, est-il apte à saisir toutes ces nouveautés dans ses vieilles griffes ? », cité par B. Mallet-Bricout, « Fiducie et propriété », in *Liber amicorum Christian Larroumet, Economica*, 2009, p. 297 à 327.

¹⁸⁸⁸ R. Debray, « Éloge des frontières », Gallimard, 2010 p.57 : « A quoi sert la frontière en définitive ? A faire corps ».

(830.) La propriété du sol en volume, « Au-delà du code, mais par le code »¹⁸⁸⁹ pour reprendre la célèbre phrase de Saleilles, reconfigure la propriété foncière sur la base d'une nouvelle conceptualisation du fonds de terre.

Avec cette approche s'opère naturellement une synthèse entre les travaux du doyen Savatier et la théorie classique de la propriété, suivant en cela la théorie moniste du volume immobilier. Dans cette perspective, le sol en volume offre les conditions d'une appropriation individuelle et exclusive. De cette façon est écarté le spectre d'une propriété collective ou simultanée, conséquence de l'accroissement des relations que dévoile le sol vertical par le jeu de la gravité terrestre.

Le sol volumique n'étant rien d'autre que le sol perçu en volume et pas uniquement comme une surface, une appropriation répondant aux canons du Code civil peut prendre place. Le traitement de l'étendue du sol en hauteur suit le procédé usité par le code à propos d'un sol appréhendé horizontalement. Les méthodes de mesure modernes décuplent les capacités, notamment les SIG¹⁸⁹⁰, et viennent simplement se substituer au mesurage classique, permettant une individualisation d'un sol non seulement plan mais aussi en volume. Ce passage de deux à trois dimensions dévoile la véritable nature du fonds de terre. Contrairement à la théorie classique voyant dans le sol civiliste, le sol réel, la matière dont est faite l'écorce terrestre, le sol civiliste apparaît pour ce qu'il est : une représentation du sol réel ambitionnant de toucher à l'universalité. En d'autres mots, le fonds de terre est un concept référant à une chose du monde tangible. Ainsi, pas plus que le fonds de terre ne peut prétendre être le sol réel, le volume immobilier ne dématérialise pas le sol. Plus simplement, sous l'influence des travaux du doyen Savatier le sol s'est idéalisé, c'est-à-dire que le volume immobilier correspond à un effort de conceptualisation plus élevé de ce que tout un chacun dénomme communément le sol, et les juristes le fonds de terre.

Le degré d'abstraction concerne le concept pas l'objet sensible auquel il réfère. Cette représentation plus élaborée, par l'accès à la troisième dimension, améliore la représentation de la chose sensible. La représentation volumique du sol s'émancipe d'une matière à l'état solide que l'on peut toucher, et permet une prise en compte du dessus et du dessous. Le volume est également un support susceptible d'organiser une division verticale du sol sur le modèle de la division horizontale en parcelles.

¹⁸⁸⁹ F. Génys, « Méthode d'interprétation et source en droit privé positif », 1ère éd. Paris 1899, reproduite in 2e éd., L.G.D.J., Paris 1954, Préface R. Saleilles, p. XXV.

¹⁸⁹⁰ Le parallèle SIG, cyclomètre peut sembler ironique, mais pourrait aussi être lourd de sens, tant ces progrès techniques ont pu influencer la perception qu'à l'homme de son environnement. Sur les SIG voir : J.-M. Berthelot (dir.) « Épistémologie des sciences sociales ». Paris, PUF, 2001. « La géographie » : p.86 « Les Systèmes d'Information Géographiques (SIG) constituent des bases de données informatiques spatialisées... [...]. Le SIG d'une grande ville inclut aussi bien le réseau des égouts, des lignes électriques et téléphoniques, la voirie, les localisations des entreprises, les résultats des recensements... [...] Toute réalité est spatiale, et donc tout peut être cartographié, être inclus dans un SIG. ».

Le volume immobilier représente donc plus précisément le sol, sans bien entendu en être à l'origine. Selon la science, la planète Terre serait une chose tridimensionnelle comme les individus qui la peuplent. D'ailleurs, la représentation volumique n'exclut pas d'autres représentations. Le volume n'est pas exclusif de la matière puisque l'objet référent à ce concept relève toujours du monde tangible. De même, le concept de sol surface reste pertinent, notamment en raison de la perception intuitive que nous avons du sol. Surface et volume sont tous deux des concepts venant de la science mathématique, et plus précisément de la géométrie, tout à fait compatibles entre eux, voire complémentaires.

En opérant, une distinction entre le concept et son objet, un processus d'individualisation du sol en volume se met en place et avec lui le (re)développement du modèle de propriété du code.

(831.) Le volume, immeuble par nature, ou le sol représenté en trois dimensions, est une chose appropriable individuellement, et également révélatrice du système de propriété du Code civil.

Le concept de volume immobilier est une représentation du sol en trois dimensions qui reprend le processus d'individualisation de l'écorce terrestre en portions individualisées, aboutissant à une propriété individuelle et exclusive de la ressource foncière. La chose « volume » représente ainsi un objet de propriété en référence au fonds de terre représenté historiquement sous la forme d'une parcelle. De la même façon, son appropriation répondra aux critères de propriété du modèle civiliste.

Par l'entremise du phénomène de réification, les relations induites par la pesanteur et accentuées en présence d'une division verticale seront objectivées, redessinant les contours de l'objet du droit de propriété sans en modifier l'essence. La réification se traduira, en particulier, par la création de servitudes, donnant lieu à ce que les auteurs anciens qualifiés de propriété imparfaite. Toutefois, contrairement à ce que pensaient ces auteurs, pour le sol en volume cette imperfection n'est pas le signe d'une dénaturation de la propriété civiliste, mais de l'extension de son domaine. La réification n'étant rien d'autre que la mise en œuvre du modèle de propriété du code, dont le schéma de base correspond à un individu doté de toutes les utilités d'une chose. La propriété du sol en volume respecte ce schéma par l'entremise d'un concept qui réfère à une chose du monde tangible et poursuivant une finalité propre. Ce volume est totalement assimilable au fonds de terre à l'image d'une parcelle grevée de servitudes, ce qui rend facultative la nécessité d'une définition du volume immobilier au regard du droit des biens sous l'angle de la propriété.

Dès lors, rien ne s'oppose à ce que le volume immobilier, concept représentant l'écorce terrestre en trois dimensions, soit l'objet du droit de propriété prévu à l'article 544 du Code

civil. Cette propriété d'un sol en volume, non exclusive d'un simple démembrement de droit, s'inscrit dans la perspective de la thèse moniste du volume immobilier.

Ce faisant, le modèle de propriété du code est conservé tout en devenant capable d'appréhender des situations de division du sol bien plus complexes que la parcellisation traditionnelle. Cette extension du domaine de la propriété foncière civiliste a pour but d'offrir un cadre légal plus pertinent aux velléités de développement du corps social, et de poursuivre les travaux du doyen Savatier qui puisent leur source dans le phénomène d'urbanisation toujours à l'œuvre.

II. Réflexions sur la portée de la propriété volumique

(832.) Les quelques lignes qui vont suivre n'ont d'autre ambition que d'explicitier la portée de notre proposition, la propriété d'un sol volumique, en tentant de prendre une certaine distance vis-à-vis de son contenu. Cette réflexion revient à discuter du concept de propriété sur lequel tant a déjà été dit. Nous nous limiterons donc à l'essentiel.

Selon J.-M. Besnier : « Nous appartenons (donc) à une tradition qui associe la connaissance à l'ambition de surmonter la condition humaine – en l'occurrence, la séparation sous toutes ses formes, à commencer par celle qui oppose le sujet connaissant et l'objet connu dans la représentation, laquelle défie depuis toujours, on l'a montré, l'intelligence des philosophes en quête de cette transparence nommée « vérité »¹⁸⁹¹. L'auteur fait ensuite référence à Kant : « La théorie kantienne de la connaissance attestait déjà du bien-fondé de semblables questions : elle décrit en effet l'entendement comme « le pouvoir de ramener les phénomènes à l'unité de règles » et la raison comme « la faculté de ramener à l'unité les règles au moyen de principes ». Peut-on plus nettement suggérer la tendance « moniste » qui habite l'acte de connaître ? »¹⁸⁹².

La science juridique et la propriété incarnent, de façon confondante, « la tendance « moniste » qui habite l'acte de connaître », tout comme « cette quête de vérité », synonyme d'absolutisme. Pour la doctrine classique, la propriété investissait jusqu'à la confusion l'objet, qui d'ailleurs répond à la même dénomination « propriété ». La propriété volumique appartient à cette tradition, voire la prolonge, il serait vain de vouloir le dissimuler. La matrice géométrique intimement liée au sol civiliste, le sol surface, et maintenant le sol volume, sont autant de signes évocateurs de cette tradition.

¹⁸⁹¹ J.-M. Besnier, « Les Théories de la Connaissance », PUF, coll. Que sais-je ? 2e Édition 2011, p. 92.

¹⁸⁹² J.-M. Besnier, « Les Théories de la Connaissance », PUF, coll. Que sais-je ? 2e Édition 2011, p. 103.

Un rapprochement peut également être établi avec la pensée de Descartes fondée sur le système euclidien. Pour ce philosophe : « Le savoir s'organiserait ainsi selon l'idée d'une mathématique universelle (*mathesis universalis*), conçue comme une science générale de l'ordre et permettant une connaissance achevée et totale. »¹⁸⁹³. Avec cette approche, on comprend mieux pourquoi et comment, le sol surface du Code civil a pu apparaître comme le sol lui-même, tout comme la propriété, dont la perfection avait été mise à jour, a prétendu incarner le modèle de propriété suprême, une propriété absolue sans équivalent, quintessence du lien homme, choses. La propriété s'apparente alors à une évidence, une vérité universelle, sur la base de laquelle d'autres vérités peuvent être déduites. La vérité dont il est question est le mode d'organisation des choses, reléguant les autres modèles au rang d'archaïsmes. Ce modèle parfait se veut, au demeurant, universel, suggérant que tous les individus convergeront vers la propriété individuelle, certains ayant simplement le privilège d'ouvrir la voie aux autres.

Seulement ce schéma n'est plus soutenable ; et le constat ne vaut pas seulement pour la propriété du code, ou même la science juridique. Le savoir tout entier semble avoir abandonné l'absolutisme pour le relativisme, la certitude pour l'incertitude.

(833.) Pour comprendre le glissement dont il est question, il est possible de se référer une dernière fois à S. Hawking. Celui-ci relate un événement important dans l'histoire récente des sciences, la remise en cause de la doctrine du déterminisme scientifique par le principe d'incertitude de la mécanique quantique.

L'idée du déterminisme scientifique est attribuée, sans exclusivité, à un mathématicien et physicien de l'époque napoléonienne, Pierre-Simon Laplace (Marquis de Laplace). Pour citer plus directement S. Hawking : « Le succès des théories scientifiques, et en particulier celui de la théorie newtonienne de la gravitation, a conduit un savant français, le marquis de Laplace, au début du XIXe siècle, à affirmer que l'univers était complètement déterminé. Laplace a suggéré qu'il devait exister un ensemble de lois scientifiques qui nous permettrait de prédire tout ce qui arriverait dans l'univers pourvu que nous en connaissions l'état à un moment. »¹⁸⁹⁴. Le principe d'incertitude remet en cause ce postulat, puisque la détermination de la position d'une particule serait exclusive de la détermination de la vitesse de cette même particule. Dit plus simplement, la science ne peut cumulativement résoudre ces deux questions, laissant à penser que le champ du savoir scientifique contient intrinsèquement une part d'obscurité irréductible. Pour revenir à S. Hawking, l'auteur indique : « le principe d'incertitude a eu de profondes répercussions sur la façon dont nous envisageons le monde. Même après plus de cinquante ans, ses implications n'ont pas été

¹⁸⁹³ C. Demonque, E. Clément, L. Hansen-Love, P. Kahn, « La philosophie de A à Z », Hatier, Paris, 2011, entrée « Mathématiques » p. 286.

¹⁸⁹⁴ S. Hawking, Une brève histoire du temps : « Du big bang aux trous noirs », Champs sciences, Flammarion 2008, p. 79.

entièrement admises par nombre de philosophes... le principe d'incertitude indique la fin du rêve de Laplace d'élaborer une théorie de la science et un modèle de l'univers entièrement déterminés... »¹⁸⁹⁵. Nous laisserons ici la discussion physique, pour évoquer plus modestement différentes conséquences du principe d'incertitude, qui intéressent directement notre sujet.

Cela a été indiqué, la propriété individuelle suppose l'exclusivité, soit l'individualisation de son objet. Pour le sol, il s'agit de pouvoir localiser la portion de planète en question. Cette individualisation repose sur la notion d'exclusion spatiale voulant que : « là où quelque chose est rien d'autre ne peut être au même moment. »¹⁸⁹⁶. À défaut, le principe même de l'individualisation serait remis en cause. Or, c'est justement l'énoncé du principe d'incertitude de la mécanique quantique. Il faut préciser que ce principe se vérifie à l'échelle des particules, de l'infiniment petit, très éloigné d'un champ ou d'un terrain à bâtir. Il n'en demeure pas moins que l'idée de l'exclusion spatiale des corps n'est plus aussi absolue. Rajoutons qu'à l'échelle de l'infiniment grand, la théorie de la relativité bien que compatible avec la géométrie euclidienne, introduisait déjà une complication via la notion d'espace-temps.

D'autres difficultés peuvent encore venir noircir le tableau déjà bien assombri d'un modèle de propriété touchant à la vérité des relations homme choses. La perception de la matière par les sens, qui structure la propriété civiliste, a été singulièrement malmenée par la philosophie moderne. La matière objective, les choses en soi, n'en déplaît à Kant, ont bien du mal à se passer du sujet qui les observe, les déchiffre, les interprète à sa guise. Le monde sensible demeure le support indépassable, mais son existence même emporte une certaine subjectivité.

On l'aura compris dans ce contexte, la propriété du code voit nombre de ses fondements franchement discutés. L'ambition d'une propriété absolue relevant de l'évidence n'a dorénavant pas sens, et le principe même de la propriété civiliste est contestable. Faut-il conclure à l'abandon de ce modèle ? La proposition apparaît radicale et hasardeuse. Repenser le modèle est bien préférable, et la propriété volumique est une invitation à s'engager dans ce sens.

(840.) La propriété civiliste doit accepter la diversité et organiser cette diversité en son sein, comme le suggère la propriété volumique.

La diversité de la propriété n'est pas douteuse. M. Xifaras l'expose dans sa thèse. L'histoire ou l'anthropologie nous enseignent de leur côté, l'incroyable richesse des liens que les hommes ont tissés, et continuent, de tisser avec les biens. L'avènement de la propriété civiliste a pu laisser penser un temps que l'évolution était arrivée à son terme. Il n'en est rien ; et la propriété du code n'y peut rien changer. Cela condamne-t-il le modèle de propriété du code ? Non, semble-t-il. Une réponse contraire reviendrait à lui reprocher de ne pas parvenir à l'objectif qu'elle se serait fixé,

¹⁸⁹⁵ S. Hawking, « Une brève histoire du temps : Du big bang aux trous noirs », Champs sciences, Flammarion 2008, p. 81.

¹⁸⁹⁶ F. Laupies, « L'espace. Leçon philosophique », PUF, « Major », 2013, p. 2.

une quête de vérité absolue dans la relation hommes choses, objectif en outre dénoncé, à juste titre, comme inaccessible. La propriété doit simplement composer avec les autres.

Au-delà de l'acceptation de l'altérité, le constat de la diversité fait naître pour la propriété du code une seule obligation, celle de s'adapter ; et, la propriété civiliste s'adapte assurément. Pourtant évidente, la faculté d'adaptation de la propriété est rarement mentionnée. Inenvisageable pour ses détracteurs, l'idée d'une adaptation de la propriété est aussi ressentie comme une faiblesse par ses partisans. L'article 544 favorise, au surplus, l'image d'un concept immuable. La rédaction de ce texte touche à la métaphysique et rend la disposition floue mais aussi très élastique, expliquant certainement sa longévité. Maintenant en prenant de la distance vis-à-vis du texte, les mutations de la propriété sont patentes. Le concept a donné lieu à d'innombrables joutes souvent à forte charge idéologique. Dès avant la publication du code, il y a eu par exemple le débat sur les rentes foncières, ensuite celui sur la mine, le face-à-face tumultueux Proudhon Thiers, le défi de la propriété fonction sociale, ou plus récemment celui de l'intégration du monde de l'esprit, pour s'en tenir au principal. L'article 544 s'est certes maintenu, mais le concept de propriété lui a évolué. La mine de 1810 illustre ce phénomène ; avant et après cette loi, la propriété ne vise plus le même individu pour le tréfonds. Plus généralement, le concept actuel de propriété, tout en restant fidèle aux principes de 1804, en diffère largement.

La capacité d'adaptation de la propriété est permise par le caractère abstrait de l'article 544, mais elle est aussi assise sur l'équilibre de ce texte. En contenant, des dimensions *a priori* contradictoires : intérêt individuel versus intérêt collectif, liberté versus responsabilité, droit absolu versus limite, la propriété dispose d'un rayonnement large permettant de nombreuses configurations.

La propriété du code est donc naturellement diverse. Cette diversité suppose simplement le respect d'un cadre fait d'équilibres. Ces équilibres ont la particularité d'être binaires et propices à la confrontation. Seule une dialectique permanente (au sens de dialogue) permet de les préserver, rappelant la notion de juste-milieu chère au doyen Carbonnier.

(841.) La diversité ne se cantonne pas au concept de propriété. Le sol est lui aussi divers.

H. Périnet-Marquet le rappelle à juste titre : « Comme l'ancien droit l'avait reconnu, parfois avec excès, l'immeuble a une fonction sociale que le droit révolutionnaire avait méconnue et que le Code civil avait oubliée. Le fonds de terre centralise bien des intérêts. Il est un élément indispensable de survie de l'espèce humaine par la nourriture qu'il procure ; il est également le patrimoine commun non seulement de la nation, comme l'indique le Code de l'urbanisme mais également de toute l'humanité. Il est enfin le lieu où peuvent s'appliquer

les politiques de protection de l'environnement et d'aménagement du territoire. »¹⁸⁹⁷. Le volume immobilier dépeint encore une autre facette du sol, obligeant une nouvelle fois le droit à s'adapter. La vision du sol surface a été contrainte de cohabiter avec un sol volume. Cette séquence n'est finalement qu'une autre façon de faire état de la diversité de la propriété foncière. Pour reprendre la métaphore de la peinture, plusieurs fois évoquée, le temps de la « *costruzione legitima* » est révolu. La démarche conceptuelle d'un peintre cubiste ou surréaliste n'est pas moins légitime que celle d'une œuvre figurative, qui elle-même connaît de nombreuses variantes. Ces perspectives vont même jusqu'à s'entremêler, rendant indissociables le réel et l'idéal. La pomme de Magritte n'est pas moins ou plus réaliste que les fruits de Jan van Huysum, même si Magritte prend le soin de nous dire : « Ceci n'est pas une pomme ».

La propriété volumique contribue à ouvrir la propriété du code à la diversité, en favorisant la division. Ce faisant, le concept de propriété devient plus résilient. L'ouverture prise isolément est modeste. Sur la base de la matrice géométrique, le sol civiliste passe d'une perspective de deux à trois dimensions. Néanmoins, la démarche dévoile le concept de propriété du code. Ce dernier apparaît comme ayant pour finalité l'organisation d'une relation exclusive et individuelle entre l'homme et les choses. De plus, le concept se révèle être un véritable système. Or, ce système pour se développer a besoin d'être tourné vers l'extérieur. Les propriétés imparfaites furent synonymes de rayonnement, en comparaison du funeste repli sur soi de la propriété parfaite. Pareillement, le sol volumique a engendré le renouveau de la propriété foncière.

La propriété volumique engage de surcroît le concept de propriété dans une démarche dynamique, le contraignant à s'interroger, se remettre en cause et, parfois, se dépasser. Légitimer la privatisation du dessous et du dessus ne va pas sans accepter le renforcement de l'intérêt collectif. À la liberté d'action du propriétaire, répondra nécessairement l'interventionnisme des pouvoirs publics, et le phénomène est déjà à l'œuvre en matière d'urbanisme ou d'environnement. Poussant le raisonnement, la propriété volumique présente un niveau supérieur de sociabilité comparativement au sol surface, en raison de la position verticale de son objet de propriété. Par extension, la propriété collective n'est plus confinée au rôle de contraire absolu. La propriété communautaire, par exemple, n'est pas incompatible avec le système de propriété du code en ayant recours à un mécanisme du type *trust*. La condition serait alors de maintenir à la base du système, la figure de la propriété civiliste un sujet, droit une chose, ce qui semble concevable, au moins au regard de nos brèves réflexions en la matière. Toujours dans cette même perspective, le sol volumique, développement de la

¹⁸⁹⁷ H. Périnet-Marquet, « L'immeuble et le Code civil », in *Le Code, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004, p. 395.

matrice géométrique, appelle à aller au-delà, à rejoindre d'autres modèles, telle la matrice topocentrique décrite par certains auteurs¹⁸⁹⁸. Le sol géométrique du code puise sa source dans cet autre modèle mettant l'accent sur l'usage et l'utilisateur du sol. D'ailleurs, il y a fort à parier que le sol géométrique n'a pas fait disparaître les repères lui étant antérieurs. Le bon sens paysan, par exemple, toujours vivace, est sans doute assez éloigné de la géométrie, sans toutefois ignorer totalement les mathématiques. L'ambition qui anima l'esprit révolutionnaire d'universaliser l'espace (le système métrique), le temps (le calendrier révolutionnaire), le droit (le Code civil), le sol (le cadastre), etc. fut un vecteur de dynamisme fort, qui cependant échoua sur le principe.

En résumé, la propriété volumique conserve toute sa légitimité, et peut revendiquer son appartenance à la tradition d'un savoir tendant vers l'unité dans le but de permettre au sujet – ici le propriétaire, d'atteindre la vérité dans sa relation aux choses. Toutefois, cette légitimité, que renforce l'appropriation d'un sol tridimensionnel, est relative, ouverte et diverse. Elle est une voix, ou une voie, parmi d'autres, qui doit se faire entendre ou à suivre, mais aussi devant écouter les autres et accepter de les rejoindre.

Cette relativité n'empêche pas la propriété volumique de laisser entrevoir pour le juriste, de nombreuses perspectives, dont il nous faut dire quelques mots.

III. Les perspectives ouvertes par la propriété volumique

(842.) Arrivent ici l'épilogue de notre propos et le temps d'ouvrir la discussion à partir de la propriété volumique.

Deux points seront abordés. Le premier, théorique, se rapporte à la théorie du droit et à la façon dont le droit évolue. Le second point présente un aspect plus opérationnel. Il aborde les implications concrètes de la propriété volumique en matière de développement vertical dans le cadre législatif actuel, qui reste marqué par un droit de propriété essentiellement articulé avec un sol surface et une verticalité relevant de la copropriété.

Auparavant, il est indispensable de revenir à l'une des premières questions à l'origine de notre entreprise, la définition de la propriété.

(843.) Imaginer une définition unique de la propriété est sûrement illusoire, comme cela a été identifié en début de notre introduction. S'agit-il d'une énième manifestation de « la (notre)

¹⁸⁹⁸ E. Leroy, La terre de l'autre, Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière, Droit et société, Maison des sciences de l'homme. Recherche et travaux, L.G.D.J 2011, p. 55.

tendance « moniste » qui habite l'acte de connaître ? ». La réponse étant acquise, y répondre devient facultatif. En revanche, il est intéressant de suivre le parallèle entre l'acte de connaître et la propriété.

Nous venons de voir que selon J.-M. Besnier connaître c'est avoir : « ... l'ambition de surmonter la condition humaine – en l'occurrence, la séparation sous toutes ses formes, à commencer par celle qui oppose le sujet connaissant et l'objet connu dans la représentation... ». Le fonctionnement de la propriété semble assez proche de cette démarche, en permettant aux individus de connaître ou, plus exactement, maîtriser les choses. Par ailleurs, tout comme pour la propriété, définir la connaissance s'entend difficilement d'une réduction à une l'unité. J.-M. Besnier relève néanmoins le défi et livre une définition minimale qu'il emprunte à Jean Piaget : « la connaissance est la mise en relation d'un sujet et d'un objet par le truchement d'une structure opératoire ». À partir de là, il est extrêmement tentant de procéder à une transposition aboutissant à dire : « la propriété est la mise en relation d'un sujet et d'un objet par le truchement d'une structure opératoire ». Cette définition, qui peut et doit sans doute être discutée, présente cependant un avantage immédiat. Elle ouvre la propriété en interdisant une approche tautologique dans laquelle se retranche trop souvent la propriété, qui se résume par un aphorisme du genre : la propriété c'est la propriété. Au contraire, cette définition calquée sur l'acte de connaître, la propriété devient, cette propriété ou cette structure opératoire. En quoi consiste cette structure opératoire ? En un concept de propriété organisant un lien individuel et exclusif. Plutôt que de structure opératoire, il a été question de système de propriété, mais les termes sont ici synonymes. Ce système comprend des aspirations contradictoires et pourtant indissociables, la liberté, la responsabilité rendant indispensable une dialectique entre ces termes opposés. Le système de propriété du code vise également à garantir une maîtrise maximale des choses au propriétaire, en ayant par exemple recours au phénomène de réification. Concernant la propriété foncière, le système de propriété civiliste comprend l'individualisation du sol, sa délimitation en deux ou trois dimensions pour la propriété volumique.

La structure opératoire de la propriété mettant en relation hommes et choses possède donc une dynamique assurant son propre développement au gré des besoins du corps social. Cette faculté d'adaptation, à l'œuvre dans l'avènement du volume immobilier, soulève indirectement une question touchant à l'ordre juridique relevant de l'État et de la loi.

(844.) La propriété volumique a ceci de particulier, de s'être imposée en dehors d'une véritable intervention législative.

Le volume immobilier correspond indéniablement à l'une des mutations majeures de ces dernières décennies du concept de propriété, et même du droit des biens. Paradoxalement, à un moment où la production législative atteint un niveau sans précédent, la propriété volumique ne s'est jamais

réellement traduite par une loi. Sous cet angle, les travaux du doyen Savatier témoignent d'un changement d'approche de la matière juridique. Plus scientifique, le droit se veut également plus en prise avec la pratique, et parallèlement s'éloignant peut-être du législateur. De même, notre proposition de fonder la propriété volumique se satisfait de la législation actuelle. Les articles 518, 544, 552, 553 et 543 permettent d'établir une propriété verticale sans qu'il soit nécessaire de suggérer une démarche législative quelconque. Ce trait du volume immobilier s'explique par le lien de filiation étroit entre le sol surface et le sol volumique. Il pourrait donc s'agir d'un phénomène isolé, difficilement reproductible.

Inversement, le phénomène peut aussi être analysé comme le signe avant-coureur d'un changement profond. Par-delà les dispositions du Code civil, la propriété volumique fonde sa légitimité sur des principes généraux dont l'étendue est loin d'avoir été mise au jour. Cela signifie que de nombreux autres *big bang*, semblables à celui du volume du doyen Savatier sont encore possibles. Dans une telle hypothèse, l'État et la loi conserveraient un rôle prépondérant, mais en veillant au respect des principes, ou à leur adaptation, tout en guidant et corrigeant le fait social.

Dans cette configuration, d'une loi se limitant à l'élaboration de principes généraux, reste à déterminer par qui et comment s'opèrent les mutations. Pour le qui, la réponse est d'évidence, le corps social dans toutes ses composantes. Pour le comment, l'une des réponses serait de percevoir la loi non pas comme une limite à ne pas dépasser, mais comme un espace de liberté agissant sur cette limite. Il ne paraît pas concevable d'aller au-delà de ces modestes réflexions sur ce sujet. En revanche, une illustration concrète peut être utile.

(845.) La propriété volumique n'est autre que la propriété de l'article 544 du Code civil, et le volume immobilier, le sol ou le fonds de terre de l'article 518 de ce même code. De la sorte, sol horizontal et vertical relèvent du concept de propriété soulevant la question de l'articulation avec le régime de la copropriété.

Le choix a été fait de ne pas traiter de la loi de 1965¹⁸⁹⁹. De plus, la coexistence entre le volume et la copropriété est un sujet récurrent pour la doctrine, comme pour la jurisprudence. Cette dernière est même responsable du principe du volume, en acceptant de déroger au régime de la copropriété, pourtant d'ordre public. Depuis, ce principe est largement acquis, et la loi ALUR¹⁹⁰⁰ est même venue récemment encore le consolider, relativisant les arguments exposés au paragraphe précédent. Il n'en demeure pas moins que l'articulation entre volume et copropriété reste pour partie, en suspens. Le volume immobilier n'étant pas un régime de propriété spécifique, il peut primer une organisation soumise au régime de la copropriété. La doctrine s'est aussi, et depuis longtemps,

¹⁸⁹⁹ Sur l'articulation volumes immobiliers, copropriété voir notamment : J. Lafond, « Volumes et copropriété », *La semaine juridique*, éd. N. n° 37, 14 Septembre 2007, 1246.

¹⁹⁰⁰ Loi n° 2014-366, 24 mars 2014, article 55

emparée de cette question, et semble pour le moins réticente à accepter une telle hypothèse. Le point de vue privilégie la sécurité, incontestable et nécessaire, que procure le dispositif de la loi de 1965. Toutefois, une autre perspective est possible, voire souhaitable. La propriété volumique met l'accent sur le potentiel de développement vertical du sol. Or, ce potentiel de développement, principalement urbain, a besoin de liberté, ce dont est synonyme la propriété du code. La loi de 1965 doit évidemment être conservée, et même rester la solution majoritaire. Pour autant, la dynamique que peut représenter l'espace de l'liberté de la propriété volumique doit pouvoir être pleinement exploitée. Sans même parler de l'amplitude des configurations que recèle le volume, face à un acte d'occuper l'espace de plus en plus divers, se pose une question de fond. En quoi l'individu actuel serait-il moins capable de liberté pour l'aménagement d'un sol volume, que son ancêtre vis-à-vis d'un sol surface ?

Il n'est pas utile d'évoquer ici « le lotissement du ciel »¹⁹⁰¹, d'autres l'ont déjà fait et : « Pour ce qui est de l'avenir, il ne s'agit pas de le prévoir mais de le rendre possible »¹⁹⁰². Nous ajouterons simplement en guise de point final : est-il un meilleur moyen de préparer l'avenir que celui de se poser des questions à propos du monde qui nous entoure ? Étant précisé que : « ... nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété si librement la nature qu'un juriste la réalité. »¹⁹⁰³.

¹⁹⁰¹ N. Le Rudulier, « Le lotissement du ciel. Division en volumes et règles de scission de la propriété foncière », La semaine juridique notariale et immobilière n°14 - avril 2011.

¹⁹⁰² Antoine de Saint-Exupéry.

¹⁹⁰³ J. Giraudoux « La guerre de trois n'aura pas lieu », Scène cinquième « Les mêmes, Priam, Hector, puis Andromaque, puis Hélène. ».

Bibliographie

I. Ouvrages juridiques généraux : Traités, manuels, recueils, cours, dictionnaires, encyclopédies et répertoires.

- P. Amselek, « Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général », Armand - Colin, Paris, 2012
- C. Atias, « Bornage », Rép. Droit Civil, Mars 2012 (dernière mise à jour : octobre 2013)
- C. Aubry et Rau, « Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae », Tome 2, Paris, 1865
- G. Baudry-Lacantinerie, « Précis de Droit civil : contenant dans une première partie l'exposé des principes, et dans une deuxième les questions de détail et les controverses », Tome Premier, Paris, 1882-1884
- G. Baudry-Lacantinerie, « Précis de Droit civil : contenant dans une première partie l'exposé des principes, et dans une deuxième les questions de détail et les controverses », Tome Second, Paris, 1882-1884.
- J.-L. Bergel, « Théorie générale du droit », 5e Édition, Dalloz, 2012
- P. Berlioz, « La notion de bien », L.G.D.J, 2007
- V. Bréchignac et L. Michel, « Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en matière de mines », Paris, 1887
- J.B. Brissaud, « Cours d'histoire générale du droit français public et privé », Tome 2, 1904, Paris
- J.B. Brissaud, « Cours d'histoire générale du droit français public et privé », Tome 2, 1904, Paris
- J. Carbonnier, « Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur », 10eme édition, Broché, 2001,
- J. Carbonnier, « Droit civil (Thémis), Tome premier, Introduction à l'étude du droit et du droit civil », PUF, Paris, 1956
- J. Carbonnier, « Droit civil (Thémis), Tome second les biens et les obligations », PUF, Paris, 1956
- C. Caron et H. Lécuyer, « Le droit des biens », Dalloz, 2002
- E. Chénon, « Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815 », t. II, Paris, Sirey, 1929
- E. Chénon, « Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815 », t. I, Paris, Sirey, 1926

- F. Cohet-Cordey, « L'accession », Rép. Droit Civil, Mai 2009 (dernière mise à jour : octobre 2010)
- A. Colin et H. Capitant, « Cours élémentaire de droit civil français », t. I, conforme au programme de première année, 1914, Paris
- Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État. Tome cinquante-sixième, 1856
- M. Dagot et P. Frémont, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Publicité foncière », Fasc. 30, Cote : 11,2002
- E. Dalloz et C. Vergé, « Jurisprudence générale, les codes annotés, Code civil, avec la coll. de J. Janet », tome premier, Paris, 1873
- M.C. de Lambertye-Autrond, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Biens. Classification tripartite des immeubles. Immeubles par nature », Fasc. 20, Cote : 03,2007
- C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 9, Paris, Imprimerie générale, 1870
- C. Demolombe, « Cours de Code Napoléon », Vol. 11, Paris, Imprimerie générale, 1872
- W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 551 à 553 », Cote : 04,2010
- W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 543 », Fasc. unique Cote : 11,2010
- W. Dross, J.-Cl. Civil, V° « Art. 554 à 555 », Cote : 05,2010
- W. Dross, « Droit des biens », Domat, 2012
- J. Dufau, J.-Cl. Adm., « DOMAINE PUBLIC. - Utilisation du domaine public maritime », Fasc.: 408-30 Cote : 11,1997
- J. Dupichot, D. Guevel, J.-Cl. civil, « Art. 1349 à 1353 », Fascicule 10, Cote : 05,2009
Présomptions - Notions générales
- A. Duranton, « Cours de droit français : suivant le Code civil », Tome cinquième, 1828
- A. Duranton, « Cours de droit français : suivant le Code civil », Tome quatrième, 1845
- P.-A. Fenet, « Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil », Tome XI, 1836
- J. Gaudemet, « Droit privé romain », 2e éd., Paris, 2000
- F. Géný, « Méthode d'interprétation et source en droit privé positif », 1ère éd. Paris 1899, reproduite in 2ième éd., L.G.D.J., Paris 1954, Préface R. Saleilles, p. XXV
- J. L. Halpérin, « Histoire du droit privé français depuis 1804 », Quadriga, PUF, 2001
- J. Hauser, J.-J. Lemouland, « Ordre public et bonnes mœurs », Rép. Droit Civil, mars 2004 (dernière mise à jour : janvier 2012)
- A.-J.-U. Hennet, « Recueil méthodique des lois, décrets, règlements, instructions et décisions sur le cadastre de la France », Paris : Impr. impériale, 1811
- C. Larroumet, « Droit civil, Les biens. Droits réels principaux », T. 2, 5e éd. Economica
- F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 5, Paris Bruxelles, 1871
- F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 6, Paris Bruxelles, 1871
- F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 8, Paris Bruxelles, 1871

- F. Laurent, « Principes de droit civil français », tome 7, Paris Bruxelles, 1871
- J. Laurent, « La propriété des droits », LGDJ-Lextenso éd., Bibliothèque de droit privé, 2012
- N. Le Rudulier, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 107-10, Cote : 09, 2013
- P. Leclercq, J.-Cl. Civil, V° « Biens. Ordre public et bonnes mœurs dans le droit des contrats », Fasc. Unique, Cote : 03, 2011
- A.-A. Ledru-Rollin, « Journal du palais: recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française », Troisième édition, Paris, 1811
- R. Libchaber, V° « Biens », Rép. Civ. Septembre 2009 (dernière mise à jour : septembre 2011)
- G. Loiseau, J.-Cl. Civil, V° « Art. 527 à 532. Biens meubles par détermination de la loi ou meubles incorporels », Fasc. 10, Cote : 05, 2003
- Ph. Malaurie, L. Aynès, « Les biens, Droit civil », 4e édition, Defrénois, 2010
- V. Marcadé, « Explication théorique et pratique du Code civil », t. II, 5e éd., Paris, Cotillon, 1859
- H.-L. et J. Mazeaud, F. Chabas et F. Giantivi, « Leçons de droit civil », t. 2, 2e vol. « Biens : droit de propriété et ses démembrements », 8e éd. 1994
- G. Mémeteau, J.-Cl. Civil, « Biens. - Servitudes dérivant de la situation des lieux, Bornage », Fasc. Unique, Cote : 05, 2010
- M. Merlin, « Recueil alphabétique des questions de droit », Tome deuxième, Paris, 1827
- E. Millard, « Théorie générale du droit », Dalloz, 2006
- J.-R. Mirbeau-Gauvin, « Prêt », Rép. Droit Civil, sept. 2006 (dernière mise à jour : octobre 2014)
- G. Paisant, J. Cl. Civil, « Art. 681 », Fasc. unique : Servitudes. – Servitudes légales. – Égout des toits, Cote : 05, 2007
- M.-F. Papandréou-Deterville, « Le droit anglais des biens », LGDJ, 2004
- J. Personnaz, « Droit des Mines » : Supplément à jour au 1er Janvier 1964, Paris, 1964
- J. Personnaz, F. Verrier, P. Jallade, J.-Cl. Adm., « Droit des mines. - Institution des titres miniers », Fasc. 371, Cote : 04, 2004
- M. Planiol et G. Ripert, « Traité pratique de droit civil français », Tome 3, Les biens par M. Picard, 2ème éd., LGDJ 1952
- M. Planiol, « La propriété, Traité élémentaire de droit civil », avec la collaboration de G. Ripert, t. 1, 11e éd., LGDJ 1928
- M. Planiol, « Traité élémentaire de droit civil », Paris, Tome 1, Paris, 1904
- R.J. Pothier, « Traité de droit civil et de jurisprudence françoise », Tome IV. Paris, 1774
- R.J. Pothier, « Les traités du droit français, Nouvelle édition mise en meilleur ordre et conforme à celle publiée par M. Dupin Aîné », Tome 5, Bruxelles, 1831
- J.-B.-V. Proudhon, « Traité du domaine de propriété, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 1, Dijon, 1839

- J.-B.-V. Proudhon, « Traité du domaine de propriété, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé », Tome 2, Dijon, 1839
- J.-B.-V. Proudhon, « Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie », Dijon : 1823-1827, Tome 1 à 9
- Recueil complet des discours, prononcés lors de la présentation du Code civil, par les divers orateurs du Conseil d'État et du tribunal, et discussion particulière de ces deux corps avant la rédaction définitive de chaque projet de loi. Tome 1er, Paris 1838, N° 43
- Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, T. 11, Paris, 1836
- H. Regnault, « Manuel d'histoire du droit français », 2ème éd. , Paris, Sirey, 1942
- D. Sizaïre, J.-Cl. Notarial Formulaire, « Division en volumes - Nature et principes », Fasc. 10, Cote : 11,1997
- Y. Strickler, « Les biens », PUF, 2006, Thémis droit, §278 p. 383
- F. Terré et P. Simler, « Droit civil, Les biens », (8e édition), 2010, Dalloz
- C.-B.-M. Toullier, « Le droit civil français suivant l'ordre du Code », Nouvelle édition, augmentée en Belgique, t. II, Bruxelles, 1845
- C.-B.-M. Toullier, « Le droit civil français suivant l'ordre du Code », Nouvelle édition, augmentée en Belgique, t. III, Cinquième Edition, Paris, 1869
- M. Troplong, « De l'Échange et du louage, commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code civil , Ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier », Troisième édition, Paris, 1859
- P. Wallet et P. Chambelland, « La construction en volumes », Paris, Ed. Masson, 1989
- P. Wallet, V° « Superficie », Rép. Immo., fév. 2000
- G. Wicker, V° « Personne morale », Rép. civ., juin 1998, (dernière mise à jour : septembre 2013)
- F. Zenati-Castaing, T. Revet, « Les biens », 3ième Edition, PUF, 2008

II. Thèses et monographies juridiques

- L. Aguiillon, « Législation des mines en France », Nouvelle Edition, Paris, 1903
- E. Astrié, « Des rentes foncières dans le droit français et de plusieurs formes de revenus à Rome », Thèse, Paris, 1853
- C. Atias, « Guide de la propriété en volumes immobiliers », Point de droit, Edilaix, 2012
- E. Barreau, « Etude sur le droit de superficie en droit romain et en droit français », Thèse pour le doctorat, Nantes, 1889
- J. Bayoud, « La rente foncière », Thèse, Rennes, 1881
- P. Besombes-Singla, « Droit de superficie et constructions en volumes, in pratiques et évaluations de la copropriété », congrès des notaires 1976, p. 594

- L.-H. Biot, « De la Propriété des mines et de ses rapports avec la propriété superficière. », P. Marescq aîné, Paris, 1875
- P. Brouillaud, « Des limites au droit de propriété en hauteur et en profondeur », Thèse, Bordeaux, 1926
- A. Bury, « Traité de la législation des mines, des minières, des usines et des carrières en Belgique et en France, ou Commentaire théorique et pratique de la loi du 21 avril 1810 et des lois et règlements qui s'y rattachent », Tome 1 -F. Renard (Liège)-1859
- G. Chauveau, « De la superficie en droit romain et en droit français », Thèse, Paris, 1886
- E. Chénon, « Les démembrements de la propriété foncière en France, avant et après la Révolution », Recueil Sirey, 1923
- G. Cord, « De la propriété spéléologique », Thèse, Paris, 1899
- M. Cresp, « Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale », thèse, Bordeaux, 2010
- P. Crétois, « L'émergence de la notion contemporaine de propriété dans la deuxième moitié du XVIIIe siècle », Thèse, Université Lyon 2, 2012
- W. Dross, « Le mécanisme de l'accession, Eléments pour une théorie de la revendication en valeur », Université Nancy II, 2000
- F. Dumont, « La nature juridique du droit de superficie », Thèse, Lyon 3, 2001
- F. Eugène, « De l'Emphytéose, étude d'histoire, de droit et de législation », Grenoble, 1883.
- C. Fonbaustier, « La responsabilité des mines à l'occasion des dégâts de surface », Thèse Paris, 1965
- I. Forestier, « La fragilisation de la propriété privée immobilière », Thèse Université du Sud Toulon-Var, 2009
- F. Frenette, « L'institution de l'emphytéose », Thèse, Ottawa, Canada, avril 1976
- A. Goussard, « Droit romain : de la Propriété au point de vue du droit civil et du droit prétorien. Droit français : de la Règle que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, et de ses modifications », Thèse, Paris, 1868
- C. Goyet, « Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficière », LGDJ, 1983
- F. Grivel, « Des constructions élevées sur le terrain d'autrui et des droits qui en naissent, dans le droit romain et dans le droit français », Thèse, Paris, 1871
- H. Guibé, « Essai sur la navigation aérienne en droit interne et en droit international », Thèse, Caen
- C. Guyot, « Des droits d'emphytéose et de superficie », Thèse Nancy, 1876
- C. Ibled, « Le droit de superficie en droit français », Sirey, 1931
- P. Jestaz, « Le droit », Connaissance du droit, 6e édition, 2010

- E. Larcher, « Des constructions élevées sur le terrain d'autrui, en droit romain et droit français » Thèse, Paris, 1894
- N. Le Rudulier, « La division en volumes », Thèse Nantes, 2010
- N. M. Lesenne, « La propriété avec ses démembrements (usufruit, usage, habitation), suivant le droit naturel, le droit romain et le droit français », Paris, 1858
- E. Levy, « Preuve par titre du droit de propriété immobilière », Thèse, Lyon, 1896
- J.-P. Marty, « La Dissociation juridique de l'immeuble : Contribution à l'étude de droit de superficie » (Bibliothèque de droit privé) [Broché], 1979
- P. Mendelssohn, « De la preuve de la propriété immobilière », Paris, 1922
- F. Naudier, « Des mines et des carrières en droit romain : législation des mines, ancien droit, droit intermédiaire, loi du 21 avril 1810, doctrine et jurisprudence », Larose (Paris), 1877
- H. Paerels, « Le dépassement de la personnalité morale », Thèse, Lille 2, 2008
- C. Perrin, « Étude sur l'action en bornage. Droit romain. Droit français. », Thèse. Paris, 1874
- S. Ravenne, « Les propriétés imparfaites : contribution à l'étude de la structure du droit de propriété », Thèse, 2007
- M.-H. Renaut, « Histoire du droit de la propriété », Ellipses, 2004
- P. Rey, « De la propriété des mines et de ses conséquences d'après les principes de la loi du 21 Avril 1810 », Paris, 1857
- R. Saleilles, « De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques », Paris : Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur ROUSSEAU, 1922
- R. Savatier, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui », 2e éd. Paris Dalloz 1964, p. 314
- R. Savatier, « La Théorie du commerce chez les physiocrates », Thèse, Paris, 1918
- M. Troupel, « La propriété du sous-sol. Les eaux souterraines et les grottes », thèse, Montpellier, 1933
- S. Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété », Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 35, IRJS Editions, 2012
- F.-A. Vazeille, « Traité des Prescriptions, suivant les nouveaux Codes français », Bruxelles, 1834
- R. Viollette, « L'Act Torrens. Son application en Australie et en Tunisie », Thèse, Paris, 1900
- A. Weiss, « Des droits de superficie en droit français et en droit romain », Thèse, Strasbourg, 1853
- M. Xifaras, « La Propriété : Étude de philosophie du droit », PUF, 2004, p. 110

III. Articles juridiques

- C. Atias, « L'enracinement du droit des biens dans la nouvelle ère du droit civil français (le futur nouvel article 516 du Code civil) », Recueil Dalloz 2009 p. 1165
- C. Atias, « Destins du droit de propriété », Droits n° 1 : 1985, p. 1
- J.-L. Bergel, « Servitude du fait de l'homme : notion », RDI 1996 p. 536
- J.-L. Bergel, « Du numerus clausus des droits réels ? » RDI 2010 p. 409
- J.-L. Bergel, « Divisibilité du tréfonds et du droit de superficie, RDI 1998 p. 65
- J.-P. Bertrel, « Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie », RTD civ. 1994, p. 737 s.
- J.-P. Bertrel, « Les ensembles immobiliers complexes », Droit et Patrimoine – Novembre 1994 - p. 50 et s.
- S. Bloquet, « Quand la science du droit s'est convertie au positivisme », RTD Civ. 2015 p. 59
- V. Bonnet, « Durée de la propriété » RRJ 2002/1, p. 292
- M. Boudot, « L'image du « démembrement » dans la doctrine française », in Quarte giornate di studio Roma tre – Poitiers, Il problema della tipicità e del numero chiuso dei diritti reali, Roma, 16 e 17 giugno 2006
- G. Bras Miranda, « La propriété collective au Québec : les enjeux », Revue du Barreau/Tome 63/Automne 2003.
- MM. Chambelland, Gingras, et Haloche, « Les ensembles immobiliers complexes », Rép. Defrénois, 1975, art. 30993, p. 1217
- Ch. Chaput et S. Rochegude, « De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier », Defrénois 2007, 38570, p. 577
- J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », RTD Civ. 2014, p. 763
- V. et L. Chessex, « L'air : Un nouveau domaine juridique », Journal de droit international privé, 1911, p. 482
- B. Cheuvreux et R. Leonetti, « Le bail réel immobilier dédié au logement », Le bulletin de CHEUVREUX Notaires Édition spéciale - juillet 2014 – p. 21
- G. Daublon, « Regards sur le vingtième siècle », répertoire Defrénois n1/01 37277
- M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », RTD civ. 1905
- W. Dross, « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? », RTD Civ. 2015 p. 27
- W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », RTD Civ. 2012 p. 419
- W. Dross, « L'ordre public permet-il que soit créé un droit réel perpétuel » RTD Civ. 2013 p. 141
- M. Fabre-Magnan, « Propriété, patrimoine et lien social », RTD Civ. 1997

- A. Fournier et A. Renault-Fournier, « Les principes fondamentaux de la division en volumes. - dans la nouvelle recommandation n° 5 de la commission relative à la copropriété », *Loyers et Copropriété* n° 12, Décembre 2008, étude n°12
- E. E. Franck, « Le droit de superficie », *Administrer*, mai 1989, p. 4
- F. Frenette, « Cours de formation continue de l'ordre des arpenteurs géomètres du Québec, la propriété superficielle une propriété superposée », février 2006
- F. Frenette, « Du droit de propriété: certaines de ses dimensions méconnues », (1979) 20 C. de D. 439
- M. Galey, « La typologie des systèmes de propriété de C. R. Noyes Un outil d'évaluation contextualisée des régimes de propriété privée, publique et commune » Paru dans Christoph Eberhard (dir.), *Enjeux fonciers et environnementaux. Dialogues afro-indiens*, Pondichery, Institut Français de Pondichéry, 2007, 549 p. 89-125
- G. Gondouin, « Contrôle de constitutionnalité de la loi du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public », *AJDA* 1994 p. 786
- G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière », *Études A. Weill* : Dalloz, Litec, 1983
- J. L. Halpérin, « Est-il temps de déconstruire les mythes de l'histoire du droit français », *Clio@Thémis* - n°5, 2012
- L. Janicot, J.-F. Lafaix, « Le juge administratif, le contrat et la propriété des biens de retour », *RFDA* 2013 p. 513
- C. Juillet, « La durée du droit réel de jouissance spéciale », *Construction - Urbanisme* n° 4, Avril 2015, comm. 55
- Ch.-L. Julliot, « De la Propriété du domaine aérien. Extrait de la revue des idées », 15 décembre 1908, Paris, 1909
- M. Khebir, « Démembrement de la propriété : droit réel de jouissance spéciale », *Dalloz Actualité*, 21 novembre 2012
- J. Lafond, « Volumes et copropriété », *La semaine juridique*, éd. N. n° 37, 14 Septembre 2007, 1246
- T. Lamarche, « L'accession différée : une nouvelle approche des grandes classifications », *RTD Civ.* 2006 p. 1
- T. Lamarche, « L'imprescriptibilité et le droit des biens » : *RTD civ.* 2004, p. 403
- D. Lataulade (de) et A. Boquet, « L'avenir du bail à construction », *Gaz. Pal.*, 1974, I, p. 349
- N. Le Rudulier, « Preuve de la propriété du sous-sol : seuls le titre ou l'usucapion sont recevables », *AJDI* 2012 p. 140
- N. Le Rudulier, « Le lotissement du ciel. Division en volumes et règles de scission de la propriété foncière », *La semaine juridique notariale et immobilière* n°14 - avril 2011

- P. Lebatteux, « les origines de la copropriété », AJDI 2006, p. 519
- G.-A. Likillimba, « La possession corpore alieno », RTD Civ. 2005 p. 1
- P. Malinvaud, « Exposé introductif » RDI 1999, p. 487
- B. Mallet-Bricout, « Fiducie et propriété », in *Liber amicorum Christian Larroumet, Economica*, 2009, p. 297 à 327
- B. Mallet-Bricout, « Droits réels de jouissance spéciale : premier signe de rejet de la perpétuité », *Recueil Dalloz* 2015 p. 599
- B. Mallet-Bricout, « Droit des biens septembre 2011 - juillet 2012 », *Recueil Dalloz* 2012 p. 2128
- B. Mallet-Bricout, L. D'avout, « La liberté de création des droits réels aujourd'hui » *Recueil Dalloz* 2013 p. 53.
- B. Mallet-Bricout, W. Dross, « L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique », *Recueil Dalloz* 2009 p. 508.
- N. Mathey, « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », RTD Civ. 2008 p. 205
- M. Morand et J. Olivie, « Organisation juridique des complexes immobiliers et grands ensembles », *Gaz.Pal.* 1980, p. 362
- F. Morelon, « Aspects techniques et pratiques de la division en volumes », in *Les ouvrages immobiliers complexes*, RDI 1999, p. 502
- J.-F. Niort, « Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature... Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des Français », *Droit et cultures* [En ligne], 48 | 2004-2, mis en ligne le 03 mars 2010, consulté le 16 décembre 2014. URL : <http://droitcultures.revues.org/1708>
- J. Paillusseau, « Le droit moderne de la personnalité morale », RTD Civ. 1993 p. 705
- A.M. Patault, « La propriété non exclusive du XIXe siècle, histoire de la dissociation juridique de l'immeuble », *Rev. d'hist. du dr.* 1988, p. 215
- A.M. Patault, « Un conflit entre la Cour de cassation et le Conseil d'État, l'abolition des droits féodaux et le droit de propriété » *R.H.D.* 1978
- H. Périnet-Marquet, « Les ouvrages immobiliers complexes : synthèse » RDI 1999 p. 565
- H. Périnet-Marquet, « La liberté de création des droits réels est consacrée », *Construction - Urbanisme* n° 1, Janvier 2013, repère 1
- H. Périnet-Marquet, « Regard sur les nouveaux biens », *JCP* 2010, étude 1100, p. 2071
- H. Périnet-Marquet, « L'immeuble et le Code civil », in *Le Code, un passé, un présent, un avenir*, *Dalloz* 2004, p. 395
- A. Piedlièvre, « le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », *Mélanges De Juglart*, éd LGDJ 1986 p. 55
- Ch. Quezel-Ambrunaz, « L'acception européenne de bien en mal de définition » : *D.* 2010, p. 2024

- M. F. Renoux-Zagamé, « Du droit de Dieu au droit de l'homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété. », *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*, No 1, Paris: P.U.F., 1985, p. 16-31
- T. Revet, « Un nouveau cas de propriété divisée », *RTD Civ.* 2012 p. 553
- L. Rigaud, « À propos d'une renaissance du jus ad rem, et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 15 N°3, Juillet-septembre 1963. pp. 557-567.
- A. Robert, « La possession fait présumer la propriété et cette conséquence ne peut être détruite que par la preuve contraire », *Recueil Dalloz* 1993
- A. Robert, « Concession d'un droit de superficie perpétuel au profit d'un bureau de bienfaisance communal », *Recueil Dalloz* 1991 p. 308
- N. Rouland, « Pour une lecture anthropologique et interculturelle des systèmes fonciers », *Droits, Revue française de théorie juridique*, 1985, I, p. 76.
- R. Saleilles, « Etudes sur les éléments constitutifs de la possession », *Dijon*, 1894
- C. Saujot, « La loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive », *JCP* 2001.I.351
- R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification des biens corporels », *RTD civ.* 1958, p. 1 et s.
- R. Savatier, « La propriété de l'espace », *D.* 1965, chr. p. 213
- R. Savatier, « La propriété du volume dans l'espace et la technique des grands ensembles immobiliers », *D.* 1976, chr. p. 105
- R. Savatier, « Destin du Code civil français. 1804-1954 », In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 6 N°4, Octobre-décembre 1954. pp. 637-664
- P. Simler, « Création de l'ouvrage immobilier complexe et droit de propriété », *RDI* 1999, p. 489
- D. Sizaïre, « Division en volumes et copropriété des immeubles bâtis », *JCP*, éd. N, I, p. 323
- E. Sommier, « La division de la propriété immobilière en volumes cessibles », *JCP N* 1976, I, 2788
- F. Terré, « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*, No 1, Paris: P.U.F., 1985
- C. Thiberge, « Statut des immeubles en copropriété », *Congrès des notaires*, Bordeaux p. 21
- A.-L. Thomat-Raynaud, « Clause d'inaliénabilité stipulée dans un acte à titre onéreux et droits des créanciers : un équilibre trouvé » *Recueil Dalloz* 2008 p. 963
- M. Xifaras, « Y a-t'il une théorie de la propriété chez Proudhon ? », in R. Damien et H. Touboul, *Proudhon, figure de la modernité*, numéro spécial de *Corpus*, Paris, Fayard, 2005, pp. 229-282
- A. Zabalza, « Du cosmos au nomos de la terre. De l'incidence des représentations cosmiques sur les représentations juridiques de la terre », *Revue de la BPC*, II 2006, p. 1

- F. Zénati, « Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif », th. Lyon 3, 1981
- F. Zenati-Castaing, « La proposition de refonte du livre II du Code civil Etude critique », RTD Civ. 2009 p. 211
- F. Zenati-Castaing, « Etendue de la propriété foncière », RTD Civ. 1999 p. 142
- F. Zenati-Castaing, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété » : RTD civ. 1993, p. 318
- F. Zénati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit » : RTD civ. 2006, p. 445

IV. Ouvrages et articles de philosophie et d'histoire

- D. Acolat, « Représenter le paysage antique. Des normes des arpenteurs romains aux témoignages épigraphiques (IIe-IXe siècle) » A.H.S.R. | Histoire & Sociétés Rurales 2005/2 - Vol. 24 p. 7 à 56
- Aristote, « La politique », Traduction Jules Barthélémy Saint-Hilaire, Troisième Edition revue et corrigée, Paris 1874
- A. J. Arnaud, « Essai d'analyse structurale du Code civil français, La règle du jeu dans la paix bourgeoise, LGDJ, Paris, 1973
- J. Attali, « Au propre et au figuré. Une histoire de la propriété », Fayard, 1988
- F.N. Babeuf et J. P. Audiffred, « Cadastre perpétuel ou la Démonstration des procédés convenables à la formation de cet important ouvrage ... », Paris, 1789
- B. Bachelet, « L'espace », Paris, PUF, Que sais-je n° 3293, 1998, p.10
- A. Balleyguier, « Le cadastre, ce qu'il a été, ce qu'il est, ce qu'il sera », Nature (La) N° 2413, Du 03/07/1920
- C. Barthès, « Effets de la régularisation foncière à Mayotte. Pluralisme, incertitude, jeux d'acteurs et métissage », Économie rurale [En ligne], 313-314 | Septembre - décembre 2009, mis en ligne le 11 janvier 2010, consulté le 02 mars 2015. URL : <http://economierurale.revues.org/2376>
- B. Belhoste, « Les archives des mines : un produit administratif, une source pour l'histoire », Documents pour l'histoire des techniques [En ligne], 16 | 2e semestre 2008, mis en ligne le 06 octobre 2010, consulté le 11 décembre 2011. URL : <http://dht.revues.org/746>
- J.-M. Berthelot (dir.), « Épistémologie des sciences sociales ». Paris, PUF, 2001
- J.-M. Besnier, « Les Théories de la Connaissance », PUF, coll. Que sais-je ? 2eme Edition 2011
- M. Bloch, « La société féodale » 1939, 1940, « Les classiques des sciences sociales », version numérique par Pierre Palpant

- M. Bloch, « Les caractères originaux de l'histoire rurale française ». Tome I. (1952), Librairie Armand Colin, Paris, 1968
- M. Bloch, « Les plans parcellaires », Annales d'histoire économique et sociale 1929, p. 393
- R. Bodéüs, « Aristote, une philosophie en quête du savoir », Vrin, 2002, p. 86 et s.
- E. Boutroux, « L'idée de loi naturelle dans la science et la philosophie contemporaines : Cours professé à la Sorbonne en 1892-1893 », Paris, 1913
- F. Challaye, « Histoire de la propriété », PUF - Que-sais-je?, Broche, Paris, 1967
- V. Cousin, « Cours de l'histoire de la philosophie du XVIIIème siècle - Ecole sensualiste Locke », Tome 2, Paris, 1829
- V. Cousin, « Cours de l'histoire de la philosophie du XVIIIème siècle », Tome 1, Paris, 1829
- A. Cresson, « les courants de la pensée philosophique française », Tome II, Collection Armand Colin, 1950
- E. Cuq, « la propriété foncière en Chaldée d'après les pierres limites (Koudourrous) du musée du Louvre », Nouvelle Revue Historique de Droit, 1909, p. 701 – 738
- G. d'Avenel, « La Propriété foncière de Philippe Auguste à Napoléon », Revue des Deux Mondes T.115, 1893, p.800
- R. Debray, « Eloge des frontières », Gallimard, 2010
- C. Demonque , E. Clément, L. Hansen-Love, P. Kahn, « La philosophie de A à Z », Hatier, Paris, 2011
- N. D. Fustel De Coulanges, « Histoire Des Institutions Politiques De L'ancienne France. L'alleu et le domaine rural pendant l'époque Mérovingienne », Hachette, Paris, 1889
- P.-M. Grinevald, « Le Cadastre. Guide des sources, Comité pour l'Histoire Économique et Financière de la France », Paris, 2007
- G. Gurevic, « Représentations et attitudes à l'égard de la propriété pendant le haut Moyen Âge », in Ann. éco. soc. civ., 1972, p. 532
- S. Hawking, « Une brève histoire du temps : Du big bang aux trous noirs », Champs sciences, Flammarion 2008
- Histoire de la France rurale », ouvr. coll. sous la dir. de Georges Duby et Armand Wallon, Tome 1, Seuil, 1975
- P.-A. Huglo, « Le réalisme et le monisme neutre chez Russell » http://philosophie.ac-amiens.fr/sites/philosophie.ac-amiens.fr/IMG/pdf/Huglo_Russell_2010.pdf, consulté le 10/12/2014
- M. Jammer, « Concepts of Space », Harvard University Press, 1954
- B. Jarrosson, « L'histoire du vide est-elle vide ? » 7/05/2014, Science & Techno, www.iphilo.fr

- E. Kant, « Eléments métaphysiques de la doctrine du droit (Première partie de la métaphysique des mœurs) », trad. Barni, Paris, 1853
- E. Laboulaye, « Histoire du droit de propriété foncière en Occident », Paris, 1839
- F. Laferrière, « Histoire des principes, des institutions & des lois, pendant la Révolution française, depuis 1789 jusqu'à 1804 » (1851)
- C. Larrère, « L'Arithmétique des physiocrates : la mesure de l'évidence, In: Histoire & Mesure, 1992 volume 7 - n°1-2
- F. Laupies, « L'espace. Leçon philosophique », PUF, « Major », 2013
- L. Le Gall, « Nadine VIVIER, Propriété collective et identité communale. Les biens communaux en France 1750-1914, Paris, Publications de la Sorbonne, 1998, 352 p. », Ruralia [En ligne], 07 | 2000, mis en ligne le 22 janvier 2005, consulté le 20 janvier 2014. URL : <http://ruralia.revues.org/184>
- E. Leroy, « La terre de l'autre, Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière », Droit et société, Maison des sciences de l'homme. Recherche et travaux, L.G.D.J 2011
- V. Manceron, « Être maître de l'étang, Histoire d'une appropriation de l'eau au xix siècle en Dombes », Editions de l'E.H.E.S.S., Etudes rurales, 2005/3 - n° 175-176 p. 149
- G. Massa-Gille, « Les rentes foncières sous le Consulat et l'Empire », In: Bibliothèque de l'école des chartes. 1975, tome 133, livraison 1
- Ed. Meynial, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XIIe au XIVE siècle dans les remontrances : Etude de dogmatique juridique », Mélanges Fitting, Montpellier, 1907-1908, t. II,
- C. Montesquieu, « Œuvres complètes », Paris, Firmin Didot frères, fils et Cie., 1857
- Oeuvres de Locke et Leibnitz, contenant l'Essai sur l'entendement humain revu, corrigé et accompagné de notes par M. F. Thurot », Paris, 1839
- C. Panaccio, « Textes clés du nominalisme. Ontologie, langage, connaissance », Poche, Vrin, 2012
- C. Panaccio, « Qu'est-ce qu'un concept », Chemins philosophiques, Vrin, 2011
- A. Petit, « La métairie perpétuelle en Limousin », Nouvelle Revue Historique de Droit, 1919
- Qu'est-ce que les Lumières ? », Mille et une nuits n° 508 Broché – 30 août 2006 E. Kant, M. Mendelssohn, notes et postface par C. Morana
- J. Rubini, « La borne de Cantabrie », Histoire & mesure [En ligne], XIX - 1/2 | 2004, mis en ligne le 30 juin 2007, consulté le 12 février 2015. URL : <http://histoiremesure.revues.org/809>
- B. Russell, « Problèmes de philosophie », Editions Payot, 1989, Paris
- R. Sceau, « Les étangs de la Dombes, fondements socio-économiques d'un système hydraulique », In: Revue de géographie de Lyon. Vol. 55 n°2, 1980. pp. 129-159

- A. Soboul, « La Révolution française », PUF, 2010
- Syndicat Mixte des territoires de Chalaronne, « Etude du réseau hydrographique des étangs de la Dombes », 2005
- C. Tiercelin, « Que savons-nous de la réalité des choses ? 17/12/2013 Claudine Tiercelin, dans Philo Contemporaine, <http://iphilo.fr/2013/12/17/que-savons-nous-de-la-realite-des-choses>, consulté le 14/12/2014
- A. Tocqueville (de), « L'Ancien régime et la Révolution », Paris, 1856
- J. Troutier, « La sacralisation de la propriété foncière. Le phénomène et ses manifestations chez les poètes de l'époque augustéenne », Université de Franche-Comté, 2009
- S. Vigneron, « La pierre et la terre. Le marché foncier et immobilier dans les dynamiques sociales du Nord de la France aux XVIIe et XVIIIe siècles », Presses universitaires du Septentrion, 2007
- Y. Ch. Zarka, « Hobbes et la pensée politique moderne », Paris, PUF, Quadrige, 2001

V. Références bibliographiques étrangères

- J. Ball, « The Boundaries of Property Rights in English Law », Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law, July 2006, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 10.3 (December 2006)<http://www.ejcl.org>,
- J. Ball, « Democratizing English home ownership for affordability and sustainability: Transmuting the law using new comparative scholarship », For the seminar "Housing, the next 20 years" in Cambridge, 16-17 September 2010,
- H. Demsetz, « Toward a theory of property rights », The American Economic Review, Vol. 57, 2, mai, 1967, 347-359
- G. Gaus, « Property and Ownership », in Oxford Handbook of Political, Philosophy 1-4 (David Estlund ed.) (forthcoming Mar. 201,
- K. Gray, « Property in Thin Air », (1991) 50 Cambridge Law Journal 252, 256-7
- K. Gray, Susan Francis Gray, « Elements of Land Law », fifth edition, Oxford, 2009
- H. Hansmann, R. Kraakman, « Property, Contract, and Verification: The Numerous Clausus Problem and the Divisibility of Rights », (2002). Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 388 (http://lsr.nellco.org/harvard_olin/388)
- G. Hardin, « The Tragedy of the Commons » Source: Science, New Series, Vol. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), pp. 1243-1248
- S. Hawking, L. Mlodinow, « A Briefer History of Time », Bantam Press, 2005

- R. Howard, « Dualism », The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/dualism/>
- J. Locke, « Two treatises of government », London, 1821, Book II
- W. Merrill and H. E. Smith, « Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle », 110 Yale Law Journal (oct. 2000)
- F. Miller, « Aristotle's Political Theory », The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/aristotle-politics/>
- E. Ostrom, and Charlotte Hess, « Private and Common Property Rights », Digital Library of the Commons (United States), 2007
- L. Robbins, « An Essay on the Nature and Significance of Economic Science », 1932
- B. Rudden, « Things as Thing and Things as Wealth », Oxford J Legal Studies (1994) 14 (1): 81-97 doi:10.1093/ojls/14.1.81, p. 81
- S. van Erp, « A numerous quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future European property law ? » adapted version of an essay published in a Festschrift for Ewoud Hondius
- J. Waldron, « Property and Ownership », The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/property/>

VI. Références diverses

- Archives parlementaires de 1787 à 1860 Première série (1789 à 1860), Tome VIII du 5 mai 1789 au 15 septembre 1789, Paris, 1875
- A. Bonnaud, B. Lévy et Y. Robin, « LE LOGEMENT. Reconstruction, grands ensembles et accession à la propriété », Insee Première n° 456 – MAI 1996.
- F. Clanché et O. Rascol, « Le découpage en unités urbaines de 2010. L'espace urbain augmente de 19% en une décennie », Insee Première n° 1364 - Août 2011
- J. Comby, « L'impossible propriété absolue », 1989, www.comby-foncier.com
- J. Comby, « Comment fabriquer la propriété ? » in Etudes foncières, juin 1995
- Conférences ISC Paris sur l'Espace : Pensées de l'Espace Jean-Michel Salanskis, <http://www.youtube.com/watch?v=Ubw8pqPXgeE>, dernier accès 08/12/2014
- R. Huyghe, « Les noms génériques d'espace en français », Thèse, Lille 3, 2006
- A. Jacquard, « Finitude de notre domaine », Le monde diplomatique, mai 2004, p. 28
- Journal des mines, 1810 (Premier semestre) Numéro 160. Avril 1810
- L'observateur de l'immobilier du Crédit Foncier no 89, « Bilan de l'accession à la propriété sur une longue période », p. 43
- J.-P. Lacaze, « Les méthodes de l'urbanisme », Que sais-je ? PUF 1990 p. 33

- Le Corbusier, « Vers une architecture, nouvelle édition revue et augmentée », Paris, Arthaud, 1977
- H. Lepage, « Pourquoi la propriété », Broché, 1992
- E. Malinvaud, « Leçons de théorie microéconomique » Dunod, 4ème édition, 1999
- J.-C. Moreux, « Histoire de l'architecture », Que sais-je ? N° 18, 12eme édition, 1977
- P. J. Proudhon, « Qu'est-ce que la propriété ? » Le Monde Flammarion, Paris 2009
- Rapport Sénat, M. José BALARELLO, N° 361, Session ordinaire de 2000-2001, Annexe au procès-verbal de la séance du 6 juin 2001
- C. Toussaint Soulard, « La multifonctionnalité de l'agriculture en pratique : étude des relations entre exploitations agricoles et étangs de la Dombes », Cybergeographie : European Journal of Geography, Espace, Société, Territoire, 2005, p. 319
- M. Touzery, « Cadastre en Europe à l'époque moderne. Modèles continentaux et absence anglaise » http://www.economie.gouv.fr/files/Introduction_Touzery.pdf dernier accès 06/03/2015
- S. Urbajtel, « Les Savatier : au nom de la loi », L'Express, 22/01/2009

V. Jurisprudences et notes

19^{ième} siècle

- CE 22 février 1807, Cuny : Rec. Lebon, p. 181
- Cass. 22 octobre 1811, A.-A. Ledru-Rollin, « Journal du palais: recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française », Troisième édition, Paris, 1811, p. 662
- Cass. 26 août 1823, S. Chron, D. Alph. 9. 621
- Amiens, 2 décembre 1832, Bezannes Dev., 1836. II. 198
- Tribunal Saint-Etienne, 31 août 1833, S. V. 1837. I. 664; Ann. Des Mines, 3e s., t. XV, p. 686
- Cass. req. 30 novembre 1833, D. 1854. I. 3
- Cass. req. 13 février 1834, D.P. 1834.1.118 ; S. 1834.1.205
- Cass. 18 juillet 1837, D. P. 1837. I. 441 ; S. V. 1837. I. 664; S. 1839. I. 91
- Cass. 20 décembre 1837, Mines Saint-Etienne : S. 1839. I. 91
- Cass. 31 janvier 1838, S. 1838. I.120
- Cass. 7 mai 1838, D.1838. I. 719
- Dijon, 25 mai 1838, D. P. 1838. II. 132
- Cass. 7 août 1839, D.P. 1839. I. 311; J. P. 39
- Cass. 1er février 1841, S. 1841. I. 121
- Cass. 3 mai 1843, S. 1843. I. 708
- Lyon, 18 février 1844, S. 1844. II.641
- Angers 5 mars 1847, S. 1847. II. 27
- Cass. 5 juillet 1848, S. 1848.I.697; D. 1848. I. 137
- Cass. req. 28 juillet 1851, S. 1851. I. 600
- Cass. req. 11 août 1851, S. 1852. I. 645
- Cass. 30 novembre 1853, D.P. 1854. I.17
- Cass. 21 août 1856, S. 1856. II. 518
- Cass. civ. 24 juin 1857, D.P. 1857. I. 401
- Cass. 18 mai 1858, Dev. 1858. I. 661
- Cass. 7 novembre 1860, D. 1861. I. 879
- Pau, 7 décembre 1861, S. 1862. II. 318
- Cass. 29(23) décembre 1861, D. 1862. I. 181
- Chambéry 10 janvier 1863, S. 1863. II. 237
- Cass. req. 11 janvier 1864, D.P. 1865. I. 114
- CA Paris, 30 mai 1864, S. 1864. II. 266

- CA Paris, 24 août 1864, S. 1864. II. 301
- Besançon, 12 décembre 1864, D.P. 1865. II. 1
- Cass. req. 28 décembre 1864, D.P. 1865. I. 138 concl. Fabre.
- Cass. crim. 27 avril 1866, D.P. 1866. I. 288
- Cass. 1er août 1866, D.P. 1866. I. 305
- Cass. req. 5 novembre 1866, D. 1867. I. 32 ; S. 1866. I. 441
- Cass. req. 10 avril 1867, S. 1867. I. 277
- Cass. 24 novembre 1869, D.P. 1870. I. 274
- Cass. 31 juillet 1872, S. 1872. I. 334
- Cass. 16 décembre 1873, D.P. 1873 I. 249 ou S. 1874. I. 457, note Labbé
- Bordeaux, 16 février 1875, S. 1875. II. 170
- Cass. 7 mai 1879, S. 1880. I. 73
- Cass. req. 13 avril 1880, D.P. 1880. I. 248
- Cass. req. 25 avril 1882, D. 1882. I. 248
- Cass. req. 1er avril 1884, D. 1884. I. 345; S. 1885. I. 85
- Tribunal de Saint-Etienne, 17 février 1886, Garnier c/ Mines de Firminy, Rev. Del. 1886. 245
- Cass. req. 18 octobre 1887, S. 1889. I. 279
- Toulouse, 18 février 1888, D. P. 1889. II.55
- Cass. req. 27 avril 1891, S. 1891. I. 369, note Labbé
- Besançon, 16 juin 1891, D.P. 1892. II. 193; S. 1892. II.305
- Agen, 18 mars 1892, D.P. 1892. II. 193; S. 1892. II. 305

20^{ième} siècle et 21^{ième} siècle

- Cass. req. 9 janvier 1901, Civ. Mines de Graissessac c. Simon et autres) référence manquante
- Cass. req. 26 juin 1901, S. 1902. I. 214
- Toulouse, 7 juin et 3 juillet 1901, S. 1902. II. 185, note de M. Roux
- Paris, 26 juillet 1901, S. 1902. II. 1, note Saleilles
- Besançon, 8 avril 1903, D. 1903. II. 483; Gaz. Pal. 1903. II. 84
- Cass. req. 27 décembre 1904, D.P. 1905. I. 76
- Cass. req. 12 juillet 1905, D. 1907. I. 141 ; S. 1907. I. 273
- Cass. req. 7 novembre 1906, S. 1909. I. 125
- Tribunal civil Tours, 4 août 1908, Gaz. Pal. 1908. II. 345
- Lyon, 3 juin 1909, S. 1909. II. 325
- Cass. req. 8 novembre 1911, D.P. 1912. I. 484

- CE 13 décembre 1911, D.1912. III. 15
- Cass. req. 29 décembre 1924, D.P. 1925. I. 173
- Cass. civ. 20 mars 1939, Gaz. Pal. 1939. I. 1931
- Cass. req. 24 juin 1941, Gaz. Pal. 1941. II. 98 ; DA 1941. 293
- T. corr. Grasse, 5 avril 1948, Gaz. Pal. 1948. I. 253
- Cass. civ. 15 juin 1953, D. 1953. I. 613
- Cass. civ. 28 janvier 1954, JCP 1954. II. 7958, concl. Lemoine ; D. 1954. I. 217, note Levasseur
- Cass. civ. 29 février 1956, Bull. civ. I n° 85
- Cass. 1re sect. civ. 15 octobre 1956, Bull. civ. I, n° 421
- Cass. civ. 1^e, 1er juillet 1963, JurisData n° 1963-000356 ; Bull. civ. 1963. I. n°356.
- Cass. civ. 1^e, 18 décembre 1963, D. 1964. I. 168 ; Bull. civ. n° 1
- Cass. civ. 1^e, 1 décembre 1964, Gaz. Pal. 3 février 1965 JCP 1965. II. 14213, note P. Esmein ; RTDC 1965. 373, obs. J.-D. Bredin ;
- Cass. civ. 1^e, 10 mai 1965, JurisData n° 1987-042292
- Cass. civ. 1^e, 18 décembre 1967, D. 1968. I. 244;
- Cass. civ. 3^e, 16 février 1968, Bull. civ. III, n° 64, p. 53
- Cass. civ. 3^e, 11 décembre 1969, Bull. civ. III, n° 832
- Cass. civ. 3^e, 16 avril 1970, Bull. civ.3 n°249 ; D.1970. I. 474, note Contamine-Raynaud ; JCP 1970. II. 16459
- Cass. civ. 3^e, 6 novembre 1970, JurisData : 1970-000592, Bull. civ. 1970. III. n° 592 ; D. 1971. I. 395
- Cass. plénière, 23 juin 1972, (Société *** c. Directeur général des Impôts), n° de pourvoi: 70-12960.
- Cass. civ. 3^e, 4 octobre 1972, Bull. civ. 1972, III, n° 493
- Cass. civ. 3^e, 13 février 1973, n° 72-10680
- Cass. civ. 3^e, 3 avril 1973, JCP 1974. II. 17657
- Cour civ. 3^e, 19 juin 1973, JCP 1974. II. 17710, note Dagot ; RTD Civ. 1974. 644, note R. Savatier
- Cass. civ. 3^e, 16 mai 1977, D. 1977. I. 161; D. 1978 JP p. 161-162
- Cass. civ. 3^e, 12 juillet 1977, Bull. civ. III, n°311
- Cass. civ. 3^e, 15 novembre 1977, n° 76-11.365, JurisData : 1977-099389
- Cass. civ. 3^e, 7 novembre 1978, référence manquante
- Cass. civ. 3^e, 14 novembre 1978, D. 1979, inf. rap. p. 118
- Cass. civ. 3^e, 3 décembre 1980, Gaz. Pal. 1981. II. 481, note Piedelièvre
- Cass. civ. 3^e, 9 février 1982, JurisData : 1982-700410 ; D. 1983, inf. rap. p. 15, obs. A. Robert.

- Cass. civ. 3^e, 22 juin 1983, J.C.P 1986. II. 20565, note Barbiéri, RTDC 1984. 744, obs. Giverdon, Rep. Not. 1984. 1063, obs. Souleau
- Cass. civ. 3^e, 18 janvier 1984, n° 83-10.040 ; JurisData : 1984-700562 ; Bull. civ. 1984, III, n° 58 ; JCP G. 1984. II. 20307, note G. Goubeaux ; JCP 1986. II. 20547, note Barbiéri ; D. 1985, 504, note Zenati.
- Cass. civ. 3^e, 12 décembre 1984, JurisData n° 1984-702040 ; JCP G 1985, II, 20411, note G. Goubeaux.
- CA Paris, 2e ch., sect. B, 14 mai 1986, JurisData : 1986-022972
- CA Rouen, 1re civ. 19 mai 1987, JurisData : 1987-042292
- CA Grenoble, 1re ch. 16 mars 1988, Juris-Data : 1988-041289
- CA Amiens, 18 mars 1988, RDI 1989.33, obs. Bergel
- Cass. civ. 3^e, 20 juillet 1988, Bull. civ. III, n° 136
- Cass. civ. 3^e, 15 novembre 1989, Juris-Data : 1989-703481 ; Bull. civ. 1989. III. n° 213 ; D. 1990. J. p. 216, note P. Capoulade et Cl. Giverdon ; RTDC 1990, p. 304, obs. F. Zenati
- CA Paris, 2^e Chambre, section B, 19 septembre 1990, n° 77-13.045 ; JurisData n° 1978-099335
- Cass. civ. 3^e, 6 mars 1991, RDI 1991 p. 189
- Cass. civ. 3^e, 4 mars 1992, D. 1992. 386, note Atias RDI 1992. 240, obs. P. Capoulade et C. Giverdon ; Defrénois, 1992. 1140, note H. Souleau ; RTDC 1993. 162, obs. F. Zenati
- Cass. civ. 3^e, 26 mai 1992, n° 90-22.145 ; JurisData : 1992-001211
- Cass. civ. 3^e, 25 mars 1992, n° 89-21.866, D. 1993. 306, obs. A. Robert, RDI 1993 p. 532, observations P. Simler P. Delebecque, D. 1993. 65, note de la Marnière
- Cass. civ. 3^e, 1 avril 1992, Bull. civ. 1992 III n° 115 p. 70
- Cass. civ. 3^e, 26 mai 1992, Bull. civ. 1992, III, n° 172 ; Bull. civ. 1992. III. n° 172 ; Grands arrêts du droit immobilier, arrêt n° 10, note Ch. Giovannangeli
- DC n° 94-346, 21 juillet 1994, JO 23 juillet 1994 p. 10635
- CA Metz Chambre civile, 17 novembre 1994, JurisData : 1994-048937
- Cass. civ. 1^e, 4 janvier 1995, RTDC 1996 p. 932
- Cass. civ. 3^e, 6 mars 1996, n° 93-17.424 ; RDI 1996. 536, obs. J.-L. Bergel
- Cass. civ. 3^e, 3 avril 1996, n° 94-10.764 ; JurisData n° 1996-001469
- Cass. civ. 3^e, 20 novembre 1996, JCP éd. N. 1997. 4010. p. 141, Chron. H. Perrinet-Marquet
- CA Aix-en-Provence, 4e chambre civile, section B, 10 décembre 1996, références manquantes
- Cass. civ. 3^e, 17 juin 1997, n° 96-10.506, Loyers et copr. 1997, comm. 296, obs. G. Vigneron
- CA Paris, 25 septembre 1997, JurisData : 1997-023502 ; JCP éd. N. 1998, 847, note Sizaire

- Cass. civ. 3^e, 13 mai 1998, Bull. civ. III, n° 101 ; RDI 1998, p. 697, obs. F. Collart-Dutilleul et J. Derruppé
- Cass. civ. 3^e, 24 juin 1998, n° 96-16.707 : JurisData n° 1998-003090 ; JCP G. 1999. I. 120, n° 1, obs. H. Périnet-Marquet
- Cass. civ. 1^e, 11 janvier 2000, Bull. civ. I, n° 5 ; RDI 2000. 145, obs. M. Bruschi ; JCP 2000. I. 265, n° 2, obs. H. Périnet-Marquet
- Cass. civ. 3^e, 24 mai 2000, D. 2001.151, note Libchaber
- Cass. civ. 3^e, 12 juillet 2000, Juris-Data : 2000-002873 ; Bull. civ. 2000. III. n° 144 ; JCP G. 2001. I. 305. n° 1, obs. H. Périnet-Marquet ; RTDC 2002, p. 539, obs. Th. Revet ; Defrénois 2001, p. 451, obs. Ch. Atias ; RDI 2000, p. 525, obs. M. Bruschi
- Cass. civ. 3^e, 27 juin 2001, Bull. civ. III, n° 97 ; JCP 2002. I. 126, obs. Périnet-Marquet, n° 17
- Cass. civ. 3^e, 14 novembre 2001, n° 00-14.795 : JurisData n° 2001-011846
- Cass. civ. 3^e, 27 mars 2002, RDI 2003. p. 167, obs. J.-L. Bergel
- Cass. civ. 3^e, 4 avril 2002, n° 01-70.06, Bull. civ. III, n° 82 RTD Civ. 2003 p. 114, obs. T. Revet
- Cass. civ. 3^e, 17 décembre 2002, n° 01-11.172 : JurisData n° 2002-017181
- CA Paris, 4 mars 2003, JCP 2004. I. 129, n° 19, obs. Tisserand.
- CA Reims, ch. civ., 1^{re} sect., 17 novembre 2003, n° 03-01320 : JurisData : 2003-238463
- Cass. civ. 3^e, 7 avril 2004, n° 02-16.283 , Bull. civ. III, n° 70 ; RDI 2005. 22, obs. C. Saint-Alary-Houin
- CA Dijon, ch., civ. À, 22 mars 2005, n° 03-01698 : JurisData n° 2005-268589
- CA Riom, 30 juin 2005, n° 04-01720 : JurisData n° 2005-287047
- CEDH 6 octobre 2005, Maurice c/ France ; Draon c/ France, 1513-03 et 11810-03, D. 2006. 1200, obs. H. Gaumont-Prat
- Cass. civ. 1^e, 13 décembre 2005, JCP 2006. 2743, note Lamoureux ; RTD civ. 2006. 557, obs. Mestre et Fages
- CEDH 16 février 2006, Osman c/ Bulgarie
- CA Nîmes, 1^{re} civ. 28 mars 2006, n° 04-03323 ; JurisData : 2006-311424
- CA Lyon Chambre civile, 18 Juin 2006, n° 2006-66
- CA Paris, 2^e ch., sect. A, 10 octobre 2007, n° 04-22535 ; JurisData : 2007-344114
- Cass. civ. 3^e, 24 octobre 2007, 06-19.260 RTD civ. 2008. 693, obs. T. Revet
- Cass. civ. 3^e, 31 octobre 2007, n° 05-14.238 , Bull. civ. I, n° 337.
- Cass. civ. 3^e, 5 décembre 2007, n° 06-19.728 ; RDI 2008. 216, obs. C. Saint-Alary-Houin ; JCP 2008. II. 10102, obs. Vabres
- CA Orléans, ch. Urgences, 2 juillet 2008, JurisData : 2008-368925
- Cass. civ. 3^e, 23 septembre 2009, n° 08-18.187.

- Cass. civ. 3e, 15 juin 2010, n° 09-67.358 : inédit
- CA Paris Pôle 4, chambre 1, 10 février 2011, n° 10-06554, JurisData : 2011-001678
- Cass. civ. 3^e, 25 octobre 2011, n° 10-23.754, 1256
- Cass. civ. 3e, 5 janvier 2012, n° 10-26.965, D. 2012. 217, 2129, obs. B. Mallet-Bricout
- Cass. civ. 3e, 23 mai 2012, n° 11-13.202 ; D. 2012. 1934, note L. d'Avout
- Cass. civ. 3e, 31 octobre 2012, n° 11-16.304 ; Bull. 2012, III, n° 159
- CA Paris Pôle 4, chambre 1, 18 septembre 2014, n° 12-21.592
- Cass. civ. 3^e, 28 janvier 2015, n° 14-10.013, 94

Index

A

- Abusus : §181, §815
- *Act torrens* : §300
- *Agrimensores* : §124 et s.
- Article 552 : §167 et s., 667 et s.
 - . Les limites : §173 et s.
 - . Origines : §168 et s.
- Assec (droit de) : voir évolage
- Avant-projet de réforme droit des biens : §712, §819, §821, §829 et s.

B

- Babeuf : §122
- Bail réel immobilier logement (BRILO) : §782
- Biens souterrains : §275 et s.
 - . Droit de propriété : §277 et s.
 - . Limites incertaines : §335, §338, §339
- Boncerf : §123
- Bornage : §127 et s.
 - . *Common law* anglaise : voir ce mot
 - . Borne anthropique : §133, §155, §234, §682, §757
 - . Borne et propriété : §131
 - . Bornage à Rome : §112 et s.
 - . Matérialité du bornage : §133
 - . Propriété individuelle : §129
 - . Servitudes : §127
 - . Triangulation : §142
- Brouillaud (P.) : §170 et s.
- Businessman (Le Petit Prince) : §107 et s.

C

- Cadastre : §137 et s.
 - . Cadastre perpétuel : voir Babeuf
 - . Parcelle et propriété : §141 et s.
- Choses individualisées : §520
- Chose référente : §754
- *Common law* anglaise : §577 et s.
 - . Bornage : §583
 - . *Estate* : voir ce mot
 - . Perpétuité : voir ce mot
 - . *Radical title* : voir ce mot
 - . Tenure : voir ce mot
- Communauté négative : §118 et s.
- Conditionnalité de la propriété : §8, §118, 748
- Confusion droit chose : §59, §172, §250, §253, §255, §274, §278, §662 et s., §684, §688, §720, §728
- *Construzione legitima* : §166, §553, §556, §682
- Couronne anglaise et propriété foncière : §584 et s.

D

- Dombes : voir évolage
- Droit d'accession :
 - . Droit de superficie et volume : §664
 - . Gravité : voir ce mot
 - . Unité du sol (principe) : voir ce mot
 - . Volume : voir ce mot
- Droits irréductibles à une chose civiliste : §776 et s.
- Droit de superficie droit réel :
 - . Accessoire sol en volume : §770
 - . Droit réel de jouissance spéciale : §771, §772, §774
 - . fondement textuel : §768 et s.
 - . Perpétuité : (voir Perpétuité)
- Droit de superficie ancêtre volume : §705
- Droit de superficie à Rome : §20 et s.
- Droit réel :
 - . Droit réel sur la chose d'autrui : §389 et s.
 - . Droit réel réifié : voir réification
 - . Etendue : §751
 - . Prérrogative : §753

E

- Etat descriptif de division (EDD) :
§660, §715
- Etendue du sol : §104 et s.
- *Estate* : §581, §582
- Espace :
 - . Evolution : §158
 - . Du droit : §74
 - . Linguistique : 72 et s.
 - . Monde tangible (espace terrestre) : §80 et s.
 - . Pluralité de pluralités : §73
 - . Singulier : §72
- Evolage (droit de) : §783 et s.
- Exclusion spatiale (principe) : §52 et s., §80 et s., §347, §687, §760, §766, §833
- Exclusivité :
 - . Droit de propriété : §806

G

- Gravité (apesanteur, attraction terrestre) :
 - . Fixité et immobilité du sol : §88, §89, §94
 - . Droit de l'accession : §95
 - . Mine : voir ce mot
 - . Unité du sol : voir ce mot
 - . Volume : voir ce mot
- Géométrisation du sol : §109 et s.
 - . Limites du sol : §98 et s.
- Goubeaux (Gilles) : §499 et s.

J

- *Jus excluendi* (théorie renouvelée de la propriété) :
 - . Droit réel sur la chose d'autrui : voir ce mot
 - . Limites : §438 et s.
 - . Ordre public des biens : voir ce mot
 - . Preuve propriété superficière : §309
 - . Propriété objective et subjective : §396
 - . Refus volume et superficie : §403 et s.
 - . Réification et s.

M

- Matérialité des biens : §550 et s.
 - . Borne : voir bornage
 - . Etats de la matière : §81
 - . Expérience sensorielle : §48
 - . Matière et habillage conceptuel : §552 et s.
 - . Matière et finalité du bien : §561
 - . Matière et représentation : §557
 - . Relativité : §53, §78
 - . Sol : §68

F

- Féodalité dominante et contractante :
§27, §219, §445, §547, §805
- Fonds de terre :
 - . Etendue : étendue du sol
 - . Réification : voir ce mot
 - . Sol : voir ce mot
 - . Spécificité : §91, §92
 - . Volume : voir ce mot

I

- Incertitude (principe) : §83
- Incorporation immeuble : §86 et s.
- Immeuble : §84 et s.
 - . Géométrisation et surface : §100 et s.
- Individualisme :
 - . Droit de propriété : §115 et s.
- Indivision : §33, §129, §467, §540, §611, §613, §778, §785, §798
- Indivision forcée ou universelle : §618 et s., §733
- Investissons : §236 et s.

L

- Laurent (F.) : §378 et s.
- Locke (John) : §58, §118

N

- Numerus clausus :
 - . Propriété simultanée : §572, §592
 - . Thèse droit réel : §370 et s., §371 et s., §378 et s.
 - . Thèse droit réel sur la chose d'autrui : §406, §407 et s., §412 et s.
 - . Thèse personnaliste : §358 et s.
 - . Volume : §767, §772, §774, §796, §809

M (suite)

- Matérialité des biens (suite)
 - . Usucapion (Prescription acquisitive) : 177 et s.
- Matérialité du sol : §45 et s.
- Mine : §190 et s.
 - . Concession : §213
 - . Gisement avant concession : §207 et s.
 - . Gravité : §232 et s.
 - . Mine minéral : §273
 - . Les limites incertaines de la mine : §242 et s.
 - . Loi de 1791 : §196 et s.
 - . Loi de 1810 : §199 et s.
 - . Loi de 1919 : §221 et s.
 - . Proudhon : §219 et s.
 - . Servitudes : voir ce mot
 - . Usucapion (Prescription acquisitive) : §210
- Monisme neutre : §79

P

- Pauli (principe de) : §54, §83
- Perpétuité :
 - . *Common law* anglaise : §581
 - . Droit réel de jouissance spéciale : §771 et s., §780 et s.
 - . Droit de superficie droit réel : §775
 - . Thèse droit réel sur la chose d'autrui : §410, §412 et s.
 - . Volume : voir ce mot
- Personne physique : §565 et s.
- Personne morale : §569 et s.
 - . Personne morale et propriété collective : §572, §573
 - . « Super-individu » : §574, §575
- Présomption de propriété article §552 : §294, §295, §297
- Preuve propriété superficière : §292 et s.
 - . Individualisme : §300
 - . Jus excludendi : voir ce mot
 - . Preuve par tous moyens : §306
 - . Preuve renforcée : §303, §315, §330
 - . Réflexions : §324 et s.
 - . Surfaces superposées et surfaces imbriquées : §319 et s.
 - . Usucapion (Prescription acquisitive) : §299, §300, §303, §304, §312, §315, §326, §329
- *Probatio diabolica* : §299

O

- Objet droit de propriété : §172, §748, §751, §752, voire aussi « chose référente ».
- Ordre public des biens : §440 et s.

P (suite)

- Propriété collective : §37, §129, §152, §353, §572 et s., §575, §598, §611, §618
- Propriétés imparfaites : §738 et s.
- Propriété parfaite : §723 et s.
 - . Origine idéale : §724
 - . Critique : §730
 - . Le rôle du bien : §732
 - . Référence de la propriété du code : §731
 - . Réification : voir ce mot
- Propriété simultanée ou propriété de droit : §531 et s.
- Propriété sui generis : voir thèse dualiste
- Propriété systémique ou système : §12 et s., 39, §462, §815
- Proudhon :
 - . Droit de propriété : §473 et s.
 - . droit de superficie : §483 et s.
 - . La mine de 1810 voir la mine.
- Publicité foncière : §148 et s.

R

- *Radical title (ultimate domain)* : §585, §587
- Rentes foncières : §26 et s., §119, §123, §191, §214, §373, §444, §445, §446, §811, §840
- Rareté (principe de la) : §615 et s.
- *Res communis* : §167, §171, §176, §181, §332, §556, §617
- Réification : §65 et s., §394
 - . Chose réifiée : §736, §737
 - . Droit réel : §735, §740, §744
 - . Fonds de terre : § 67
 - . *Jus excluendi* : voir ce mot
 - . Le temps : voir ce mot
 - . Propriété parfaite : §734
 - . Servitudes : §67, §733
- Révolution Française
 - . Individualisme : §568
 - . Personne morale : §571
- Russel (Bertrand) : §77 et s.

T

- Temps :
 - . Les limites du temps : §796, §797, §798
 - . Usucapion (Prescription acquisitive) : §795 et s.
 - . Réification : §795
- Tenure : §580, §606
- Terminus : §113, §183
- Terriers : §121
- Thèse droit réel : §368 et s.
- Thèse droit réel sur la chose d'autrui : voir ce mot
- Thèse dualiste : §472 et s.
- Thèse moniste : §697 et s.
 - . Schéma : §710
- Thèse personnaliste : §351 et s.
- Topocentrique (représentation) : §165
- Trust : §545, §575, §591, §594 et s., §618, §774, §822

V

- Vanuxem (S.) : §599 et s.
- Vareilles-Sommières (M. de) : §739 et s., §742 et s.
- *Vis attractiva* : §448
- Volume immobilier :
 - . Appropriation : §718 et s.
 - . Définition : §640 et s.
 - . Droit d'accession : §662, §664, §712, §752, §764 et s., §772
 - . Individualisme : §759

S

- Savatier (René) : §626 et s.
- Servitudes :
 - . Bornage : voir ce mot
 - . droit de superficie : §279, §280, §296, §375 et s., §377 et s., §408, §413
 - . Mine : §219, §242, §261
 - . Réification : Voir ce mot
 - . Rome : §21
 - . Volume : voir ce mot
- Sizaie (Daniel) : §647 et s.
- Sol :
 - . Idéalisation : §135 et s.
 - . Indivisibilité : §106
 - . Individualisation : §111 et s., §760 et s.
 - . Géométrie : §154 et s.
 - . Matérialité : voir ce mot
 - . Pouvoir : §151 et s.
- Système confortatif et constitutif : §148, §715

U

- Unité du sol (principe) :
 - . Division : §102 et s.
 - . Droit d'accession : §94 et s.
 - . Droit réel sur la chose d'autrui : §405
 - . Gravité : §96, §99
 - . Droit de propriété §97
 - . Géométrisation du sol : §99
- Usucapion (Prescription acquisitive) :
 - . Droit réel : §811
 - . Droit réel sur la chose d'autrui : §425, §426
 - . Droits réels irréductibles à une chose civiliste : §780 et s.
 - . La mine : voir ce mot
 - . Matérialité : voir ce mot
 - . Preuve propriété superficière : voir ce mot

V (suite 1)

- . Fondement textuel : §757 et s., §762 et s.
- . Fonds de terre : §692, §695
- . Gravité : §657 et s.
- . Numerus clausus : voir ce mot
- . Perpétuité : §738, §806, §812, §817, §819 et s.
- . Propriété superficière : §703, §705
- . Légitimation légale : §714
- . Représentation du sol : §688, §689

V (suite 2)

- Volume immobilier (suite) :
 - . Servitudes : §750, §751 et s., §759, §760, §764
 - . Sol en volume : §680 et s.
 - . Surface : §694
 - . Système de propriété : §750
 - . Volume mathématique : §643 et s.
 - . Volume technique : §647 et s.

W

- Weiss : §702

Plan détaillé

| | |
|---|-----------|
| Thèse de Doctorat / novembre 2015 | 1 |
| INTRODUCTION | 13 |
| I Le concept de propriété un préalable à la propriété d'un sol en volume | 15 |
| A. La définition de la propriété : un lien entre l'homme et les choses | 16 |
| 1. Les trois éléments constitutifs de la propriété : le sujet, l'objet et le lien | 16 |
| 2. La propriété une relation essentielle ou l'essence de la relation ? | 18 |
| 3. La propriété un lien singulier et pluriel | 19 |
| B. Pourquoi « encore » la propriété et en particulier la propriété du code ? | 20 |
| 1. Le fondement d'une propriété volumique civiliste entre légalité et discrétion | 21 |
| a. La propriété volumique suivant l'ordre du code | 21 |
| b. L'ordre du code un choix toujours d'actualité | 22 |
| 2. La propriété volumique civiliste ou l'invitation à une propriété système | 23 |
| a. La théorie de la propriété civiliste : peu de soutiens et beaucoup de critiques | |
| 24 | |
| b. La propriété volumique ou la révélation de la propriété systémique ou | |
| propriété système | 27 |
| Alpha. Les éléments de la propriété systémique | 28 |
| Bêta. Le fonctionnement de la propriété système | 29 |
| Gamma. Propriété volumique, propriété systémique et les limites de cette | |
| dernière | 31 |
| II. Propriété foncière et droit de superficie : une relation indissociable et tumultueuse | 32 |
| A. Droit de superficie et propriété à Rome et dans l'ancienne France | 33 |
| 1. Les origines romaines de la superficie | 34 |
| 2. La période féodale et le droit de superficie | 36 |
| B. Le droit de superficie et la propriété civiliste | 38 |
| 1. La transformation des rentes foncières ou l'épilogue d'un long processus | 39 |
| a. La longue et tumultueuse abolition des rentes foncières et autres droits | |
| féodaux | 40 |
| b. Le refus emprunté de réinstaurer les rentes foncières des rédacteurs du Code | |
| civil | 42 |
| 2. L'absence de références directes du Code civil au droit de superficie | 44 |
| a. Le silence des articles clefs se rapportant au démembrement de propriété | 45 |
| b. La dissociation physique de la propriété pour cause de construction sur le | |
| domaine public | 46 |

| | |
|---|-----------|
| c. La dissociation physique de la propriété des immeubles à étages | 46 |
| 3. L'article 553 exception au droit d'accession véritable fondement du système superficiaire du code | 47 |
| a. Le système superficiaire du Code civil | 48 |
| b. L'article 553 du Code civil fondement classique mais aussi limite du droit de superficie | 50 |
| III. La propriété volumique ou la propriété foncière du Code civil allant de l'unité à la division | 52 |
| PARTIE I : LE SOL DU CODE CIVIL : UNE CHOSE ESSENTIELLEMENT SURFACE | 57 |
| TITRE I : LES CARACTERES DU SOL SELON LE CODE CIVIL | 59 |
| Chapitre I : La matérialité du sol | 61 |
| §1 Le fonds de terre matière comme signe du monde sensible | 62 |
| A. Les ressorts de la représentation matérielle du sol civiliste | 63 |
| 1. Le sol est d'abord de la matière que l'on peut voir et toucher | 63 |
| a. Les biens du code ou l'évidence de la matière | 64 |
| b. Une évidence renforcée par les sens | 64 |
| c. Les biens par nature : des biens sensibles | 66 |
| 2. Le sol civiliste une chose corporelle soumise à la règle de l'exclusivité spatiale | 67 |
| a. La nécessaire relation avec les choses corporelles | 67 |
| b. « ...là où quelque chose est, rien d'autre ne peut être au même moment. » | 69 |
| 3. De l'exclusivité de la chose à l'exclusivité de la relation homme, chose | 71 |
| B. La matérialité civiliste ou la conceptualisation du monde sensible | 74 |
| 1. Les causes extrajuridiques de la corporalité du fonds de terre | 75 |
| 2. L'impossible corporalité du concept de fonds de terre | 79 |
| a. La fonction de représentation du fonds de terre signe de sa nature intelligible | 79 |
| b. La relation concept/chose marquée par sa finalité | 83 |
| c. La confirmation par la science juridique de l'incorporalité du fonds de terre | 85 |
| Alpha. La conceptualisation de l'étendue du fonds de terre | 86 |
| bêta. La réification des droits réels l'autre pilier du concept de fonds de terre | 87 |
| 3. L'impossible idéalisation de la chose signifiée par le fonds de terre traduit le choix matériel du sol civiliste | 89 |
| §2 La matérialité civiliste un espace qui ne peut s'affranchir de l'espace | 93 |
| A. Le droit un espace parmi d'autres espaces | 94 |
| 1. L'impossible singularité de l'espace | 95 |
| 2. L'espace du droit : un espace s'ouvrant sur plusieurs espaces tantôt idéels tantôt tangibles | 99 |
| B. La relativité de la matière de l'espace du droit des biens | 102 |

| | |
|---|------------|
| 1. L'espace corporel des juristes : un espace sensoriel fait d'une matière interprétée | 103 |
| a. La relativité de l'expérience sensitive des choses extérieures | 103 |
| b. Le maintien d'une distinction entre le sujet et les choses extérieures | 105 |
| 2. L'espace terrestre des juristes et la difficulté à distinguer le vide de la matière | 108 |
| a. Les états de la matière en contradiction avec la vision réductrice du sol civiliste | 108 |
| b. Le fonds de terre élément de l'espace terrestre | 111 |
| §3 « L'irréductible nature de l'immeuble » ou l'ascendance de la dimension idéelle du fonds de terre sur la matière | 114 |
| A. La fixité référence à la matière aux limites de l'immeuble | 116 |
| 1. La fixité synonyme d'un attachement matériel au sol | 117 |
| 2. La fixité matérielle synonyme de la force gravitationnelle | 118 |
| 3. La gravité synonyme d'une planète matière en mouvement | 120 |
| B. Le sol : un immeuble spécifique | 121 |
| 1. Le sol : un immeuble par nature comme les autres | 121 |
| 2. Le sol : un immeuble par nature spécifique | 123 |
| a. Un immeuble disposant de la faculté de se reconstituer | 123 |
| b. L'avantage absolu du sol via l'association entre le droit d'accession et le principe de l'unité du sol | 124 |
| Alpha. Le bénéfice de l'accession et la gravité : de faux amis | 125 |
| bêta. Le principe de l'unité du sol une interprétation de la loi de la pesanteur | 126 |
| Gamma. Droit d'accession et principe de l'unité du sol : supports de la propriété civiliste | 128 |
| C. La spécificité du sol repose sur la dimension idéelle du fonds de terre | 130 |
| 1. L'unité du sol : une interprétation géométrique de la nature | 130 |
| 2. Les effets du sol surface : clef de l'immobilité du sol | 131 |
| a. Le sol surface : un immeuble par nature unique par sa nature mathématique | 132 |
| b. Le sol surface : un immeuble divisible seulement horizontalement | 133 |
| Chapitre II : Le sol pris comme une étendue | 137 |
| Section 1 : L'étendue du sol en régime de propriété privée et individuelle | 137 |
| § Préliminaire : le fonds de terre : un décompte, une fraction localisée de la planète Terre | 138 |
| A. La possession des étoiles par le comptage (du businessman de St-Exupéry) | 138 |
| B. L'appropriation de la planète Terre par la géométrisation du sol | 140 |
| 1. La représentation géométrique de l'étendue du sol | 140 |
| 2. Une géométrisation qui se limite à l'étendue du sol | 142 |

| | |
|--|-----|
| §1 L'individualisation du sol et la propriété civiliste | 144 |
| A. L'individualisation du sol à Rome | 145 |
| 1. Terminus le dieu protecteur des limites du sol et de la propriété individuelle | 145 |
| 2. Les agrimensores, des géomètres faiseurs de limites | 146 |
| B. L'individualisation du sol et la propriété individuelle moderne | 148 |
| 1. L'individualisation du sol ou le prolongement du corps du sujet dans la chose | 148 |
| a. La propriété individuelle suppose une chose individuelle ou individualisée | 148 |
| b. L'individualisation du sol condition de la propriété lockéenne | 149 |
| 2. L'enjeu de l'individualisation et la période révolutionnaire | 152 |
| a. La division du sol pour une liberté sans entraves dans l'ordre des choses... .. | 152 |
| b. La division du sol ou la géométrie au service de la propriété | 154 |
| Alpha. La refonte des terriers ou les germes de la géométrisation du sol | 154 |
| Bêta. Allou universel et cadastre perpétuel témoins privilégiés de la géométrisation du sol | 156 |
| §2 Le bornage : la marque de la propriété individuelle sur le sol | 159 |
| A. Le bornage : une servitude tendant à parfaire l'exclusivité du sol | 161 |
| 1. La propriété existe sans bornage | 161 |
| 2. Le propriétaire, sujet d'un système de propriété | 163 |
| B. Le bornage ou la marque de la propriété individuelle sur le sol | 164 |
| 1. Propriété et bornage vont de pair | 164 |
| 2. La borne « affecte la chose de cette énergique empreinte d'appropriation... » | 167 |
| a. La borne ou la limite de l'objet du droit de propriété | 168 |
| b. La borne une enveloppe matérielle | 169 |
| Section 2 : La conceptualisation de l'étendue du sol civiliste | 171 |
| Sous-section1 : La surface support à l'idéalisation du sol et au développement de la propriété | 172 |
| §1 L'apport du cadastre au concept de sol civiliste | 173 |
| A. Cadastre et Code civil : enfants des idées révolutionnaires | 173 |
| B. Le cadastre parcellaire : entreprise scientifique de géométrisation du sol rejoignant la propriété du code | 176 |
| 1. La parcelle cadastrale un concept du sol qui s'articule avec la propriété individuelle | 177 |
| 2. La triangulation ou l'appréhension du sol par la géométrie, source d'influence du fonds de terre | 179 |
| §2 La publicité foncière ou le prolongement de conceptualisation du sol cadastral | 181 |
| A. La réforme de 1955 : accélérateur d'une propriété immobilière abstraite | 182 |
| B. La réforme de 1955 : source d'adaptation de la propriété du code | 183 |

| | |
|---|-----|
| 1. La réforme de la publicité foncière un gain source d'adaptation pour la propriété..... | 184 |
| 2. La nature de la publicité foncière : question à la propriété du code | 185 |
| Sous-section 2 : La représentation des limites de l'étendue du sol | 187 |
| §1 Caractère évolutif de la représentation du sol ? | 187 |
| A. Le sol représenté initialement comme un pouvoir | 188 |
| 1. Le sol : un pouvoir relevant du sacré | 188 |
| 2. Le sol et le pouvoir féodal | 190 |
| B. Le sol représenté ensuite comme une chose géométrique | 191 |
| 1. De la représentation du sol en un concept géométrique en deux dimensions... 191 | |
| 2. À un concept de sol géométrique en trois dimensions ? | 193 |
| a. Le sol surface une invitation à penser le sol en trois dimensions | 193 |
| b. Le volume immobilier : évolution naturelle du sol surface ? | 194 |
| C. Évolution ou mutation de la représentation du sol ? | 196 |
| 1. La survivance du sol sacré et du sol pouvoir | 196 |
| 2. L'hétérogénéité de la représentation géométrique du sol | 197 |
| a. Le sol surface n'a pas fait table rase du passé | 197 |
| b. Parcelle et volume : deux représentations géométriques du sol | 198 |
| 3. Vers une diversité des représentations du sol ou la jonction d'un sol topocentrique et géométrique ? | 198 |
| a. Le sol géométrique et/ou topocentrique ? | 198 |
| b. La diversité du sol et de ses représentations | 200 |
| §2 les limites du sol représenté comme une chose en trois dimensions | 201 |
| A. La problématique de la délimitation du sol | 202 |
| 1. Les origines controversées de l'article 552 | 202 |
| 2. Une doctrine sur le principe favorable à l'équilibre de l'article 552 | 205 |
| 3. Le critère de l'intérêt légitime de P. Brouillaud, un exemple de la difficile mise en œuvre de l'équilibre de l'article 552 | 207 |
| a. Le développement de l'aviation ou le dépassement de l'article 552 | 207 |
| b. L'intérêt légitime ou l'impossible conceptualisation d'un sol volumique sur la base de l'article 552 | 210 |
| B. Proposition d'un cadre pour une délimitation volumique du fonds de terre | 214 |
| 1. Article 552 alinéa 1 ou la description de l'objet du droit de propriété en trois dimensions | 214 |
| a. Le sol avec un dessus et un dessous est un volume | 214 |
| b. La difficulté de la limite infinie du sol en volume | 215 |
| c. La possession du dessus, entre description matérielle et interprétation de la loi 217 | |
| Alpha. La variation de l'acte de posséder le sol | 217 |

| | |
|---|------------|
| Bêta. La nature idéelle du fonds de terre et la possession | 218 |
| Gama. Une évolution du concept de possession favorable au-dessus | 219 |
| d. Les conséquences de la qualification de proprietas du dessus et l'abus | 220 |
| 2. Article 552 alinéa 2 et 3 la description du droit de propriété suivant la dialectique de l'article 544 | 222 |
| a. L'article 552 ou l'éloge de la propriété foncière du code au dieu Terme | 222 |
| b. La propriété d'un sol tridimensionnel ou le développement de l'équilibre du code | 223 |
| TITRE II : LES PREMICES D'UN CONCEPT CIVILISTE DU SOL TRIDIMENSIONNEL..... | 227 |
| Chapitre I : L'exemple de la mine de 1810 | 229 |
| Section 1 : Un droit de propriété resté sous l'emprise de la propriété du code | 231 |
| Sous-section 1 : La loi du 28 juillet 1791 : un choix in fine conforme à la propriété du Code civil | 231 |
| §1 La période post révolutionnaire et la proposition de Turgot | 232 |
| §2 La loi de 1791 ou l'échec du choix du modèle de la propriété foncière | 234 |
| A. Le maintien des intérêts du propriétaire de la surface | 235 |
| B. Une posture idéologique inappropriée au développement minier | 236 |
| Sous-section 2 : La loi de 1810 ou l'avènement d'une propriété superficielle | 238 |
| §1 Un concessionnaire investi de la propriété minière par l'État | 239 |
| A. La loi de 1810 : l'abandon nécessaire de la propriété du sol et l'avènement d'un État arbitre | 240 |
| B. Le rayonnement de la propriété comme prix du compromis | 241 |
| § 2 Le droit de superficie minier : un droit de propriété à part entière | 243 |
| A. Une propriété distincte de la surface au fondement incertain | 244 |
| 1. Le sous-sol échappe au propriétaire du sol | 244 |
| 2. La difficulté de la propriété du gisement avant concession | 245 |
| B. La reprise des caractères de la propriété du code par la mine de 1810 | 248 |
| §3 Le droit de superficie minier est un droit de propriété « pas ordinaire » | 252 |
| A. Une propriété concédée tirant un «coup de chapeau à l'article 552 du Code civil» | 252 |
| 1. Un acte de concession instituant un droit de propriété et valant autorisation d'exploiter | 253 |
| 2. L'acte de concession : point d'équilibre pragmatique entre mine et surface | 255 |
| B. Un encadrement des attributs de la propriété superficielle sans incidence sur la nature du droit | 257 |
| 1. Une propriété minière soumise aux contraintes de l'intérêt général | 257 |
| a. L'affirmation la propriété minière face aux prérogatives de la puissance publique | 258 |
| b. Proudhon ou l'application de la théorie du double domaine à la mine | 261 |

| | |
|--|-----|
| 2. Un interventionnisme des pouvoirs publics anachronique pour l'époque et allant grandissant..... | 263 |
| §4 La mise en retrait de la propriété minière : La loi du 9 septembre 1919..... | 264 |
| A. En 1919 le concessionnaire devient détenteur d'un simple droit immobilier | 265 |
| B. Le maintien sur le principe d'un bien « mine » au-delà de 1919..... | 267 |
| Sous-section 1 : Un objet de la propriété minière qui ne peut se limiter aux minerais | 270 |
| §1 Le bien « mine » de 1810 est fait de matière « économique » | 270 |
| §2 la mine est une surface bornée (seulement) sur le dessus | 273 |
| §3 Les investissements ou la superstructure minière déjouant la règle de la pesanteur | 274 |
| A. La mine est soumise au champ de gravité terrestre (comme un bâtiment) ! | 275 |
| B. La mine est un immeuble doté d'une forme de superstructure via la pratique des « investissements » | 278 |
| 1. La technique des « investissements » | 278 |
| 2. La mine un immeuble doté d'un plancher d'un toit et de flancs..... | 279 |
| §4 la mine : un corps en trois dimensions aux contours incertains | 280 |
| A. La dimension volumétrique de la mine | 281 |
| 1. La mine est une structure volumique avec « un toit et des flancs »..... | 281 |
| 2. L'affirmation du principe d'une dimension volumique de la mine..... | 282 |
| B. Le talon d'Achille du volume minier : des limites incertaines | 283 |
| Sous-section 2 : Un immeuble par nature imparfaitement dissocié du sol | 286 |
| §1 La mine de 1810 un immeuble par nature ?..... | 287 |
| A. La doctrine dominante ou l'assimilation de la mine au fonds de terre | 288 |
| 1. La mine immeuble par nature par application du droit de propriété de 1810 | 289 |
| a. En doctrine la mine est un bien immeuble par nature en raison de sa qualité d'objet d'un droit de propriété avec lequel elle se confond. | 289 |
| b. Pour la jurisprudence le bien « mine » est également un immeuble par nature distinct du sol..... | 292 |
| 2. La mine immeuble par nature : une affirmation réduite au rang d'exception | 293 |
| a. La mine immeuble par nature de Marty : « un exemple isolé » fruit d'une fiction..... | 294 |
| b. La mine immeuble par nature de F. Dumont : une fiction « légale »..... | 296 |
| B. La thèse de la mine immeuble par nature, un concept ou une fiction ou la confusion du concept et de son objet..... | 298 |
| C. Les autres propositions de qualification du bien « mine » | 301 |
| 1. La mine n'est pas l'égale du sol, elle est le sol (P. Rey) | 302 |
| 2. La mine de 1810 est un bien incorporel (L. Aguillon) | 305 |
| §2 L'absence de limites : l'obstacle à la qualification d'immeuble par nature de la mine de 1810 | 307 |
| A. La mine : une propriété verticale dans un univers horizontal..... | 308 |
| 1. La mine ou la propriété du sol « sens dessus dessous »..... | 308 |

| | |
|--|------------|
| 2. La limite du sol surface appliquée à la mine | 310 |
| B. La mine un volume à géométrie variable..... | 312 |
| 1. L'insuffisance de la proposition d'une propriété minière limitée à celle du filon | 312 |
| 2. L'exemple de l'imbroglia des recherches nouvelles sur terrain déjà concédé | 314 |
| 3. La mine de 1810 un espace contenant du minerai | 317 |
| Chapitre II : L'exemple des caves, grottes et autres excavations..... | 321 |
| Section I : En doctrine les autres biens souterrains répondent aux canons de la propriété du code énoncés aux articles 544 et 518 | 323 |
| §1 La propriété souterraine une véritable propriété | 324 |
| A. La propriété souterraine le précédent évocateur de l'arrêt d'octobre 1811 | 324 |
| 1. Une reconnaissance sans équivoque de la propriété souterraine | 325 |
| 2. La nature du bien souterrain justifie le principe du droit de propriété | 326 |
| B. La propriété souterraine : une propriété largement et durablement reconnue | 328 |
| 1. L'évidence de la propriété des biens souterrains relayée par les articles 552 et 553 du Code civil..... | 328 |
| 2. La propriété des biens souterrains : une propriété évidente peu sujette au débat | 330 |
| §2 Les biens souterrains : des immeubles par nature faits de matière conforme à la réalité | 332 |
| A. Une qualification des biens souterrains associée à la matérialité | 333 |
| 1. Des biens souterrains partie prenante du sol ou incorporés au sol | 333 |
| 2. Des biens dont la nature tient d'abord à leur matérialité | 335 |
| B. Une qualification conforme à la réalité qui s'impose à la science juridique | 336 |
| 1. Les biens souterrains : des biens spécifiques et appropriables | 336 |
| 2. La propriété des biens souterrains ou la théorie juridique influencée par la pratique | 337 |
| Section 2 : Le mode de preuve de la propriété superficière ou le vrai lieu du débat sur la propriété verticale du tréfonds | 340 |
| §1 La présomption de l'article 552 un privilège réservé au sol | 341 |
| A. La propriété du dessus n'emporte pas la propriété du sol | 343 |
| B. Une non-réciprocité valant également pour le dessous | 345 |
| §2 La preuve de la propriété superficière : une exception au principe identitaire de la liberté de la preuve de la propriété sujette à débat | 346 |
| A. Le principe de la liberté de la preuve de la propriété immobilière | 347 |
| B. Le lien entre le mode de preuve et l'origine de la propriété fondée sur l'individu | 349 |
| §3 le fondement incertain de la preuve renforcée imposée à la propriété superficière ... | 351 |
| A. La preuve renforcée : une tendance jurisprudentielle de fond au long cours | 352 |

| | |
|--|-----|
| 1. Le tournant jurisprudentiel favorable à la preuve renforcée de la fin du 19 ^{ième} siècle..... | 353 |
| 2. Une position largement reprise par les cours d'appel..... | 355 |
| B. Un contre-courant de la preuve par tous moyens dépassant le principe de l'accession stricto sensu | 356 |
| 1. La preuve par tous moyens..... | 357 |
| 2. Un mouvement transcendant la seule notion d'accession | 359 |
| a. L'articulation contestable entre mode de preuve, principe de l'accession et le refus de la propriété superficière de F. Zenati et T. Revet | 359 |
| Alpha. La preuve renforcée du droit de superficie droit réel : exception au droit d'accession | 359 |
| Bêta. Une théorie critiquable fondée sur la distinction entre superficies classiques et superficies relevant d'un prolongement d'une propriété adjacente | 360 |
| b. W. Dross ou le bénéfice de l'accession : genèse de la preuve superficière..... | 361 |
| §4 Développements sur le fondement du mode de preuve de la propriété superficière .. | 363 |
| A. Les présomptions des articles 552 et 553 : règle de fond..... | 365 |
| 1. La propriété unitaire prônée par le code prime la propriété dissociée | 366 |
| 2. La distinction preuve renforcée preuve par tous moyens s'explique par les différents types de superficies | 367 |
| a. La pertinence du critère de F. Zenati distinguant superficies superposées et superficies imbriquées touchant à la limite du fonds..... | 368 |
| b. Les superficies imbriquées synonymes d'un sous-développement parcellaire | 370 |
| c. Un critère éclairant pour les décisions pivots prononcées à compter de la seconde partie du 20 ^{ième} siècle..... | 372 |
| B. Spéculations autour du mode de preuve de la propriété superficière | 374 |
| 1. La preuve par tous moyens ou l'émergence de la vérité du code étendue à propriété verticale..... | 374 |
| a. La preuve par tous moyens pour la propriété superficière en respect des équilibres du code..... | 374 |
| b. La preuve par tous moyens pour la propriété superficière pour une assimilation totale à la propriété du code | 376 |
| 2. La preuve renforcée ou l'éloignement de la propriété foncière originelle | 377 |
| a. La preuve renforcée ou le retrait d'une propriété pratique | 378 |
| b. La preuve renforcée ou le signe d'une propriété plus scientifique ou normée | 380 |
| Section III : Les caractéristiques des biens fonciers souterrains révélatrices des tensions avec la propriété du code | 382 |

| | |
|--|------------|
| §1 Les propriétés souterraines sont des masses composées de matière situées en deçà du niveau naturel du sol | 383 |
| §2 Les propriétés souterraines sont des étendues aux limites indéfinies | 384 |
| A. Les limites du bien souterrain coïncident avec les contours du bien pris isolément | 385 |
| 1. L'objet de la propriété des biens souterrains se limite au bien lui-même | 386 |
| 2. Une vision statique et théorique de la propriété souterraine | 386 |
| B. Le bien souterrain composant une étendue imparfaitement définie | 388 |
| 1. Pour la jurisprudence les biens souterrains sont des biens volumiques aux limites incertaines..... | 388 |
| a. La difficile représentation volumique des biens souterrains | 388 |
| b. Les biens souterrains : des volumes aux limites incertaines à l'exemple des caves..... | 390 |
| 2. L'absence de limites précises des biens souterrains : frein à une appropriation individuelle | 392 |
| PARTIE II : LES THESES REJETANT LA PROPRIETE D'UN SOL EN VOLUME | 399 |
| TITRE I : LES REJETS PURS ET SIMPLES DE LA PROPRIETE VOLUMIQUE | 403 |
| Chapitre I La thèse personaliste | 405 |
| § 1 Une thèse fondée sur la théorie classique d'une propriété corporelle | 406 |
| A. Une vision défensive de la propriété face à une propriété en proie au doute..... | 407 |
| B. L'objet du droit de propriété est un corps, ce que n'est pas le droit de construire | 408 |
| § 2 Une thèse dogmatique inapte à rendre compte de l'évolution de la propriété foncière | 410 |
| A. La thèse personaliste : une théorie déficiente..... | 411 |
| 1. Les limites intrinsèques de la thèse personaliste | 411 |
| a. La thèse personaliste bouleverse le numerus clausus classique | 411 |
| b. La thèse personaliste souligne la dimension personnelle de la propriété ... | 413 |
| 2. Une thèse niant par principe l'existence du sol en volume | 414 |
| B. La thèse personaliste : « une application difficile » | 417 |
| 1. La problématique du passage de l'incorporel ou corporel | 417 |
| a. La nature duale du volume personaliste : frein à sa mise en œuvre..... | 418 |
| b. Une mise en œuvre incohérente avant comme après la construction | 418 |
| 2. La difficile articulation entre la thèse personaliste et les législations spéciales | 419 |
| Chapitre II : La thèse du droit réel « classique »..... | 421 |
| §1 Une théorie fragilisée par la remise en cause du numerus clausus | 422 |
| A. Le numerus clausus un cadre sécurisant difficile à dépasser..... | 422 |
| B. Le droit de superficie : un véhicule instable mal adapté au dépassement du numerus clausus..... | 423 |

| | |
|--|------------|
| 1. La dimension perturbatrice du droit de superficie vis-à-vis des autres droits réels | 424 |
| 2. Les contours flous du droit de superficie et son évolution dans le temps | 424 |
| §2 Une théorie contestable peu soutenue par la doctrine et la jurisprudence | 426 |
| A. Le droit de superficie servitude une qualification accidentelle | 427 |
| B. Les autres qualifications de la thèse du droit de superficie droit réel | 429 |
| §3 La thèse du droit de superficie droit réel de F. Laurent ou l'affirmation d'un numerus clausus | 431 |
| A. Le droit de superficie un droit réel conformément à la loi de 1824 | 431 |
| B. Le droit de superficie ne peut se réduire à un droit réel ersatz du droit de propriété | 434 |
| 1. La cave démembrement du sol invalide la thèse du droit de superficie droit réel | 434 |
| 2. Le droit de superficie droit réel contribue à inférioriser l'institution | 436 |
| C. Laurent prône la liberté de création des droits réels donc la propriété superficière | 437 |
| 1. Laurent : Une propriété absolue allant jusqu'à une liberté totale de démembrement | 437 |
| 2. Une liberté totale en contradiction avec un droit de superficie simplement droit réel | 439 |
| C. Observations générales sur la thèse du droit de superficie droit réel de Laurent | 440 |
| Chapitre III : La thèse du droit réel sur la chose d'autrui (DRCA) | 443 |
| §Préliminaire la théorie renouvelée de la propriété ou le refus de la propriété de droits | 444 |
| A. Le jus exclusiendi : une thèse réaliste au sens philosophique et juridique du terme | 444 |
| 1. Le réalisme de la propriété renouvelée ou la réalité des choses immatérielles sans référent extérieur | 445 |
| 2. Le réalisme de la propriété renouvelée au sens juridique | 446 |
| B. La réification ou la production de choses réelles donc appropriables | 448 |
| 1. La reprise de la summa divisio revisitée par Ginossar | 448 |
| 2. Brève présentation des notions de propriété subjective et de propriété objective | 450 |
| 3. Retour sur le processus de réification moteur du jus exclusiendi | 451 |
| a. La réification des relations obligationnelles | 451 |
| b. La réification des droits réels | 452 |
| C. Le choix du réalisme ou l'impossible propriété de droits | 453 |
| 1. L'émergence de choses y compris incorporelles appropriables exclusivement | 453 |
| 2. Le maintien partiel de la summa divisio classique par le jus exclusiendi | 454 |

| | |
|---|-----|
| 3. La propriété renouvelée une propriété individuelle et exclusive opposée à la propriété de droits..... | 455 |
| §1 Le refus de la propriété superficière attribut de la propriété renouvelée..... | 457 |
| A. L'approche classique par la propriété renouvelée du droit de superficie | 458 |
| 1. Le sol matière unitaire : fin de non-recevoir de la propriété superficière | 458 |
| 2. L'obligation d'un retour du principe du <i>numerus clausus</i> | 460 |
| B. Un <i>numerus clausus</i> revisité difficile à verrouiller..... | 461 |
| 1. Le droit de superficie un droit inclassable et perturbateur | 462 |
| 2. Le droit de superficie de F. Dumont : un bail à long terme par nature non perpétuel | 464 |
| §2 La perpétuité ou la clef du <i>numerus clausus</i> « renouvelé » du <i>jus excluendi</i> | 467 |
| A. La perpétuité des droits réels synonyme d'asservissement de l'homme ?..... | 468 |
| B. L'absence de justification de la durée comme fondement du <i>numerus clausus</i> .. | 470 |
| 1. La décision du Conseil constitutionnel de 1994 marque le principe d'un droit de superficie commun à la propriété publique et privée sans justifier un alignement de leur régime..... | 470 |
| 2. La protection constitutionnelle de la propriété publique et privée n'emporte un même régime de création des droits réels | 472 |
| 3. La jurisprudence judiciaire ne permet pas de légitimer la durée comme critère du <i>numerus clausus</i> | 474 |
| C. Le droit de superficie non perpétuel perturbe la perpétuité du <i>jus excluendi</i> | 476 |
| §3 Les apports du droit de superficie DRCA..... | 478 |
| A. Le DRCA un concept pertinent pour un droit de superficie limité à un démembrement de droit | 480 |
| 1. Le DRCA un rempart contre les perturbations du droit de superficie..... | 480 |
| 2. Le droit de superficie DRCA un espace de liberté sécurisé | 482 |
| 3. L'inaliénabilité : illustration de l'intérêt du droit de superficie DRCA | 483 |
| B. Le DRCA un concept expliquant la création d'un droit de superficie sur la base d'un droit personnel ? | 486 |
| 1. La nature ubiquiste du droit de superficie un outil pour repenser la <i>summa divisio</i> droit réel droit personnel | 487 |
| 2. Présentation de l'imperméabilité des catégories droit personnel droit réel | 489 |
| 3. L'apport du DRCA concernant la création d'un droit de superficie droit réel sur la base d'un droit personnel..... | 491 |
| 4. Observations sur le chevauchement droit personnel droit réel et le <i>jus excluendi</i> | 493 |
| §4 Les limites du droit de superficie DRCA | 494 |
| A. Le droit de superficie DRCA : facteur de risque pour l'ordre public des biens .. | 495 |
| 1. Essai de définition de l'ordre public des biens pour la création des droits réels | 496 |

| | | |
|---|--|------------|
| a. | Les risques liés à la libre création des droits réels | 497 |
| b. | Le risque politique en lien avec le mode de détention du sol | 499 |
| c. | La nature de la propriété foncière pilier de l'ordre public des biens et la question des rentes foncières | 501 |
| 2. | Mode de propriété : jalon de l'ordre public des biens | 503 |
| a. | Le jus exluendi ou un propriétaire maître du temps | 503 |
| b. | Rejet de la proposition du jus exluendi transformant le propriétaire en un maître du temps | 505 |
| c. | Tentative de complément de la propriété renouvelée ou le maintien d'une perpétuité caractère du droit de propriété | 507 |
| B. | Le droit de superficie DRCA : facteur de fragilisation de la propriété individuelle | 511 |
| 1. | Division verticale dotée d'un propriétaire foncier distinct | 511 |
| a. | Le DRCA une hypothèse trop restrictive | 511 |
| b. | Le DRCA source d'un déséquilibre économique | 512 |
| c. | Le DRCA une solution inadaptée en cas d'abandon de la chose | 513 |
| 2. | Division verticale sans propriétaire foncier distinct | 514 |
| TITRE II : LES REJETS RELATIFS DE LA PROPRIETE VOLUMIQUE | | 517 |
| Chapitre I : La thèse dualiste : une propriété sui generis | | 519 |
| Section I : Le concept de propriété superficielle selon Proudhon | | 519 |
| §1 | La propriété chez Proudhon : une qualification ouverte | 521 |
| A. | La propriété de Proudhon, une thèse pragmatique entre l'Ancien Régime et la société nouvelle | 521 |
| B. | La propriété de Proudhon : un concept transitoire pour une période transitoire | 524 |
| 1. | La propriété de Proudhon entre absolu et division ou imperfection et perfection | 524 |
| 2. | La propriété de Proudhon : étape charnière de l'évolution de la propriété | 525 |
| a. | Les accents de modernité de la propriété proudhonienne | 526 |
| b. | L'articulation de la propriété proudhonienne avec la théorie classique | 527 |
| c. | La spécificité du concept de propriété chez Proudhon : le pragmatisme | 528 |
| §2 | Le droit de superficie propriété de Proudhon | 528 |
| A. | Une superficie propriété indépendamment de l'objet du droit de superficie | 529 |
| 1. | Le droit de superficie intégral et parfait est une propriété imparfaite | 529 |
| 2. | Le droit de superficie partiel et imparfait est une propriété imparfaite | 532 |
| B. | Une propriété superficielle ayant les traits d'une propriété partielle (ou divisée) | 534 |
| 1. | Une définition empirique du contenu du droit de superficie | 534 |
| a. | Le critère de l'étendue du droit de superficie droit de propriété de Proudhon | 535 |
| b. | Le critère de la perfection du droit de superficie propriété de Proudhon | 536 |

| | |
|--|-----|
| c. La relativité des critères du droit de superficie propriété de Proudhon..... | 537 |
| 2. La participation à la propriété du sol signe d'une propriété duale et simultanée | 538 |
| a. La structure commune entre la propriété superficière de Proudhon et la thèse dualiste | 538 |
| b. Le droit de participation à la propriété du sol (dominité) se distingue de la foncialité du maître du fonds rappelant le modèle de propriété simultanée | 539 |
| Section II : La thèse dualiste moderne | 541 |
| §I Les caractères de la thèse dualiste moderne | 541 |
| A. L'acte fondateur d'un sol « entre abstraction et réalisme » | 542 |
| 1. Une critique classique de la propriété volumique renvoyant à la corporalité. | 543 |
| 2. La propriété des choses individualisées : ouverture vers la thèse dualiste | 545 |
| B. Les traits saillants de la thèse dualiste | 547 |
| 1. La formation de la thèse dualiste | 548 |
| a. Fondement et éléments constitutifs de la thèse dualiste | 548 |
| b. La thèse dualiste répond au concept d'une propriété unitaire | 549 |
| c. La thèse dualiste : une propriété superficière corporelle | 551 |
| 2. L'article 553 référence de la thèse dualiste pour un droit (seulement) réel sur le sol au profit du superficière..... | 552 |
| a. Le choix de principe de l'article 553 du Code civil de la thèse dualiste | 553 |
| b. Le rôle subséquent accordé à l'article 552 du Code civil par la thèse dualiste | 554 |
| §II La critique de la thèse dualiste ou l'impossibilité d'une propriété sui generis | 556 |
| Observations préliminaires : Une propriété de compromis | 558 |
| A. Une propriété conditionnée par le droit sur le sol d'autrui | 560 |
| 1. Le droit sur le sol synonyme d'une propriété simultanée et non exclusive | 560 |
| 2. La perpétuité est une réponse relative à la non-exclusivité..... | 562 |
| B. L'impossible individualisation des choses objet de la propriété superficière dualiste..... | 566 |
| 1. Les choses individualisées distinctes de l'espace superficière | 566 |
| a. L'individualisation des superficies se référant à une chose précise | 566 |
| b. L'individualisation des superficies se référant à une chose diffuse tel un usage | 568 |
| c. L'apport de la décision de 1873 sur la problématique de l'individualisation des superficies..... | 569 |
| 2. Les contours de la chose superficière proviennent d'abord du droit sur le sol | 570 |
| C. Le refus de la propriété d'un espace contrarie la propriété foncière | 571 |
| 1. La propriété sui generis repose sur la propriété de l'article 544 | 572 |
| 2. La propriété foncière ne peut être limitée aux choses individualisées | 573 |

| | |
|---|------------|
| Chapitre II : La propriété de droits ou la propriété simultanée | 577 |
| Section préliminaire : La propriété du Code civil versus la propriété simultanée | 580 |
| §1 Des modèles de propriété différents sans être opposés | 580 |
| A. Les différences « culturelles » entre la propriété civiliste et la propriété simultanée | 580 |
| B. La culture commune entre la propriété civiliste et la propriété simultanée | 582 |
| §2 La propriété simultanée un cadre référentiel seulement concurrent de la propriété civiliste | 583 |
| A. La propriété simultanée : un modèle de division pertinent pour la propriété civiliste | 583 |
| B. La propriété simultanée : un modèle de division perturbant pour la propriété civiliste | 584 |
| C. La propriété simultanée : un concurrent invitant simplement au dépassement ... | 585 |
| Section I : Aspects théoriques de la propriété simultanée | 586 |
| §1 Précisions sur l'objet de la propriété simultanée | 586 |
| A. Les différentes approches de l'objet de la propriété simultanée | 587 |
| 1. La dématérialisation exclusive d'un sol corporel | 587 |
| 2. La dématérialisation non exclusive d'un sol corporel | 588 |
| B. La propriété simultanée et la propriété collective | 588 |
| C. Une propriété communautaire compatible avec la propriété du code | 590 |
| §2 La propriété simultanée et le concept de bien | 591 |
| A. Le matérialisme des biens du code source de confusion | 593 |
| B. Le matérialisme des biens du code un « habillage conceptuel » en écho à la peinture figurative | 595 |
| 1. La nécessaire distinction entre « l'habillage conceptuel » et l'objet de cet habillage | 595 |
| 2. La nature de l'habillage voire l'absence d'habillage ne remet pas en cause la distinction entre le concept et son objet | 597 |
| C. Le matérialisme des biens du code source de différenciation et de représentation 599 | |
| 1. Le concept de bien civiliste et le rapport à l'altérité | 600 |
| 2. Le passage du statut d'axiome à axiomatique particulière du concept de bien 600 | |
| 3. La capacité du concept de bien à représenter son objet | 601 |
| D. Le matérialisme : la finalité du concept des biens du code | 603 |
| 1. La finalité du concept d'un bien matériel : une propriété individuelle et exclusive | 603 |
| 2. La finalité des concepts entre convention linguistique et nature | 604 |
| §3 Le concept de personne : l'autre clef de la propriété simultanée | 606 |
| A. La personne physique : personne par excellence et propriétaire modèle | 607 |

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | L'individu sujet de droit ou l'homme parfait de la Révolution | 608 |
| 2. | La Révolution révèle l'individu au travers du droit et de la propriété | 610 |
| B. | La personne juridique ou le spectre d'une contre-propriété | 611 |
| 1. | La personne morale une réalité dite par le droit..... | 611 |
| 2. | La méfiance révolutionnaire à l'égard de la personne morale et des autres entités collectives capables de nuire à l'individu comme à l'État | 613 |
| 3. | La personne morale ou le spectre d'un être fictif conduisant à la propriété collective..... | 614 |
| C. | La personne morale : un sujet individualisé synonyme d'une propriété individuelle ?..... | 616 |
| 1. | La personne morale un concept pragmatique supplantant les individus..... | 617 |
| 2. | La personne morale ou le retour de l'individu | 618 |
| | Section 2 : Deux modèles de propriété simultanée | 620 |
| | §1 L'exemple de la propriété de la common law anglaise | 621 |
| A. | Tenure et estate véritables objet de la propriété foncière anglaise | 623 |
| 1. | La tenure : premier objet de propriété immobilière..... | 624 |
| 2. | L'estate : l'autre concept au cœur de l'évolution de la propriété foncière anglaise | 625 |
| 3. | L'estate ou le choix de l'incorporalité de l'objet de la propriété foncière | 627 |
| B. | La couronne : un symbole donnant du sens à la propriété anglaise | 630 |
| 1. | L'ultimate ou radical title de la couronne anglaise | 630 |
| 2. | Les conséquences du radical title sur le droit des biens | 632 |
| 3. | La conséquence du radical title sur le statut du propriétaire anglais | 634 |
| C. | La division du sol demeure le principe grâce au trust sans exclure une certaine unité | 636 |
| 1. | Le mouvement vers l'unité du début du 20 ^{ième} siècle de la propriété anglaise | 636 |
| 2. | Le maintien de la division via la propriété équitable et le trust | 639 |
| a. | Le trust : le véritable outil de la division de la propriété de common law anglaise..... | 639 |
| b. | Le trust : une propriété divisée sans dématérialisation de l'objet de la propriété | 640 |
| c. | Le trust : un concept pouvant contribuer à l'évolution de la propriété civiliste | 642 |
| | §2 Exposé critique du sol dématérialisé « lieu de choses » de S. Vanuxem | 643 |
| A. | Une critique idéale sur la forme..... | 645 |
| B. | Le droit subjectif renouvelé : une dématérialisation des choses valant mise à l'écart de l'individu | 648 |
| 1. | La fin de la summa divisio homme chose ou la reconfiguration de ce binôme | 648 |
| 2. | La dématérialisation de la première des choses : la Terre | 650 |

| | |
|--|------------|
| a. La Terre déifiée ou la référence suprême des choses | 650 |
| b. La finalité du concept de terre référence suprême ou la source des choses devenues immatérielles | 651 |
| c. Les choses mises à l'écart de l'individu | 652 |
| C. Le droit subjectif renouvelé : Un modèle de propriété incertain | 654 |
| 1. La mise à l'écart du propriétaire du code | 654 |
| 2. Une propriété simultanée aux contours flous | 656 |
| D. Le droit subjectif renouvelé à l'épreuve de la rareté | 659 |
| 1. La propriété individuelle cause de la rareté ? | 659 |
| 2. L'indivision forcée ou « universelle » source d'abondance ? | 661 |
| PARTIE III : LA RECONNAISSANCE DE LA PROPRIETE VOLUMIQUE | 669 |
| TITRE I : LA PERCEPTION DU SOL TRIDIMENSIONNEL | 671 |
| Chapitre Préliminaire : Réflexions libres sur le volume immobilier | 673 |
| §1 La propriété de l'espace reflet du 20 ^{ième} siècle | 674 |
| A. Le doyen Savatier : un homme moderne dans un monde moderne | 675 |
| 1. Une période moderne empreinte de changements profonds | 675 |
| 2. Une période de changements radicaux | 676 |
| 3. Des changements radicaux relevant de la science moderne | 678 |
| B. La propriété de l'espace : une propriété souhaitant rompre avec le passé | 679 |
| §2 Le droit des biens selon R. Savatier : entre renouveau et immanence | 682 |
| A. Une approche pragmatique du droit des biens | 683 |
| B. Le paradoxe du renforcement de la propriété individuelle du Code civil | 684 |
| Chapitre I : Le sol tridimensionnel : méthode de définition | 689 |
| §1 La difficile définition du concept innovant du doyen Savatier | 691 |
| A. Le volume abstrait ou le sol nouveau | 691 |
| B. Le volume « technique juridique » | 693 |
| §2 La définition technique de D. Sizaïre ou le bien volumétrique objet de propriété individuelle | 695 |
| A. La définition du volume immobilier par D. Sizaïre | 695 |
| 1. Le volume technique : à mi-chemin entre le bien matériel et immatériel | 696 |
| 2. La délimitation en trois dimensions fondement du volume technique | 697 |
| 3. La propriété du code finalité du volume technique | 698 |
| B. Le bien volumétrique | 699 |
| §3 Observations sur la définition du volume technique | 701 |
| A. Le volume technique ou la maîtrise de la gravité terrestre par la science juridique 702 | |
| B. Les fragilités conceptuelles du volume technique | 704 |
| 1. La notion de limite ou le retour du débat de la nature de la limite constitutive ou déclarative | 704 |

| | |
|--|------------|
| 2. La confusion entre le bien objet du droit de propriété et la prérogative elle-même | 706 |
| a. Une distinction difficile à maintenir y compris par la doctrine moderne | 706 |
| b. Le flou lié de la division de « la propriété d'un immeuble » | 707 |
| c. L'erreur du droit d'accession origine commune au volume et à la superficie | 708 |
| C. Le volume technique ne parvient pas à faire oublier le sol | 709 |
| 1. Le sol matériel versus le volume immatériel | 709 |
| 2. Une division engageant le résultat d'un bien immatériel | 712 |
| 3. L'impossible dépassement du sol | 713 |
| §4 De l'intérêt d'une définition du volume immobilier | 715 |
| A. Sol et volume représentent différemment une seule et même chose | 715 |
| B. Le volume comme le fonds de terre est un concept ayant pour référent une chose du monde tangible le sol | 717 |
| 1. La distinction entre le concept « volume » et la chose représentée ou « l'idée de carré n'est pas carrée... » | 717 |
| 2. Le référent du concept volume appartient au monde tangible | 719 |
| 3. Le référent du monde tangible n'est autre que la chose « sol » | 721 |
| C. Le volume représente le sol en trois dimensions comme la parcelle le représente en deux dimensions soit le fonds de terre | 722 |
| 1. Le concept de volume : une des représentations du sol | 722 |
| 2. La relativité de la définition du volume immobilier vis-à-vis du fonds de terre | 725 |
| a. Le volume : partie prenante du droit des biens | 725 |
| b. Le volume intègre la notion de sol surface | 726 |
| c. Le volume se rattache au concept de fonds de terre | 727 |
| Chapitre II : La thèse moniste | 731 |
| §1 Propos introductifs à l'exposé de la thèse moniste | 732 |
| §2 Le droit de superficie et la propriété superficière | 734 |
| A. L'affirmation d'une propriété superficière conforme à l'article 544 | 734 |
| 1. Weiss ou l'ébauche d'une propriété superficière distincte du droit de superficie | 735 |
| 2. Les autres théories classiques en faveur de la propriété superficière | 736 |
| B. La superficie une propriété portée et limitée par la corporalité | 738 |
| 1. La propriété superficière : aiguillon vers le sol vertical | 738 |
| 2. La propriété superficière corporelle : un concept inachevé repris par le volume immobilier immatériel | 740 |
| §2 Le volume immeuble par nature et la propriété volumique | 742 |
| A. La thèse moniste ou la figure classique de la propriété : un bien et un sujet | 742 |

| | | |
|--|--|------------|
| B. | L'avant-projet de réforme du livre II ou la finalisation de la propriété volumique | 745 |
| C. | Consécration ou légitimation de la propriété volumique par la loi ? | 748 |
| TITRE II : L'APPROPRIATION DU SOL EN VOLUME..... | | 753 |
| Chapitre I : La relation droit, chose « sol » | | 755 |
| § | Préliminaire les concepts de droit et de chose entre distinction et confusion | 756 |
| §1 | Une distinction droit chose parfaite pour une propriété parfaite | 758 |
| A. | La propriété parfaite un idéal originel impraticable pris isolément | 759 |
| 1. | Questionnement sur l'origine de la notion de propriété parfaite | 759 |
| a. | La quête d'une propriété immobilière parfaite | 760 |
| b. | Pour une propriété parfaite une loi parfaite un homme parfait un Dieu parfait | 761 |
| 2. | La figure de la propriété parfaite ou la confusion idéaliste du droit et de la chose | 762 |
| 3. | La figure de la propriété parfaite : un idéal réducteur et assez pauvre | 764 |
| B. | La propriété parfaite seulement référence du système de propriété du code | 766 |
| 1. | La propriété du code un système destiné à parfaire les choses | 766 |
| 2. | La réification : le moyen pour atteindre la perfection | 769 |
| a. | Le droit réel : un droit réifié | 769 |
| b. | Le bien : une chose réifiée | 770 |
| c. | La réification système de production des choses juridiques | 771 |
| §2 | Une distinction droit chose imparfaite pour des propriétés imparfaites à l'image de la | 772 |
| A. | La propriété imparfaite ou le prolongement « naturel » de la propriété parfaite | 774 |
| 1. | Les propriétés imparfaites de Vareilles-Sommières : des produits du système de | 774 |
| 2. | La propriété volumique ou l'imperfection de la propriété de Vareilles- | 776 |
| B. | La chose tel un volume comme limite de l'imperfection du droit de propriété .. | 777 |
| 1. | Un objet de propriété distinct : condition des propriétés imparfaites de | 777 |
| 2. | Le volume immobilier moderne est un objet de propriété distinct au sens des | 779 |
| Chapitre II : La relation droit, chose « sol » : fondement textuel..... | | 781 |
| §1 | Synthèse de la perturbation de la distinction droit/chose par la problématique | 782 |
| A. | Le droit de propriété et la conditionnalité de son objet | 783 |
| 1. | Le rapport du droit de propriété et de son objet dans un système de propriété en | 783 |

| | |
|--|-----|
| 2. Le rapport du droit de propriété et de son objet volume dans un système de propriété en trois dimensions..... | 784 |
| B. L'étendue du droit réel..... | 786 |
| 1. Le rapport entre le droit réel le droit de propriété et l'étendue de la chose | 786 |
| 2. Le rapport entre droit réel et droit de propriété sans référence à la chose | 787 |
| C. Le droit réel réfère à une prérogative | 788 |
| 1. La chose référente critère de distinction entre droit de propriété et droit réel | 789 |
| 2. La nécessité de maintenir une superficie ayant la nature de droit réel | 790 |
| §2 Le principe : le volume immobilier un objet de propriété fondé sur l'article 552 | 792 |
| A. Le sol un bien volumique divisible verticalement suivant l'article 552 | 793 |
| 1. La nature individualiste de la chose volume | 793 |
| 2. La mesure du sol en volume donne corps à la vision du sol de l'article 552 .. | 795 |
| B. Les freins à faire de l'article 552 le fondement d'un volume objet de propriété | 796 |
| 1. L'article 552 fondement du sol volumique : un fondement ambigu | 797 |
| 2. L'article 552 fondement du sol volumique : un fondement critiquable | 797 |
| C. Le dépassement des freins à fonder le volume objet de propriété sur l'article 552 | 800 |
| 1. L'article 552 ou la légitimation d'une propriété civiliste du sol volume | 800 |
| 2. L'article 552 ou la division de l'objet du droit de propriété excluant par principe un démembrement de droit..... | 801 |
| §3 L'alternative : le droit de superficie droit réel fondé sur l'article 553 | 802 |
| A. Le droit de superficie démembrement de droit complément du sol en volume ... | 803 |
| 1. Le couplage droit de propriété et droit réel du sol volumique | 803 |
| 2. Les contours du droit de superficie simple droit réel de jouissance spéciale en écho à l'article 543 du Code civil | 804 |
| a. Le droit de superficie droit réel de jouissance spéciale fondé sur l'article 543 | 805 |
| b. Un droit de superficie de jouissance spéciale n'est pas un droit de propriété | 808 |
| B. Les droits irréductibles à la chose volume | 810 |
| 1. Le droit réel de jouissance spéciale un droit complexe pour le format du Code civil | 811 |
| 2. Le maintien de la distinction droit réel droit de propriété | 813 |
| a. La diversité des droits réels irréductibles à une chose civiliste | 814 |
| b. Les revirements jurisprudentiels de la distinction entre le droit de superficie les droits réels et le droit de propriété | 816 |
| c. La tentation législative d'une confusion droit réel droit de propriété : l'exemple du « BRILO » | 818 |
| §4 Le cas particulier des droits d'évolage et d'assec : des droits perpétuels pour un temps | 819 |

| | | |
|--|---|------------|
| A. | La nature des droits d'évolage et d'assec au fil du temps | 820 |
| 1. | Les droits d'évolage et d'assec soumis tardivement à la propriété du code ... | 820 |
| 2. | Une évolution conforme à l'unification du modèle économique des étangs... | 822 |
| B. | La nature des droits d'évolage et d'assec au regard du Code civil | 825 |
| 1. | La perspective civiliste sur les droits d'évolage et d'assec..... | 826 |
| a. | Les droits d'évolage et d'assec vus sous l'angle de la chose | 826 |
| b. | Les droits d'évolage et d'assec vus sous l'angle du droit (prérogative) | 828 |
| 2. | Réflexions sur la réification du temps prescriptible | 829 |
| a. | Le temps est-il une chose ?..... | 829 |
| b. | La difficile question des limites de la chose « temps » | 830 |
| Chapitre III : La propriété volumique à l'épreuve de la pratique..... | | 835 |
| §1 | La loi garante de la liberté du propriétaire | 837 |
| A. | Un propriétaire libre de gouverner exclusivement sa chose | 838 |
| 1. | La propriété du code ou l'exclusivité d'une chose | 838 |
| 2. | La propriété : une exclusivité attribuée à un seul..... | 840 |
| B. | Une liberté transcendant le numerus clausus de l'article 543 ?..... | 842 |
| 1. | Numerus clausus et propriété volumique | 843 |
| 2. | La propriété du code un idéal difficile à dépasser sans risque | 844 |
| a. | Un droit réel plus avantageux que le droit de propriété..... | 844 |
| b. | Les questions attachées au dépassement du droit de propriété..... | 846 |
| §2 | La loi : borne de la liberté du propriétaire | 847 |
| A. | La liberté du propriétaire limitée par la propriété des autres propriétaires..... | 848 |
| 1. | La propriété libre est responsable | 848 |
| 2. | Le respect de l'engagement ou la liberté de la propriété retrouvée | 849 |
| a. | Le respect du droit de propriété impose celles des propriétés volumiques .. | 849 |
| b. | Le droit de la Maison de la poésie réfère à une chose, un volume immobilier | 851 |
| B. | Vers de nouvelles limites de la propriété..... | 852 |
| 1. | Les limites de la propriété proposées par la lettre de l'avant-projet..... | 853 |
| 2. | Les limites de la propriété proposées par l'esprit de l'avant-projet..... | 855 |
| CONCLUSION | | 861 |
| I. | Éléments saillants de la propriété d'un sol en volume | 861 |
| II. | Réflexions sur la portée de la propriété volumique | 865 |
| III. | Les perspectives ouvertes par la propriété volumique | 870 |
| BIBLIOGRAPHIE | | 875 |
| I. | OUVRAGES JURIDIQUES GENERAUX : TRAITES, MANUELS, RECUEILS, COURS, DICTIONNAIRES, ENCYCLOPEDIES ET REPERTOIRES. | 875 |
| II. | THESES ET MONOGRAPHIES JURIDIQUES | 878 |
| III. | ARTICLES JURIDIQUES | 881 |

| | |
|--|------------|
| IV. OUVRAGES ET ARTICLES DE PHILOSOPHIE ET D'HISTOIRE | 885 |
| V. REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES ETRANGERES | 888 |
| VI. REFERENCES DIVERSES | 889 |
| 19 ^{ième} siècle..... | 891 |
| 20 ^{ième} siècle et 21 ^{ième} siècle | 892 |
| INDEX | 897 |
| PLAN DETAILLE | 903 |

Résumé :

La propriété foncière du Code civil, unitaire par principe, s'accommode difficilement de l'ubiquité du droit de superficie, comme en attestent les incessants débats doctrinaux sur le sujet. Le volume immobilier moderne a répondu aux besoins de division du sol du corps social. Toutefois, en dématérialisant l'immeuble, le volume déstabilise fortement la théorie classique de la propriété.

La présente thèse définit un concept de sol appropriable et divisible dans le sens de la hauteur, sans renier la propriété du code. Pour cela, le sol, incluant le dessous et le dessus, est perçu comme relevant du monde tangible. Ce bien est ensuite appréhendé en trois dimensions par un procédé de géométrisation. Le sol volumique correspond à une nouvelle phase plus abstraite de conceptualisation du sol. Cependant, la chose sensible signifiée par le concept, le sol ou fonds de terre selon les juristes, demeure la même ; seule sa représentation a évolué. Dans cette perspective, le sol en volume devient individualisable et appropriable sur le modèle du sol parcellisé en deux dimensions, indispensable à une propriété individuelle et exclusive. Ainsi, la propriété du Code civil via ses dispositions actuelles, notamment les articles 552, 518 et 544, s'applique à un volume immobilier comme à une parcelle. Ce modèle de propriété passant de l'unité à la division, est complété par un droit de superficie simple, droit réel fondé sur les articles 553, 543 du Code civil et le droit de jouissance spéciale. Suivant la thèse moniste, la propriété du sol en volume, qui n'est autre que le concept de propriété du code appliqué à un sol tridimensionnel, concilie la théorie classique de la propriété et celle du doyen Savatier.

Descripteurs : Propriété foncière, volume immobilier, fonds de terre, droit de superficie, droit réel de jouissance spéciale, concept de sol en volume, biens corporels, thèse moniste, théorie de la propriété, numerus clausus.

Land property expressed as a volume:

The concept of land property in the Civil Code, unitary by principle, has always been in difficulty when facing the ubiquitous "droit de superficie", as evidenced by the never-ending doctrinal debates. The modern concept of property "volume" has responded to the social need for division of the land. However, with volume, real estate properties become incorporeal things and destabilize the classical theory of property, which is synonymous with corporeal things. This thesis defines a concept of land property appropriable and divisible relative to height, compatible with the Civil Code's land law. For this, land, including the subjacent and superjacent domains, is perceived as part of the tangible world. This land is then comprehended in three dimensions via a geometrical approach. Land with three-dimensional significance corresponds to a new phase of conceptualization of the land that is more abstract. The physical part, however, which the concept refers to, ie the land, remains the same; only its representation has evolved. Applying this perspective, the land expressed as a volume becomes a unit appropriable on the model of land divided in two dimensions.

Consequently, the concept of property in the Civil Code under its current wording, notably clause 552, but also 518 and 544, applies to land expressed as a volume as to a parcel. This property model able to divide the land vertically as well as horizontally is also capable to organize a land division comparable to a long lease. This complementary concept is based on clauses 553, 543 of the Civil Code. Developing the monistic thesis, the ownership of the land when seen as a volume reconciles the theory of the dean Savatier and the classical theory of property.

Keywords : Land law in the Civil Code, concept of property, third dimension of land, corporeal things, numerous clausus, land division.