



**Victor Poux**

**Usage et propriété. Essai sur l'usage partagé d'un bien**

---

POUX Victor. *Usage et propriété. Essai sur l'usage partagé d'un bien*, sous la direction de Blandine Mallet-Bricout, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2019.

**Disponible** sur : <http://www.theses.fr/2019LYSE3062>



Document diffusé sous le contrat *Creative Commons* « **Attribution – Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification** »  
Vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



N°d'ordre NNT : 2019LYSE3062

**THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON**  
opérée au sein de  
**L'Université Jean Moulin Lyon 3**

**École Doctorale N° 492**

**Discipline de doctorat** : Droit mention droit privé

Soutenue publiquement le 02/12/2019, par :  
**Victor Poux**

---

**Usage et propriété**  
**Essai sur l'usage partagé d'un bien**

---

Devant le jury composé de :

**Danos Frédéric**, Professeur des Universités, Université de Tours, Examineur

**Grimonprez Benoît**, Professeur des Universités, Université de Poitiers, Rapporteur

**Mallet-Bricout Blandine**, Professeure des Universités, Université Jean Moulin (Lyon 3),  
Directrice de thèse

**Rochfeld Judith**, Professeure des Universités, Université Panthéon Sorbonne (Paris I),  
Rapporteuse

**Zenati-Castaing Frédéric**, Professeur des Universités émérite, Université Jean Moulin  
(Lyon 3), Examineur



*L'Université Jean Moulin Lyon 3 n'entend accorder aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans cette thèse ; celles-ci doivent être considérées comme propres à leur auteur.*



À mes grands-parents,



## Remerciements

Je tiens d'abord à remercier ma directrice de thèse, Madame la Professeure Blandine Mallet-Bricout, qui a été d'un profond soutien tout au long de ces années doctorales. Sans sa bienveillance, son ouverture d'esprit, et ses précieux conseils, ce travail n'aurait pas pu être réalisé.

Je voudrais remercier spécifiquement Antoine, Solène, Simon, Florent B., Quentin et Florent M. Que cela soient pour leur relecture, leur indéfectible soutien et pour les nombreuses discussions portant sur ce travail. Dans l'ensemble, je tiens à remercier mes camarades doctorants de l'équipe de recherche Louis Josserand.

Je remercie également l'Université McGill et l'Université Nationale du Vietnam à Hanoï de m'avoir accueilli. Ces expériences étrangères m'ont permises de regarder vers d'autres droits et cultures.

Enfin, mes pensées sont à ma famille, toujours présente et aimante, dans les bons moments comme dans les périodes plus difficiles.





## PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>AJ fam.</i>	L'actualité juridique : Famille
<i>AJDI</i>	L'actualité juridique : Droit immobilier
<i>APD</i>	Archives de philosophie du droit
<i>Arch. Parlm.</i>	Revue des archives parlementaires
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle
C. cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
C. Cass. Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
C. Cass. Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
<i>Cah. Dr. Entre</i>	Cahiers de droit de l'entreprise
<i>Cah. Prop. Intell</i>	<i>Les Cahiers de propriété intellectuelle</i>
Cass. Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
CCE	Communication Commerce électronique
CE	Conseil d'État
CEIPI	Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle
Chap.	Chapitre
Chron.	Chronique
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
<i>Constr.-urb</i>	Revue LexisNexis Construction et urbanisme
CPI	Code de la propriété intellectuelle
<i>D.</i>	Recueil Dalloz Sirey
<i>D. aff.</i>	Dalloz Affaires
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
<i>DH</i>	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz
Dir.	Direction/directeur
Doctr.	Doctrine
<i>DP</i>	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz
<i>Dr. adm.</i>	Revue LexisNexis de Droit administratif
<i>Dr. et patrim</i>	Revue Lamy droit et patrimoine
<i>Dr. rur.</i>	Revue LexisNexis de Droit rural
Éd.	Éditeur ou édition
<i>Environnement</i>	Revue LexisNexis Environnement
Fasc.	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	Même référence que précédemment
<i>In</i>	Dans
<i>Infra</i>	Plus loin

IRPI	Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle
J. Cl.	Juris-classeur
<i>JCP</i>	Semaine juridique, édition générale – parfois <i>JCP G</i>
<i>JCP E</i>	Semaine juridique, édition entreprise
<i>JCP N</i>	Semaine juridique, édition notariale et immobilière
JO	Journal Officiel
JOAN	Journal Officiel, Assemblée Nationale
<i>Jur. Gen.</i>	Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public, Dalloz
<i>LEGICOM</i>	Revue thématique de droit de la communication
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>Loyers et copr.</i>	Revue LexisNexis Loyers et copropriété
<i>LPA</i>	Les petites affiches
NVP	Notaires vie professionnelle
Obs.	Observations
<i>Op.cit.</i>	Ouvrage précité
p.	page
P.U.F	Presses Universitaires de France
<i>Propr. Intell</i>	Propriétés intellectuelles
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUR	Presses Universitaires de Rennes
PUSL	Presses Universitaires de Saint-Louis
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDI</i>	Revue de droit immobilier
<i>RDP</i>	Revue Lextenso de Droit public
Rev. Loyers	Revue Loyers
Rev. Société	Revue des sociétés
RHD	Revue historique de droit français et étranger
<i>RIDA</i>	Revue internationale du droit d'auteur
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RIDE</i>	Revue internationale de droit économique
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJE	Revue juridique de l'environnement
<i>RJO</i>	Revue juridique de l'ouest
<i>RJOI</i>	Revue juridique de l'Océan Indien
RJTUM	Revue juridique Themis Université Montréal
<i>RLDC</i>	Revue Lamy droit civil
<i>RLDI</i>	Revue Lamy Droit de l'immatériel
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
<i>RTDI</i>	Revue trimestrielle de droit immobilier

<i>S.</i>	Recueil Sirey
<i>Spéc.</i>	Spécialement
<i>Sq.</i>	Page suivante
<i>Sqq.</i>	Pages suivantes
<i>Supra</i>	Plus haut
<i>T.</i>	Tome
<i>TGI</i>	Tribunal de grande instance
<i>Trad.</i>	Traduction
<i>v.</i>	voir
<i>Vol.</i>	Volume



## SOMMAIRE

### **Première Partie : Usage partagé et propriété : de l'antagonisme à la conciliation**

Titre I : De l'usage partagé à la propriété : l'antagonisme historique

*Chapitre I : L'usage partagé, élément central du rapport d'appropriation pré-moderne*

*Chapitre II : Le droit de propriété, paradigme moderne du rapport d'appropriation*

Titre II : De la propriété à l'usage partagé, la possible conciliation contemporaine

*Chapitre I : La propriété concurrencée par le renouveau des « communs »*

*Chapitre II : Par les « communs » et au-delà, le retour de l'usage partagé*

### **Seconde Partie : Usage et propriété : les techniques de conciliation**

Titre I : La fonctionnalisation collective du rapport d'appropriation : technique transversale

*Chapitre I : Destination et affectation, mécanismes de fonctionnalisation collective*

*Chapitre II : Fonctionnalisation et logiques collectives*

Titre II : Les droits sur les utilités de la chose : technique renouvelée

*Chapitre I : La réalisation du partage des utilités de la chose*

*Chapitre II : La pérennité du partage des utilités de la chose : pour une perpétuité relative des droits réels innomés*







# INTRODUCTION

« Ô Maître, sur la terre, il y a trois manières  
Qui domptent le réel : soit la loi soit l'usage  
Soit la nécessité »

1. Tiré d'un palimpseste aujourd'hui perdu, ce fragment apocryphe de Ménandre<sup>1</sup> évoquait, sans doute, une dénonciation du système politique<sup>2</sup>. Plus de deux millénaires après, au regard des controverses actuelles du droit des biens, la prose du comédien grec prend une résonance toute particulière. Dompter le réel, n'est-ce pas envisager les choses par le truchement de l'appropriation humaine ? L'étymologie du mot nous invite à le penser<sup>3</sup>. « La loi », c'est l'institution, le modèle général de l'appropriation : « la propriété », prise en l'article 544 du Code civil. « L'usage » pourrait être le contre-modèle, opposé à la loi-propriété, il serait une autre manière d'envisager le rapport d'appropriation. « La nécessité », enfin, a souvent été comprise comme un état particulier qui pourrait justifier une atteinte à la propriété ; théorisée par les médiévaux avec « l'extrême nécessité »<sup>4</sup>, c'est « l'état de nécessité », fait justificatif du « bon » juge Magnaud<sup>5</sup>, qui restera à la postérité en dépassant le légalisme pour faire sienne la première phrase du Digeste : *suum cuique tribuere*.

Propriété, usage et nécessité, telles seraient donc les manières de dompter les choses. Intéressons-nous alors davantage à la liaison qui unirait, dans cette lecture, les trois éléments. Pour le dramaturge hellène, les différents termes semblent compris dans l'altérité, envisagés comme des solutions alternatives. Cela étant, dans les questionnements qui irriguent

---

<sup>1</sup> Ménandre, *La femme brûlée*, fragments.

<sup>2</sup> Cette même citation se retrouve également, déformée, sous une autre forme plus évocatrice : « *Trois tyrans : la loi, l'usage et la nécessité* ».

<sup>3</sup> L'étymologie du mot « réel » est éclairante, le terme trouvant son origine dans le terme latin *realis*, qui décrit ce qui est « relatif aux choses matérielles », lui-même dérivé de *res*, qui peut se traduire par « la chose matérielle ». Il en va de même dans la langue d'origine de Ménandre, le terme « réel » (*pragmaticos*) est un dérivé du terme « chose » (*pragma*).

<sup>4</sup> L'extrême nécessité d'une personne pouvait justifier alors le vol, l'usage des biens étant originellement communs à tous. Sur ce point : V. Mäkinen, « Rights and Duties in Late Scholastic discussion on extrême necessity », in *Transformations in Medieval and Early-Modern Rights Discourse*, Dordrecht, 2006.

<sup>5</sup> Voir notamment : M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du bon juge Magnaud », in *Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p.335 sqq.

aujourd'hui le droit des biens, la question de la nécessité demeure relativement minoritaire<sup>6</sup>. À l'inverse, les notions de propriété et d'usage peuvent se concevoir par opposition, avec, pour toile de fond, la question du partage des choses, des utilités qui en découlent et de leurs usages.

**2. La propriété accusée.** Depuis quelques années, la notion de propriété vit son propre procès<sup>7</sup>, la contestation politique classique ayant laissé place à une critique universitaire et savante. Les écrits qui invitent à repenser la propriété, offrent des alternatives ou opèrent une relativisation de la notion sont désormais nombreux<sup>8</sup>. Les griefs sont majeurs, la propriété serait trop individuelle, trop rigide, incapable de se conjuguer au pluriel. On reproche à la propriété jusqu'à ses qualités propres : singulièrement d'être exclusive, mais aussi d'être absolue. Les fondements sont riches, ils puisent leurs racines dans la présumée inaptitude de la propriété à pouvoir permettre la préservation environnementale, le partage du savoir et des connaissances. Plus largement encore, la propriété serait incapable de traduire la dimension collective du rapport d'appropriation. La propriété, conçue comme la maîtrise absolue de la chose corporelle, serait aujourd'hui inadaptée au réel. Selon ces accusations, elle devrait être repensée.

---

<sup>6</sup> L'extrême nécessité, héritière de la pensée chrétienne, semble appartenir à l'histoire de la propriété. À l'inverse, l'appellation ne paraît pas être dotée d'une réelle actualité contemporaine. L'état de nécessité n'intéresse la question de la propriété que de façon annexe, la problématique posée étant surtout liée au rôle du juge et à son office. Un rapprochement pourrait être fait avec une proposition doctrinale, celle des biens dits de « nécessité », c'est-à-dire vitaux pour les personnes ou indispensables au respect de la dignité de tout un chacun. Voir notamment : M.-A. Frison-Roche, « Propriétés intellectuelles, droits des marchés, régulation », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, A. Abello et M.-A. Frison-Roche (dir.), LGDJ, Coll. Droit et économie, 2005, p.23 *sqq.* Voir également : J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, P.U.F, 2<sup>ème</sup> éd., Coll. Thémis, 2013, p.247 *sqq.*

<sup>7</sup> Certains auteurs ont relevé ce procès, parfois latent, parfois frontal, fait à la propriété : T. Revet, « Préface », in *L'empire de la propriété, l'impact environnemental de la norme en milieu contraint*, E. de Mari, D. Taurisson-Mouret (dir.), T. 3, éd. Victoires, 2016, p.4 : « *Le procès de la propriété moderne est engagé. Son déclin est annoncé au constat de mille indices qui trahiraient le début d'un retournement copernicien chez le Moderne. Foin de la titularité égotique, vive l'usage, le partage, les communs* » ; W. Dross, « La propriété à l'épreuve de la préservation et du partage des ressources naturelles », in *Le droit des biens au service de la transition écologique*, B. Grimonprez (dir.), Dalloz, 2018, p.29 : « *C'est de la propriété privée dont il s'agit de faire le procès, et plus précisément encore, le modèle qu'en retient le Code civil à travers la définition qu'il en donne à l'article 544* ».

<sup>8</sup> P. Crétois, C. Guibet-Lafaye, « Y a-t-il une alternative à la conception exclusiviste classique du droit de propriété ? Une théorie inclusive de l'appropriation », in *État social, propriété publique et biens communs*, T. Boccon-Gibot et P. Crétois (dir.), *Le bord de l'eau*, Coll. Les voies politiques, 2015, p. 71 *sqq.* ; *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, S. Vanuxem et C. Guibet-Lafaye (dir.), PUAM, 2015 ; P. Crétois, *La propriété repensée par l'accès*, *RIDE*, T. 28, 2014, p. 319 *sqq.* Certains auteurs américains ont conclu à la fin de la notion de propriété : T. Grey, « *The desintegration of property* », in *Property Nomos. Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy*, J.-R. Pennock et W. Chapman (dir.), New-York University Press, 1980, p. 69 *sqq.* ; dans un sens similaire (mais plus mesuré) : E. Mackaay, « La propriété est-elle en voie d'extinction ? » in *Nouvelles technologies et propriété*, Actes du Colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal les 9 et 10 novembre 1989, éd. Thémis, Montréal, 1991, p. 217 *sqq.*

**3. L'usage plébiscité.** En creux de cette critique frontale, la notion d'usage réapparaît avec une certaine vigueur. Parfois, l'usage est perçu comme une alternative à la propriété<sup>9</sup> ; dans ce schéma de pensée, l'usage se conçoit comme une solution permettant une approche collective (voire collectiviste ?)<sup>10</sup> de l'appropriation, fondée davantage sur un phénomène d'inclusion que d'exclusion. Pris en ce sens, l'usage n'est pas réductible au traditionnel *usus*, mais le dépasse<sup>11</sup>. Cette approche, qui fait de l'usage un contre-modèle, une notion émergente et indépendante, ne se détache pas d'une dimension partisane profonde, ce qu'elle ne dissimule pas par ailleurs. Aussi dépasse-t-elle le stade de l'analyse juridique pour entrer dans le champ du projet politique. Plus souvent, on constate l'existence avérée de modèle alternatif fondé sur l'usage, que cela soit par le développement des formes d'usage partagé des œuvres dites « libres » ou par la dimension collective et transgénérationnelle de la protection de notre environnement. Dans ce schéma, l'usage n'est pas perçu comme le chant du cygne de la notion de propriété. Il est plutôt un élément pris en compte, un réel, qui oblige à repenser nos fondamentaux juridiques. Est-ce à dire que la notion de propriété moderne contemple son propre crépuscule<sup>12</sup> ? Pas nécessairement. Comme le professait Marie-France Renoux-Zagamé : « *si la propriété n'en finit pas de mourir, c'est peut-être aussi qu'elle ne cesse de ressusciter, ou de se survivre, ou de se transformer* »<sup>13</sup>. Tel est peut-être le rôle de l'usage face à la propriété – plus encore si celui-ci confine au partage des utilités du bien – celui d'un élément perturbateur qui, sans en sonner l'hallali, l'invite à se questionner.

Avant de percevoir les possibilités et les incertitudes inhérentes à l'usage partagé d'un bien, il appartient de définir pleinement les objets ici étudiés (**I**), de dresser les grands axes

---

<sup>9</sup> En guise de proposition politique, certains auteurs clament « *Il faut opposer le droit d'usage à la propriété* » : P. Dardot, C. Laval, *Communs. Essai sur la révolution au XXIème siècle*, Paris, La Découverte, 2014, p. 467 *sqq.*

<sup>10</sup> Cette proposition de remplacer la propriété par l'usage n'est pas novatrice. À quelques nuances près, les pays socialistes ont opéré de façon similaire, remplaçant la propriété du sol par des droits d'usage de longue durée. Pour exemple, l'article 53 de la constitution vietnamienne dispose que « *Les terres, les ressources en eau, les ressources minérales (...) sont des biens publics, appartenant à tous les citoyens, représentés et gérés de manière uniforme par l'État* ». Et l'article 54 de préciser : « *L'État attribue ou loue des terres à des organisations et à des particuliers et reconnaît leurs droits d'usage des terres* ».

<sup>11</sup> Sur ce point, voir : *Infra* n° 14.

<sup>12</sup> F. Zenati-Castaing, « Le crépuscule de la propriété moderne », in *Les modèles propriétaires*, Actes du colloque international organisé par le CECOJI en hommage au Professeur Henri-Jacques Lucas, LGDJ, coll. de la faculté de droit et de Sciences sociales, Université de Poitiers, 2009, p. 225 *sqq.*

<sup>13</sup> M.-F. Renoux-Zagamé, « Définir le droit naturel de propriété », *Histoire de la justice*, 2009, n°19, p. 321 *sqq.* Il est ici possible de faire le lien entre les propos de Frédéric Zenati-Castaing et ceux de Marie-France Renoux-Zagamé, si la propriété « *ne cesse de ressusciter (...) de se transformer* », c'est que la propriété n'est peut-être plus vraiment moderne...

qui guideront la réflexion (II), et de déterminer l'appareillage méthodique qui permettra d'y répondre (III).

## I/ Objets de la recherche

L'étude proposée ne s'inscrit pas dans une démarche notionnelle, mais bien dans une approche dynamique qui se propose de rechercher, dans le phénomène de l'usage partagé d'un bien, sa possible articulation avec la notion de propriété. L'objet d'étude se conjugue donc au pluriel : il se propose d'interroger l'institution qu'est la propriété civiliste (A) par le prisme d'un phénomène faisant office d'élément perturbateur : l'usage partagé d'un bien (C). Aussi conviendra-t-il d'évoquer le médian qui permettra de mieux appréhender le lien existant entre les deux notions : l'usage (B).

### A/ L'institution : la propriété

**4. Propriété.** Au moment de poser sa plume pour définir la notion de propriété, le juriste peut être pris de vertige. « *Âme universelle de toute la législation* »<sup>14</sup> pour l'un des codificateurs, « *mécanisme fondamental du droit* »<sup>15</sup> pour l'un de ses théoriciens, ou encore « *point névralgique autour duquel s'articule l'ensemble du droit civil nouveau* »<sup>16</sup>, la notion fait figure de monument, de véritable autel sacré. Pour les juristes civilistes, si le Code civil était le Louvre, son article 544 en serait la Joconde : à la fois central<sup>17</sup>, admiré<sup>18</sup>, rayonnant pour l'œil étranger<sup>19</sup>, mais tout autant mystérieux<sup>20</sup> et bien souvent insaisissable<sup>21</sup>. Ce

---

<sup>14</sup> J.-E.-M. Portalis, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, par P.-A. Fenet, T. 11, 1827, p.133

<sup>15</sup> F. Zenati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », in *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, D. Tomasin (dir.), Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ-Lextenso, 2006, p.243 sqq.

<sup>16</sup> J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, P.U.F, Coll. Quadrige, 2001, p. 21.

<sup>17</sup> Pour les codificateurs, tout le Code civil s'articule autour d'une notion phare : la propriété et son article 544. C'est ainsi que le Tribun Sédillez évoquait le droit des personnes en ces termes : « *Lors même que le Code civil s'occupe des personnes, c'est toujours dans la considération d'une propriété quelconque qui leur appartient ou qui peut leur appartenir* » : Tribun Sédillez, au Tribunat, 10 floréal an X, *Arch. Parlm.*, 2<sup>ème</sup> série, t.5, col. 1, p. 204.

<sup>18</sup> Avec lyrisme, le Tribun Delpierre clamait son amour de la propriété : « *Propriété ! Propriété ! Tu es la cause première de l'ordre des familles et de la force des nations ; tu es le principe des mœurs, du patriotisme et du bonheur* » : Tribun Delpierre, au Tribunat, le 29 frimaire an X, *Arch. Parlm.*, 2<sup>ème</sup> série, t. 3, col. 1, p.204.

<sup>19</sup> La rédaction de l'article 544 du Code civil a largement inspiré les législations étrangères, notamment au XIX<sup>ème</sup> siècle. Sans rechercher ici l'exhaustivité, son influence fut grande dans la rédaction de l'article 436 du Code civil italien de 1865, ou, de façon plus nuancée, dans l'article 903 du BGB allemand. Sur ce dernier point, voir : M. Fromont, J. Knetsch, *Droit privé allemand*, 2<sup>nd</sup> éd., LGDJ, Coll. Précis Domat, 2017, n°476, p.258. De manière plus générale : T. Revet (dir.), *Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle*, LGDJ, 2005, p. 437 sqq.

caractère monumental se traduit également par ce que représente la propriété pour la vie des hommes, dépassant les seules considérations juridiques. La propriété est au carrefour de nombreuses sciences sociales, tant et si bien qu'elle intéresse et questionne le sociologue, le philosophe, le théologien, l'économiste, l'anthropologue, l'historien, ou encore le politiste. Chacun, avec son prisme et ses interrogations propres, observe les coutures de la vénérable institution. Dans ce foisonnement scientifique, qu'en est-il du juriste ? Nul n'est besoin de préciser qu'il n'existe pas de définition juridique qui vaille pour l'universel. Aussi est-il possible de trouver de multiples définitions qui dépendent du temps et des latitudes de référence. Face à cette multitude, il convient de réduire le spectre et de tenter, si cela est possible, de rechercher la définition qui prévaut pour le droit civil français.

**5. Une notion façonnée par sa doctrine.** Malade de sa doctrine. Telle serait, selon l'un de ses théoriciens<sup>22</sup>, la pathologie dont souffre aujourd'hui la propriété. Écartelée entre une doctrine classique et une autre moderne<sup>23</sup>, l'auteur propose comme remède la mise en place d'une nouvelle théorie dite structurale. La propriété, prise dans ses théories, prend ainsi la forme de Cerbère. A l'opposé, l'article 544 du Code civil dit peu. Il opère plutôt par un jeu de principe/limitation. Il détermine la propriété comme « *le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* » (le principe), « *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* » (la limitation). Par une glose devenue célèbre, Carbonnier fit une analyse de cet article, inscrivant en son sein toutes les qualités de la théorie dite classique<sup>24</sup>. En d'autres termes, le droit de propriété est ici conçu comme le plus complet – et le plus puissant – des droits réels, dont le contenu se définit par la réunion du triptyque *usus*,

---

<sup>20</sup> Le « mystère » de la propriété civiliste provient, essentiellement, de la rédaction de l'article 544 du Code civil. Sur ce point, Jean-Louis Thireau évoque que « *de toutes les dispositions du Code civil, aucune n'a acquis une célébrité aussi grande et durable que l'article 544, qui ouvre par une définition du droit de propriété le titre II du livre II. Il le doit à sa formulation, à la fois vigoureuse et quelque peu énigmatique, qui, dans un Code réputé pour la clarté et la sobriété de son style, tranche par son emphase, par l'emploi inhabituel du superlatif et même du pléonasme* » (Nous soulignons) : J.-L. Thireau, « La propriété du Code civil : modèles et anti-modèles », in *Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme Modèle*, T. Revet (dir.), LGDJ, 2005, p.157 sqq, spé. p. 157.

<sup>21</sup> Même après son bicentenaire, l'article 544 du Code civil continue d'interroger, emportant avec lui la question plus générale de ce qu'est la propriété. Récemment, plusieurs articles se sont confrontés à cette question : G. Lardeux, « Qu'est ce que la propriété ? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire », *RTD civ*, 2013, p. 741 sqq. ; J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *RTD civ*, 2014, p.763 sqq. ; W. Dross, « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété », *RTD civ*, 2015, p.27 sqq. ; P. Simler, « Qu'est-ce que la propriété ? », *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat, op.cit.*, p. 251 sqq.

<sup>22</sup> W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ*, 2012, p.419 sqq.

<sup>23</sup> F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Université Jean Moulin Lyon 3, 1981 ; du même auteur, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ*, vol 2, 1993, p. 305 sqq.

<sup>24</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, Volume 2 : les biens, les obligations*, P.U.F, Coll. Quadrige, n°730, p. 1640 sq.

*fructus, abusus*. Cette définition de la propriété par son contenu fut cependant largement critiquée.

**6. Le rejet de la théorie classique par refus du démembrement du droit de propriété.** Par un article fondateur<sup>25</sup>, le Marquis de Vareilles-Sommières remet en cause la théorie du démembrement du droit de propriété. Le questionnement de départ repose sur le non-sens d'une propriété qui pourrait ne pas être pleine et entière, du fait du démembrement du droit de propriété<sup>26</sup>. Quand le propriétaire établit un usufruit, un droit d'usage et d'habitation, ou même – désormais – un droit de jouissance spéciale, est-ce le droit de propriété qui se voit démembré<sup>27</sup> ? La réponse apportée est négative, le démembrement n'est pas celui du droit lui-même, mais des utilités de la chose appropriée<sup>28</sup>. Le démembrement repose sur une nature réelle. En démontrant que l'objet du démembrement n'est pas le droit lui-même mais les utilités de la chose appropriée, c'est la définition classique de la propriété qui est relativisée<sup>29</sup>.

**7. La définition de la propriété par ses caractères.** La propriété peut également se définir par ses caractères : absolu, exclusif et perpétuel. De ces trois caractères, la perpétuité fait figure d'enfant pauvre. Tout d'abord, elle connaît de nombreuses exceptions, que cela soit par les propriétés temporaires ou plus spécifiquement encore en matière de propriété intellectuelle. La perpétuité permet de distinguer le droit de propriété des différents types de

---

<sup>25</sup> G. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de propriété », *RTD civ*, 1905, p. 447 *sqq.*

<sup>26</sup> Cette expression était très usitée chez les auteurs du XIX<sup>ème</sup> siècle, pour exemple : A. Duranton, *Cours de droit civil français*, T. 4, 2<sup>ème</sup> éd., 1828, n° 74, n° 266 et n° 459.

<sup>27</sup> L'approche classique du démembrement, conçue comme le démembrement du droit de propriété, recueille toujours un certain écho en doctrine. Pour certains auteurs, le démembrement consiste en « une répartition entre plusieurs titulaires de l'ensemble des prérogatives qui sont normalement regroupées par la propriété » : J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Les biens*, 2<sup>nd</sup> éd., LGDJ, 2010, n°48. Dans un sens similaire : « Ces droits réels sont appelés démembrements de la propriété en ce qu'ils confèrent à leur titulaire une partie seulement des prérogatives attachées au droit de propriété » : F. Terré, P. Simler, *Droit civil : Les biens*, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, coll. Précis, 2018, n°50, p.66. Pour une synthèse des différentes appréhensions de la notion de démembrement : M. Boudot, « L'image du démembrement dans la doctrine française », in *L'enseignement du droit au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, perspective critique*, Lextenso, 2010, p. 33.

<sup>28</sup> Cette position est désormais courante en doctrine : F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3<sup>ème</sup> éd., P.U.F., Coll. Droit fondamental., n°293, p. 456 : « On retrouve ce schéma dans tous les droits réels (...) la technique du droit réel repose sur un transfert d'utilité » ; R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004, p.309 : « Le démembrement n'est pas une scission à l'intérieur de la propriété, qui laisserait en présence de deux fragments désarticulés : elle consiste dans l'amputation temporaire de certaines utilités du bien au détriment du propriétaire, mais au profit des titulaires de droits réels qui jouissent alors de la possibilité d'accéder directement à ces utilités ».

<sup>29</sup> Il faut souligner que les auteurs contemporains relativisent cette dimension. En ce sens : C. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Les biens, droit réels principaux*, T. 2, Economica, Coll. CorpusDroitprivé, 2019, n° 442. De même, Francois Terré et Philippe Simler, à partir de la 6<sup>ème</sup> édition de leur ouvrage, que : « Le concept usuel de démembrement est une expression commode (...) plus une image que l'expression d'une vérité physique » : F. Terré, P. Simler, *Droit civil, les biens*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., Coll. Précis, 2002, n° 773 ;

démembrements<sup>30</sup>. Lorsque ceux-ci permettent la jouissance d'un tiers, ils sont nécessairement temporaires. De même, lorsque la perpétuité est reconnue, comme pour les servitudes, elle n'est jamais l'égale de la propriété<sup>31</sup>. La perpétuité de la propriété serait, *in fine*, la garantie de la reconstitution de la propriété unitaire, socle de l'ordre civil des biens.

Entre l'absolutisme et l'exclusivisme, le débat est vif. La question est ici purement théorique : quel caractère découle de l'autre ? En creux de ce débat, c'est l'essence de la propriété qui est recherchée. Pour certains, l'exclusivisme désigne le cœur même de la propriété, il en décrit tant sa substance que ses moyens de protection<sup>32</sup>. Dans cette approche, l'absolutisme est perçu par le prisme de l'opposabilité<sup>33</sup>. Pour d'autres, au contraire, l'absolutisme s'avère être une notion éminemment technique, dont l'exclusivisme ne serait qu'une conséquence ; l'absoluité, telle serait l'essence de la propriété<sup>34</sup>.

**8. Le refus de l'essentialisation.** Face à ces doctrines, doit-on réellement choisir ? L'allégeance scientifique est-elle, aujourd'hui, indispensable à toute réflexion sur la propriété ? Nous ne le pensons pas. Certes, nous relativisons la théorie classique pour sa vision du démembrement qui prend pour objet le droit de propriété lui-même. En revanche, il ne nous paraît pas indispensable de s'inscrire dans une théorie particulière. Aussi, de la théorie moderne de la propriété ou de l'approche structurale, nous retenons davantage le retour opéré par celles-ci aux choses. Pour la théorie néo-personnaliste, et plus spécifiquement encore chez Messieurs Zenati-Castaing et Revet, le droit de propriété ne pourrait être défini par un contenu propre. Au contraire, ce dernier serait indéterminé et viendrait se calquer sur les utilités offertes par les choses<sup>35</sup>. De même, l'approche dite structurale de la propriété

---

<sup>30</sup> « La perpétuité de la propriété ne fait véritablement sens que mise au regard du caractère temporaire des démembrements de celle-ci. C'est par contraste en quelque sorte qu'elle est perpétuelle. », W. Dross, « Que l'article 544 nous dit-il de la propriété ? », *op.cit.*, p.28.

<sup>31</sup> Contrairement à la propriété, les servitudes conventionnelles ne sont pas imprescriptibles.

<sup>32</sup> Selon ce point de vue, l'exclusivisme engendrerait les différentes actions en restitution, tout comme l'action en réparation : F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3<sup>ème</sup> éd., P.U.F, coll. Classique, 2008, n° 193 *sqq.*

<sup>33</sup> *Ibid.*, n° 214 : « Les droits réels et personnels sont relatifs parce qu'ils procurent à leur titulaire des prérogatives qui ne s'exercent qu'à l'égard d'une personne. La propriété, au contraire, ne comporte aucune structure de cette nature (...) Toute personne est tenue de respecter son droit. C'est en cela que ce droit s'exerce de manière absolue ». Dans un sens similaire : F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2007, n° 257 : « La propriété est un droit absolu, c'est-à-dire un droit qui s'impose erga omnes ».

<sup>34</sup> W. Dross, *Les choses*, *op.cit.*, n° 7 : « car le cœur de la notion de propriété gît bel est bien dans cet adjectif : absolu ». Le caractère absolu de la propriété, entendu comme un droit discrétionnaire permettant au propriétaire de jouir de la totalité des utilités de la chose est pourtant contesté. Il a notamment été précisé que la contrainte sociale a toujours limitée le pouvoir du propriétaire, l'absolu serait donc une vue de l'esprit plus qu'une réalité. En ce sens : C. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *op.cit.*, n° 212.

<sup>35</sup> F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, *op.cit.*, n° 208, p.332 : « La prétention de délimiter les utilités que procure la propriété à travers une nomenclature des pouvoirs se heurte à un autre obstacle théorique : le caractère contingent de ces utilités. Il est des choses qui ne procurent pas de fruits, ou qui ne se consomment

replaces les choses et les utilités, au centre du phénomène d'appropriation<sup>36</sup>. Selon son auteur, le célèbre triptyque *usus-fructus-abusus* n'est que la description des utilités qui peuvent être offertes par les choses, le droit de propriété permettant de jouir de l'ensemble<sup>37</sup>. Dans les deux théories, les choses, prises par leurs utilités, retrouvent un rôle central. Aussi, dans cette étude, l'absolutisme propriétaire sera perçu par les pouvoirs que détient le propriétaire sur la chose et l'exclusivisme à travers le pouvoir du propriétaire d'exclure autrui de son rapport d'appropriation. Là où l'exclusivisme s'inscrit dans la dimension relationnelle de la propriété, l'absolutisme traduit sa dimension matérielle.

Il est donc possible de dire que les choses offrent leurs utilités au monde et que la propriété permet de s'en saisir, en conférant une jouissance absolue, exclusive et perpétuelle de ces utilités.

**9. Les choses, le liant entre propriété et usage.** Traiter de l'usage du bien, plus encore lorsque cet usage est envisagé dans une forme de partage des utilités de la chose appropriée, nécessite de s'inscrire dans ce mouvement général de retour aux choses. La chose, de par sa congénialité, est un guide. Elle offre ses utilités, premières ou secondes, aux hommes. Les qualités des choses permettent d'envisager les possibles et, parfois, de les dépasser. Évoquer les choses, leurs utilités, leurs usages, l'usage qui peut en être fait, la dimension individuelle ou collective de ces usages, interroge nécessairement la notion de propriété. La propriété n'a-t-elle pas, comme aimait à le rappeler Villey, « *pour rôle d'attribuer à chacun le sien – suum cuique tribuere – à chacun sa propriété* »<sup>38</sup> ? Le rôle central de l'institution ne serait-il pas de permettre la distribution de la richesse des choses aux personnes ? Un partage pouvant se concevoir tant dans l'individualité que par l'idée de communauté ou, à tout le moins, de pluralité ? Ces questions, pourtant centrales, ne peuvent être prises *per se*. Pour en saisir la substance, et ne pas se perdre dans des débats sémantiques, il convient encore d'élaguer les

---

*pas ; il existe même des choses dont on ne peut pas user. Ces choses n'en sont pas moins des objets de propriété. Force est d'en déduire qu'aucune utilité n'est indispensable à la propriété et qu'il n'est pas possible de la définir par elle* ». P. Berlioz, *Droit des biens*, Ellipses, Coll. Cours magistral, 2014, n° 11, p.16 : « *Les prérogatives du propriétaire, comme les avantages que lui fournit son droit, sont déterminés par la chose* ».

<sup>36</sup> W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ*, 2012, n°4 : « *La propriété est un droit qui porte sur les choses (...) Elle se distingue des choses. Elles se cantonne aux choses* ».

<sup>37</sup> W. Dross, *Les choses*, « *La jouissance et la disposition auxquelles se réfère l'article 544 ne constituent pas les prérogatives conférées par le droit de propriété sur les choses mais décrivent la chose elle-même, sous l'angle des utilités qu'elle est en mesure de procurer (...) Car ce n'est pas parce que la chose en question n'offre pas certaines utilités généralement attendues que le droit absolu qu'exerce le propriétaire à son égard se trouve affecté* », *op.cit.*, n° 8.

<sup>38</sup> M. Villey, *Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais*, Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2009, p.187.



concepts afin d'expliciter l'appareillage notionnel qui sera ici usité. Aussi, après avoir brièvement rappelé ce que pouvait être le droit de propriété, il convient de rechercher ce qui pourrait être entendu sous le terme « usage ».

### *B/ Le médian, l'usage*

**10. Usage, définition commune.** L'usage est un terme polysémique, qui innerve le droit et ses composantes. Cependant, c'est tout d'abord dans sa définition courante, riche de sens, qu'il convient de rechercher des éléments de réponse. L'usage se présente régulièrement comme « l'action d'user »<sup>39</sup> ou comme le « fait de se servir de quelque chose, d'appliquer un procédé, une technique, de faire agir un objet, une matière selon leur nature, leur fonction propre afin d'obtenir un effet qui permette de satisfaire un besoin »<sup>40</sup>. Dans cette première approche, l'usage est défini comme une action ou une mise en mouvement. Il est rattaché au terme analogue d'user, lui-même défini comme le fait d'« utiliser quelque chose de façon à obtenir un effet déterminé, la satisfaction d'un besoin »<sup>41</sup>. Si l'usage est donc l'action d'user, encore faut-il déterminer l'objet de cette action. La réponse apparaît limpide, l'objet est ce « quelque chose ». L'usage a donc, pour objet, les choses.

Ces choses, justement, peuvent être perçues par le prisme des utilités qu'elles offrent au monde des hommes. Les utilités, sont également souvent définies comme les usages des choses<sup>42</sup>. Le terme retrouve ici sa polysémie, l'usage pouvant alors se concevoir comme l'action "d'user des usages de la chose". En définitive, le terme même d'usage renvoie à l'idée de factualité. En effet, c'est l'homme qui fait usage d'une chose à travers les utilités qu'elle lui offre. Aussi est-ce le paysan qui, usant de sa faucille, coupe le blé mûr ou encore l'écrivain qui, armé de sa plume, fige son œuvre sur le papier. Lorsque l'usage des choses se conçoit dans la réalité, les dimensions juridiques de l'usage apparaissent. Faut-il, pour user d'une chose, en être propriétaire ? L'usage d'une chose peut-il se concevoir au pluriel, engageant alors plusieurs usagers de cette chose ? Afin de mieux appréhender ces interrogations, il convient de s'extirper des définitions communes de l'usage pour étudier comment le droit l'appréhende.

---

<sup>39</sup> *Dictionnaire de la langue française par Émile Littré*, V° « Usage », Hachette, vol. 4, 1874.

<sup>40</sup> *Trésor de la langue française informatisé*, V° « Usage », en ligne ([www.stella.adilf.fr](http://www.stella.adilf.fr)).

<sup>41</sup> *Ibid*, « User », ([www.stella.adilf.fr](http://www.stella.adilf.fr)).

<sup>42</sup> *Dictionnaire de la langue française par Émile Littré*, V° « Usage », Hachette, vol. 4, 1874.

**11. Usage et usages.** Dans le cadre du langage juridique, il convient de ne pas confondre la notion d'usage et des usages. Dans ce dernier cas, le terme s'entend en tant que source de droit non écrite, existante à côté des coutumes<sup>43</sup>. Parfois *contra legem*<sup>44</sup>, tantôt *secundum legem* ou même *preater legem*<sup>45</sup>, l'usage fut appréhendé, au XIX<sup>ème</sup> siècle, comme le successeur d'une coutume abolie par l'histoire révolutionnaire<sup>46</sup>. Aujourd'hui, usages et coutumes se conçoivent comme des synonymes<sup>47</sup>. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas cette appréhension du terme usage qui sera ici étudiée, comme l'utilisation du singulier pouvait le laisser pressentir. Cette difficulté sémantique résolue, il convient de plus spécifiquement s'atteler à la traduction juridique de ce que l'on pourrait communément dénommer « l'usage des choses ». En ce sens, l'usage doit être étudié à travers le prisme des utilités des choses.

**12. L'usage et les utilités.** L'usage et les utilités sont intrinsèquement liés. L'utilité est une qualité objective des choses, elle émane de la chose elle-même. Face à cela, les usages de la chose reflètent le regard subjectif de l'homme qui se porte sur ses utilités. En ce sens, les utilités de la chose deviennent ses potentiels usages. Les usages sont donc les utilités de la chose compris comme une potentialité. C'est en ce sens que la notion d'usage sera captée par le droit.

**13. L'exclusion de l'usage factuel et du droit d'usage et d'habitation.** L'usage en tant que tel n'est pas absent du droit civil des biens français. Il se retrouve en tant qu'usage factuel lorsqu'il n'est pas institué par une titularité quelconque. Il s'agit de l'usage nécessaire à la possession à titre de propriétaire, de l'une des composantes du *corpus*<sup>48</sup>. En ce sens, il est

---

<sup>43</sup> Il est notable que les termes font l'objet d'une définition commune dans le dictionnaire de la culture juridique, Voir : L. Assier-Andrieu, « Coutume et usage », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), P.U.F, 2003, p.317 *sqq.*

<sup>44</sup> Sur ce point : P. Mousseron, « Les usages : un droit hors la loi », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p.663 *sqq.* Pour une étude plus spécifique au cas de l'entreprise : *Les usages, L'autre droit de l'entreprise*, P. Mousseron (dir.), LexisNexis, Coll. Droit & Professionnel, 2014.

<sup>45</sup> « Où la loi fault, l'usage prévaut » : H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, 4<sup>ème</sup> éd., Litec, 1999, n°307, p.607.

<sup>46</sup> Comme Toullier le précisait, tout en laissant sous-entendre une identité conceptuelle existante, « *les anciennes coutumes rédigées par écrit étant abrogées, il ne peut plus être question que des usages non écrits* » : C.-B.-M. Toullier, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, T.1, 5<sup>ème</sup> éd., 1824, Bruxelles, p. 75.

<sup>47</sup> Il est aujourd'hui reconnu que les usages et la coutume sont des règles spontanées du droit. Si une subtilité peut être trouvée, cela serait sûrement dans la dimension géographique de ces règles ; la coutume étant plus souvent locale, là où les usages sont plutôt le fait d'une profession. Sur ce point : P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 5<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Coll. Manuel, 2019, n°413.

<sup>48</sup> « *Le corpus, c'est l'élément objectif de la possession : c'est l'exercice de fait des prérogatives correspondant au droit. S'il s'agit de la possession de la propriété, le corpus sera le fait de se comporter comme un propriétaire, d'exercer sur la chose l'usus, le fructus, l'abusus, par exemple le fait d'être à même d'accomplir sur la chose des actes de détention, d'usage (...)* » : F. Terré, P. Simler, *Les biens, op.cit.*, n°157.

aussi l'une des conditions nécessaires à l'usucapion<sup>49</sup>. L'usage se retrouve également à travers l'un des droits réels principaux qu'est le droit d'usage ou d'habitation<sup>50</sup>. Néanmoins, au-delà des exemples ici évoqués au sein desquels l'usage tient une place centrale, notre étude ne sera pas axée sur ces différentes notions. En effet, de manière générale, la question de l'usage partagé dépasse ces notions, déjà largement appréhendées par le droit civil. Ces notions vivent en harmonie avec la notion de propriété, elles ne participent pas à une contestation de ses principes, voire de son existence. À ce titre, elles ne figureront pas dans le cœur de notre étude.

**14. L'usage et la jouissance.** Lorsque l'on inscrit l'usage dans un champ plus vaste, celui-ci est alors directement en lien avec la notion de jouissance. Classiquement, la jouissance se définit par la réunion de deux des prérogatives dévolues au propriétaire, l'*usus* et le *fructus*<sup>51</sup>. Il est d'ailleurs de coutume de distinguer ces deux prérogatives, comme le rappelle le droit romain<sup>52</sup>. Autrement dit, il convient de considérer l'*usus* dans sa définition la plus stricte. L'usage est alors nu, dépourvu de la possibilité de récolter les fruits. Or, à considérer que ce fameux triptyque (*usus, fructus, abusus*) ne décrit pas les prérogatives du propriétaire mais les potentielles utilités des choses, l'usage des utilités ne pourrait-il pas comprendre la définition classique de la jouissance, c'est à dire tant l'*usus* que le *fructus* ? La réponse peut être positive. En effet, si je cueille les fruits de mon pommier, je jouis de ses utilités et par conséquent j'en use. Pour l'*abusus*, la solution n'est pas aussi simple. Il convient de ne prendre l'*abusus* que dans son sens matériel, en évinçant de sa définition le droit de disposer juridiquement de son bien. Ce faisant, l'*abusus* se conçoit davantage par un acte matériel sur son bien qui vient en altérer sa substance (diminution, destruction, dénaturation) ou, par le mésusage, établir un usage contraire à l'usage premier des choses. Mais mésuser, n'est-ce pas encore user de la chose ? De nouveau, l'affirmative peut s'imposer. Surtout, l'*abusus* pourra servir de *criterium* afin d'étudier les pouvoirs de chacun

---

<sup>49</sup> Comme le démontre le droit romain, l'usage et l'usucapion sont consubstantiels, le terme *usus* étant un élément sémantique d'*usucapio*.

<sup>50</sup> Consacré aux articles 625 et 636 du Code civil, le droit d'usage ou d'habitation s'inscrit dans une logique familiale. Les utilités de la chose, qu'elle soit immeuble (immeuble à destination d'habitation) ou meuble (tout type de bien), font l'objet d'une répartition par le titre établi. Cependant, l'usage est limité par les besoins du titulaire du droit et de sa famille, le surplus reste au propriétaire.

<sup>51</sup> Pour certains auteurs, la jouissance est tant matérielle que juridique. Dans ce dernier cas, la jouissance est établie par un acte juridique, tel qu'un acte d'administration ou de disposition. Voir par ex. I. Maria, « De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits », *JCP G*, 2009, I, p. 149 *sqq.*

<sup>52</sup> « *L'usage nu n'emporte pas le fruit* ». Cet adage est la stricte transcription de l'adage romain *Nudus usus id est sine fructu* : (D.7, 8, 1) ; (Inst. 2, 6, 1). Voir notamment : H. Roland, L. Boyer, *Les adages du droit français*, 4<sup>ème</sup> éd., Litec, 1999, n° 277, p. 549,

dans le cadre d'un usage partagé du bien. L'*abusus* étant perçu comme un monopole du propriétaire, a-t-il encore vocation à perdurer sous l'effet du partage des utilités de la chose ?

**15. Définition de l'usage à l'aune des utilités de la chose.** Dans notre étude, l'approche retenue de l'usage sera donc large. L'usage est ce qui va permettre de pouvoir user des utilités du bien, aussi diverses soient-elles, c'est-à-dire en intégrant tant l'usage nu que la possibilité de récolter les fruits. De même, il conviendra de nous intéresser à l'*abusus*, notamment dans sa dimension matérielle, afin de pouvoir dresser les limites et contours de l'usage partagé du bien. À l'inverse, il ne sera pas question de l'usage pris dans sa dimension factuel, mais bien d'un usage reconnu par l'exercice d'un droit, qu'il soit réel ou personnel.

En tant que tel, l'usage n'a rien de dissolvant pour l'idée de propriété. De la manière la plus classique, il n'est qu'une finalité pratique du droit de propriété. C'est l'automobiliste qui conduit son automobile, l'apiculteur qui récolte son miel. Certes, il est possible d'user des utilités d'une chose dont on n'est pas propriétaire, à l'instar de l'usufruitier ou du bailleur ; il s'agit alors de techniques ancrées dans notre droit et qui ne remettent pas en cause l'ordre civil des biens. À ce titre, les droits réels ou personnels ne seront étudiés que lorsqu'ils interrogent la propriété. La dissonance - pour ne pas parler de dissidence - se trouve peut-être dans des formes nouvelles d'usage, lorsque celui-ci est partagé par plusieurs titulaires de droits et quand à l'intérêt patrimonial se substitue un intérêt collectif.

#### L'élément perturbateur : l'usage partagé

**16. L'usage partagé ou le rapport collectif autour du bien.** Certains auteurs étrangers perçoivent dans « l'usage collectif » une notion à la portée prospective qui permettrait de tisser le lien entre la notion de propriété et celle de rapport collectif d'appropriation<sup>53</sup>. Appliqué au droit français, que cela dit-il de l'usage partagé d'un bien ? Tout d'abord, que la question de l'usage partagé doit se défaire de la *summa divisio* classique droit privé/droit public. Les interactions du droit public qui limitent la propriété, et parfois permettent l'usage

---

<sup>53</sup> P. Napoli, « Usage », in *Dictionnaire des biens communs*, P.U.F., M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld (ord), 2017, p.1188 : « Gardien de la scission-recomposition entre les raisons de la propriété privée d'un côté et un avantage revendiqué par un nombre incalculable de sujets à l'autre, l'usage représente peut-être une alternative réflexive en même temps que concrète à la rationalité du capitalisme "extractif". Mais, avant tout, sa centralité désigne la pratique fondamentale permettant d'instituer comme "communs" tous les biens se fondant sur une participation collective en termes d'accès valorisant, de gestion, contrôle et protection juridique de ces mêmes biens ». Pour une approche plus historique de la question : P. Grossi, « Droit civiques d'usage (Italie) », in *Dictionnaire des biens communs*, op.cit., p. 439 sqq.

partagé d'un bien approprié, procèdent de la seconde partie de l'article 544 du Code civil. Ensuite, que l'usage partagé d'un bien induit, par la distribution des utilités de la chose appropriée, un rapport collectif autour du bien. Le droit, ici, va instaurer cette dimension collective, par l'exercice de droits reconnus. L'usage partagé peut donc se concevoir comme un rapport collectif portant sur une chose grevée d'une pluralité de droits qui en permettent l'usage.

**17. L'usage partagé d'un bien et la propriété collective ou plurale.** Parce que l'usage partagé d'un bien<sup>54</sup> suppose la propriété, et s'oppose en cela à l'usage commun des *res communes*, il convient de le distinguer des propriétés dites « collectives » ou « plurales ». Ces deux catégories peuvent, selon certains auteurs, s'incarner dans une catégorie générale : celle des propriétés collectives. Comme pour l'appropriation d'un bien par plusieurs personnes, on y range classiquement : l'indivision, la copropriété des immeubles bâtis, les communautés entre époux, etc<sup>55</sup>. Pour d'autres, la propriété collective nécessite une dimension communautaire du rapport d'appropriation. Elle se caractériserait alors par une maîtrise commune du droit de propriété<sup>56</sup>. À l'inverse, la propriété plurale serait définie non par une

---

<sup>54</sup> Le terme de bien, pris dans sa dimension objective, c'est-à-dire comme objet du droit et non le droit lui-même, s'entend majoritairement comme la chose appropriée. Ainsi, la notion de bien suppose la propriété. Voir en ce sens : J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cinamonti, *Les biens*, op.cit., n°1 : « *Ordinairement, les biens désignent en premier lieu les choses (...) Mais tout lien entre les personnes et les choses implique une idée d'attribution, ou d'appropriation, et de pouvoirs* ». Dans un sens différent, voyant le bien comme l'objet d'une potentielle appropriation : J. Carbonnier, *Droit civil, les biens, les obligations*, op.cit., n°707 : « *Toutes les choses ne sont pas des biens. C'est qu'il faut une potentialité d'appropriation pour faire un bien d'une chose* ».

<sup>55</sup> Sur ce point voir : J. Carbonnier, *Droit civil, les biens, les obligations*, op.cit., p. 377 sqq. Pierre Berlioz, dans son ouvrage portant sur le droit de biens, range l'indivision et la copropriété des meubles bâtis dans la catégorie des « propriétés collectives » : P. Berlioz, *Droit des biens*, op.cit., p.263 sqq. Il est également notable que dans l'avant-projet de réforme du droit des biens, les propriétés collectives sont cantonnées à l'indivision et la copropriété des immeubles bâtis (Art. 569 et s.). Pour d'autres, la catégorie des propriétés collectives peut intégrer – elle gagne alors en consistance – l'ensemble des appropriations communes, incluant également la propriété d'une personne morale dont la dimension individuelle, fictionnelle, ne pourrait évincer l'ensemble des intérêts collectifs présents. Dans ce sens, voir : C. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Les biens, droits réels principaux*, op.cit., n°268, p.148 ; également : B. Oppetit, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, Thèse, Paris, 1963, p.454 : « *Ce n'est pas le groupement, considéré comme une entité distincte, qui est propriétaire du patrimoine social, mais les membres du groupement collectivement* ». Dans un ordre d'idée similaire, un auteur opte pour une approche extensive des propriétés collectives, sous le vocable de « propriété commune » : voir : F. Masson, *La propriété commune*, Thèse, Paris 1, 2016.

<sup>56</sup> Avec cette définition, les propriétés collectives sont réduites à peau de chagrin. Seuls quelques exemples, comme les biens de familles ou les sépultures, paraissent avoir une assise communautaire suffisamment forte pour pouvoir être qualifiés de propriété collective. Sur ce point voir : L. Josserand, « *Essai sur la propriété collective* », in *Livre du Bicentenaire*, 1904, p.357 sqq. ; F. Zenati-Castaing, « *La propriété collective existe-t-elle ?* », in *Mélanges Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p.610 sqq. : « *La véritable propriété collective suppose (...) un droit unique et collectif indivisiblement tenu et exercé par plusieurs personnes* ». Dans le même sens : W. Dross, *Les choses*, op.cit., n°3 : « *Du point de vue du strict droit positif, la victoire du modèle de l'appropriation individuelle est totale, au point que les formes d'appropriation en commun que l'on connaît ne méritent pas même le nom de propriétés collectives. L'indivision, et plus encore la copropriété des immeubles bâtis, sont construites sur le modèle de la propriété individuelle, si bien qu'il paraît plus exact de parler à leur*

pluralité de propriétaires sur un même bien, mais par une maîtrise concurrente, déterminée par une pluralité de droits de propriété sur un même bien. Aussi, ces formes collectives d'appropriation, qu'elles soient qualifiées de plurale ou de collective, se déterminent par la propriété. Dès lors, sur un même bien, soit il existe un seul droit de propriété partagé entre plusieurs individus, soit il existe une pluralité de droits de propriété.

L'usage partagé d'un bien, quant à lui, se place sur un autre plan. Il n'est plus ici question de reconnaître plusieurs droits de propriété sur le bien, ou même un seul droit partagé. L'usage partagé d'un bien se caractérise par une reconnaissance de droits permettant aux tiers l'accès aux usages de la chose appropriée. Hormis les cas spécifiques des biens de familles ou des sépultures<sup>57</sup>, les propriétés collectives reposent donc sur une logique patrimoniale<sup>58</sup> qui sied à la philosophie générale de l'ordre civil des biens. À l'inverse, il semblerait que l'usage partagé d'un bien soit davantage guidé par des considérations autres, souvent liées à la nature des choses ; mais aussi, et surtout, aux considérations de notre temps.

**18. Les mouvements de l'usage partagé.** Les formes d'usage partagé d'un bien possèdent leur philosophie propre. Elles s'inscrivent dans une approche particulière du rapport entre hommes et choses. L'homme, ici, n'est plus seulement compris comme un conquérant appelé à devenir le souverain des choses. Au contraire, l'usage partagé d'un bien invite parfois à réinterpréter le rôle de l'homme par rapport aux choses. Ce rôle devient alors plus modeste, il substitue à la destinée de maître celle de protecteur. Il invite également à reconsidérer la place de l'individu dans la relation qu'il entretient avec les choses et son rapport à autrui ; la concurrence pouvant laisser place à la coopération. Ainsi, deux mouvements, qui précèdent le domaine juridique et ses transformations, paraissent être au départ des formes d'usage partagé du bien.

---

*propos de propriété plurale* ». Une auteure, analysant spécifiquement les sépultures, soutiendra que cette forme de propriété collective s'inscrit davantage comme une « *survivance* » que comme une « *existence* » : A. Gailliard, *Le fondement du droit des sépultures*, Institut Universitaire Varenne, coll. Thèses, 2017, p. 321.

<sup>57</sup> L'intérêt qui préside, dans ces deux cas, est éminemment familial, ces biens connaîtraient même une destination familiale et communautaire : Sur les biens de familles : R. Demogue, « Les souvenirs de famille et leur condition juridique », *RTD civ*, 1928, p. 27 *sqq.*, spé. p. 48 : « *Ces biens, étant destinés à la famille (...)* ». Sur les sépultures, remplaçant le terme de destination par celui d'affectation : A. Gailliard, *Le fondement du droit des sépultures*, *op.cit.*, p. 416 : « *les sépultures ont un fondement communautaire que l'affectation familiale permet d'adapter ; elle est le mode d'expression naturelle, car le plus répandu, du régime des concessions funéraires* ».

<sup>58</sup> Évoquant la question des biens communs – et donc, en filigrane, de l'usage partagé de ces biens – Florent Masson évoque une distinction fondamentale : « *Plus que la volonté du titulaire, c'est la nature du bien qui permet de définir les prérogatives de chacun ; la logique patrimoniale est mise en arrière-plan, alors qu'elle est centrale dans une propriété commune* », F. Masson, *La propriété commune*, *op.cit.*, p. 11.

Le premier mouvement est axé sur la question de la préservation des ressources naturelles et plus largement de l'environnement. Cet objectif est perçu comme concernant l'ensemble de la société. L'usage partagé du bien approprié s'analyse ici comme un élément qui peut permettre la préservation du bien, d'abord en limitant les pouvoirs du propriétaire par le partage des utilités de la chose<sup>59</sup>, ensuite en déterminant un objectif commun sur lequel se calque le rapport d'appropriation.

Le second mouvement se fonde sur une volonté de diffuser au plus grand nombre certains biens intellectuels, afin de partager les savoirs, la culture, voire d'en permettre leur amélioration. Également fondé sur les qualités intrinsèques de la chose, le bien intellectuel, ubiquiste, entraîne une non-rivalité qui peut permettre une distribution de ces utilités au plus grand nombre. Ici, l'usage partagé va constituer « *un mode original de production des informations et des connaissances* »<sup>60</sup>, tout en participant à leur diffusion.

Ces deux logiques intègrent plus largement le questionnement autour de la notion de "communs", notion dont l'usage partagé constitue un élément de définition essentiel.

**19. L'usage partagé et la doctrine des "communs".** Le « retour » des "communs" a quelques années. Il est né, initialement, des travaux de l'économiste Elinor Ostrom<sup>61</sup>, de ceux de son époux et de ceux de l'École de *Bloomington*. Ces travaux visent à contester l'universalité de la « Tragédie des Communs » qui justifiait depuis plusieurs décennies la supériorité économique de la propriété exclusive<sup>62</sup>. Mais que sont-ils justement ? Selon l'institutionnaliste américaine, les "communs" se construisent autour d'une communauté mise en relation avec une ressource (foncière ou immatérielle). Les communs se caractériseraient alors par la mise en place d'un système de gouvernance du commun à même de préserver la ressource ou de l'améliorer dans le cas des ressources immatérielles<sup>63</sup>. Ils se détermineraient

---

<sup>59</sup> « *Les services écosystémiques remettent en cause une conception traditionnelle de la propriété, l'exclusivité de son usage cédant à la collectivisation du bénéfice de ses utilités. Ou coexistant, selon les situations.* » P. Billet, « La réification de la nature et de ses services », in *Le droit des biens au service de la transition écologique*, B. Grimonprez (dir.), Dalloz, 2018, p. 1 *sqq.*, spéc. p. 9.

<sup>60</sup> B. Coriat, « Communs informationnels », in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 277.

<sup>61</sup> Voir notamment : E. Ostrom, *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge/New-York, Cambridge University Press, 1990.

<sup>62</sup> G. Hardin, « *Tragedy of the Commons* », *Science*, vol. 162, 1968, p. 1243 *sqq.*

<sup>63</sup> E. Ostrom, C. Hess, « Ideas, Artifacts, and Facilities : Information as a Common-Pool resource », in *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, 2003, p.111 *sqq.* ; *Understanding Knowledge as a Commons*, C. Hess et E. Ostrom (dir.), The MIT Press, 2006.

par un système d'appropriation particulier, celle d'une propriété conçue comme « *bundle of rights* »<sup>64</sup>. En ce sens, les communs se distingueraient par une distribution des différents droits qui composent la propriété entre les membres de la communauté. L'usage partagé des utilités du bien, ici représentées par les droits qui composent la propriété, est le cœur du système d'appropriation. Dans le sillon creusé par la théorie, nombreux ont été les auteurs à percevoir dans les "communs" une nouvelle catégorie émergente de biens<sup>65</sup>, alors que d'autres y voient une pratique communautaire nécessitant de rénover (encore) la propriété civiliste<sup>66</sup>. Quoiqu'il en soit, les questionnements portant sur les communs se sont développés, ils ont intégré les réflexions juridiques et placé la problématique entourant l'articulation de la propriété civiliste et du partage de l'usage des choses au cœur de l'actualité doctrinale<sup>67</sup>.

**20. Le présupposé : l'antinomie des concepts.** L'usage partagé du bien semble se confronter à la notion de propriété. Les caractères de la propriété s'opposent, ontologiquement, à l'usage partagé d'un bien par des tiers. La dimension exclusive de la propriété, en tant que garante de l'individualité de la maîtrise du bien, ne conçoit que difficilement le partage des ses utilités. L'absolutisme, quant à lui, se voit nécessairement réduit par la présence de titulaires de droits sur le bien, ce qui limite alors son office. La

---

<sup>64</sup> E. Schlager, E. Ostrom, « Property-Rights Regimes and Natural Resources : A Conceptual Analysis », *Land Economics*, vol. 68, n°3, University of Wisconsin Press, 1992, p. 249 *sqq.*

<sup>65</sup> Certains auteurs proposent l'établissement d'une nouvelle classification de bien : les biens communs. Sur ces questions, voir notamment : A. Danis-Fatôme, « Biens publics, choses communes ou biens communs », in *Bien public, bien commun. Mélanges en l'honneur d'Étienne Fatôme*, Dalloz, Paris, 2011, p. 24 *sqq.* ; *Repenser les biens communs*, B. Parance et J. de Saint-Victor (dir.), CNRS éd., 2014.

<sup>66</sup> En France, la réception de cette doctrine a été relativement forte. On trouve, en tête de cordée, l'économiste Fabienne Orsi qui voit dans la théorie de la propriété comme *bundle of rights* une potentielle solution d'avenir permettant une approche plus socialisante et inclusive du rapport d'appropriation.

Voir : F. Orsi, « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », in *Revue de la régulation*, 2013, 2<sup>nd</sup> semestre, (En ligne) ; du même auteur, « Réhabiliter la propriété commune comme *bundle of rights* : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », *RIDE*, T. 28, n° 3, 2014, p.371 *sqq.* ; F. Orsi, « Penser la propriété commune. Un nécessaire changement de cadre d'analyse », in *Propriété et communs, Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés*, ANR Propice, 2012, (en ligne). D'autres auteurs se rattachent également à cette tendance. Dans une logique similaire : E. Verhaegen, « La forge conceptuelle. Le commun comme réinterprétation de la propriété », *RS&A*, Unité d'anthropologie et de sociologie de l'Université catholique de Louvain, 1 décembre 2015, *OpenEdition* ; P. Crétois, « La propriété repensée par l'accès », *RIDE*, T. 28, n° 3, 2014, p.319 *sqq.* Pour une approche qui ne prend pas l'émergence des communs pour référencement unique, mais place la question de la théorie de la propriété comme *bundle of rights* en tant que solution permettant une approche instrumentale de la propriété : J.-P. Chazal, « La propriété, dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *RTD civ*, 2014, p.763 *sqq.*

<sup>67</sup> Sur ce point, voir : J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé*, *op.cit.*, p.231 *sq.* ; De la même auteur : « Entre propriété et accès : la résurgence du communs », in *La Bioéquité, batailles autour du paradigme du vivant*, éd. AutrementFrontières, 2009, p. 63 ; « Quel(s) modèle(s) juridique(s) pour les communs ? Entre élargissement du cercle des propriétaires et dépasement de la propriété », in *Propriété et communs, Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés*, ANR Propice, 2013 ; « Quel modèle pour construire les communs ? », *Repenser les biens communs*, B. Parance et J. de Saint-Victor (dir.), CNRS, 2014, p. 103 ; « Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français », *Le Retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire*, Coriat (C.) (dir.), L.L.L., 2015, p. 90.



perpétuité, enfin, apparaît comme le garde-fou. Elle permettrait de conserver dans le temps l'empire de la propriété sur les choses, sans quoi, l'usage partagé d'un bien reviendrait à opérer une division de la propriété, à multiplier les rapports d'appropriation sur le même bien et à consacrer des propriétés portant uniquement sur certaines utilités des choses. Les relativités apparaissent donc différentes : là où la propriété consacre le pouvoir de l'individu, de sa volonté, sur les choses du monde, l'usage partagé établit un rapport collectif à leurs égards, prenant en compte leurs spécificités. Le rapport d'appropriation se finalise, se fonctionnalise même, autour de la chose. Dès lors, la propriété et l'usage partagé apparaissent irréconciliables. Pour dépasser cette première appréhension, il convient de rapprocher les deux notions pour souligner leurs interactions et les conséquences qui pourraient en découler.

## II/ Axes de la recherche

Face à l'analyse d'ensemble, cette thèse sera menée avec plusieurs lignes directrices, qui apparaissent en filigrane et représentent les intérêts qu'une mise en relation de la propriété et de l'usage partagé génèrent. Celles-ci ont donc nourri la réflexion générale et guider les développements. Ainsi, si l'intérêt premier de cette recherche est de questionner la propriété au regard de sa possible articulation avec l'usage partagé (A), cela ne pourra se faire qu'avec la recherche des normes et techniques qui en permettent l'émergence (B). Ces réflexions pourront, de manière plus diffuse, s'inscrire dans un cheminement qui place phénomène de l'usage partagé du bien comme l'émanation d'une potentielle évolution postmoderne du droit des biens (C).

### A. L'intérêt premier : *Que l'usage partagé d'un bien nous dit-il de la propriété ?*

**21. Est-il possible de concilier l'individuel et le pluriel ?** « *Propre et commun sont les contradictoires* »<sup>68</sup>, cette célèbre phrase de Pothier semble aujourd'hui remise en cause, du moins relativisée, par les différentes formes d'usage partagé d'une chose appropriée. Les pistes apparaissent brouillées et les représentations classiques remises en cause. N'a-t-on pas professé que « *la propriété sort des entrailles de la communauté* »<sup>69</sup> ? Les deux concepts sont opposés jusque dans leurs ontologies propres. L'histoire des concepts nous oblige alors à

---

<sup>68</sup> M. Bugnet, *Œuvres de Pothier, annotée et mise en corrélation avec le Code et la législation actuelle*, Cosse et Delamotte, T. 9, Paris, 1848, p.107.

<sup>69</sup> F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, op.cit., n° 92, p. 106.

penser l'usage partagé et la notion de propriété par opposition. Pourtant, les cas d'usage partagé d'un bien émergent, imposés tantôt par les lois, les règlements ou l'administration, tantôt par la volonté du propriétaire. Ils sont, aujourd'hui, une réalité de notre temps avec laquelle il convient de composer. Ce qui paraissait être une normalité lorsque le phénomène était imposé par la loi, devient une anomalie lorsque c'est le propriétaire qui, de son propre chef, décide de distribuer les utilités de son bien. Pour la propriété, les conséquences théoriques sont alors majeures : elles interrogent nécessairement ses caractères, de son exclusivisme à son absolutisme, mais sur des plans différents<sup>70</sup>. Les réponses apportées nous permettront de percevoir si une conciliation entre deux pôles, que tout paraît opposer, apparaît envisageable. La communauté ne pourrait-elle pas, sortir des entrailles de la propriété ? Telle est la question centrale de notre étude.

**22. Quel modèle pour le bien ?** Le droit civil français, hormis quelques exceptions<sup>71</sup>, envisage le bien par sa corporéité. Il s'agit de la « *réalité primordiale* »<sup>72</sup>, héritière des conceptions romaines. Cette appréhension de l'objet de la propriété s'est construite à rebours d'une vision coutumière de l'appropriation qui, fondée sur le pragmatisme et l'esprit de solidarité<sup>73</sup>, concevait l'objet non par sa corporéité mais par ses utilités. Il était alors question des propriétés-jouissance qui pouvait se superposer sur un même bien corporel<sup>74</sup>. En droit contemporain, cette appréhension du bien par ses utilités se retrouve particulièrement en droit de la propriété intellectuelle et plus spécifiquement encore en droit d'auteur. Ainsi, en reconnaissant la propriété de l'auteur par une somme de droits (patrimoniaux et moraux) sur son œuvre, le Code de la propriété intellectuelle a institué les germes de la distribution des utilités sur lesquelles des droits se greffent. Le droit des biens classiques n'est pas en reste, le développement récent des droits réels de jouissance spéciale place les utilités des choses comme de nouveaux démembrements possibles, loin de l'approche classique des droits réels

---

<sup>70</sup> Voir *Supra* n° 9, notes n° 36-27.

<sup>71</sup> Il est possible de citer la propriété d'un volume, ou le droit de superficie, voir notamment : R. Savatier, « La propriété de l'espace », *D.*, 1965, p.213 *sqq* ; M. Faure-Abbad, « La propriété d'un volume », in *Les propriétés*, M. Boudot et D. Veillon (dir.), Presses universitaires juridiques de Poitiers – LGDJ, 2015, p.199 *sqq*.

<sup>72</sup> M. Villey, « Gaius et le droit subjectif », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 1962, p.177 *sqq*.

<sup>73</sup> Sur ce point, l'œuvre de l'historien Paolo Grossi est saisissante, l'auteur formulant le concept de « *réicentrisme* » afin de rendre compte de la centralité des choses dans le rapport d'appropriation médiéval : P. Grossi, *Un altro modo di possedere, L'ermersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Giuffrè ed., coll. *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, n°5, Milan, 1977 ; du même auteur, *Il Dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Giuffrè ed., coll. *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, n°41, Milan, 1992 ; *ibid.*, P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Coll. Storica, Laterza, 1995, Milan.

<sup>74</sup> Voir : A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F, Coll. Droit fondamental, 1989.

principaux. Aussi, avec les formes d'usage partagé du bien, ce n'est pas tant la notion de bien qui pourrait être remise en cause, mais le prisme par lequel ce dernier peut être identifié. Le curseur s'est peut-être déplacé, d'une appropriation englobant la totalité des utilités de la chose, le droit de propriété, à une relation plus utilitariste alors axée sur certaines utilités précises. De l'ensemble au particulier, du propriétaire à l'usager, tel serait, peut-être, l'un des enseignements des formes d'usage partagé des choses appropriées.

**23. Vers la nécessité d'une (re)théorisation de la propriété ?** De ce fait, une interrogation fondamentale se pose, celle de savoir si la notion de propriété, telle que nous la connaissons, est à même de pouvoir intégrer cette dimension plurielle. La doctrine des communs promet une solution alternative, avec pour support théorique la théorie américaine de la propriété conçue comme « *bundle of rights* ». La propriété civiliste aurait donc fait son temps, laissant place à une nouvelle théorisation capable d'embrasser une dimension collective du rapport aux choses. Cette tentation doctrinale, puisqu'elle existe, devra être interrogée.

À l'inverse, est-il possible de penser la conciliation afin d'envisager que la propriété puisse, par elle-même, intégrer cette donne nouvelle ? Une telle option pourrait être intéressante, mais demanderait de repenser, ou du moins d'adapter, le *corpus* théorique qui entoure la notion de propriété. Cette entreprise nécessiterait de rompre avec l'approche dogmatique de la propriété pour en dégager une conception plus souple, voire instrumentale. Une telle approche nécessitera de rechercher les instruments juridiques qui pourraient permettre le partage des utilités de la chose appropriée.

## **B. Intérêt second : *Quelles techniques pour l'usage partagé du bien ?***

**24. Les techniques permettant l'usage partagé des utilités du bien.** En droit positif, les techniques qui peuvent conduire à partager les utilités du bien sont nombreuses et diverses. Le juriste pensera, en premier lieu, à la catégorie des droits réels puis, en second lieu, à celle des droits personnels. À ce titre, la fin du *numerus clausus* des droits réels<sup>75</sup> et la reconnaissance

---

<sup>75</sup> Par un arrêt consacrant un droit réel conférant la jouissance spéciale d'un bien, la 3<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation a, cette fois de manière définitive, enterré la théorie dite du *numerus clausus* des droits réels. Voir : C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 31 octobre 2012, n° 11-16304. Sur la question de l'existence du *numerus clausus* des droits réels : « *Le numerus clausus des droits réels, la fin d'un mythe* », in 19<sup>ème</sup> conférence Albert Meyrand, éd. UDM, Montréal, 2017.

d'un droit réel conférant la jouissance spéciale d'un bien ouvrent les chemins de l'usage partagé. Du moins peuvent-elles permettre de concevoir des droits réels iconoclastes portant sur des utilités spécifiques du bien. Face à ce phénomène, la potentialité collective de ce nouveau droit réel se doit d'être interrogée. Peut-on envisager qu'un propriétaire puisse multiplier, sur son bien, les droits réels de jouissance spéciale ? Dans un tel cas, la superposition de droits réels de jouissance spéciale ne s'opposerait-elle pas à l'ordre public des biens ? Fruit d'une jurisprudence récente de la troisième chambre civile de la Cour de cassation<sup>76</sup>, dont l'actualité est toujours brûlante<sup>77</sup>, le droit réel dit de jouissance spéciale pourrait donc se dessiner comme une technique nouvelle favorisant l'usage partagé du bien. Au-delà de ce droit nouveau, les techniques sont nombreuses. Elles dépassent le strict cadre du droit commun des biens. Le droit de la propriété intellectuelle tout d'abord, par l'outil contractuel de la licence, a permis à certains auteurs de diffuser librement leurs œuvres, réalisant la « *collectivisation des usages du biens* »<sup>78</sup>. Le droit public intervient également, au nom de l'intérêt général, en instaurant des formes d'usage partagé du bien. La solution est alors plus classique, elle est une manifestation des possibles limitations au pouvoir du propriétaire prévues dans la seconde partie de l'article 544 du Code civil<sup>79</sup>. Il ne s'agit ici que de certains exemples et il conviendra de sonder plus avant les différentes formes d'usage partagé afin d'en révéler les techniques majoritaires.

**25. Les techniques permettant l'usage partagé – et organisé – des utilités du biens.** La simple distribution des utilités du bien ne peut suffire, à elle seule, à permettre une mise en place pérenne et effective d'usage partagé. Comme la théorie des communs nous y invite – et plus largement les logiques de protection et d'accès – l'usage partagé du bien s'inscrit souvent dans une conception finalisée du rapport d'appropriation. Celui-ci se détermine alors comme un outil qui se fonctionnalise autour d'un but recherché. Cela n'est pas sans rappeler, en sociologie, le concept d'une communauté forgée autour d'un intérêt collectif qui transcende les intérêts individuels de chaque communisme et guide les actions de chacun. Ce mouvement de fonctionnalisation de la propriété – conséquence théorique – peut s'appuyer, et s'appuie

---

<sup>76</sup> Les droits réels dit de jouissance spéciale ont continué d'alimenter l'activité des juges du Quai de l'Horloge : C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 28 janvier 2015, n° 14-10013 ; C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 8 septembre 2016, n° 14-26953

<sup>77</sup> Voir, en dernier lieu : C. cass., 3<sup>ème</sup> civ, 7 juin 2018, n° 17-17240 ; C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 6 juin 2019, n° 18-15386.

<sup>78</sup> N. Binctin, « Licence (Propriété intellectuelle) », in *Dictionnaire des biens communs*, op.cit., p.741.

<sup>79</sup> W. Dross, « Que l'article 544 nous dit-il de la propriété », op.cit., p.28 : « *C'est dire que la contradiction inhérente à l'article 544 se trouvait miraculeusement résolue par le découpage académique des disciplines juridiques : aux privatistes la première partie du texte, aux publicistes la seconde. Le risque était alors de perdre de vue le sens profond de ce texte qui est de soumettre la propriété privée à l'intérêt général, en tenant le droit public pour seul vecteur de son expression* ».

déjà, sur des techniques existantes. Parsemées au travers des différentes dispositions du Code civil, les notions de destination et d'affectation participent à la fonctionnalisation de la propriété. Elles viennent guider les usages que l'on peut faire de la chose en fonction d'une finalité déterminée<sup>80</sup>. Dès lors, elles s'insèrent comme un outil sur lequel peut se développer la régulation de l'usage partagé, non seulement en le guidant, mais également en encadrant la potentialité d'action du propriétaire.

L'organisation de l'usage partagé d'un bien peut également résulter de sa propension à se stabiliser dans le temps. La durée longue, pour ne pas évoquer la perpétuité, ne sied guère aux droits réels et encore moins aux droits personnels. Elle évoque les fantômes d'un passé honni, celui des enchevêtrements de droits sur un même bien, des « propriétés simultanées » ; un monde que la codification et la propriété auraient fait disparaître. Pourtant, cette tendance à vouloir inscrire l'usage partagé du bien dans une certaine durée est aujourd'hui prégnante. Loin de souhaiter le retour à l'ordre ancien, les auteurs qui défendent la perpétuité des droits réels, par exemple, le font dans un esprit de souplesse ou dans une volonté de fonctionnaliser le rapport d'appropriation. La protection environnementale, par exemple, ne peut se concevoir dans l'instantanéité, elle nécessite de s'instituer durablement afin de pouvoir être opérante. Il serait même possible de dire que la protection, en ce qu'elle est une lutte permanente, pourrait nécessiter une forme de perpétuité. Ainsi, en prônant, à tout le moins, des formes d'usage partagé inscrites dans la durée, c'est une recherche d'organisation pérenne de ce partage qui est souhaitée. Cette dimension, aujourd'hui essentielle, ne saurait être unitaire. Elle dépendra des droits envisagés, de leurs provenances et même des qualités intrinsèques du bien en cause.

À la vue de ces éléments, qui paraissent parfois en rupture avec l'ordre traditionnel de 1804, le chercheur ne peut s'arrêter là. Étudier la propriété, même si ce n'est pas de manière intrinsèque, c'est inscrire sa réflexion dans un schéma plus large, celui de la structure même du droit des biens, des mouvements qui le parcourent, de son évolution. Tel sera donc l'intérêt transversal de notre étude.

---

<sup>80</sup> Voir : B. Mallet-Bricout, « Propriété, affectation, destination – Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *RJTUM*, n° 48, 2014, p.537 *sqq.*

### **C. Intérêt transversal : *L'usage partagé d'un bien, simple émanation d'un droit des biens postmoderne ?***

**26.** Inscrit en creux des considérations théoriques et techniques, l'usage partagé du bien peut être analysé comme un symptôme des forces qui parcourent le droit des biens. Le développement des "communs", le partage des utilités de la chose, le retour aux choses, tous ces éléments contredisent la perception moderne du rapport établi entre homme et chose. Peut-être faut-il alors se rallier aux auteurs qui, depuis déjà quelques temps, recherchent les émanations d'un changement d'ère, les premiers signaux d'un postmodernisme naissant<sup>81</sup>. Ce phénomène particulier, dont on ne peut encore saisir la pleine mesure, pourrait-il trouver dans l'usage partagé du bien l'une de ses représentations ? Ce retour généralisé du collectif en droit des biens n'est-il, *in fine*, qu'un emblème d'un mouvement qui le dépasse largement ?

**27. L'usage partagé, entre production verticale et horizontale.** Pour comprendre l'usage partagé, il conviendra d'en observer ses forces créatrices. D'un point de vue global, les sources du droit ont subi un mouvement de pluralisation<sup>82</sup>. Les sources classiques se voient aujourd'hui concurrencées par des sources tant supra-étatiques qu'infra-étatiques, entraînant une forme d'enchevêtrement des modes de production normatifs. La pluralité des sources serait l'un des phénomènes les plus représentatifs d'un droit postmoderne émergent. À côté de la production normative verticale, imposée du haut vers le bas, tels que la loi ou les règlements, se développe une normativité horizontale qui jaillit de la pratique ou du contrat. Cette problématique ne sera pas l'objet direct de cette recherche. En revanche, il conviendra de percevoir si l'usage partagé du bien connaît également ce phénomène. Pour ce faire, il faudra analyser si les formes d'usage partagé du bien peuvent naître de la seule volonté du propriétaire ou si ce sont les lois et règlements qui s'y substituent.

**28. Vers un droit des biens involutif ?** Parce qu'il serait à l'état embryonnaire, le droit postmoderne se définit surtout par miroir, avec le droit moderne comme reflet, parfois décrit

---

<sup>81</sup> Nous choisissons d'évoquer la naissance du postmodernisme, mais il eut été également possible de préférer une expression décrivant plutôt la fin de la modernité. Il s'agit, nous semble-t-il, d'un phénomène similaire, un entre-deux. Sur la notion de droit postmoderne, voir notamment : J. Chevallier, *L'État post-moderne*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, 2017 ; B. Barraud, *Le droit postmoderne : une introduction*, L'Harmattan, 2017.

<sup>82</sup> Pour une description du phénomène : F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau, pour une théorie dialectique du droit*, PFUSL, Bruxelles, 2002 ; I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (dir.), *Les sources du droit revisitées*, (4 volumes), Anthémis, Bruxelles, 2012.

comme étant un droit tout autant « anti-moderne » qu'« hyper-moderne »<sup>83</sup>. En somme, les évolutions contemporaines du droit mettraient en exergue certaines qualités du droit moderne, tout en ravivant certaines solutions du droit pré-moderne. C'est ainsi que la critique de l'exclusivisme, au profit d'un "inclusivisme", peut se concevoir comme une émanation d'un hyper-individualisme<sup>84</sup>. Dans le même temps, il peut être perçu comme une volonté de collectif, de communautarisation du rapport d'appropriation. À ce titre, les solutions pré-modernes peuvent devenir des solutions d'avenir permettant de mieux appréhender ce phénomène nouveau. La tendance n'est pas nouvelle, certains auteurs évoquant un droit des biens qui serait « involutif »<sup>85</sup>, marqué par un retour des formes pré-modernes de relations aux biens. L'usage partagé du bien, en ce qu'il est tout autant une relativité nouvelle qu'ancienne, se place pleinement dans cette interrogation générale.

### III/ Outils méthodologiques de l'étude

#### A. Une histoire tournée vers l'avenir

Étudier la relation existante entre propriété et usage partagé d'un bien ne peut faire l'économie d'un détour par l'histoire des concepts. L'ancrage historique est ici consubstantiel à la relation des objets étudiés. L'histoire des schémas de pensée – notamment celle de la relation entre homme et chose – sera donc présente et subsistera en toile de fond de cette étude. Si nous renions toute ambition d'un travail d'historien du droit, il convient de nous justifier sur l'utilisation qui sera faite de l'histoire et du rôle que nous comptons lui assigner. Cela invite, naturellement, à indiquer notre propre rapport au temps (1), aux forces conceptuelles des choses passées (2) et à notre présupposé historique (3).

---

<sup>83</sup> Sur ce point, et pour une description des différentes caractéristiques de la post-modernité : J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, p.659 *sqq.*

<sup>84</sup> L'œuvre de l'économiste Jeremy Rifkin, bien que prospective, est particulièrement éclairante sur ce point : J. Rifkin, *L'âge de l'accès. La nouvelle culture du capitalisme*, Trad. M. Saint-Upéry, La découverte, 2000 ; J. Rifkin, *La nouvelle société au coût marginal zéro (L'internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme)*, Trad. F. Chelma et P. Chelma, LLL, 2014.

<sup>85</sup> « Doit-on dès lors – certains le font, en général pour le déplorer – parler d'une sorte d'involution de l'histoire qui se traduirait sur bien des points par un retour inavoué aux formes juridiques de l'ancien droit et à ses propriétés superposées ». M.-F. Renoux-Zagamé, « Définir le droit naturel de propriété », *Histoire de la justice*, 2009, n°19, p. 321. L'auteure fait ici référence à l'ouvrage d'Anne-Marie Patault dans lequel elle décrit un mouvement récent de retour aux propriétés simultanées : A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, *op.cit.*, n°230 et 231 ; de la même auteure, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens, histoire de l'immeuble corporel », in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes Journées René Savatier, P.U.F, p. 3 *sqq.*

## ***1. L'histoire comme repère***

**29.** Notre étude nécessitera la recherche de repères historiques, des techniques qui ont permis la mise en place d'un usage partagé d'une chose, tout comme des éléments qui ont fait de la notion de propriété la technique centrale du rapport entre homme et chose. Ce faisant, il sera possible de dresser une cartographie des concepts, de percevoir comment la relation entre homme et chose a pu être envisagée et comment elle a évolué à travers les âges. Cette approche de l'histoire n'aura pas une simple vertu descriptive, elle se doit d'être une étape nécessaire à la compréhension des enjeux qui sous-tendent la question du développement de l'usage partagé d'un bien, tout autant qu'un bréviaire permettant de comparer les phénomènes. L'histoire, prise comme est un repère, peut permettre d'éclairer le présent.

## ***2. L'histoire comme phare***

**30.** À première vue, désigner l'histoire du droit – ou plutôt une certaine histoire du droit – comme le phare d'une étude de droit contemporain apparaît à la fois ambitieux et à contre-emploi. Ce dernier point pourrait provenir de la fonction traditionnellement octroyée à l'histoire du droit, la discipline étant souvent réduite à un auxiliaire du droit positif dont la principale fonction reste propédeutique<sup>86</sup>. Ici, l'utilisation de l'histoire du droit ne se cantonnera pas à l'introduction de la problématique générale. Nous croyons, au contraire, que l'histoire est riche d'enseignements, qu'elle a, comme pour l'étude des législations et des doctrines étrangères, une fonction comparative essentielle. En cela, l'histoire peut être le phare du juriste, ce guide qui pourrait permettre de ne pas s'égarer<sup>87</sup>. Il s'agit donc d'un choix épistémologique assumé.

---

<sup>86</sup> Pour un rappel des différentes fonctions de l'histoire du droit (et des méthodes qui en découlent) : N. Laurent-Bonne, « Observations sur la fonction de l'histoire dans la doctrine contemporaine », in *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit*, D. Mazeaud et T. Bonneau (dir.), éd. Panthéon-Assas, 2016, p.11 *sqq.* ; également : M. Xifaras, « Comment rendre le passé contemporain », in *Penser l'ancien droit privé, regards croisés sur les méthodes des juristes*, X. Prévost et N. Laurent-Bonne (dir.), T. 2, LGDJ, 2018, p.13 *sqq.*

<sup>87</sup> En reprenant la proposition d'un mariage nouveau entre histoire du droit et dogmatique juridique proposée par Nicolas Laurent-Bonne (N. Laurent-Bonne, « Observations sur la fonction de l'histoire dans la doctrine contemporaine », *op.cit.*), Mikhaïl Xifaras va dénommer cette approche le « *présentisme dogmaticien* ». Cette appellation permettrait de rendre compte du rôle potentiellement performatif de l'histoire du droit sur le droit positif : « *En organisant la comparaison, et parfois la confrontation du droit positif contemporain et des droits positifs passés, l'histoire donnerait à voir d'autres droits positifs possibles, élargirait le registre des solutions disponibles, relativiserait les solutions présentes, et pourrait jouer un rôle prospectif de guide pour la pensée juridique contemporaine* (M. Xifaras, « Comment rendre le passé contemporain », *op.cit.*). Cette approche historico-comparative est aujourd'hui le fondement d'une revue récente « *Tribonien* », héritière de l'ancienne « *Revue critique de législation et de jurisprudence* » ; le but avoué de cette méthodologie étant de renouer le lien entre l'histoire et le droit positif.



Ambitieux, le projet pourrait l'être. Encore faudrait-il, pour cela, faire cavalier seul, tel l'historien de formation, exploitant les sources premières. Dans notre cas, la recherche historique reposera davantage sur le travail des historiens du droit et les débats historiographiques. Notre rôle ne sera donc pas de révéler la substance des choses passées, mais plutôt de se servir des recherches savantes sur les choses passées afin de pouvoir en dresser une lecture actuelle, à l'aune des catégories et des problématiques contemporaines.

### **3. Le référencement choisi : le droit médiéval coutumier**

Prendre pour référence le droit médiéval dans un questionnement portant sur le droit des biens pourrait de prime abord surprendre, le droit romain prenant souvent un rôle monopolistique dans les études de droit privé. Ici, deux éléments de réponse doivent être apportés : le premier est lié aux choix du repère historique, le second est tributaire d'une approche historico-comparative.

**31. Le droit médiéval coutumier, l'acmé de l'usage partagé.** Le détour par le droit médiéval coutumier permettra de saisir les traits saillants des formes d'appropriation qui, dans d'autres temps, opéraient un partage des utilités de la chose entre différentes personnes ou communautés. Fondée sur une approche pragmatique, l'appropriation coutumière cherche à maximiser les usages des choses ; le tout étant enveloppé dans une dimension communautaire propre aux rapports sociaux de l'époque. La propriété exclusive et individuelle n'existait qu'à l'état embryonnaire. Elle était cantonnée aux *cateux*, ces meubles dont la valeur était considérée comme insignifiante. À l'âge médiéval, l'appropriation collective du bien, fondée sur un partage des utilités des choses, est le paradigme. À ce titre, le droit médiéval coutumier nous offre un référencement permettant d'appréhender les changements actuels.

**32. Le droit médiéval coutumier, des solutions d'avenir ?** En premier lieu, il convient de préciser que l'étude du droit romain pouvait être prise comme référencement et devenir l'objet d'une étude historico-comparative<sup>88</sup>. C'est aujourd'hui une tendance marquée, avec pour point d'orgue des recherches comparatives guidées par l'idée du *jus commune*<sup>89</sup>. Cette

---

<sup>88</sup> Pour un exemple en droit des contrats en amont de la réforme du Livre III du Code civil : D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2<sup>nd</sup> éd., Coll. CorpusHistoiredudroit, 2012, Paris.

<sup>89</sup> R.-M. Rampelberg, *Repères romains pour le droit européen des contrats*, LGDJ, Coll. Systèmes Droit, 2005 ; Pour une synthèse éclairante des recherches portant sur le *ius commune* : J.-L. Halpérin, « Histoire comparée du

approche – assimilant *jus commune* et droit romain – fut l’objet d’une vive controverse. Sans revenir sur le fondement ni mêmes les argumentaires de chacune des parties, l’opposition fut vive entre les tenants d’un droit romain perçu comme le *jus commune*<sup>90</sup> et leurs contradicteurs pour qui les règles coutumières étaient un élément devant être pris en compte<sup>91</sup>. D’autres encore, recherchant le *jus commune* du droit de propriété, voient dans le droit féodal le droit commun européen, sa souplesse présumée pouvant permettre une potentielle unification des droits européens<sup>92</sup>. Le droit romain, bien souvent admiré au titre de sa perfection juridique, est donc parfois délaissé au profit du droit coutumier, voire féodal. La tendance n’est pas propre à notre époque. Déjà Renouard, au cœur du XIX<sup>ème</sup> siècle, analysait le régime du droit d’auteur à l’aune de certains mécanismes d’appropriation coutumière, telle que la saisine<sup>93</sup>. Plus récemment, les travaux d’Anne-Marie Patault portant sur « *les propriétés simultanées* »<sup>94</sup> ont permis un regain doctrinal autour des formes d’appropriation médiévales<sup>95</sup>. Le référencement historique choisi dépend donc, également, de l’objet étudié. Dans le cadre de notre étude, le droit médiéval coutumier apparaît alors indispensable à la compréhension du phénomène de l’usage partagé d’un bien. Il permet ainsi de puiser dans notre passé juridique, parfois par ambition explicative, parfois par ambition prospective.

---

droit », in *L’histoire du droit en France, Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Classiques Garnier, 2014, p.183 *sqq.*

<sup>90</sup> G. Giordanengo, « *Jus commune* et 'droit commun' en France du XIII<sup>ème</sup> au XV<sup>ème</sup> siècle », in *Droits romain, jus commune et droit français*, J. Krynen (dir.), Études d’histoire du droit et des idées politiques, n°3, 1999, p. 219 *sqq.* ; J. Krynen, « Le droit romain, droit commun de la France », *Droits*, n°38, 2003, p. 21 *sqq.*

<sup>91</sup> A. Castalod, « Pouvoir royal, droit savant et droit coutumier dans la France du Moyen-Âge. À propos de vues nouvelles I », *Droits*, n°46, 2007, p. 117 *sqq.* ; Du même auteur, « Pouvoir royal, droit savant et droit commun coutumier dans la France du Moyen Âge. A propos de vues nouvelles II : Le droit romain est-il le droit commun ? », *Droits*, n°47, 2008, p. 173 *sqq.*

<sup>92</sup> D. Heirbaut, « Feudal law : the Real Ius Commune of Property in Europe, or : Should We Reintroduce *Duplex Dominium* », *European Review of Private Law*, 2003, p.301 *sqq.*

<sup>93</sup> A.-C. Renouard, « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », *Revue de législation et de jurisprudence*, T.5, 1837, p. 241 *sqq.*

<sup>94</sup> A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F., coll. « Droit fondamental », 1989, Paris ;

<sup>95</sup> Par exemple : P. Legal, « Les vertus de la propriété partagée. Des fondements de l’Ancien droit aux attentes contemporaines », in *Liberté contractuelle et droits réels*, L. Andreu (dir.), LGDJ, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 11 *sqq.* ; S. Vanuxem, C. Guibet-Lafaye, « Des propriété simultanées », in *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, S. Vanuxem et C. Guibet-Lafaye (dir.), PUAM, 2015, p.55 *sqq.* D’autres auteurs vont, quant à eux, rechercher des solutions par le prisme du droit féodal, voir notamment : E. Meiller, « Le droit réel : vecteur de services environnementaux », in *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2018, p. 71 *sqq.* (l’auteur évoque ici le « modèle du domaine utile » comme contenant de fortes potentialités environnementales) ; F.-G. Trébulle, « La propriété à l’épreuve du patrimoine commun : Le renouveau du domaine universel », in *Mélanges en l’honneur de Philippe Malinvaud*, LexisNexis, 2007, p. 659 *sqq.* ; G. Leray, *L’immeuble et la protection de la nature*, LGDJ, Coll. Thèses, 2019, n° 332. Voir aussi, pour une analogie entre le phénomène de contractualisation et le droit féodal : A. Supiot, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale », in *Approche critique de la contractualisation*, S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), LGDJ, Coll. « Droit et Société », n°16, 2007, p. 19 *sqq.*

## B. L'usage partagé du bien, entre dépassement et retour au droit commun des biens

33. L'étude de l'usage partagé d'un bien nécessite qu'un panorama des formes d'usage partagé d'un bien soit dressé ou, à tout le moins, que des exemples idoines soient présentés. L'étude ne sera donc pas uniquement théorique, éthérée et sans référencement au réel. Elle prend le parti de rechercher les différentes formes significatives d'usage partagé d'un bien afin de les analyser au regard de la propriété. Ce faisant, le champ d'étude est vaste, les formes d'usage partagé d'un bien dépassant le découpage des matières juridiques. Initialement, cela provient du contenu du Livre II du Code civil, reflet du début du XIX<sup>ème</sup> siècle, et sur les considérations pratiques dictées par une société rurale qui n'avait pas encore connu les révolutions industrielles et numériques<sup>96</sup>. Cette inadéquation du Livre II a conduit les biens nouveaux à se construire sur d'autres droits, plus spéciaux, ce qui entraîna une spécialisation de leurs régimes. C'est ainsi que la propriété intellectuelle, la propriété publique ou encore les baux ruraux se sont développés. Les différentes propriétés se sont substituées à la figure monolithique de propriété civiliste. Le droit français a donc vécu sous l'égide d'une propriété unique avant d'évoluer vers un système pluri-propiétaire<sup>97</sup>. Aussi, c'est dans cette nouvelle rationalité que les formes d'usages partagés se sont exprimées, la pratique faisant fi des cloisonnements des matières. À ce titre, elles sont, toutes à la fois, nombreuses et protéiformes. Cette diversité se retrouve à différents niveaux d'analyse du phénomène, niveaux qui seront appréhendés dans cette étude.

D'abord, l'usage partagé d'un bien peut se retrouver dans des objets différents, tant matériels qu'immatériels. Le paysage est bigarré, il n'est que la représentation de la notion de bien, elle même liée à la diversité des choses que la notion enveloppe. Cette distinction fondamentale,

---

<sup>96</sup> H. Périnet-Marquet, « La proposition de réforme du droit des biens », *D.*, 2009, p. 152 : « Cette partie n'avait pas été, loin de là, la mieux rédigée en 1804. Le législateur a souvent repris des coutumes de l'ancien droit. Beaucoup d'articles y sont trop techniques, redondants, et davantage adaptés à une France rurale qu'urbaine ». Dans un sens similaire : T. Larmarche, « Le droit de propriété au bicentenaire du Code civil », *RJOI*, 2006, p. 177 : « Le droit de propriété a été pensé pour une société essentiellement rurale, comme le traduisent certains articles à caractère bucolique (...) devenus obsolètes, inadaptés, voire inutiles ».

<sup>97</sup> Le phénomène de multiplication des formes de propriété – parfois qualifiées de *modèles propriétaires* – a largement été commenté ; en droit des biens, il est l'une des questions les plus prégnantes de ces cinquante dernières années. À ce titre, voir : Troisièmes journées Savatier (Poitiers, 4 et 5 octobre 1990), *L'évolution contemporaine du droit des biens*, P.U.F., 1991 ; *Les modèles propriétaires*, LGDJ, 2012 : spécifiquement, dans les avant-propos : « Au point de départ, le constat de l'éclatement du concept de propriété poussé par le développement des propriétés à objets multiples sur le double versant du tangible et de l'intangible a nourri la réflexion non pas seulement sur les nouveaux objets mais aussi sur les formes d'appropriation dans des domaines variés tels que l'information, le vivant, la culture, la propriété rurale, les créations, etc. », M.Cornu, *Avant-propos*, *op.cit.*, p.7. ; J.-B. Seube, « Le droit des biens hors le Code civil », *LPA*, 15 juin 2005, p. 4 *sqq* ; J.-P. Mousseron, J. Raynard, T. Revet, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, 1993, p. 281 *sqq*.

fondée sur les qualités intrinsèques des choses, entraîne classiquement des distinctions, à l'instar de celle opposant la notion de propriété classique et de propriété intellectuelle. Aussi, malgré des spécificités tant notionnelles que techniques, la propriété intellectuelle peut s'analyser à travers le prisme classique du droit commun des biens et de la propriété<sup>98</sup>. Il s'agit, ici encore, d'un choix épistémologique de notre part, un choix inscrit dans une logique de décloisonnement des savoirs qui permet d'analyser les relations entre propriété et usage partagé d'un bien dans sa globalité.

Ensuite, l'usage partagé des biens peut se retrouver dans une logique protectionniste. Contrairement au premier niveau d'analyse, le non-alignement de certains biens sur le droit commun des biens se trouve ici dans des régimes de protection spécifiques. Que cela soit le cas de certaines forêts, des monuments historiques ou même plus généralement de certains espaces naturels, la mise en place de régimes de protection éloigne ces biens, pourtant fonciers, du régime propre au livre II. Que cela soit dans une logique de protection, souvent couplée à celle d'une transmission générationnelle, ces biens s'inscrivent dans une dynamique où l'usage partagé du bien, tant présentement qu'à terme, peut s'inscrire comme un élément permettant la protection de ce bien. Il conviendra donc de rechercher, dans les régimes spécifiques de protection des biens, les formes de leur usage partagé.

Si le passage par les droits spéciaux s'avère nécessaire, la réflexion générale se dessine en droit commun des biens. À défaut de rechercher une essence commune aux différentes formes d'usage partagé d'un bien, il conviendra plutôt d'en rechercher les techniques de mise en place et les forces créatrices. Il conviendra alors de scruter ces techniques, de percevoir si elles peuvent se dresser comme des solutions possibles et potentielles afin de permettre l'usage partagé d'un bien. Une telle entreprise, si elle est réussie, pourra nous permettre de conclure qu'une conciliation entre propriété et usage partagé peut être envisageable.

---

<sup>98</sup> Ici, il est évidemment question de la porosité des matières, et des influences – tant théoriques que pratiques – qu'exerce le droit commun des biens sur le droit spécial de la propriété intellectuelle. C'est ainsi que les auteurs qualifieront parfois la propriété intellectuelle comme une « *forme particulière* » de propriété (M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Coll. Précis, 2019, p.57), actant ainsi un lien de filiation fort entre la propriété et la propriété intellectuelle. Pour une étude historique sur ce point : L. Pfister, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX<sup>ème</sup> siècle » *RHD*, 2004, p.103 *sqq.* ; Pour une approche historique qui reconnaît le lien original : R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil, 1804-2004 : Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004, p.298, spé. p. 301 : « [évoquant les règles relatives à la propriété intellectuelle] *n'ont en rien contribué à la revitalisation du droit des biens : développés à l'écart de la vénérable matière, ils en ont constitué une sorte de contre-modèle alors même qu'ils en relevaient de plein droit* ». Pour une approche globale du sujet : *Propriété intellectuelle et droit commun*, J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujot et A. Robin (dir.), PUAM, Coll. Institut de Droit des Affaires, 2007 ; C. Simler, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, 2010.

### C. Une étude française, des inspirations étrangères

**34.** Le cadre géographique de l'étude est un de ses éléments essentiels, il permet de dessiner les frontières de l'objet étudié tout en définissant un cadre normatif de référence. Notre étude sera ici de droit interne. Pourtant, le « retour » des formes d'usage partagé du bien dépasse les frontières françaises ; la protection environnementale ou encore le partage des savoirs sont des préoccupations communes à de nombreuses sociétés. De ce fait, si l'objet d'étude peut être circonscrit au droit français, sa spécificité nécessite de ne pas avoir un prisme légicentré. Il ne s'agira pas de mener une étude de droit comparé, ni même d'établir une analyse de droit étranger. En revanche, il nous appartiendra de puiser des réflexions dans des droits étrangers et leurs doctrines. Si la « *fonction subversive* »<sup>99</sup> du droit comparé a été décrite, elle va de pair avec celle de la doctrine étrangère. La théorie des « communs », par exemple, est née aux Etats-Unis avant d'être réceptionnée par certains auteurs, en France, mais également dans d'autres pays. La littérature juridique étasunienne constitue un atout de taille, tant d'un point de vue explicatif qu'analytique. En se plaçant en dehors de nos frontières, la recherche d'inspirations ou de pistes de réflexion pourra ainsi permettre de percevoir comment les droits étrangers appréhendent des problématiques qui, à défaut d'être identiques, possèdent des points de convergence.

**35.** Dans la suite des éléments précités, l'usage partagé d'un bien et la propriété ne paraissent pas pouvoir se comprendre dans l'union. Le poids de l'histoire, ici, est fort. Il est le représentant d'une opposition entre deux modes différents de relation aux biens. L'un est fondé sur le collectif et le partage des utilités de la chose, l'autre sur une maîtrise individuelle des utilités de la chose prise dans sa corporeité. La philosophie même de la propriété, cet îlot d'exclusivisme, s'oppose à toute collectivisation des usages de la chose appropriée. Doit-on dès lors conclure à l'antagonisme de relations aux biens que tout paraît opposer ? Devrait-on, comme certains, faire sien ce constat d'incompatibilité et percevoir dans l'usage une notion nouvelle, le pendant collectif d'une propriété figée dans l'individualité ? Pourrait-on, au contraire, aux vues des doctrines nouvelles, elles-mêmes appuyées par des formes émergentes d'usage partagé d'un bien, chercher une conciliation possible entre ces deux pôles ? L'entreprise nécessiterait de prendre le pouls des évolutions actuelles de la propriété, de

---

<sup>99</sup> H. Muir-Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, n°3, p. 503 *sqq.*

confronter la notion à des éléments qui la perturbent – la protection environnementale, le partage des savoirs, la production collective informationnelle – mais qui lui permettent, également, de s'adapter au réel. Telles seraient, peut-être, les vertus de la conciliation : démontrer la flexibilité de la propriété et sa propension à s'adapter aux évolutions du droit (**Première Partie**). Pour ce faire, la recherche des techniques qui permettent le partage des utilités du bien sera nécessaire. Les lois et règlements sont ici la tradition, ils participent pleinement au phénomène. Par contraste, la nouveauté se trouve dans des mécanismes de droit privé – la destination, l'affectation, les droits personnels et réels – qui acquièrent aujourd'hui un rôle nouveau en donnant une finalité collective au rapport d'appropriation et ainsi permettent l'usage partagé du bien. L'analyse de ceux-ci, de leur propension à la mise en place effective d'un partage des utilités de la chose appropriée, mais également de leur potentialité future, devra être explorée (**Seconde Partie**). Il sera alors permis de répondre à l'intérêt principal de cette recherche : l'identification des moyens, tant théorique que techniques, qui président à une réunification du propre et du commun, de la propriété et du partage des usages générés par les choses.

**Première partie : Usage partagé et propriété : de l'antagonisme à la conciliation**

**Seconde partie : Usage partagé et propriété : les techniques de conciliation**

## **Première Partie**

### **Usage partagé et propriété : de l'antagonisme à la conciliation**

**36.** L'étude de l'usage partagé et de la propriété pourrait faire l'objet d'une comparaison notionnelle. Une telle option nécessiterait de les décrire, tant de manière théorique que technique, afin d'en établir les points de concordance et dissonance. Une autre approche peut être envisagée, plus dynamique, avec pour objectif de décrire les mouvements qui parcourent l'objet étudié. C'est donc les représentations des notions, passées et actuelles, qui doivent être recherchées, autant que les forces qui les animent. Ce faisant, les liens existants entre les notions pourront se révéler.

Appliquée aux notions d'usage partagé et de propriété, l'étude dynamique impose d'étudier la relation que l'homme tisse avec les choses et la manière dont il les envisage. Les forces, collectives ou individuelles, refléteront ces représentations. Le droit, par suite, prendra le relais. Quand l'usage partagé d'une chose pourrait être perçu comme la réflexion d'une aspiration collective, la propriété en serait la réponse individuelle. Présentées ainsi, les notions s'opposent, elles se comprennent dans l'antagonisme, ce qui est prouvée par l'histoire. Ce travail historique sera un outil de choix afin de comprendre une réalité contemporaine plus complexe. Les formes d'usage partagé côtoient aujourd'hui la propriété. Il serait alors possible d'analyser le phénomène par une opposition franche, l'usage partagé pouvant questionner la place matricielle de la propriété exclusive. Il semble cependant qu'un mouvement inverse puisse être analysé, réalisant une conciliation des notions d'usage partagé d'un bien et de propriété.

**Titre I : De l'usage partagé à la propriété, l'antagonisme historique**

**Titre II : De la propriété à l'usage partagé, la possible conciliation contemporaine**





**Titre I :**  
**De l'usage partagé à la propriété : l'antagonisme historique**

**37.** L'antagonisme se caractérise par un état d'opposition. Appliqué à deux notions, il révèle leur altérité. Dans le cadre de l'usage partagé et de la propriété, cet antagonisme peut se déduire d'une représentation différente de la relation établie entre homme et chose, elle-même tributaire de l'ontologie propre à une époque donnée. À ce titre, l'époque moderne semble s'opposer à celle qui l'a précédé, l'époque pré-moderne. La manière dont l'homme conçoit les choses et se conçoit lui-même induit également une façon d'envisager le rapport d'appropriation. Cette opposition se retrouve dans notre histoire juridique.

Le droit médiéval, d'abord, avait une transcription utilitariste et collective du rapport d'appropriation. Les choses, conçues par leurs utilités, pouvaient connaître une pluralité de rapport de droits sur elles-mêmes. Ces droits, majoritairement individuel, pouvaient également être collectifs. Il s'en suivait, naturellement, une superposition de droits portant sur une même chose et un partage de ses usages (Chapitre I).

Le droit moderne, ensuite, s'est inscrit en réaction à cette vision. La chose est désormais perçue à travers sa corporéité, induisant la maîtrise de l'ensemble de ses utilités. La traduction juridique en sera la propriété individuelle et exclusive, ce qui suppose de rompre avec un partage de ses usages (Chapitre II).



## **Chapitre I**

### **L'usage partagé, élément central du rapport d'appropriation pré-moderne**

**38.** Le droit civil des biens, héritier du droit moderne, s'est construit à partir de l'idée de la propriété exclusive, permettant ainsi au propriétaire de maîtriser la totalité des utilités du bien. Le système d'appropriation pré-moderne, qu'il est également possible de qualifier de médiéval, s'est construit à partir d'une rationalité totalement différente. L'appropriation n'est pas conçue principalement comme le pouvoir de disposer de la matière, mais comme l'accès aux jouissances que peut offrir la chose. L'usage partagé de la chose, de ses utilités, est ici central. Il est l'élément qui permet la différenciation entre le modèle romanisé de la modernité et le modèle médiéval. L'objet de l'appropriation est donc fondamentalement opposé, corporel d'un côté, incorporel de l'autre. Aussi, pour comprendre ce modèle, il convient d'en étudier les fondements (Section 1) puis ses manifestations techniques (Section 2).

#### **Section 1 : L'horizontalité de la relation homme/chose**

**39.** La relation qui unit l'homme à son milieu et aux choses qui le composent participe pleinement à la définition du rapport d'appropriation. Son étude permet de faire ressurgir des caractéristiques philosophiques, économiques et sociétales dont le droit ne se fait que l'écho. Il pourrait être possible d'étudier distinctement ces trois prismes, mais ce serait alors nier l'essentiel : l'interdépendance de ces trois phénomènes. La relation que l'homme entretient avec les choses est, en premier lieu, une relation philosophique. Elle se caractérise, ainsi, par la place que se reconnaît l'homme par rapport aux choses. À ce titre, les anciens s'inscrivent dans une relation horizontale par rapport aux choses de l'extérieur puisqu'ils ont la conscience d'être une partie d'un tout indépassable et d'être soumis à des forces indomptables. Cette horizontalité peut donc se traduire comme la conscience de n'avoir qu'un faible pouvoir sur les choses et de participer, avec elles, à un ordre plus grand qui ne peut être transcendé. De plus, la conception philosophique du rapport entre homme et chose est rattachée aux conditions économiques que l'homme subit. L'horizontalité philosophique est liée à une horizontalité économique dont les caractéristiques principales résident dans l'impossibilité technologique de domination et de contrôle des choses, notamment de la terre. Cette double acceptation de la relation homme/chose va, fondamentalement, participer à la

création du droit (I). La compréhension de la relation entre homme et chose est également nécessairement liée à la culture et aux aspirations intellectuelles de l'époque. Ainsi, dans une société où il n'existe pas de frontière nette entre la manière de penser l'appropriation et l'interprétation des Saintes Écritures, c'est par l'étude des penseurs de l'église et des ordres monastiques que le chemin se dessine (II).

## **I/ La perception du milieu par l'homme médiéval**

La détermination de la manière dont les hommes arrivent à se représenter le monde qui les entoure résulte d'une démarche dyadique. En effet, la perception d'un milieu et des choses qui le composent n'est que le reflet d'une pensée plus globalisante, celle d'une société à un moment donné. Dès lors, afin de pouvoir analyser en quoi l'Homme médiéval s'inscrit dans une logique plaçant les choses au cœur du rapport d'appropriation (B), il convient de replacer l'Homme dans son contexte sociétal (A).

### **A. L'Homme médiéval dans son milieu**

**40. Le choix du milieu étudié.** En introduction à notre propos, une précision essentielle doit être apportée au lecteur, celle de la détermination de l'objet d'étude, à savoir, l'homme médiéval dans son milieu. Ici, deux points doivent être éclaircis ; celui de la définition du milieu et la délimitation temporelle de l'étude. Le milieu doit ici être compris dans son sens sociétal. L'objectif voulu étant de réussir à décrire les caractéristiques du droit médiéval, il importe d'en comprendre les racines et fondements en dressant un panorama rapide des conditions de vie dans lequel l'homme de l'époque évolue. C'est ainsi qu'il convient de préciser, historiquement, notre champ d'analyse. Dans sa grande histoire de la féodalité<sup>100</sup>, Marc Bloch nous explique qu'il est possible de distinguer deux sociétés féodales dont la ligne de démarcation se situerait au XI<sup>e</sup> siècle en raison de grands bouleversements sociaux. La féodalité qui nous intéresse, celle qui concerne les fiefs, les liens de dépendance personnelle, qui s'inscrit dans le rapport d'appropriation, en serait le résultat<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> M. Bloch, *La société féodale*, Albin Michel, Paris, 1994.

<sup>101</sup> Dans ce sens : J.-P. Poly, E. Bournazel, *La mutation féodale, X-XII<sup>e</sup> siècles*, P.U.F, 1980 ; C. Laurens, *L'Auvergne et ses marges (Velay, Gévaudan) du VIII<sup>e</sup> au XI<sup>e</sup> siècle. La fin du monde antique ?*, Les Cahiers de la Haute-Loire, réédition, 2007.

L'analyse qui est la notre se place dans un cadre non féodal, mais médiéval. Le choix de ne pas prendre pour référence la féodalité comme encadrement de notre étude résulte de l'étroitesse que la notion génère. Elle renvoie, étymologiquement, à celle de fief et se construit autour. Elle définit une organisation de la société fondée juridiquement sur les liens de dépendances personnelles. À l'inverse, se placer dans une étude qui se veut médiéviste élargit le spectre de l'analyse. En effet, si la féodalité s'inscrit dans la période médiévale, la réciproque n'est pas vraie. Aussi, nous le verrons<sup>102</sup>, les formes d'appropriations qui existent en dehors de la féodalité sont nombreuses et participent directement au système d'appropriation médiéval ; à ce titre, elles ne pouvaient être exclues. Si notre étude d'ensemble s'établit sur la période médiévale, il convient de préciser que la détermination spécifique du milieu social s'inscrit dans une logique proto-médiévale. Effectivement, selon l'historien Paolo Grossi, les caractéristiques du droit médiéval, qui ne sont finalement que le fruit des conditions sociales, participent à l'ensemble de « *l'expérience médiévale* »<sup>103</sup>, lui conférant ainsi une logique unifiée et indivisible.

**41. Aux origines de la société médiévale.** « *Il est trop commode de prétendre qu'à l'arrivée des barbares dans l'empire tout était mort, c'était un corps épuisé, un cadavre étendu dans son sang (...) La civilisation romaine n'est pas morte de sa belle mort. Elle a été assassinée* »<sup>104</sup>. À travers cette citation d'André Piganiol, il est possible de se rendre compte que les invasions barbares ont longtemps été analysées comme les fossoyeurs d'une civilisation érigée en âge d'or, tant par les historiens que par les juristes. En réalité, cette analyse est aujourd'hui datée puisqu'indubitablement liée, par analogie, aux conflits franco-germaniques des siècles derniers. Il est possible, cependant, de ne pas analyser les invasions barbares en regardant ce à quoi elles mirent fin, mais plutôt ce qu'elles permirent de mettre en place. Il ne s'agit pas ici de reprendre le fil de l'histoire des différentes invasions qui ont jalonné l'Europe continentale, mais de s'intéresser aux conséquences que ces dernières eurent sur la mise en place d'un ordre nouveau.

---

<sup>102</sup> *Infra* n° 67 à 90.

<sup>103</sup> Pour un ouvrage traduit en Français de Paolo Grossi sur ce point : P. Grossi, *L'Europe du droit*, Coll. Faire l'Europe, Seuil, Paris, 2011.

<sup>104</sup> A. Piganiol, *L'Empire chrétien*, Paris, 2<sup>nd</sup> éd., PUF, 1972, p.466.

Nous nous plaçons, pour cette analyse, dans la description qu'en a donnée le médiéviste Marc Bloch<sup>105</sup>. Pour l'auteur, la fin des invasions dites barbares correspond à une grande période de trouble, qui se conjugue à l'instauration d'un état d'insécurité permanente. Les zones d'échanges économiques que sont les villes, les ports ou les routes commerciales, connurent de nombreux pillages et destructions. Toutefois, ce furent les campagnes qui payèrent le tribut le plus cher, en voyant les récoltes pillées ou brûlées de façon récurrente. Cela s'est traduit par une forte désolation démographique des campagnes, ayant pour conséquence directe d'affaiblir les villes qui en dépendent<sup>106</sup>.

**42. La prégnance de l'insécurité.** Cette dureté matérielle influença indubitablement l'esprit de l'époque. Les temps suivant les grandes invasions sont au pessimisme généralisé dont les causes résident, en grande partie, dans le sentiment d'impuissance des populations. Le sentiment d'insécurité irrigue les mentalités de l'époque. Villes et hameaux redoutent notamment de nouvelles invasions, cette crainte s'installe durablement dans les consciences au point de se retranscrire dans les conventions juridiques<sup>107</sup> et dans les prières des fidèles<sup>108</sup>. Au-delà des villes, la détérioration des anciennes voies romaines et des ponts, conjuguée à la dépopulation des campagnes, rendaient les voyageurs en proie aux rapines de toutes sortes. Les campagnes du Haut Moyen-âge n'ayant pas encore connus de grandes campagnes de défrichement, les habitants des zones rurales cohabitent avec un ennemi qui hante les bois et terrorise les esprits : le loup<sup>109</sup>. Les différents dangers extérieurs qui composent le quotidien de l'Homme médiéval ne sont pas les seuls qui placent l'individu dans un état de précarité face à la vie, puisque les conditions quotidiennes sont particulièrement difficiles à endurer pour les populations, qu'elles soient pauvres ou plus aisées. C'est une époque de rudesse. La mortalité infantile est extrêmement élevée et la malnutrition permanente. Si la terre est perçue comme nourricière, sa générosité, parfois limitée, peut conduire ses fils à connaître famines et disettes. La médecine moderne n'étant pas encore d'actualité, les épidémies sont récurrentes, apportant avec elles leurs lots de souffrances et de décès. Il serait possible de dresser une

---

<sup>105</sup> M. Bloch, *La société féodale*, Albin Michel, dernière éd., 1994. (Compléter sur Marc Bloch avec élément bibliographique)

<sup>106</sup> *Ibid.*, p.50.

<sup>107</sup> Voir comme illustration un bail rural datant de 876 qui prévoit la suspension des loyers : « *si la nation païenne brûle ce dévaste les maisons et leur contenu ou le moulin* », *Memorie e documenti per servir all'istoria del ducato di Lucca*, t. V, 2, n° 855, cité par M. Bloch, *op.cit.*, p.50.

<sup>108</sup> « *Trinité éternelle... délivre ton peuple chrétien de l'oppression des païens* », cité par M. Bloch, *op.cit.*, p.50.

<sup>109</sup> Voir sur ce point la recherche collective menée par le centre de recherche d'histoire quantitative de l'Université de Caen sur ce point : *Homme et Loup ; 2000 ans d'histoire*. Étude consultable sur : [www.unicean.fr/homme\\_et\\_loup/index.php](http://www.unicean.fr/homme_et_loup/index.php).

multitude de causes et d'exemples de ce règne de l'insécurité et de la précarité, il convient cependant d'en tirer des conséquences notamment quant à l'influence de cette dureté dans la représentation que l'homme se fait de lui-même et de son milieu.

Pour Marc Bloch, la précarité, qu'il qualifie de perpétuelle<sup>110</sup>, entraîne nécessairement un sentiment de soumission et de faiblesse face à des forces indomptables, celles de la nature. Ne pouvant technologiquement pratiquer une agriculture de production, les mauvaises récoltes peuvent condamner le paysan et sa famille à ne pas survivre à la rigueur des hivers. Cette impuissance de l'homme donnera, pour Paolo Grossi, naissance à une caractéristique essentielle du droit médiéval, celle du réicentrisme<sup>111</sup>.

**43. Une économie de subsistance.** Classiquement, il est reconnu que les temps premiers de l'époque médiévale se caractérisent comme étant le produit d'une économie décrite comme étant fermée et de nature. Ces deux qualificatifs proviennent généralement de cas qui, même s'ils sont représentatifs, ne sont pas réellement descriptifs de l'économie protomédiévale. Il est ainsi traditionnellement reconnu que la rareté de la monnaie entraîne des moyens d'échanges en nature ; l'assimilation avec le système fondé sur le troc est ainsi proche. Il semble que cette vision soit biaisée. Si l'échange par la monnaie, qu'elle soit étrangère ou locale, est raréfiée du fait d'une pratique de frappe assez faible, elle reste néanmoins l'étalon qui permet de quantifier la valeur du bien échangé, fut-il en nature. Loin d'être une distinction claire entre troc et monnaie, il semblerait que les échanges se confondent et participent au même phénomène<sup>112</sup>. Dans une perspective similaire, il a été admis pendant de nombreuses années que l'économie était fermée du fait du peu d'échanges existant entre les principaux protagonistes de la société médiévale. Ici encore, une telle vision doit être nuancée. Ainsi, des plus hautes strates de la société au plus commun des gueux, les échanges participent, à titre subsidiaire, de la vie économique.

Au contraire de ces points controversés, l'économie médiévale est unanimement reconnue comme ayant une finalité de subsistance. Cela ne résulte pas d'une volonté délibérée mais d'une déficience technologique ne permettant pas une maximisation de l'espace et des

---

<sup>110</sup> M. Bloch, *La société féodale*, op.cit., p.79.

<sup>111</sup> Pour une définition complète du terme : Voir *Infra* n° 44.

<sup>112</sup> « *En Occident, en effet, entre VI<sup>e</sup> et XI<sup>e</sup> siècles, échanges marchands et échanges non marchands s'entrecroisent au point de se confondre pour l'observateur dans un seul et même ensemble dont les éléments ne peuvent être distingués les uns des autres.* », L. Feller, « Sur la formation des prix dans l'économie du haut Moyen Âge », *Annales Histoire, Sciences sociales*, vol. 66<sup>ème</sup> année, n°3, 2011, p.627 sqq., spéc. p.627.

productions. La notion de productivité, notamment comprise dans le long terme, n'est pas envisageable pour les esprits de l'époque. Les moissons sont récoltées afin de survivre et, accessoirement, de payer les diverses taxes. Cette appréhension de l'économie va directement influencer le droit. Ce dernier, lui aussi tourné vers une logique de subsistance, aura pour objectif principal une maximisation des utilités des biens productifs.

## **B. Les caractéristiques du droit médiéval**

La représentation du monde que se fait l'Homme influe directement sur sa manière d'envisager les relations juridiques qui peuvent exister entre eux et les choses, mais également entre les hommes eux-mêmes. Pareillement, les règles de droit vont servir à appréhender des problématiques liées de façon consubstantielle aux préoccupations découlant des conditions de la vie quotidienne. Ainsi, la dépendance de l'Homme du Moyen-Âge à la nature qui l'environne le conduit à concevoir le droit par rapport aux choses (1) ; ce « réicentrisme »<sup>113</sup>, conjugué à l'insécurité de l'époque, engendre une prégnance des communautés sur l'individu (2). Ces éléments donnent naissance à un droit tourné vers la survie du/des groupe(s), et inscrit dans la factualité et l'objectivisme (3).

### **1. Le réicentrisme juridique**

**44. Le réicentrisme, l'humilité de l'homme face à la nature.** « *Le Moyen-Age naît sous les hospices du réicentrisme, centralité de la res, de la chose* »<sup>114</sup>. Par cette citation, l'historien du droit Paolo Grossi nous guide sur ce qui semble être la pierre angulaire de la construction du droit médiéval, ce qui caractérise l'ordonnement juridique de cette époque, le réicentrisme. Étymologiquement, ce terme savant se construit en opposition à l'anthropocentrisme. Il en est l'exact opposé. À travers ces deux termes, deux perceptions du monde s'affrontent, deux paradigmes s'opposent. Là où l'ordre fondé sur l'anthropocentrisme donne à l'homme un rôle premier, l'ordre réicentriste part d'un postulat d'humilité de l'homme face à la nature : « *C'est en particulier la nature physique qui est aux commandes, cette force primordiale immense et mystérieuse mais infiniment vitale, source de vie, et pour*

---

<sup>113</sup> Le concept de « réicentrisme » irrigue l'œuvre de Paolo Grossi : Voir notamment : P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Coll. Storica, Laterza, Milan, 1995 ; P. Grossi, *L'Europe du droit*, éd. Seuil, Coll. Faire l'Europe, Paris, 2011 ; Voir également : P. Grossi, *Il dominio e le cose, Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Giuffrè, coll. *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, T.41, Milan, 1992 ; P. Grossi, *Un altro modo di possedere*, Giuffrè, coll. *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, T.5, Milan, 1977

<sup>114</sup> P. Grossi, *L'Europe du droit*, op.cit., p.10



*cette raison crainte et respectée, que l'homme subit en se limitant à enregistrer les règles dont il imagine qu'elles sont inscrites dans ces phénomènes* »<sup>115</sup>. Irrigué par les conditions de vie d'une époque, le réicentrisme naît de l'impuissance de l'homme à dominer son milieu<sup>116</sup>, mais aussi, certainement, de la conscience d'une cosmogonie perçue comme insaisissable. L'homme n'est pas le souverain du monde, il est au milieu des choses qui l'entourent, inscrit dans un rapport d'horizontalité. Le réicentrisme est donc, en premier lieu, un état d'esprit découlant de la conscience que l'homme se fait de lui-même et de la nature. Cela s'extériorisera notamment par la mise en place d'un ordre juridique prenant en compte ses nouvelles spécificités, c'est ce que Paolo Grossi dénomme « *l'ordonnement naturaliste* »<sup>117</sup>, au point que la nature devienne « *la protagoniste et la source dans le sens substantiel de tout le devenir juridique* »<sup>118</sup>.

L'auteur italien va ainsi décrire le nouvel ordre, notamment en l'opposant au système romain. Dans ce dernier, le droit est assimilé à la science juridique, ainsi le droit est conçu « d'en haut » et adapte le réel aux constructions de l'esprit, au risque de le dénaturer au profit de la systématisation. Pour le droit issu du réicentrisme médiéval, « *c'est exactement le contraire qui est vrai ; la nature et la société s'expriment sans bâillon, pendant que le droit se réserve un rôle ordonatif, donc modeste* »<sup>119</sup>. L'influence du droit protomédiéval est donc, par nature, antinomique de celle reconnue au droit romain ; il en est de même de sa vocation. Pour Paolo Grossi, le droit réicentré a pour objectif finalisé de recouvrer « *des dimensions objectives de chaque forme juridique* »<sup>120</sup>. La chose est ici centrale, le droit se construit autour de la nature et en dehors de l'être. Ici, la nature est le protagoniste du droit, l'individu étant perçu comme lui étant inférieur.

Dès lors, quelles seraient donc les conséquences de ce réicentrisme<sup>121</sup> ? Il est loisible de percevoir que si l'individu est inscrit dans un rapport de non-domination des choses, donc

---

<sup>115</sup> P. Grossi, *L'Europe du droit*, op.cit., p.14.

<sup>116</sup> *Ibid* : « *L'époque dans laquelle nous cheminons ici trouve son inspiration fondamentale dans un naturalisme ressenti et vécu, puisque c'est sur la dimension de la nature physique que la dimension humaine se modèle, en se soumettant complètement et docilement à elle.* »

<sup>117</sup> *Ibid*.

<sup>118</sup> *Ibid*.

<sup>119</sup> *Ibid*.

<sup>120</sup> *Ibid*.

<sup>121</sup> Au delà de la représentation d'un monde, le concept de *réicentrisme* prend aujourd'hui une tonalité plus actuelle. Certains auteurs utilisent alors le terme de *reicentrisme* pour décrire le mouvement général de retour aux choses que connaît le droit contemporain. En ce sens : S. Vanuxem, « Chose », in *Dictionnaire des biens communs*, M. Cornu, F. Orsi, J. Rochefeld (dir.), P.U.F, Coll. Quadriges, 2017, p.172 sqq.

dans une horizontalité, c'est avant tout parce que les conditions sociétales et économiques de l'époque ne pouvaient lui être favorables. Pour l'homme protomédiéval, la survie de l'individu pris isolément paraît difficilement réalisable. L'homme pris en société, en groupe, peut en revanche être à même de survivre par le travail de la terre. Le réicentrisme s'inscrit donc dans une logique qui place l'individu, le sujet, dans un ordre cosmogonique qui le dépasse et le transcende, et donne aux communautés d'individus un rôle central puisque nécessaire. Les communautés seront donc au fondement même de la société médiévale, mais aussi de son droit.

## **2. Esprit communautaire et communautés**

Le réicentrisme médiéval ne peut se comprendre et se définir sans déceler la force qui se dégage de l'esprit communautaire et de ses conséquences directes. Il nous semble que les deux concepts sont les faces d'une même pièce et se caractérisent donc par un lien d'interdépendance. Ici, afin d'appréhender au mieux les tenants et aboutissants de l'influence communautaire à l'époque médiévale, il faut d'abord en évoquer ses raisons profondes (a) avant de pouvoir en mesurer les conséquences (b).

### **a) L'esprit communautaire, fruit du contexte socio-économique**

**45.** À l'instar du réicentrisme, l'esprit communautaire n'est pas, du moins dans son origine, le fruit d'une construction savante ou d'une quelconque volonté philosophique, mais bien d'une nécessité pragmatique. Selon Paolo Grossi<sup>122</sup>, l'esprit communautaire n'opère pas de discrimination de classe et irrigue l'ensemble de la société médiévale puisque découlant d'un état d'esprit général. Cette omnipotence résulte du fait que, comme tout esprit d'une époque donnée, elle n'est que le reflet de la conception du monde et de la façon de l'appréhender. Ici, il semblerait que le triptyque « *terre, durée, sang* »<sup>123</sup> en soit la matrice essentielle.

Le rapport de l'homme médiéval à la terre est primordial, la terre est à la fois celle qui peut nourrir ou affamer. Comme le souligne Marc Bloch, il existait « *derrière toute vie sociale, un*

---

<sup>122</sup> P. Grossi, *L'Europe du droit*, Coll. Faire l'Europe, Seuil, Paris, 2011, p.34.

<sup>123</sup> P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Coll. Storica, Laterza, 1995, Milan, p.32 ; M. Bloch, *La société féodale*, Albin Michel, dernière éd., 1994, p.345.

*fond de primitivité, de soumission à des puissances indisciplinables, de contrastes physiques sans atténuation* »<sup>124</sup>. Pris isolément, l'homme ne peut survivre dans un tel environnement. Il est ramené à sa propre condition, à sa propre faiblesse, et ne peut envisager survivre face à un tel état de fait. Dans une société de pénurie, dont les préoccupations quotidiennes sont tournées vers la simple subsistance, l'homme doit se tourner vers ses congénères réunis en communautés. Cet esprit communautaire fut retranscrit par Ihering lorsque ce dernier écrit : « *l'art de s'aider est le patrimoine des pauvres* »<sup>125</sup>.

**46.** Si l'état de pauvreté est un vecteur du regroupement en communauté, la question de l'appréhension de la durée temporelle est également centrale. Celle-ci est considérée non avec précision, mais comme un « *martèlement continu de mois et d'années, qui crée, détruit, modifie* »<sup>126</sup>. En réalité, il n'existe aucun moyen de mesure pouvant déterminer le temps avec précision<sup>127</sup> : le temps de la journée n'est déterminé qu'avec le rythme du tintement des cloches d'églises et se voit scindé en deux par l'alternance entre le jour et la nuit selon la tradition romaine : 12h de jour/12h de nuit. Le rythme de la journée, à l'instar du rythme des saisons, est quant à lui ordonné entre le travail et la prière.

En somme, le temps était partagé entre les communautés liées au travail de la terre et les communautés de l'âme. Le temps et son partage n'étaient alors pas tournés vers l'individu, mais vers les différents groupes sociaux qui régissaient la vie quotidienne de l'Homme de l'époque.

La question du temps, comprise cette fois-ci sur le long terme, revêt une importance particulière puisqu'elle rend compte de l'importance des liens qui unissaient les Hommes partageant le même sang. Indubitablement, le sang qui peut lier des Hommes entre eux va fondre l'Homme pris isolément au sein d'un lignage plus vaste, celui de la communauté familiale. Ainsi le sang va être représentatif d'un élément qui ne peut exister qu'à travers l'idée de communauté : l'idée de continuité<sup>128</sup>. C'est en effet dans les communautés issues du

---

<sup>124</sup> M. Bloch, *op.cit.*, p.78.

<sup>125</sup> R. von Ihering, *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, (Trad. française Meulenaere) tome IV, 1888, p.236.

<sup>126</sup> P. Grossi, *L'Europe du droit*, *op.cit.*, p. 33. ; Du même auteur : *L'ordine giuridico medievale*, *op.cit.*, p.75.

<sup>127</sup> M. Bloch, *op.cit.*, p.79 : « *Ces hommes, soumis autour d'eux et en eux-mêmes à tant de forces spontanées, vivaient dans un monde dont l'écoulement échappait d'autant plus à leurs prises qu'ils le savaient mal mesurer. Coûteuses et encombrantes, les horloges à eau n'existaient qu'à un très petit nombre d'exemplaires. Les sabliers semblent avoir été d'usage médiocrement courant. L'imperfection des cadrans solaires, surtout sous des ciels facilement brouillés, était flagrante* ».

<sup>128</sup> P. Grossi, *L'Europe du droit*, *op.cit.*, p.34.

sang que l'idée de solidarité est la plus prégnante. L'Homme ne se conçoit pas alors comme pouvant être déraciné, défini par sa propre identité. Il est la part d'un tout, plus large et qui l'englobe, celle d'une communauté ; le particularisme de chacun s'efface ainsi devant l'unité qu'elle génère. La force du sang se répercute autant dans l'appréhension du quotidien que dans la sphère juridique ; ainsi comme le souligne Paolo Grossi : « *Un même sang réclame un même droit ; un sang différent exige, au contraire, l'incommunicabilité absolue. Le droit se présente comme l'accessoire pertinent d'une lignée* »<sup>129</sup>.

**47.** Ce triptyque « terre, durée, sang » rend compte de l'esprit communautaire qui règne dans les consciences et les vies. L'anthropocentrisme aristotélicien n'est plus qu'un lointain souvenir, chassé par le vent de la nécessité d'où naquit le communautarisme. L'Homme ne se conçoit plus comme *uti singulus* mais en tant qu'*uti socius*<sup>130</sup>, il est pleinement intégré dans les différentes communautés dont il est membre.

#### **b) Le rôle central des communautés**

**48.** Les communautés sont, durant l'essentiel de l'âge médiéval, les structures sociales qui enclavent l'Homme dans les activités de sa vie quotidienne. Elles sont nombreuses, variées et opèrent une distinction fondée sur la fonction que l'homme y tient. Il apparaît inconcevable, dans une telle étude, de dresser un paysage exhaustif des différentes communautés existantes tant la complexité et la diversification semblent les définir<sup>131</sup>. Il semble néanmoins possible d'en dresser une typologie sommaire nous permettant de démontrer l'importance de leur déploiement et de leur influence. Ainsi, les différents types de communautés ne concernent pas un ensemble géographique défini ni même un âge particulier. Elles sont en revanche la traduction pragmatique de l'esprit communautaire moyenâgeux.

**49.** Les principales communautés, que chacun côtoie depuis son enfance, sont les communautés dites familiales. Celles-ci sont presque exclusivement plurinucléaires, le groupe familial étant entendu au sens large et réunissant plusieurs générations. Le poids du groupe était fort, et il était d'usage, pour les enfants, de ne jamais quitter la communauté familiale et

---

<sup>129</sup> P. Grossi, *op.cit.*, p.34.

<sup>130</sup> P. Grossi, *op.cit.*, p.29.

<sup>131</sup> Pour une représentation de la diversité des communautés et le rôle centrale de celles-ci dans le Haut Moyen-Âge : *Mémoire et communauté au haut Moyen Âge. Reproduction de la communauté et construction de l'identité (IV<sup>e</sup> – XII<sup>e</sup> siècle)*, Colloque international, 13-15 septembre 2018, Université de Lille et d'Artois.

ce, même après un mariage. Caractéristique de l'époque, la solidarité familiale instituait une vie commune « à feu et à pots », qui engendrait le partage du toit et du travail au point que l'exclusion du groupe familial était considérée comme une sanction pénale<sup>132</sup> pouvant entraîner une pauvreté sociale.

**50.** Les communautés s'établissent également sur des ensembles plus larges qui englobent différentes communautés familiales, ce sont les communautés d'habitants. Effectivement, les différents groupes familiaux ne vivent pas chacun en autarcie, mais partagent, au contraire, un espace de vie commun. Ces différents groupes connaissent également entre eux un fort lien de solidarité, mais également des intérêts économiques convergents donnant lieu à un partage des utilités des terres ou à leur appréhension collective. Elles sont donc d'une grande importance afin de déceler les caractéristiques générales de l'appropriation foncière de cette époque, nous y reviendrons précisément par la suite<sup>133</sup>. Ici, le lien du sang qui caractérisait les communautés familiales se voit remplacé par un lien géographique et économique. Ce même lien économique est au fondement d'autres communautés, fondées sur la qualité professionnelle de ses membres (corporations, guildes) ou sur une communauté d'intérêts (confréries). Ces communautés semblent toutefois générer une caractéristique commune, elles sont par nature restreintes et relativement fermées, tant et si bien que l'homme ne semble pas défini par son choix d'appartenance à une ou plusieurs communautés, mais bien par son appartenance de fait à une/des communauté(s).

**51.** Il semble toutefois exister une communauté qui subsume toutes les autres, la communauté de l'âme. L'église romaine joue un rôle primordial dans la civilisation médiévale, les esprits sont empreints de religiosité, voir de mysticisme. Chacun vit dans la crainte de Dieu et du jugement dernier. Ainsi, la recherche du salut de l'âme est considérée comme la préoccupation principale de chaque chrétien. Les conditions de réussite de cette quête ne sont pas uniquement spirituelles, mais conditionnées à l'appartenance à la communauté chrétienne. Selon la célèbre phrase de Saint Cyprien de Carthage « *Extra Ecclesiam nulla salus* »<sup>134</sup> (phrase qui sera d'ailleurs reprise par de nombreux papes

---

<sup>132</sup> Qualifié de *foris familiati* mais également de « *mis hors pain* » : M. Bloch, *Les caractères originaux de l'Histoire rurale française*, T.I., Librairie Armand Colin, 1968, p.192.

<sup>133</sup> Voir *Infra* n° 86 à 89.

<sup>134</sup> St Cyprien de Carthage, *Epistula* 4,4. ; *Epistula* 73, 21, 2.

successifs<sup>135</sup> tout au long du Moyen-âge), il n'existe aucun salut en dehors de l'Église. L'auteur, précisant sa doctrine, arguera qu' « *on ne peut pas avoir Dieu pour Père quand on n'a pas l'Église pour mère. Personne n'a pu se sauver en dehors du bateau de Noé. De la même façon, personne ne peut se sauver en dehors de l'Église* »<sup>136</sup>. À la lecture de ces quelques lignes, il est possible de se rendre compte du socle communautaire imposé aux fidèles, puisque là où l'isolement condamne le croyant, la communauté est perçue comme étant salvifique<sup>137</sup>. L'Église est donc irriguée par l'esprit communautaire dont la traduction passe par la communauté chrétienne mais également, nous y reviendrons, par une doctrine plaçant l'idée de communauté au cœur du rapport d'appropriation<sup>138</sup>.

### 3. Un droit factuel et pragmatique

**52.** On ne saurait, ici, rendre compte de ce qu'a pu être le droit dans l'âge médiéval, cela n'est nullement notre prétention. En revanche, il apparaît nécessaire de comprendre le fondement des règles de droit. Plus que jamais, la relation existante entre réicentrisme et communautarisme ressurgit dans la création du droit, notamment dans sa source première, la coutume<sup>139</sup>. Cette dernière possède une place première dans l'ordonnement juridique médiéval. Que ce soit les lois barbares, saliques ou ripuaires, toutes tombent en désuétude au profit de règles coutumières, traduction juridique de l'esprit du temps. Aussi, pour rendre compte de la dimension factuelle et pragmatique du droit médiéval, il convient d'évoquer les fondements et la finalité des règles coutumières.

**53. Les fondements de la coutume.** De façon globale, une célèbre doctrine percevait dans la règle coutumière la traduction de l'esprit du peuple<sup>140</sup>. Générée par l'histoire et les usages

---

<sup>135</sup> À titre d'exemple : Pélagie II (578-590) ; Saint Grégoire le Grand (590-604) *Moralia* ; Innocent III (1198-1216) durant le IV<sup>ème</sup> concile de Latran (1215).

<sup>136</sup> St Cyrien de Carthage, *De l'unité de l'Église catholique*, Coll. *Unam Sanctam*, 1942, p.9.

<sup>137</sup> P.Grossi, *L'Europe du droit*, *op.cit.*, p.30.

<sup>138</sup> Voir *Infra* n° 56 à 59.

<sup>139</sup> Dans l'ordonnement juridique médiéval, les coutumes prennent une place essentielle. Comme les études historiographiques l'ont démontré, la coutume ne peut se réduire à un seul phénomène normatif, plusieurs niveaux de coutumes se distinguent et se superposent. Les coutumes régionales composeraient le niveau supérieur des sources de l'ordre juridique médiéval. Le niveau inférieur se caractériserait par l'ensemble des coutumes géographiquement restreintes, telles que les coutumes urbaines ou villageoises. Il conviendrait de rajouter à cet ensemble les règles issues de la pratique notariale et qui fondaient des formes de coutumes contractuelles ou testamentaires. Sur ces différents points : J. Hilaire, « Comprendre le fait coutumier », in *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne, Regards croisés sur les méthodes des juristes (I)*, N. Laurent-Bonne et X. Prévost (dir.), LGDJ, 2016, p.147 *sqq.*

<sup>140</sup> Si les écrits sont nombreux sur la question, nous nous tiendrons à citer l'une des plus célèbres phrases : « *Tout droit est formé à l'origine de la façon dont il est dit que s'est formé le droit coutumier ; c'est-à-dire par la*

ancrés dans la vie des gens, elle est donc le fruit d'une construction lente et nécessairement populaire. Plus exactement, elle semble s'inscrire totalement dans la logique d'un droit réicentré puisqu'elle serait, selon Paolo Grossi « *la plus 'objective' des sources ; elle naît par le bas et est la voix même des choses. Ce n'est rien de plus qu'un fait qui atteint la normativité même dans sa répétition matérielle.* » Le droit médiéval n'échappe pas à ce principe, il est en même l'exemple topique. La coutume médiévale s'inscrit donc dans le réicentrisme tout comme dans le communautarisme de l'époque<sup>141</sup>. Paolo Grossi décrira le phénomène en partant de son rattachement consubstantiel à la terre<sup>142</sup>, au point que la règle coutumière sera dépendante du sol et de ses particularités. Ce rattachement induit une territorialité des règles de droit puisque celles-ci peuvent différer d'un lieu à l'autre. Ainsi, chaque terre génère sa propre coutume<sup>143</sup>. Cette inséparabilité de la terre et de la coutume va donner naissance à un droit qui ne s'élève pas dans l'abstraction, un droit factuel. La conséquence directe liée à cette factualité fut une bigarrure des règles coutumières. Le processus de naissance de la coutume est lié aux usages successifs des communautés qui y résident, puisque si la coutume est un instrument juridique permettant d'instituer des règles de droit sur le sol, elle est avant tout le fruit d'un esprit collectif, d'une communauté<sup>144</sup>. Contrairement à la loi, Romaine ou barbare, la coutume médiévale n'est pas le fait d'un prince ou de juristes savants, mais résulte de la population<sup>145</sup>. Elle n'a donc pas vocation à être unitaire et universelle mais se caractérise par sa diversité et par l'esprit communautaire dont elle est l'avatar. Cette diversité s'exprime dans la matérialité des règles coutumières même s'il existe cependant, pour Marc Bloch, « *un grand air de famille*<sup>146</sup> », les règles coutumières étant fondées sur les caractéristiques de l'esprit du temps. Ainsi, il était possible de retrouver des traits communs entre des coutumes

---

*coutume et la foi populaire (...), par des pouvoirs internes qui opèrent en silence, non par la volonté arbitraire d'un faiseur de loi* » : F.-C. von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Reichswissenschaft*, Heidelberg, 1814. Il convient de rappeler que, pour l'École historique allemande, la coutume est la traduction immédiate d'un droit populaire. La coutume n'est pas conçue comme un mode de création du droit mais de sa constatation.

<sup>141</sup> Pour une approche de la règle coutumière comme une émanation de la féodalité et, plus spécifiquement encore, des droits des seigneurs exercés contre les serfs : J.-M. Carbasse, « Contribution à l'étude du processus coutumier : La coutume de droit privé jusqu'à la révolution », *Droits*, n° 3, 1986, p. 25 *sqq.*

<sup>142</sup> P. Grossi, *L'Europe du droit*, *op.cit.*, p.36 : « *Elle naît d'en bas, des choses, de la terre, et elle ne se sépare pas de la terre, où elle rampe comme un serpent, en totale adhésion, de telle sorte qu'elle reflète fidèlement la réalité locale dans ses structures géologiques, agronomiques, économiques, ethniques ; elle naît du particulier* ».

<sup>143</sup> Il s'agit alors du niveau inférieur coutumier, contrairement au niveau supérieur qui se détermine par les coutumes régionales. Sur la distinction entre le niveau supérieur et inférieur du fait coutumier : J. Hilaire, « Comprendre le fait coutumier », *op.cit.*

<sup>144</sup> P. Grossi, *L'Europe du droit*, *op.cit.*, p.36 ; M. Bloch, *La société féodale*, *op.cit.*, p.115.

<sup>145</sup> P.-C. Timbal, « Coutume et jurisprudence en France au Moyen Âge », in *La Coutume*, Recueil de la Société Jean Bodin, t. LII, p.227 *sqq.*

<sup>146</sup> M. Bloch, *La société féodale*, *op.cit.*, p.115.

issues de territoires ou de royaumes différents. Ce socle commun se retrouve notamment dans les finalités intrinsèques aux règles coutumières.

**54. Les finalités de la coutume.** Fondements et finalités sont les deux faces d'une même pièce, les premiers ont une influence directe sur les secondes. Ici, la compréhension des finalités inhérentes à la coutume s'inscrivent également à travers l'esprit de l'époque. Dans une société où l'insécurité est présente et où la question de la survie est quotidienne, le temps n'est plus aux grandes constructions intellectuelles. Si le réicentrisme médiéval a remplacé l'anthropocentrisme romain, il est possible de dire que le pragmatisme a pris le pas sur l'intellectualisme. La vocation principale de la coutume est de répondre à des problèmes géographiquement circonstanciés, notamment liés à l'utilisation du sol et de ses fruits. L'économie de pénurie du Moyen-âge oblige les règles de droit à poursuivre un objectif de maximisation économique des choses. Cette recherche pragmatique s'explique également par le rattachement de la coutume à la terre et donc à la nécessité d'adapter le droit aux spécificités de la chose. Ainsi, c'est parce que le pragmatisme règne sur la coutume que celle-ci s'attache profondément aux caractéristiques de la terre et que les règles diffèrent ainsi<sup>147</sup>.

**55. Synthèse.** Au terme des caractéristiques générales que nous avons dressées du droit médiéval, il est possible d'en tirer une certaine substance. Plus que jamais, les faits socio-économiques influencent non seulement la façon de penser le monde et le droit, mais également la production de règles. Réicentrisme, communautarisme et droit coutumier sont à l'origine d'un droit pragmatique à vocation modeste, un droit qui place l'Homme et les communautés non pas au dessus des choses, mais bien au milieu d'elle. C'est en cela que nous pouvons parler d'une horizontalité du rapport homme/chose, horizontalité qui aura une influence directe sur le rapport d'appropriation pré-moderne. Évidemment, le tableau dépeint serait incomplet si nous n'évoquions pas l'apport de la doctrine de l'Église sur le sujet, tant son influence était primordiale dans la pensée médiévale.

---

<sup>147</sup> Les travaux de l'École des « géographies coutumières » sont particulièrement éclairants sur ce point. Dans la suite de Klimrath, nombreux sont les auteurs ayant recherché à constituer des grandes familles de coutumes, réunies autour de considérations sociales et géographiques. Pour une description de ce mouvement : L. Assier-Andrieu, « Coutume et usage », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), P.U.F, Coll. Quadriges, 2003, p.317 *sqq.*



## II/ La relation homme/chose dans la pensée médiévale

Il fut un temps où la période médiévale était considérée comme une zone de ténèbres intellectuelles. Aujourd'hui, il est reconnu que l'âge des bâtisseurs de cathédrale fut intellectuellement riche. Qu'elle provienne des abbayes ou, plus tardivement, des universités, la pensée médiévale occidentale est indissociablement liée à la Chrétienté et à sa doctrine. La question de la propriété fut au centre de nombreuses controverses dans lesquelles l'interprétation des Saintes Écritures a joué un rôle matriciel. Ainsi, c'est à travers l'exégèse de ces textes que les questions de la communauté des biens (A) et de la pauvreté (B) prirent une place centrale dans le débat autour de la propriété, créant ainsi une conception où le collectif et l'usage acquièrent une place significative.

### A. Communautés et biens : la position du droit naturel

**56.** Comme nous l'avons souligné auparavant, il ne peut exister de Salut en dehors de l'Église. Qualifiée de « salvifique »<sup>148</sup>, la communauté des Chrétiens se réunit par la prière, les messes et les fêtes religieuses. La communauté est donc composée de fidèles et se veut donc avant tout spirituelle. Certains penseurs vont pourtant essayer d'apporter une vision plus globale de la communauté en lui insufflant une dimension matérielle. Pour comprendre ce cheminement, et l'influence que cela a pu avoir dans la conception de l'appropriation au moyen-âge, un détour par la patristique nous paraît nécessaire. Nombreux sont les Pères de l'Église ayant interprété les textes sacrés comme étant justificateurs de la mise en commun de biens, cette appréhension des biens en commun provenant d'un double facteur : la non appropriation de la terre par l'Homme et le modèle communautaire de la première communauté de Jérusalem.

**57. Ancien Testament.** Un célèbre extrait du Lévitique a servi de fondement à la désignation, par les Pères de l'Église, de Dieu en tant que seul propriétaire de la terre, dépositaire unique du *dominium*<sup>149</sup>. Selon le texte tiré de l'Ancien Testament, « *La terre ne sera pas vendue à perpétuité, car la terre est à moi, car vous êtes des étrangers et des*

---

<sup>148</sup> P. Grossi, *L'Europe du droit*, op.cit., p.30.

<sup>149</sup> J. De Saint-Victor, *Généalogie historique d'une « propriété oubliée »* in Repenser les biens communs, B. Parance et J. De Saint-Victor (dir.), CNRS, 2014, p.54.

*habitants chez moi* »<sup>150</sup>. Ici, le texte est d'une clarté limpide. Si Dieu est le propriétaire, l'Homme n'est pas pour autant exclu du rapport à la terre, il en est « l'habitant », l'usager. Les Pères de l'Église ont interprété ce texte en lui donnant une consonance communautaire. Ainsi, si l'Homme ne peut disposer de la terre de façon égoïste, il peut en disposer de façon communautaire, créant ainsi une communauté de biens<sup>151</sup>. Cette construction se retrouve notamment chez Saint Ambroise de Milan au sein de ses *Devoirs* : « Dieu a ordonné en effet que toutes choses fussent engendrées de telle sorte que la nourriture fût commune pour tous et que la terre par conséquent fût une sorte de propriété commune de tous »<sup>152</sup>. Ici il peut être aisément constaté que la propriété privée individuelle ne serait pas celle voulue par Dieu, là où la mise en commun des biens le serait. L'évêque de Milan poursuivant ainsi « Car ce qui est donné en commun pour l'usage de tous, voilà ce que tu t'arroges »<sup>153</sup>. Ici, l'auteur établit une véritable relativisation de l'appropriation privative au nom d'une forme communautaire de relation aux choses. Paul VI, reprenant les textes de Saint Ambroise, nous parle d'une « destination universelle des biens<sup>154</sup> ». Le vocable est ici résolument moderne mais il dépeint de façon assez pertinente l'appétence communautaire caractéristique des premiers docteurs de l'Église dans l'interprétation de l'Ancien Testament.

**58. Nouveau Testament.** À titre de comparaison, les extraits des évangiles fourmillent de références à la question de la propriété, ils eurent une influence directe, nous le verrons, sur des auteurs tels que Saint Ambroise, Saint Augustin, Joachim de Flore ou même Gratien. Comme le souligne Peter Garnsey<sup>155</sup>, les évangiles représentent les textes jouissant de la meilleure autorité qu'il soit. Nombreuses sont donc les interprétations qui existent sur un même texte, celles-ci changeant en fonction de l'idéologie qui les sous-tendent. Au regard de son interprétation radicalement communautariste, le cas de l'évangéliste Luc est ici topique. Selon ce dernier, « La compagnie de ceux qui étaient devenus croyants était un seul cœur et une seule âme. Personne ne disait que ses biens lui appartenaient en propre, mais tout était commun entre eux »<sup>156</sup>. Il est intéressant de voir qu'ici, la communauté des fidèles est réunie tant sur le plan spirituel que matériel, la seconde découlant de la première. L'importance de

---

<sup>150</sup> Lévitique, XXV, 23.

<sup>151</sup> J. De Saint-Victor, *op.cit.*, p.54.

<sup>152</sup> Saint Ambroise de Milan, *Les devoirs*, Introduction, Livre 1, Texte établi, trad. et annoté par M.Testard, Les belles lettres, Paris, 1984.

<sup>153</sup> Citation de Saint Ambroise de Milan reprise dans l'encyclique de Paul VI « *Populorum Progressio* » ; [http://w2.vatican.va/content/paul-vi/fr/encyclicals/documents/hf\\_p-vi\\_enc\\_26031967\\_populorum.html](http://w2.vatican.va/content/paul-vi/fr/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html).

<sup>154</sup> Paul VI, « *Populorum Progressio* », *op.cit.*

<sup>155</sup> P. Garnsey, *Penser la propriété*, Les Belles Lettres, Paris, 2013, p.80 *sqq.*

<sup>156</sup> St Luc, *Actes des apôtres*, 4.32.

cet extrait est grande puisque la communauté dont parle Saint Luc serait celle des premiers chrétiens de Jérusalem, autrement dit les plus proches, temporairement, du Christ. Cette communauté servira de modèle spirituel et social à de nombreux auteurs. Évidemment, l'aspect mystique et utopique prend le pas sur la vérité historique. Malgré cela, cet extrait des évangiles est au fondement de nombreuses pensées cardinales. La première communauté de chrétiens servit donc de modèle monacal<sup>157</sup>, dont la caractéristique principale fut un ascétisme vigoureux. Ainsi, pour pouvoir intégrer le monastère fondé par Saint Augustin, il fallait renoncer à tous biens et, subtile différence, abandonner le tout<sup>158</sup>. Cette légende entourant d'un halo de sainteté la première communauté continua d'exercer une influence sur le monachisme jusqu'à la fin de l'ère médiévale. Pour Pater Garnsey, la référence à la patristique et aux actes des apôtres servait à décrire le modèle de vie chrétienne (refus de toute propriété et biens mis en communauté) et permit de justifier les propriétés de l'Église<sup>159</sup>. Au-delà des considérations relevant des règles de vie monastique ou purement idéelles, le texte de Saint Luc fut également au fondement de textes ayant une portée plus juridique. C'est ainsi que Gratien, dans son *Decretum*, fonde le lien existant entre communauté de bien et droit naturel<sup>160</sup>. Contraire au droit naturel, la propriété privée serait la source de la division entre les hommes et irait à l'encontre de l'usage commun<sup>161</sup>. Pour autant, comment l'appropriation individuelle – qui était une réalité factuelle – trouvait sa justification ?

**59. L'appropriation privative, justifiée seulement par le droit humain.** La question de la justification de l'appropriation individuelle fut notamment traitée par Saint Augustin. L'auteur formulera sa problématique ainsi : « ce que chacun possède, de quel droit le possède-t-il ? »<sup>162</sup>. L'auteur y répondra en rattachant l'appropriation au droit des humains mais rejette la possibilité d'y voir une émanation du droit divin. La propriété est donc justifiée ; en revanche, elle est située dans un état d'infériorité par rapport à l'idée de communauté.

L'idée de communauté de biens est donc caractéristique de la pensée Chrétienne en ses débuts. Il existerait, au coté de la communauté spirituelle, une communauté matérielle.

---

<sup>157</sup> P. Garnsey, *op.cit.*, p.90.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p.94.

<sup>159</sup> P. Garnsey, *Penser la propriété, op.cit.*, p.100.

<sup>160</sup> « *Iure naturae sunt omnia communia omnibus* », Gratien, *Distinctio*, 8 (cité par G. Couvreur, *Les pauvres ont-ils des droits ? Recherches sur le vol en cas d'extrême nécessité depuis la concordia de Gratien (1140) jusqu'à Guillaume d'Auxerre (1231)*, Analecta Gregoriana, 1961, p.121.

<sup>161</sup> *Decretum Gratiani*, Causa 12, quest. 1. C. II : *Omnibus clericis communis est uita seruanda*, paragraphe 1.

<sup>162</sup> Passage cité par : J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Economica, Corpus Histoire du Droit, 2008, p. 152.

L'appropriation privative est reconnue mais en dehors du référencement au divin. Cette relativisation de la propriété individuelle sera accentuée par les problématiques portant sur la pauvreté, qu'elle soit un état de fait ou un état à atteindre.

## **B. Pauvreté et propriété**

La question de la pauvreté est centrale dans les querelles liées à la propriété. Aussi, nous nous restreindrons à en dresser un portrait synthétique tout en essayant de démontrer l'importance qu'elle eut dans le processus de relativisation de la propriété. À ce titre, deux éléments apparaissent particulièrement éclairant : la question de l'extrême nécessité (1) et celle de la primauté de l'usage sur la propriété dans la théorie franciscaine (2).

### **1. La propriété concurrencée par l'usage commun, la question de l'extrême nécessité**

**60.** Le cas de l'extrême nécessité ou extrême pauvreté est intéressant en ce qu'il vient relativiser le droit de s'approprier des biens, au nom des valeurs chrétiennes, avec pour objectif la protection d'une partie des fidèles. Il faut souligner, en prolégomènes à notre propos, que si le droit naturel se fonde sur une communauté de biens, ce n'est pas le cas du droit positif. Ce dernier reconnaît, selon le vocable de Saint Thomas d'Aquin, « *la division des possessions* »<sup>163</sup>. Le droit médiéval ne méconnaît donc pas la relation individuelle aux biens. C'est donc un contexte d'opposition entre le droit naturel et le droit dit des gens que la question de l'extrême pauvreté doit se comprendre et, comme bien souvent, les deux conceptions vont ici s'affronter. Au départ, la question est simple : l'appropriation privative est-elle justifiée face à l'état d'extrême pauvreté ?

La réponse apportée ici est unanime, du moins dans son précepte général, même s'il existe des degrés de variations. De la manière la plus radicale, Saint Basile évoque indirectement le cas de la pauvreté par rapport à son contraire, la richesse. Selon l'évêque de Césarée, la richesse matérielle d'un homme ne peut se comprendre qu'à travers la conséquence subie par le reste de la population. Il s'agirait alors d'un vol indirect, dans le sens où la richesse soustraite serait issue de la communauté originelle soumise à l'usage de tous. Considéré

---

<sup>163</sup> St Thomas d'Aquin, *Somme théologique, secunda, scondae*, question 66, article 2, solution 1-2-3.

comme un juste retour des choses, le vol<sup>164</sup>, du pauvre sur le riche, n'est pas condamné<sup>165</sup>. Ce radicalisme s'est par ailleurs accentué dans le Moyen-âge tardif sous la plume de canonistes comme Jean de Paris et Godefroid de Fontaines<sup>166</sup>. Pour ces derniers, la qualification de vol est refusée puisque l'homme en état de nécessité n'userait que d'un droit antérieur sur les biens désormais appropriés. Ainsi, au nom de sa survie, ce droit que l'on peut qualifier de primaire, va alors prévaloir sur le droit de propriété, comme le droit naturel prévaut sur le droit des gens.

**61.** Saint-Thomas d'Aquin aura, quant à lui, une vision plus nuancée de la question tout en y apportant une certaine profondeur juridique. Le "Docteur angélique" établit, au sein de la Somme Théologique, une distinction du *dominium* que l'homme peut avoir sur les choses. En reprenant une distinction séculière, il fait de Dieu le seul dépositaire du *dominium* sur la nature même des choses, là où l'homme n'a que le *dominium* sur leur usage<sup>167</sup>. Ici le *dominium* possède un sens bien plus large que celui de propriété, il est une capacité découlant de la raison humaine<sup>168</sup>. La propriété n'en serait que la conséquence sur les choses matérielles. Cette propriété peut être privée, elle est le fruit des conventions et du droit des gens (*ius gentium*). Thomas d'Aquin va alors déterminer que la propriété privée est justifiée de par les facilités d'organisation qu'elle génère et, à l'inverse, par le chaos qui pourrait naître de la propriété commune. Cette propriété s'inscrit comme étant soumise à un idéal de justice, la richesse ne doit pas être une source de motivation si cela n'est pas fait dans un idéal d'usage juste. La richesse ne doit être perçue que comme un moyen de pouvoir subvenir au besoin des nécessiteux. Une distinction apparaît alors entre « l'usage » et la « jouissance »<sup>169</sup> ; le premier primant alors sur la seconde. Il n'existe donc pas, chez le dominicain, la tentation d'un communisme originel fondé sur les premières communautés de chrétiens. La vision thomiste de la propriété s'inscrit dans la tradition canonique et, tout en étant influencée par la pensée aristotélicienne, fait primer le droit naturel sur le droit des gens. Ce droit naturel aurait engendré un *dominium naturale* fondé sur l'existence d'un droit d'usage originel supérieur à

---

<sup>164</sup> Sur la question spécifique du vol comme réponse à l'extrême nécessité : G. Couvreur, *Les pauvres ont-ils des droits ? Recherches sur le vol en cas d'extrême nécessité depuis la concordia de Gratien (1140) jusqu'à Guillaume d'Auxerre (1231)*, op.cit.

<sup>165</sup> J. de Saint-Victor, « Généalogie historique d'une "propriété oubliée" », in *Repenser les biens communs*, Parance (B.) et De Saint-Victor (J.) (dir.), CNRS, 2014, p.57.

<sup>166</sup> Auteurs cités par V. Mäkinen, « Rights and Duties in Late Scholastic discussion on extreme necessity », in *Transformations in Medieval and Early-Modern Rights Discourse*, Dordrecht, 2006, p.48.

<sup>167</sup> St Thomas d'Aquin, *Somme théologique, seconda, scondae*, IIa – IIae, q.66, a.1.

<sup>168</sup> J. Coleman, « Propriété et pauvreté », in *Histoire de la pensée politique médiévale*, sous la direction de J.H. Burns, Léviathan, PUF, 1988, p.589 sqq.

<sup>169</sup> P.Garnsey, *Penser la propriété*, op.cit., p.118.

toute propriété privée. La richesse surabondante n'est plus considérée comme étant légitime, le surplus étant dédié aux personnes en état de nécessité. Pour le reste, dans une propriété « juste », le droit des gens est justifié par le droit naturel.

**62.** Le raisonnement des différents auteurs paraît ici limpide : la propriété privée existe et peut être légitimée à la seule condition qu'elle s'inscrive dans l'ordre naturel. L'appropriation est donc soumise aux valeurs chrétiennes dont celle de charité, au point que la notion de richesse ne peut exister pour uniquement pour soi, elle doit également être tournée vers ceux qui en ont le besoin. Ici, le droit naturel exerce une prégnance morale essentielle conduisant à la sacralisation de l'usage. Cette sacralisation de l'usage, conçue en miroir de l'appropriation, se retrouvera également dans le cadre de la querelle sur la pauvreté et la vie apostolique dont les Franciscains furent les principaux acteurs.

## **2. Le remplacement de la propriété par l'usage, la théorie franciscaine**

**63.** L'une des questions qui agita le plus la pensée canonique au Moyen-âge fut celle qui agita les ordres monastiques revendiquant la pauvreté comme mode de vie. Face à une économie en plein développement et au rôle croissant des échanges monétaires<sup>170</sup>, les différents ordres mendiants se placèrent en réaction, en prônant une *vita apostolica*. Le modèle absolu résidait désormais dans la vie du Christ, de ses apôtres et des ses paroles rapportées sur la renonciation et la pauvreté.

Le concept même de vie apostolique diffère en fonction des interprétations qui peuvent être faites des textes relatant la vie du Christ. Nous ne nous livrons pas ici à une exégèse des textes bibliques, mais aux conséquences de leur interprétation sur l'appréhension de la notion de propriété. Par rapport à la question de l'état de nécessité, le curseur de la radicalité est déplacé à son extrême, la propriété n'est plus envisagée de façon privative ou communautaire, elle est rejetée dans ses fondements et dans son entièreté. Le pape Nicolas III reconnut les bienfaits d'un tel abandon à travers une bulle papale datant de 1279 : « *La renonciation à la propriété sur toutes choses, que ce soit individuellement ou en commun, est méritoire et sainte. Le Christ, montrant la voie vers la perfection, enseigna cette doctrine par sa parole et la fortifia par l'exemple* »<sup>171</sup>. Le paroxysme du modèle de vie apostolique fut prôné par des membres de

---

<sup>170</sup> M. Bloch, *La société féodale, op.cit.*, p.312.

<sup>171</sup> Nicolas III, *Exiit qui seminat*, éd. Friedberg, vol. 2, p.1113.

l'ordre franciscain. Peter Garnsey décrit parfaitement le phénomène<sup>172</sup>, notamment à travers les termes juridiques utilisés par les membres de l'ordre afin de définir l'étendue de leur renonciation. Puisque les Franciscains ne pouvaient posséder, la seule relation qu'ils entretenaient avec les choses de ce monde ne pouvait être que l'usage. Dès lors, plusieurs types d'usage peuvent et doivent être distingués : l'usage pauvre, l'usage modéré, l'usage riche. De ce triptyque, seul l'usage dit pauvre avait grâce à leurs yeux au point que la frange radicale des Franciscains, suivant la pensée de Pierre de Jean Olivi, exhortait l'assimilation du vœu de pauvreté à celui d'usage pauvre<sup>173</sup>. En réalité, cela va beaucoup plus loin et dépasse le simple stade de la renonciation. Ici, il serait péché que d'user d'une chose quand l'usage de celle-ci ne serait pas vital. La notion d'usage dépasse ici la simple description juridique d'un état de fait, elle prend une connotation morale et se place en tant que dogme indépassable. En tant que telle, la volonté d'assimilation fut rejetée par la majorité des franciscains, ses apologistes furent quant à eux poursuivis en hérésie.

**64. *Simplex usus facti.*** La notion de *simplex usus facti*<sup>174</sup> ne connut pas le même sort et bénéficia d'un assentiment papal temporaire. Le caractère factuel est ici de prime importance<sup>175</sup>, les franciscains ayant renoncé à toute appropriation, ils abandonnent aussi tous droits et puissance sur les choses. À l'instar de la propriété, les droits d'usage sont donc condamnés. Toute connotation juridique est donc exclue de l'usage, ici le terme se traduit par la simple utilisation des choses<sup>176</sup>. Considérée à travers sa simple matérialité, la notion de *simplex usus facti* permit aux franciscains d'éviter l'épineuse question des propriétés foncières appartenant à l'ordre. En effet, au fil du temps, les frères mineurs accumulèrent abbayes, bibliothèques et autres biens nécessaires au fonctionnement de la vie monacale. Or, s'il était impossible pour l'ordre de concevoir qu'il puisse être désigné propriétaire, ces derniers passèrent par une fiction juridique, qui fit du pape et de l'Église romaine les propriétaires de tous les biens initialement franciscains. Ceux-ci n'étaient alors propriétaires de rien, pas même des choses consommables, ils n'avaient sur elles qu'un simple usage de

---

<sup>172</sup> P. Garnsey, *Penser la propriété*, op.cit., p.122 sqq.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p.126.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p.127 ; P.Grossi, *Il domino e le cose*, Giufrè, coll. *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 41, 1992, p.175 sqq.

<sup>175</sup> P. Grossi, op.cit, p.175 : « *Quanto il diritto, nella visione francescana, assume aspetti sovrastrutturali, tanto il fatto di usare rivela un carattere infrastrutturale. Quanto il diritto è libertà e volontà, tanto l'usus facti è una situazione determinata dalla necessità* », (Trad. libre : Le droit dans la vision franciscaine a des dimensions supra structurelles, le fait est infra structurel ; le droit est liberté et volonté, l'usus facti est une situation de nécessité).

<sup>176</sup> Tout caractère juridique étant exclu à l'usus facti, ce dernier est donc indisponible. Sur ce point : *Ibid.*, p.176.

fait. À l'instar de l'usage pauvre, la notion prend ici une place toute particulière puisque construite à rebours du *dominium*. Ici, les Frères se situent dans le rapport le plus modeste qui soit à la chose, en refusant d'avoir sur elle de quelconques droits.

\*\*\*\*\*

**65.** L'étude de l'appréhension d'une notion en droit médiéval ne peut se passer de la compréhension du contexte sociétal et intellectuel de l'époque, la technique du droit étant fortement influencée par ces éléments. L'époque proto-médiévale est ainsi marquée par une centralité des choses, une cosmogonie qui s'impose aux êtres et qu'ils ne peuvent transcender, ce qui peut se traduire par l'idée de réicentrisme. Celui-ci induit le rattachement indéfectible de l'homme à des communautés, lesquelles lui permettent de se protéger et de pouvoir capter les utilités qu'offre les choses. Le droit est ainsi le reflet d'une période où l'esprit d'abstraction et de système n'existe pas ; cela, conjugué au réicentrisme, induit une formation du droit pragmatique se traduisant par une grande factualité. Le droit n'est pas issu des constructions intellectuelles qui ont vocation à capter le réel, ce sont les pratiques qui construisent directement les règles juridiques. Ces trois caractéristiques sont donc symptomatiques du droit médiéval, elles sont ainsi le terreau permettant la construction du système d'appropriation médiévale.

Il était également nécessaire de soulever le tréfonds intellectuel aidant à comprendre la sensibilité des penseurs de l'époque sur le rapport d'appropriation. Pour ce faire, l'étude de la patristique est apparue essentielle puisqu'elle a permis de déceler une aversion envers l'individualisme propriétaire perçu comme contraire au modèle des premières communautés de chrétiens. L'appropriation privative est ainsi analysée à travers le prisme chrétien et se voit condamnée de par la captation des richesses sensées être communes. Le modèle de la vie apostolique sera aussi repris, par les ordres de moines mendiants. Ici, la condamnation de l'appropriation privative sera encore plus forte puisque c'est le concept même d'appropriation qui est condamné dans son essence. Les notions d'usage pauvre ou de simple usage de fait venant ainsi remplacer l'appropriation. La pensée chrétienne, du moins dans ses origines, se caractérise par une aversion pour l'appropriation individuelle, au contraire de l'appropriation communautaire, rattachée à la volonté de Dieu.



Subséquentement, le rapport homme/chose s'inscrit dans une horizontalité où les choses ont une place centrale. Avec les choses, c'est la recherche des utilités qui s'offrent aux hommes qui transparaît. Des utilités qui se voient partagées afin d'obtenir une maximisation des usages propres à la congénialité des choses.

## **Section 2 : Le partage des utilités, caractéristiques générales des institutions pré-modernes**

**66.** Les fondements du droit médiéval étant inscrits dans un rapport d'horizontalité par rapport aux choses, les institutions juridiques répondent à cette philosophie générale. Il est donc loisible de percevoir, dans les institutions coutumières, les caractéristiques générales de ce droit. Le réicentrisme influe directement sur la conception médiévale du rapport d'appropriation. Le contrôle de la matérialité de la chose, caractéristique de la propriété romaine, n'est pas inhérent au système médiéval. Celui-ci s'inscrit, au contraire, dans une acception économique de l'utilisation des choses, ces dernières étant perçues non plus comme un corps individualisé mais comme une somme d'utilités. Ce changement de prisme induit indubitablement une modification de la relation entre homme et chose. La corporéité n'est dès lors plus l'objet de l'appropriation, elle est remplacée par les utilités offertes par la chose. Une telle conception autorise alors – et cela correspond à l'objectif pragmatique de l'époque – une possibilité de plusieurs usagers sur une même chose : les propriétés dites simultanées<sup>177</sup>. Cette expression, aujourd'hui largement utilisée en doctrine, sera reprise dans nos développements<sup>178</sup>. Quoiqu'il en soit, deux phénomènes principaux seront ici à l'étude, ils participent pleinement à la description du système coutumier d'appropriation mais possèdent des natures différentes. La première d'entre elles, que l'on peut qualifier de principale de par son importance, est la saisine médiévale. Elle s'inscrit pleinement dans le partage de jouissance, mais possède une vocation individuelle. Autrement dit, le partage des utilités de la

---

<sup>177</sup> Nous reprenons cette expression des travaux d'Anne-Marie Patault portant sur l'histoire du droit des biens. L'auteure précise que cette expression provient, à l'origine, d'un arrêt rendu le 16 août 1832 à propos d'une survivance d'une propriété coutumière, que les juges qualifieront de « propriété simultanées » : Nancy, 16 août 1932 : *S.*, 1834, 1, 720. Voir : A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F, coll. Droit fondamental, 1989, n°209, p. 244.

<sup>178</sup> L'utilisation du terme de propriété pourrait, à bien des égards, paraître anachronique et apporter de la confusion. Ainsi, nombreux sont les auteurs à ne pas utiliser le terme de propriété pour qualifier les institutions spécifiques de l'époque médiévale. En ce sens, P. Godding, « De la saisine aux actions possessoires (VIème-XVème siècle) », *Cahiers du centre de recherche en histoire du droit et des institutions*, t.8, 1998, p. 53 *sqq.* ; F. Demoulin-Auzary, « *Dominium et proprietas* dans le décret de Gratien », *RHD*, t.83, 2005, p.647 *sqq.* Nous choisissons cependant le terme de « propriété simultanée » même si, historiquement, il n'est pas le plus rigoureux qui soit. Par rapport au système civiliste, il nous permet de rendre compte de la spécificité de l'appropriation coutumière.

chose à lieu entre plusieurs individus, mais une même utilité ne peut être saisie par une pluralité de personnes. À l'inverse, des techniques comme la vaine pâture ou les biens communaux s'inscrivent dans une logique différente. Ils sont la traduction de l'aspiration communautaire de l'époque. Ainsi, malgré les différences existantes entre ces institutions et la saisine, et même au sein de ces institutions, elles participent toutes au système d'appropriation médiéval fondé sur le partage des utilités des choses, et à la superposition de droits sur une même chose. Étudions donc, successivement, la figure de la saisine médiévale (I) et celle des institutions communautaires (II).

## I/ La saisine, technique d'appropriation médiévale

**67.** Lorsqu'il s'agit d'étudier la saisine, nombreux sont les auteurs qui l'analysent sous le seul prisme de la féodalité<sup>179</sup> ; cela ne sera pas notre cas. Notre analyse sera, à cet égard, inscrite dans une logique qui n'assimile pas les deux notions. Selon les écrits de Klimrath<sup>180</sup>, auxquels nous nous rattachons, féodalité et saisine ne sont pas consubstantielles puisque la

---

<sup>179</sup> J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Économica, Paris, 2008, p.57 sqq. ; E. Champeaux, *Essai sur la « vestitura » ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*, thèse, Paris, 1898.

<sup>180</sup> H.Klimrath, « Étude historique sur la saisine d'après les coutumiers du moyen-âge » in *Travaux sur l'histoire du droit français, par feu Henri Klimrath, recueillis, mis en ordre et précédés d'une préface par M. L. A. Warnkoenig*, volume 2, cartes en couleur, Joubert, Paris, 1843, p.29 : « Fleury, dans sa petite Histoire du droit, après avoir déclaré ingénument qu'il en était réduit aux conjectures et ne pouvait que deviner, devine hardiment que nos coutumes sont nées au milieu des violences et des usurpations des Xe et XIe siècles, et que leur diversité s'explique par les caprices et les intérêts divers des seigneurs qui les imposèrent à leurs sujets. Nulle part, que nous sachions, cette opinion bizarre n'a été développée avec l'étendue, ni appuyée des preuves, que semble réclamer une question de cette importance. Néanmoins, cette opinion, qui flattait le préjugé commun, se répandit promptement et elle était devenue à peu près générale à l'époque de la rédaction du Code, à ce point que ses auteurs se crurent souvent obligés de s'excuser des emprunts qu'ils faisaient au Droit coutumier et de prévenir, par une réfutation anticipée, l'accusation de tendre au rétablissement de l'Ancien Régime et de la féodalité. (...) Si l'on avait su lire Tacite, on eût été dispensé de chercher dans les injustices et la tyrannie des seigneurs et dans la barbarie du Moyen Âge, l'origine de coutumes, dont le germe existait, à ne pas s'y méprendre, au moins huit siècles auparavant. ». Ainsi, l'appropriation médiévale sera appréhendée sans référencement à la féodalité. Pourtant, si nous devons opérer des détours par la féodalité, ils seront précisés. Il convient cependant de replacer la pensée de l'auteur dans son contexte. Henri Klimrath, qui avait suivi les cours de Zachariae et Thibaut à l'Université de Heidelberg, prône la supériorité du système d'étude juridique allemand. Il s'inscrit ainsi pleinement dans la pensée Allemande du début du XIXème siècle, notamment quant au rôle qu'il donne à la coutume. La volonté de l'auteur sera donc de dresser une cartographie générale des coutumes de France mais, surtout, de démontrer leur unité et leur ontologie commune. Il y a donc, chez Klimrath, une vision de la recherche historique marquée. En ce sens, Mikhail Xifaras prendra quelques distances avec Klimrath : M. Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit*, op.cit., p. 440 sqq. Pour une présentation complète des travaux d'Henri Klimrath : F. Audren, « Écrire l'histoire du droit français. Science du politique, histoire et géographie chez Henri Klimrath », in *Histoire de l'histoire du droit*, Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, Coll. Etudes d'Histoire du Droit et des Idées Politiques, 2006, p. 133. Évoquant la coutume, Klimrath dira : « Ce qui nous encourage à le venger (le droit coutumier) d'un injuste oubli, c'est que le peuple, dominé par les besoins nouveaux, les mœurs et les idées modernes, a toujours protesté contre l'invasion du Droit romain, et que dans la plupart des circonstances décisives, ce sont les coutumes qui l'ont emporté, malgré les préventions qui leur étaient contraires : témoin le Code civil modelé en grande partie sur le Droit coutumier. » H. Klimrath, op.cit, p.28.

seconde est antérieure à la première. L'étude que nous dressons de la notion est donc détachée de la féodalité, elle s'inscrit dans une logique plus large puisque médiévale. D'un point de vue pédagogique, cette représentation a également une vertu car, en s'extrayant de la féodalité, la lecture de la saisine gagne en simplification et se révèle plus analytique. Cette approche permettra d'identifier les caractères principaux de la saisine, ce qui sera nécessaire afin de s'en servir comme d'un outil de comparaison dans le cadre du droit contemporain. Pourtant, même en évinçant les spécificités liées à la féodalité, l'appréhension de la notion reste délicate, son origine coutumière se refusant à tout esprit de système. Cela étant, deux caractéristiques principales peuvent être soulevées, celle d'être une institution fondée sur une confusion du fait et du droit (A) opérant un partage des utilités entre plusieurs usagers (B).

### **A. Une mise en possession inscrite dans un rapport social**

Le concept de saisine s'inscrit dans une logique différente de la propriété romaine, elle est une mise en possession (1) qui, dépassant le simple état de fait, est légitimée juridiquement (2). Elle est donc, intrinsèquement, un subtil mélange du fait et du droit.

#### **1. La saisine ou la mise en possession...**

**68. Des termes étymologiquement liés.** Intrinsèquement, le terme de saisine renvoie directement à celui de possession. Même si leurs significations varient selon les époques et les doctrines, il existe un lien consubstantiel entre les deux au sein de l'expérience juridique médiévale. Pour cela, il nous suffit de constater que le terme de saisine s'exprime de différentes manières tout en ayant une signification équivalente ; ainsi, afin de nommer un même phénomène, les médiévaux évoquaient les tenures, investitures ou même *gewere*. Un petit détour par l'étude étymologique nous permettra de tirer de l'ensemble de ces expressions une "substantifique moelle", un terreau commun et donc le sens fondamental de la notion.

L'origine du terme de saisine est incertaine et plusieurs racines lui sont généralement rattachées. La première de ses origines pourrait être du latin barbare et découler alors du verbe *sacire*, « prendre vivement et avec effort »<sup>181</sup>, lui même trouvant ses origines dans le mot grec *sakos*<sup>182</sup>. Dans une traduction moins littérale et replacée dans un contexte juridique, le

---

<sup>181</sup> *Dictionnaire étymologique des mots françois dérivés du grec*, Tome II, Paris, 1709, p.305.

<sup>182</sup> Le terme grec ayant pour signification « écu, bouclier », *op.cit.*

terme latin doit alors être compris dans le sens de « *saisir la chose* »<sup>183</sup>. Une autre origine peut être trouvée dans le mot *sas-jan*, issu de la langue gotique, et pouvant être traduit comme « *être assis* »<sup>184</sup>. De même le terme de tenure renvoie directement, dans ses fondements étymologiques, à l'idée de « solidité », de « défendable »<sup>185</sup>. Concomitamment, la provenance du terme « investiture » est latine, *investitura* signifiant « vêtir » ou « mettre en main ». L'expression allemande *gewere* est quant à elle significative de « garantie »<sup>186</sup>.

**69. Interprétation.** À travers l'ensemble de ces différents termes, il est possible de déceler un champ lexical commun qui est celui de la prise de position ou, de façon plus juridique, de la prise de possession. Il est notable que les termes suggèrent la prise d'une place et/ou d'une chose (prendre vivement, vêtir, mettre en main, être assis) tout en offrant une légitimité face aux tiers (solidité, défendable, garantie). Le concept même de saisine pouvant se comprendre comme étant « *l'état de fait de la possession* »<sup>187</sup>, « *l'envoi en possession* »<sup>188</sup> ou « *le prix des publications qui précèdent la mise en possession* »<sup>189</sup>. De l'ensemble de ces possibilités d'interprétation, seule la seconde serait « *son sens fondamental* »<sup>190</sup>, en ce qu'elle traduirait l'essence même de la saisine : une possession juridique obtenue par un ensaisinement solennel<sup>191</sup>. Il nous semble cependant, à la lecture des œuvres de Klimrath, qu'il apparaît nécessaire de dresser un portrait plus large de la saisine afin de pouvoir comprendre la différence existante avec la propriété de type romaine. Aussi, nous reprendrons la division que l'auteur a opérée entre la saisine de fait et la saisine de droit<sup>192</sup>.

**70. La saisine de fait.** Afin d'appréhender au mieux le particularisme de la saisine de fait, notamment dans le rôle joué par la possession, il nous faut comprendre comment le droit romain envisageait la distinction entre le possessoire et le pétitoire. Le droit romain établit une différenciation totale entre les deux types d'actions, ne confondant ainsi jamais le fait et

---

<sup>183</sup> J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Economica, Paris, 2008, p. 58.

<sup>184</sup> A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F, coll. Droit fondamental, Paris, 1989, p.21.

<sup>185</sup> *Ibid.*

<sup>186</sup> H. Klimrath, « Étude historique sur la saisine d'après les coutumiers du moyen-âge » in *Travaux sur l'histoire du droit français, par feu Henri Klimrath, recueillis, mis en ordre et précédés d'une préface par M. L. A. Warnkoenig*, Joubert, volume 2, cartes en couleur, Paris, 1843, p.344. (Par la suite, cet ouvrage sera noté H. Klimrath, *op.cit.*)

<sup>187</sup> E. Champeaux, *Essai sur la « vestitura » ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*, thèse, Paris, 1898, p.7.

<sup>188</sup> *Ibid.*

<sup>189</sup> *Ibid.*

<sup>190</sup> *Ibid.*, p.9.

<sup>191</sup> *Ibid.*

<sup>192</sup> Sur la distinction entre saisine de droit et saisine de fait : F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2007, n° 294 *sqq.*

le droit. Malgré le caractère purement factuel de la possession en droit romain<sup>193</sup>, cette dernière n'était pas dénuée de protection, notamment grâce à l'apparition des interdits possessoires. Au-delà du célèbre débat qui opposa Savigny et Ihering sur la détermination du but de l'intervention judiciaire, il est intéressant de constater que les interdits possessoires ne vont pas chercher à protéger un droit, la possession n'étant que factuelle, mais bien sanctionner des actes intrinsèquement condamnables<sup>194</sup>. Le droit médiéval coutumier va, avec la saisine, opérer un basculement et ne pas retranscrire la distinction romaine du possesseur et du pétitoire. Empreinte de pragmatisme et résultant d'une construction non savante, la saisine va alors réaliser cette confusion du fait et du droit.

L'exposé de Klimrath sur la saisine de fait est très largement inspiré de la profonde étude menée par Albrecht<sup>195</sup> sur les anciennes coutumes germaniques<sup>196</sup>. Pour les deux auteurs, la saisine de fait peut s'analyser comme la simple détention. Dès lors, tout détenteur, même de mauvaise foi, est considéré comme possesseur de fait<sup>197</sup>, lui permettant ainsi d'user de la chose. Bien que de fait, cette saisine se verrait protégée par un « *double privilège* »<sup>198</sup> garantissant une protection légale de la saisine vis à vis du tiers :

« À l'égard des tiers, et ici commence le droit, le détenteur jouit, en vertu de la saisine, d'un double privilège :

1. ° Il peut repousser par la légitime défense toute agression commise par voie de fait actuelle sur la chose dont il est saisi.
2. ° La saisine est placée sous la protection du juge. Cette protection se manifeste par des effets extrêmement importants.

---

<sup>193</sup> La possession est caractérisée par sa factualité là où la propriété est empreinte de juridicité. La séparation romaine existant entre le fait et le droit se cristallise dans la dichotomie existante entre les deux notions, l'usucapion apparaît comme l'élément permettant à la possession de devenir propriété. C'est ainsi que Girard explique qu'à Rome, la possession est conçue comme « *la matérialité de la propriété, le pouvoir de fait sur la chose sur laquelle la propriété a le pouvoir de droit* ». Voir : P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., réed. 2003, p.288.

<sup>194</sup> Klimrath cite sur ce point la mauvaise foi, la violence, la clandestinité sans pour autant nommer précisément ces différents interdits possessoires. (H. Klimrath., *op.cit.*, p. 341). Il semble cependant qu'il vise ici les interdits suivants : « *retinendae possessionis causa, vim fieri veto* » sans pour autant relater l'existence d'un moyen de défense permettant à toute possession exempte de vice (violence, clandestinité ect.) de vaincre : *exception vitiosae possessionis* : sur ce point, voir J. L. Halpérin, *Histoire du droit des biens, op.cit.*, p.40.

<sup>195</sup> E. Albrecht, *Die Gewere als Grundlage des altern deutsche Sachenrechts*, Koenigsberg, 1828.

<sup>196</sup> L'auteur français y verra une résonance avec l'ancien droit français, cette unité des règles coutumières étant perçue par lui comme un socle de droit commun aux différents peuples européens.

<sup>197</sup> H. Klimrath, *op.cit.*, Vol. II, p. 345.

<sup>198</sup> *Ibid.*

(a) *Le détenteur a une action possessoire contre quiconque l'a troublé de fait dans sa saisine.*

(b) *Lorsque son droit est contesté par un adversaire, dont, de son côté, il se refuse à reconnaître le droit, le détenteur ne peut être dessaisi qu'en vertu d'un jugement, et jouit dans le procès des bénéfices de la défense.*

(c) *Lorsque le détenteur a cessé de posséder sans s'être dessaisi par tradition volontaire ou sans l'avoir été par jugement, il a le droit de suivre, par action réelle, la chose dont il se trouve indûment dessaisi ».*<sup>199</sup>

Mikhaïl Xifaras, qui a commenté ce passage<sup>200</sup>, a établi une distinction entre les deux privilèges cités par Klimrath. Le premier des deux pourrait, à la condition de l'observer sous un prisme romaniste, être analysé comme étant « *un fait de possession ouvrant à des interdicts possessoires* »<sup>201</sup>. À ce niveau, la saisine de fait ne se distingue pas de la *possessio* romaine. *A contrario*, le second privilège est analysé comme l'élément distinctif puisqu'il crée, au profit du possesseur, un droit de suite (*il a le droit de suivre*) via une action réelle (*par action réelle*). Classiquement, cette action naît de la propriété puisqu'elle est conditionnée, en amont, à l'obtention d'un droit réel. Il existe alors une différence fondamentale entre la *possessio* romaine et la saisine de fait, puisque cette dernière sort du champ de la simple factualité pour entrer dans le champ des droits, des droits pouvant porter sur la chose (*jus in re*) alors que la possession de fait n'est pas, par définition, engendrée par un droit<sup>202</sup>. Cette action aurait donc pour conséquence directe de créer une assimilation de la saisine de fait à la propriété, du moins dans les effets générés par celle-ci<sup>203</sup>. Cette saisine de fait est ainsi singulièrement représentative d'une des caractéristiques du droit médiéval qu'est sa factualité ; ici, fait et droit sont entremêlés et ne subissent pas de séparation sapientielle, ils agissent de concert afin de répondre à des intérêts pragmatiques.

**71. La saisine de droit en tant que continuation de la saisine de fait.** Conçue différemment, la saisine de droit<sup>204</sup> n'exige pas une détention factuelle afin d'être obtenue,

---

<sup>199</sup> H. Klimrath, *op.cit.*, Vol. II, p. 346.

<sup>200</sup> M.Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit*, PUF, Paris, 2004, p.441 *sqq.*

<sup>201</sup> *Ibid.*, p.442.

<sup>202</sup> *Ibid.*

<sup>203</sup> *Ibid.*, p.443.

<sup>204</sup> Le terme de « saisine de droit » est communément utilisé dans un sens plus précis, celui de saisine de l'héritier. Ex : A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, *op.cit.*, p.30. Ici, nous reprenons volontairement la vision élargie de Klimrath.

elle est ainsi attribuée par « *continuation ou anticipation* »<sup>205</sup>. Dans le premier cas, elle l'est au possesseur dessaisi et dans le second cas à celui qui ne l'a jamais eue. Ici, le rôle de la détention purement factuelle disparaît, même s'il est souvent sous-jacent, au profit d'une saisine instituée juridiquement par l'œuvre des juges. Il convient tout de même de préciser que si le mode d'acquisition de la saisine diffère, cela n'influence pas le régime qui lui est applicable.

## 2. La saisine ou la mise en possession... légitime

72. L'étymologie du mot saisine et de ses synonymes contient, nous l'avons vu, l'idée de possession. Cependant, la possession n'est pas la simple possession matérielle, elle est également relationnelle, inscrite dans un référencement par rapport à l'autre. Il y a donc, au sein même de sa définition et de ses racines, une référence externe. Le champ lexical de la solidité et de la défense que l'on retrouve dans le terme goth *sas-jan* en est un exemple parfait, la défense ne pouvant exister que face à autrui. Ici, la saisine doit être comparée avec la propriété puisque les deux notions sont, sur ce point, en opposition.

73. La propriété, dans sa définition romaine puis moderne, se définit, dans son champ d'action, comme étant un rapport de puissance de l'homme sur une ou des choses. L'homme est donc en rapport direct et exclusif à la chose au point qu'il peut être propriétaire sans en référer à qui que ce soit. L'exemple des choses sans maître est ici significatif, ces dernières sont sans maîtres jusqu'à preuve du contraire, autrement dit jusqu'au moment où l'homme décidera de s'accaparer cette chose et d'en devenir, par cet acte, propriétaire. Loin de cette robinsonnade, la saisine ne se conçoit pas comme un rapport direct entre l'homme et la chose, la référence à la société est permanente, elle en est un élément fondateur. La saisine se conçoit comme une mise en possession, mais qui nécessite une reconnaissance du groupe social, elle est donc une mise en possession légitimée<sup>206</sup>. La première des causes de légitimité est ancienne puisqu'issue des différentes invasions qui jalonnèrent l'ancien Empire romain, il s'agit de la publicité. Dans une société fortement marquée par l'oralité, l'obtention d'une saisine réelle *via* son transfert n'était possible que si certains gestes étaient réalisés et ce, dans un cadre public. Si la réalisation de ces actes pouvait être réalisée devant de simples témoins,

---

<sup>205</sup> H. Klimrath, *op.cit.*, Vol. II, p.346.

<sup>206</sup> « *Si la mise en possession est juste et légitime, alors elle est vestitura, sinon elle ne doit pas être appelée vestitura* » texte issue d'un capitulaire de 819, cité par A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, *op.cit.*, p.26.

il est reconnu qu'à partir du XI<sup>ème</sup> siècle, il devint nécessaire de les établir devant des représentants royaux. De même, si le lieu de départ était purement symbolique (souvent le lieu de la chose saisie), ce fut vers les tribunaux et les églises que se tournèrent les nouvelles procédures<sup>207</sup>. La question du transfert de la saisine est centrale. C'est ce moment précis qui permet d'extérioriser le transfert et de le faire reconnaître par les communautés. Cela démontre bien le particularisme de l'appropriation foncière médiévale, elle s'inscrit dans une logique sociale. Comme le souligne Mikhaïl Xifaras, la validité juridique de la saisine « *n'est pas tant dans la compétence de l'autorité qui fait advenir à l'existence des rapports légaux de nature intelligible que dans l'acceptation ostensible et durable, par une collectivité juridique concrète, des rapports réels assez stables pour perdurer notoirement sans être troublés* »<sup>208</sup>. Pour rendre compte de ce particularisme, il nous faut étudier deux de ses conséquences : la saisine de droit par anticipation, et ce que Klimrath appelait la « vraie saisine ».

**74. La saisine de droit par anticipation.** Contrairement à la saisine de droit par continuation, la fiction juridique peut également servir à jouer un rôle anticipateur<sup>209</sup>. Ici, deux cas doivent être exposés et, s'ils peuvent paraître opposés au premier regard, ils remplissent en réalité le même rôle : celui de conditionner le transfert de la saisine de droit à l'accomplissement des actes solennels. Ainsi, la tradition va permettre une détention factuelle de la chose saisie mais le nouvel acquéreur n'aura pas encore la saisine de droit sur la chose ; ce transfert juridique ne se réalisant que par la procédure d'ensaisinement. À l'inverse, il est possible que la saisine de droit soit fictivement entre les mains du nouvel acquéreur alors que ce dernier n'a pas encore la détention de la chose. Pour ce faire, il faut que certains actes solennels soient établis avec la remise de la chose. Ici, la saisine est donc transférée, par anticipation. *A contrario* du droit romain, la tradition ne peut emporter de transfert juridique. Le transfert réel induit une détention nouvelle et donc, *in fine*, le transfert de la saisine de fait. Le détenteur nouveau est bien possesseur de la chose, mais ne possède sur elle qu'une simple saisine de fait, non de droit. Le transfert de la saisine de droit étant conditionné à la réalisation

---

<sup>207</sup> *Ibid.*, p.27.

<sup>208</sup> M. Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit*, *op.cit.*, p.460.

<sup>209</sup> « 2/ Lorsque le détenteur s'est volontairement dessaisi de sa chose par la tradition réelle, pour quelque cause et à quelque titre que ce soit, si c'est chose est un meuble, il a perdu la saisine pour le tout ; mais s'il s'agit d'un immeuble ou d'une universalité de choses mobilières ou immobilières, il conserve la saisine (de droit) jusqu'à ce que la simple tradition de fait ait été suivie par un acte public, soloennel et authentique, de l'investiture ou de l'ensaisinement par le seigneur ou par le juge. Et vice versa, si l'investiture ou l'ensaisinement a précédé, il perd aussitôt la saisine de droit, quoique la saisine de fait lui reste jusqu'à ce que la tradition réelle se soit ensuivie. » : H. Klimrath, *op.cit.*, p.347.



d'actes symboliques, le fait se sépare alors du droit<sup>210</sup>. Là où la saisine de fait n'est que la reconnaissance d'un pur état factuel, la saisine de droit se définit comme étant la reconnaissance d'un état factuel dont l'essence réside dans un processus de légitimation. Cette saisine de droit n'est pas en soi un aboutissement. Il ne s'agit, tout au plus, que de la première étape du processus afin de pouvoir, à terme, connaître la « vraie » saisine.

**75. De la « simple » saisine à la « vraie » saisine.** Encore une fois, la distinction opérée ici est reprise de l'œuvre de Klimrath et donc, indirectement, des travaux d'Albrecht. L'auteur différencie, d'une part, la simple saisine et, d'autre part, la vraie saisine. La première regroupe la saisine de fait et la saisine de droit puisqu'elles produisent l'une et l'autre les mêmes effets<sup>211</sup>, mais surtout parce que la seconde n'est que la continuation ou l'anticipation de la première<sup>212</sup>. Pour sa part, la « vraie » saisine se distingue de la simple saisine par une durée minimale d'au moins un an et un jour. Elle n'est finalement que la continuité logique de la simple saisine, mais variant de la première *via* la protection qu'elle génère. En effet, par sa longévité, elle acquiert ainsi le dernier stade du processus de légitimation et devient alors « *inattaquable par une sorte de prescription acquisitive* »<sup>213</sup>. La vraie saisine va donc donner une assise juridique solide à son détenteur tout en permettant, et c'est là l'objectif de la durée d'un an et un jour, de résoudre un éventuel conflit de simple saisine sur un même bien. En effet, le fait de prouver la jouissance paisible d'un an et un jour sur le bien l'emportera alors sur la saisine simple.

Après de ces quelques précisions sur la saisine, il est possible d'en dresser une sommaire analyse. Considérée comme un rapport d'appropriation, la saisine diffère de la propriété romaine en de nombreux points. Inscrite au départ dans un simple rapport de fait, elle apporte à celui-ci une juridicité. Parce qu'elle est coutumière, la saisine embrasse les caractéristiques de la coutume en ce qu'elle est un mélange de fait et de droit, la conception de l'appropriation est alors avant tout guidée par des considérations pragmatiques, tout en étant une institution profondément enchevêtrée dans le tissu social.

---

<sup>210</sup> M. Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit*, *op.cit.*, p.446.

<sup>211</sup> Voir *Supra* n° 71.

<sup>212</sup> H. Klimrath, *op.cit.*, p.350.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p.351.

## **B. Une appropriation fondée sur les partages d'utilités**

La conception coutumière de l'appropriation, traduite à travers la notion de saisine, entraîne un partage des utilités de la chose entre plusieurs usagers. Pour arriver à un tel résultat, il a fallu que l'objet de l'appropriation ne soit plus le corps, mais les utilités des choses. Nous suivrons, sur ce point, les apports d'Anne-Marie Patault. Cette auteure ayant établie une lecture de la saisine *per se*, et non à travers le prisme romaniste, elle a permis de rendre compte que la saisine se concevait comme une forme de jouissance d'utilité<sup>214</sup>. Dans cette logique, les catégories juridiques reposaient sur une classification utilitariste (1), ce qui était la conséquence de la simultanéité de jouissances d'utilités sur une même chose (2).

### **1. L'utilité au cœur de la saisine**

**76. Typologie des choses pouvant être saisies, le critère de productivité.** Afin de pouvoir déterminer au mieux comment la notion de saisine permet une appropriation qui diffère de la propriété romaine de par son refus de l'exclusivisme, il faut déterminer quelles sont les choses susceptibles de lui être soumises. Pour l'*opinio communis doctorum*, la saisine est un concept qui s'applique uniquement aux immeubles, les meubles en étant exclus<sup>215</sup>. Ici, la solution pourrait donc être aisée à appréhender : peut être soumis à la saisine tout ce qui est immeuble, donc, en grossissant le trait, tout ce qui ne peut être mobile. Cette distinction n'était en rien au fondement de la saisine, le critère de la fixité que nous connaissons aujourd'hui n'étant théorisé qu'à partir du XIII<sup>e</sup> siècle<sup>216</sup>. Aussi, suite à la redécouverte des textes romains, les juristes de l'époque entreprirent une redéfinition des catégories juridiques existantes, entraînant dès lors une dénaturation des institutions coutumières. Celles-ci ne connaissaient pas la distinction, ou du moins n'utilisaient pas un vocabulaire renvoyant au champ lexical de la mobilité afin d'opérer la dichotomie des choses. Il apparaîtrait en effet plutôt anachronique que les vieilles distinctions coutumières, forgées par des siècles de pratique, fondent la distinction des choses sur un critère d'essence commerciale quand on sait la faible influence de celui-ci dans les sociétés proto-médiévales.

---

<sup>214</sup> A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F, coll. Droit fondamental, 1989, n°6 *sqq.*

<sup>215</sup> Ici, une précision s'impose : la saisine de meuble est possible pour ceux qui sont présents dans un immeuble. Cette spécificité est notamment relevée par Klimrath : « *Celui qui a la saisine (de fait ou de droit) d'un immeuble, a, par cela seul, la saisine sur tous les objets mobiliers qui garnissent cet immeuble ; ce qui ne veut pas dire qu'il ait sur ces objets un droit absolu, et puisse se les approprier selon son bon plaisir* », H. Klimrath, *op.cit.*, p.349.

<sup>216</sup> Voir sur ce point, A.-M.Patault, *op.cit.*, p.88 *sqq.*

77. Le critère de distinction originel, celui qui servit à déterminer quelle chose pouvait être objet de saisine, était en lien direct avec le pragmatisme et l'économie de subsistance caractéristique de l'époque : la productivité durable des choses<sup>217</sup>. Ainsi, en reprenant la distinction meuble/immeuble, étaient considérées comme immeubles les choses dotées d'une productivité inscrite dans le temps, alors que les meubles étaient par définition les biens consommables et ceux dotés d'une productivité réduite. Dans un vocabulaire coutumier, le terme d'immeuble équivaut à celui d'héritage<sup>218</sup>. Ainsi, seuls les héritages étaient considérés comme étant susceptibles d'être objets de saisine. Pour les *châtel*, catégorie regroupant les biens non productifs et périssables, la saisine n'était pas possible, il y avait alors une maîtrise individuelle totale. Pour exemple, il était reconnu que les arbres étant âgés de plus de 5 et moins de 60 ans ne pouvaient entrer dans la catégorie des héritages puisque non productifs<sup>219</sup>, de même, selon Beaumanoir, sont impropres à la saisine les terres non labourables<sup>220</sup>. Ainsi, un même bien pouvait passer d'une catégorie à l'autre et devenir saisissable ou insaisissable. Ici, ce sont les utilités de la chose qui déterminent sa catégorie juridique et le régime d'appropriation. Cette conception du critère de qualification du bien saisissable n'est donc pas fondée sur les qualités corporelles (contrairement à la fixité) du bien, mais sur les utilités qui lui sont inhérentes.

Dans ce contexte, le critère romain de la fixité ne peut se superposer aux catégories coutumières sans les dénaturer. Par exemple, une maison faite de chaume est considérée, selon le critère de la fixité, comme un immeuble. À l'inverse, elle ne sera pas qualifiée d'héritage selon le droit coutumier, car pas assez durable. C'est ainsi que les juristes médiévaux vont créer une nouvelle catégorie, celle des *cateux*. Ceux-ci peuvent ainsi être considérés comme meuble dans certains cas (notamment en matière successorale) ou immeuble. En fonction du rattachement à l'une ou l'autre des catégories, les *cateux* pourront, ou non, être objet de saisine. Il y aura donc, à partir de la redécouverte des textes romains, une déformation des critères romains et coutumiers afin de pouvoir calquer les premiers sur les seconds.

---

<sup>217</sup> E. Champeaux, *Essai sur la « vestitura » ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*, op.cit., p.89 et s. ; A.-M.Patault, *Introduction historique au droit des biens*, op.cit., p.23.

<sup>218</sup> J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, op.cit., p.90 et s.

<sup>219</sup> E. Champeaux, *Essai sur la « vestitura » ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*, op.cit., p.93.

<sup>220</sup> P. de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, T.I, Éd. Picard, Paris, 1899, n° 672.

**78. Typologie (suite), l'absence de distinction corporel/incorporel.** Le droit romain, féru d'abstraction, opéra une distinction entre les choses corporelles et les choses incorporelles. Cette classification au parfum stoïcien nous provient de Gaius et fut reprise dans les Institutes de Justinien<sup>221</sup>. De façon très sommaire, le système de pensée romain qualifiait d'incorporelles les techniques juridiques qui permettaient d'accéder aux choses corporelles<sup>222</sup>. Ainsi, il ne pouvait s'agir ici que de créations de l'esprit, *a contrario* des choses corporelles qui existent sans l'intervention de l'homme, à l'état naturel. Le critère de distinction est donc ici fondé sur les qualités corporelles de la chose.

À rebours de cette conception, les médiévaux ne vont pas classer les choses à partir de cette distinction. Le critère de productivité bat ici son plein au point de rendre toute division entre chose corporelle et chose incorporelle purement inutile. Seules les qualités intrinsèques des choses jouent ici un rôle, reléguant à un plan secondaire la question de ses qualités extrinsèques ; les utilités de la chose sont alors examinées au détriment des critères physiques. La durabilité et l'économicité des choses étant le prisme de la saisine, cette dernière peut tout autant embrasser des choses corporelles qu'incorporelles. Ainsi, si la terre est souvent considérée comme le parangon du bien objet de saisine<sup>223</sup>, il ne faudrait pas oublier que certains droits pouvaient être saisis du moment que ceux-ci répondaient au critère de productivité. Quand on regarde de plus près la spécificité du droit féodal, il existait de nombreux droits objets de saisine qui pouvaient être donnés à fief. Reprenant les écrits de Brussels, Ernest Champeaux nous en donne un exemple frappant : « *Tout se donnait en fief (...) : la guérie des forêts, le droit d'y chasser, une part dans les péages, le conduit des marchands, la justice dans le palais du prince, les places du change, les loges de foires, les étuves publiques, les fours banaux, et jusqu'aux essaims d'abeilles qui se trouvaient dans les forêts* »<sup>224</sup>. La saisine pouvait exister tant sur des choses que l'on qualifierait, avec notre vocabulaire contemporain, de corporelles et d'incorporelles.

---

<sup>221</sup> *Inst.* 2, 2 ; *Dig.* 1, 8, 1.

<sup>222</sup> M. Villey, « Gaius et le droit subjectif », in *Leçons de la philosophie du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 1962, p.167 sq.

<sup>223</sup> M. Lesné-Ferret, « La terre et l'appropriation collective : approche historique », in *Les modèles propriétaires, Les modèles propriétaires au XXI<sup>ème</sup> siècle*, Actes du colloque international organisé par le CECOJI, LGDJ, 2012, p.129.

<sup>224</sup> E. Champeaux, *Essai sur la « vestitura » ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*, op.cit., p.97.

Cette typologie dressée, il nous convient de percevoir que l'approche utilitaire de la chose va de pair avec le système d'appropriation, les deux prenant pour référence commune les utilités des choses.

**79. La saisine, une appropriation des utilités des choses.** Dans une société où la terre est considérée comme une propriété divine<sup>225</sup>, les hommes ne peuvent avoir sur elle une maîtrise absolue, pleine et entière. L'homme titulaire d'une saisine n'est pas un propriétaire dans le sens romain du terme, il en est un usager<sup>226</sup>, jouissant des utilités que la chose peut lui offrir. Cette conception chrétienne de l'appropriation foncière se retranscrit pleinement avec la saisine dont elle est l'un des avatars les plus frappants. Au-delà de la philosophie intrinsèque à la notion de saisine, elle se définit généralement comme étant une « *propriété-jouissance d'utilité* »<sup>227</sup> ou comme étant « *une réservation de jouissance* »<sup>228</sup>. La jouissance joue ici un rôle prépondérant au point de devenir un élément de définition de la notion, cela s'explique notamment par le fait que la saisine ne correspond pas, contrairement à la propriété romaine, à la disposition de la matière.

**80.** Comme nous l'avons vu ci-dessus, le critère qui permet à un objet d'être sujet de saisine est la productivité durable de ce dernier. L'utilité économique du bien est donc essentielle, la nature matérielle de la chose n'important pas. Concomitamment à ce principe, la saisine dématérialise la chose qui pourrait lui être soumise<sup>229</sup>, la corporéité laissant sa place aux utilités. Les utilités de la chose et la production qui naissent de la chose sont alors les objets de cette forme d'appropriation qu'est la saisine. Dès lors, le concept de saisine vient à s'appliquer sur des maîtrises extrêmement différentes. La saisine peut porter sur une terre précise ; à titre d'illustration, le coutumier normand définit le fait d'avoir la saisine d'une terre comme « *celui qui la possède, la moissonne, la laboure, en perçoit les fruits et les*

---

<sup>225</sup> Voir *Supra* n° 57 : pour rappel, Dieu dit « *La terre ne sera pas vendue à perpétuité, car la terre est à moi, car vous êtes des étrangers et des habitants chez moi* » (Lévithique, XXV, 23).

<sup>226</sup> Dans l'analyse de Champeaux sur les critères de la saisine, celui qui a la saisine économique d'une chose est celui qui en use : « *Car si il n'y a que les biens susceptibles d'une certaine exploitation qui offrent à la saisine un objet suffisant, il n'y a aussi que ceux qui usent de cette exploitation qui soient considérés comme ayant économiquement la saisine* », E.Champeaux, *Essai sur la « vestitura » ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*, *op.cit.*, p.89.

<sup>227</sup> A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, *op.cit.*, p.21.

<sup>228</sup> M. Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit*, *op.cit.*, p.430 *sqq.*

<sup>229</sup> M. Xifaras souligne « *la chose ne disparaît donc pas dans la perspective de la saisine, elle conditionne l'existence de l'objet du droit de propriété qu'elle n'est plus* », M. Xifaras, *op.cit.*, p.453.

*produits* »<sup>230</sup>. La saisine emporte alors la jouissance de plusieurs utilités de la chose. Mais la saisine peut également s'appliquer à de simple utilité d'une chose. La saisine peut alors se résumer à une forme de droit de passage sur un fonds, à la récolte des semences, etc. Ainsi, en calquant l'appropriation sur les utilités des choses, le concept de saisine embrasse un champ d'application extrêmement large.

L'usage, la perception des fruits, sont les prérogatives que la chose saisie peut offrir à l'homme, d'où l'idée d'une propriété dite de jouissance. Cette absence de maîtrise corporelle n'inscrit pas l'homme dans une relation de domination des choses et donc dans un rapport de verticalité. Loin de la figure moderne du propriétaire pensé comme un monarque absolu de son bien, la saisine s'inscrit dans un rapport d'horizontalité, l'homme étant limité aux jouissances et usages de la chose. Subséquemment, concevoir le mécanisme d'appropriation à travers les utilités, c'est entrevoir la possibilité que plusieurs personnes puissent, sur une même chose, en jouir et en user. En effet, la variété des utilités d'une même chose peut entraîner une multiplicité d'usagers sur celle-ci ; dès lors, dans une approche non exclusive de la chose prise dans sa corporéité, la simultanéité des saisines sur le bien devient possible et, parfois, économiquement souhaitable.

## **2. La simultanéité des saisines sur une même chose**

**81. Justification théorique.** Nous avons vu que théoriquement, la possibilité de concevoir la simultanéité des saisines sur une même chose est possible puisque l'objet de la saisine n'est pas la chose en elle-même mais les utilités qu'elle génère et que, dès lors, une multiplicité d'utilités entraîne une multiplicité d'usages et, conséquemment, une multiplicité d'usagers. L'usage est ici l'élément qui permet d'envisager la simultanéité, en cela il s'oppose à la disposition. C'est ainsi que la nature consomptible de la chose empêche toute possibilité de simultanéité, l'usage de la chose étant également sa disposition matérielle. La disposition est donc un élément qui condamne l'idée même de simultanéité ; elle lui est, pour ainsi dire, théoriquement opposée. Cela tient à l'opposition frontale entre le rapport matériel direct de la disposition sur la chose là où l'usage ne se fonde que sur les utilités de cette chose. Ainsi, s'il apparaît concevable que la simultanéité puisse s'établir sur une chose grâce aux usages de celle-ci, encore faut-il que ces usages respectent la condition de durabilité. Il faut alors que les

---

<sup>230</sup> *Summa de legibus Normanniae*, C. VII, 4. (Cité par A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, op.cit., p.22).

usages qui peuvent être objets de saisines ne soient pas sources de modification de la substance même de la chose, d'où le rejet de toutes choses consommables. La simultanéité est donc inhérente au système de la saisine, puisque cette dernière n'est pas une maîtrise physique de son objet mais une jouissance d'utilités.

Concomitamment, la simultanéité des saisines sur une même chose est théoriquement fondée car, comme le souligne Champeaux, « *tous les droits des choses nous appartiennent comme fait d'une même étoffe dans laquelle les ciseaux des conventions découpent des quantités différentes* »<sup>231</sup>. Pour comprendre cette phrase, il nous faut établir une distinction entre le droit romain et le droit médiéval. Dans l'approche classique de la propriété romaine, propriété et droit réel étaient séparés par la distinction existante entre *res corporales* et *res incorporales*. En effet, nombreux sont les auteurs à avoir reconnu que les *res incorporales* contenaient en leur sein les *jura in re* tels que, par exemple, les charges ou les servitudes. Le droit de propriété serait, au contraire, inscrit dans la catégorie des *res corporales*, ce qui entraînerait comme conséquence le fait que les objets de propriété ne peuvent porter que sur les objets corporels. Le droit médiéval s'inscrit dans une logique totalement différente : seuls les droits sur la chose sont reconnus, tout est confondu et imbriqué. Il ressort de cela que les droits réels sont considérés comme des « *fractions* »<sup>232</sup> mais aucunement comme des démembrements, la métaphore de l'étoffe est ici parlante, puisque la saisine est pensée comme un droit portant sur la chose<sup>233</sup>. La simultanéité est donc théoriquement possible puisque l'objet de la saisine n'est pas la chose corporelle mais ses utilités, que l'usage s'oppose à la disposition, et enfin que la saisine se conçoit comme un droit portant sur la chose la chose. Après ce détour théorique, il nous reste à voir comment cette simultanéité peut effectivement se mettre en place sur une même chose.

**82. Conditions d'applications.** Dans son étude sur la saisine, Klimrath en donne les conditions : « Il peut y avoir dans le même temps, sur le même immeuble ou sur la même universalité de choses, plusieurs saisines (de fait ou de droit) pour des causes diverses, à des titres divers (...) C'est que plusieurs saisines immobilières ou universelles, pourvu qu'elles

---

<sup>231</sup> E. Champeaux, *Essai sur la « vestitura » ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*, op.cit., p.149.

<sup>232</sup> *Ibid.*

<sup>233</sup> « Si Gaius avait connu la saisine coutumière, il l'aurait classée dans les choses incorporelles, jura (...) Dans l'éventail médiéval des maîtrises de l'homme sur le sol, il n'y a pas de propriété-matière, il n'y a que des droits. Ces droits, les auteurs médiévaux les qualifieront « droits réels », droit portant sur une chose » : A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens, Introduction historique au droit des biens*, op.cit., p.22.

soient à divers titres, ne s'entre-détruisent point, mais se limitent »<sup>234</sup>. Ici, l'auteur établit deux conditions qu'il nous faut reprendre.

La première est classique, seuls les immeubles sont susceptibles de connaître une multiplicité de saisine. Le régime juridique des biens meubles saisis s'inscrit à rebours de celui des immeubles, il s'inscrit dans une logique de maîtrise corporelle et ne peut ainsi répondre positivement au fait que la chose puisse offrir une simultanéité d'usages différents<sup>235</sup>. On perçoit ici la deuxième condition, il faut ce que Klimrath dénomme « *causes diverses* », autrement dit des usages différents. Une unité d'usage ne peut conduire à la simultanéité, elle ne peut conduire qu'à la concurrence des saisines entre elles<sup>236</sup>. À l'inverse, une variété d'usages peut entraîner un nombre de saisine qui lui sera égal puisque les saisines ne porte alors pas sur le même objet. Une condition annexe<sup>237</sup> est relevée par Champeaux ; il est possible d'avoir sur une même chose une multiplicité de saisine si ces dernières ne relèvent pas des mêmes juridictions<sup>238</sup>. Ici, l'auteur nous donne un exemple<sup>239</sup> tiré de la féodalité, particulièrement éclairant. Il s'agit d'un seigneur qui concède son bien en fief à un vassal, ce dernier le concédant à un censitaire. Le seigneur va recevoir les services du vassal, le vassal va recevoir le cens tandis que le censitaire va jouir des fruits. Dans un tel cadre, la question qui se pose est celle de savoir si ces saisines doivent être considérées comme étant en concurrence les unes à l'égard des autres. La réponse est ici négative. Les saisines ne subissent pas de concurrence, alors que portant sur un même bien, puisque chaque saisine s'inscrit dans des juridictions différentes, créant ainsi une unité de saisine dans chacune d'elles. Dès lors aucune subordination n'existe alors, les saisines étant dans une relation d'indépendance les unes par rapport aux autres. Cette division qui pouvait exister entre les juridictions médiévales disparaîtra avec l'apparition du droit royal et la disparition des

---

<sup>234</sup> H. Klimrath, *op.cit.*, p.350.

<sup>235</sup> M. Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit, op.cit.*, p.452.

<sup>236</sup> Une concurrence de saisine entraînerait un conflit puisque les objets de la saisine, et donc les droits inhérents à cette dernière seraient identiques. Dans une telle optique, Klimrath explique la solution par ces mots « *En cas de concours et de collisions de plusieurs saisines sur une même chose, celle-là doit l'emporter comme juste saisine qui est la plus ancienne en date (...) En fait d'immeubles ou d'universalités de choses, le même principe n'a lieu qu'entre saisines dont le titre est le même, et qui sont par conséquent inconciliables* » H. Klimrath, *op.cit.*, p.351.

<sup>237</sup> Nous qualifions nous-même la condition d'annexe ; En effet, il ne semble pas que les deux conditions soient cumulatives mais plutôt alternatives. Champeaux ne donne pas d'indication particulière sur le sujet, M.Xifaras semble en faire une condition cumulative « *les saisines doivent relever de cycles juridictionnels différents - ne pas appartenir au même système - ; ou bien être fondées sur des titres distincts, et par conséquent ne pas porter sur les mêmes usages de la chose* » M.Xifaras, *op.cit.*, p.452.

<sup>238</sup> Nous n'entrerons pas dans la complexité des différentes juridictions féodales, le principe se suffit à lui-même. Pour un exposé complet de la situation : E. Champeaux, *Essai sur la « vestitura » ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français, op.cit.*, p.121 sqq.

<sup>239</sup> *Ibid.*, p.120.



nombreuses juridictions. À partir de ce moment, les saisines ne sont plus considérées comme étant indépendantes les unes par rapport aux autres mais comme placées les unes à côté des autres<sup>240</sup>. Or, il apparaissait inconcevable qu'il existât deux saisines portant sur un même bien au sein d'une même juridiction. Les juristes de l'époque opérèrent alors une division de l'immeuble afin de répartir les différentes saisines et que chacune d'elles puisse intégrer un degré (et non un ordre) de juridiction différentes. C'est ainsi que naquit l'opposition entre la saisine civile et la saisine naturelle puis, plus tard, entre le domaine éminent et le domaine utile. Ici, les objets de saisines sont bien différents.

## **II/ L'approche collective de la relation aux choses, entre communaux et droits collectifs**

Comme nous l'avons vu avec la saisine, à l'époque médiévale, la relation homme/chose était fondée sur un rapport utilitariste où la jouissance des utilités de la chose se place en tant que finalité du rapport d'appropriation. Il convient désormais de se tourner vers le second aspect qui caractérise le rapport d'appropriation médiéval, la collectivisation des utilités. Dans une société où les communautés forgeaient la vie sociale, le rapport d'appropriation prenait souvent une dimension collective. Il était ainsi reconnu, aux habitants d'une commune, le droit de faire paître le bétail sur les terres après la saison des récoltes, le droit de jouir communément des terres vacantes ou en friches, le droit de râtelier les herbes fanées après la moisson ou encore le droit de prendre la quantité nécessaire de bois forestiers afin de se chauffer. Classiquement, les auteurs qualifient l'ensemble de ces droits sous le vocable de communaux et placent le critère de qualification dans le caractère communautaire de ces droits<sup>241</sup>. Sans renier cette dimension, d'autres auteurs vont distinguer ces différents droits en fonction de la nature de chacun<sup>242</sup>. Les communaux, entendus au sens le plus strict, seraient ainsi les terres communes des habitants d'un même village, caractérisant une véritable propriété collective, ou une concession féodale. À côté d'eux existaient des pratiques coutumières qui prennent la forme de droits collectifs reconnus et portant sur un bien d'autrui.

---

<sup>240</sup> Pour un exposé complet de ces développements : E. Champeaux, *Essai sur la « vestitura » ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*, op.cit., p.143.

<sup>241</sup> Pour exemple : J. de Saint-Victor, « communaux », in *Dictionnaire des biens communs*, M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld (dir.), P.U.F, Coll. Quadrige, 2017, p.250 *sqq.* Toutefois, l'auteur relève qu'il existe des « communaux au sens strict ». Ce faisant, l'auteur rend compte du caractère communautaire de ces différents droits.

<sup>242</sup> Pour une distinction entre communaux et vaine pâture : N. Vivier, *Propriété collective et identité communale en France (1750-1914)*, Publication de la Sorbonne, 1998 ; Pour une distinction générale entre communaux et les différents droits d'usage collectifs : G. Béaur, « En un débat douteux. Les communaux, quels enjeux dans la France des XVIIIe – XIXe siècles ? », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n° 53-1, 2006, p.89 *sqq.* ; Pour une distinction entre droits collectifs coutumier et droits d'usage conventionnels : C. Gau-Cabée, *Droits d'usage et code civil, l'invention d'un hybride juridique*, LGDJ, Coll. Thèses, 2006.

En suivant ce cheminement, nous pourrons rendre compte de l'importance, mais aussi de la diversité, des formes communautaires de relations aux choses. Avec ce cadre d'analyse, il sera possible de différencier les biens collectifs (A), des usages collectifs (B).

### **A. Les biens collectifs : les communaux**

**83. Une propriété collective.** Les communaux sont définis comme « *la propriété de la communauté des habitants, ut universitas, dont ils jouissent en commun, soit qu'ils se distribuent entre eux les produits en nature (affouage pour les forêts communales) soit qu'ils y participent par une jouissance tout à la fois facultative et continue (dépaissance sur les prés communaux, terres en friches dites vaines et vagues, landes ou marais* »<sup>243</sup>. À regarder les usages des communaux, les différences avec les droits collectifs sont presque inexistantes. Le droit de faire pâture son bétail peut être reconnu par un droit collectif, le droit de vaine pâture, ou par la jouissance du bien communal. La différence qui existe entre communaux et droits collectifs porte donc sur la nature du droit. Les communaux sont une propriété collective, celle d'une communauté d'habitants. À ce titre, elle va donc permettre une jouissance collective de l'ensemble des utilités du bien, par les membres de la communauté d'habitants. À l'époque féodale, les cas les plus topiques de communaux se situaient dans le sud de la France. En raison de l'adage « nul seigneur sans titre », les communaux concernaient les terres sur lesquelles un seigneur ne pouvait opposer un titre valable. Dans ce cas précis, la propriété du bien était celle de la communauté d'habitants, elle formait une véritable propriété collective. Cette situation n'est cependant pas uniforme sur l'ensemble du territoire français et la question de la qualification du droit des habitants en tant que propriété collective fut largement contestée par les seigneurs. Pour s'en rendre compte, il convient d'opérer un retour sur les origines des communaux.

**84. Les communaux, entre appropriation collective et droit d'usage féodal.** Il apparaît difficile de dater avec exactitude l'apparition de ces formes collectives d'appropriation, même si nous savons aujourd'hui qu'elles existèrent déjà dans le droit proto-médiéval<sup>244</sup> et dans le

---

<sup>243</sup> C. Gau-Cabée, *op.cit.*, p.4.

<sup>244</sup> Parmi les textes anciens, les références sont nombreuses : « *Sylvarum, montium et pascuorum unicuique prorata suppetit esse communionem* » Titre LXVII de la loi des Bourguignons ; au sein du titre LXXVI de la loi des Ripuaires, il est fait directement références à des forêts d'essence communale ; le titre XXIX de la loi salique reconnaît le droit à chacun des habitants de pouvoir prendre du bois pour subvenir à ses besoins.

droit romain<sup>245</sup>. Cet héritage historique ne fut reconnu de façon unanime que tardivement puisque la grande question qui anima le débat sur les communaux pendant plusieurs siècles était celle de leurs origines. Deux écoles s'affrontèrent avec vigueur : celle des juristes romanistes et coutumiers face à celle des feudistes. Pour les premiers, les communaux étaient le fruit d'une propriété collective née à Rome et qui fut poursuivie après la période des invasions barbares, jusqu'au Moyen-âge. Pour les seconds, les biens communaux étaient dus, et ce sans exception, à des concessions seigneuriales, et donc, fatalement, rattachés au système féodal. Confrontée à la réalité des faits, il semble que la vérité se niche entre les deux conceptions ; le Moyen-âge connaissant à la fois des communaux originaires<sup>246</sup>, mais également des communaux féodaux, très nombreux<sup>247</sup>.

Le débat n'est pas qu'une simple querelle d'érudits puisqu'il porte, en lui-même, la qualification juridique des communaux. Ainsi, pour les feudistes, les communaux ne peuvent être considérés comme des propriétés collectives, puisque le principe même d'une concession féodale est antinomique avec un droit de propriété, ils ne peuvent alors être que des droits d'usages concédés. Pour la notion même de communaux, deux régimes juridiques pouvaient donc s'appliquer en fonction de leurs origines historiques, ces dernières étant liées directement à leurs lieux géographiques d'origines<sup>248</sup>. En réalité, la féodalité est souvent perçue comme une spoliation des terres autrefois communes, les seigneurs proposant parfois aux communautés de racheter leurs droits initiaux. De même, les seigneurs ont pu utiliser la technique dite du triage, leur permettant ainsi d'obtenir un tiers du bien qui sera alors libre de tout droit d'usage. De plus, l'absence de titre de propriété au profit des communautés rend

---

<sup>245</sup> Au Bas-Empire, on reconnaissait un droit de faire paître son bétail sur les terres incultes. Pour plus de détail sur les biens communaux à Rome : E. Laboulaye, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, Paris, 1839.

<sup>246</sup> À titre d'exemple, Rivière souligne l'existence de communaux en Bourgogne en 1003, à Arles en 1055 ou encore à Metz en 1179 : A. Rivière, *Histoire des biens communaux, depuis leurs origines jusqu'à la fin du XIIIème siècle*, Durant, Paris, 1856, p.243 *sqq.*

<sup>247</sup> Dans le nord de la France, en vertu de l'adage « *nulle terre sans seigneur* », les communaux ne pouvaient être considérés que comme des concessions seigneuriales. Seule la présence d'un titre en faveur de la communauté d'habitants pouvaient rompre ce principe. De même, la Coutume de Bretagne reconnaissait en toute terre collective une terre seigneuriale. Sur ce point : G. Béaur, « En un débat douteux. Les communaux, quels enjeux dans la France des XVIIIe – XIXe siècles ? », *op.cit.*, p.92.

<sup>248</sup> « *Dans les territoires des communes jurées, les biens communaux, qu'ils fussent des débris des anciens biens municipaux, ou qu'ils provinsent de concessions gratuites ou à prix d'argent faites par les seigneurs à l'époque de la révolution communale, étaient généralement possédés en propre, librement et allodialement par les universités. Dans le territoire des communautés d'hommes de poeste, au contraire, presque toutes de récente origine et formées de colons et de serfs affranchis, réunis autour du moustier ou du manoir, les communaux provenant de concessions faites avec réserve de la dominité au profit des seigneurs ne consistaient ordinairement qu'en droits d'usage* » A. Rivière, *op.cit.*, cité par R.Daresté, Bibliothèque de l'école de Chartes, année 1856, Volume 17, numéro 1, p.491.

difficile le fait de déterminer si le bien est issu de la féodalité ou non et donc, *in fine*, s'il s'agit de propriété collective ou de droits d'usages. Pour autant, qu'il soit d'origine féodale ou non, les communaux se caractérisent par une approche communautaire de la jouissance. Ainsi, au-delà de la question de la nature du droit, c'est la qualité de membre de la communauté qui va permettre à un individu de jouir du bien.

**85. La qualité de communiste**<sup>249</sup>. Contrairement à certaines idées reçues qui voyaient les communaux comme une organisation anarchique du sol pouvant mener à une gestion non prolifique du bien, il ressort des études récentes que ces biens collectifs étaient soumis à des règles strictes dotées d'un mode de gouvernance à part entière<sup>250</sup>. À ce titre, Nadine Vivier<sup>251</sup> démontre tout d'abord que l'accès à la jouissance des communaux n'était pas uniformisé sur l'ensemble du territoire et dépendait des règles coutumières ou, subsidiairement, de la communauté des habitants. En effet, la première des questions qui naît face à la possibilité d'une jouissance communautaire d'un bien est la détermination de la qualité même de membre de la communauté. S'il apparaît impossible de dresser un répertoire minutieux dressant l'ensemble des conditions d'accès aux communaux sur le Royaume de France, l'auteur arrive à dégager une typologie générale. Dans le nord de la France, les règles coutumières permettaient à l'ensemble des habitants d'avoir un accès au communal. Il s'agit ici de l'accès le plus ouvert que l'on puisse trouver sur le territoire français. Les conditions d'accès étaient alors plus restrictives dans les autres provinces : « *En Auvergne, la règle des « pailles et foins » stipule que seul a le droit de jouissance celui qui réside dans la commune et y récolte des pailles et du foin pour entretenir son bétail en hiver. Il ne peut donc envoyer au pâturage que le nombre de bêtes qu'il a hivernées. Ce système est encore plus restrictif en Alsace et en Béarn où il faut non seulement être propriétaire et résident, mais encore avoir le droit de voisinage : le voisin est soit l'héritier de la maison, soit un homme admis dans la communauté après plusieurs années de résidence et moyennant finance* »<sup>252</sup>. Enfin, pour tous les communaux non soumis à des règles coutumières spécifiques, il appartient aux communautés d'habitants de déterminer les conditions d'accès. Malgré cette liberté d'action, l'auteur souligne que l'exemple le plus représentatif est celui d'un droit d'accès conditionné à

---

<sup>249</sup> Le terme doit être compris dans son sens original, autrement dit « *celui qui se rapporte à un système communautaire* » : *Dictionnaire Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, V° communiste, (en ligne).

<sup>250</sup> Le débat de la gouvernance des communaux ressurgit aujourd'hui avec vigueur à propos des « *communs* ». Sur ce point : *Infra* n° 192 à 194.

<sup>251</sup> N. Vivier, « Les biens communaux en France », in *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amérique latine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003, p.146 sq..

<sup>252</sup> *Ibid.*

la qualité de propriétaire, les droits étant répartis proportionnellement en fonction de la superficie appropriée.

## **B. Les droits collectifs**

Conçus comme des droits permettant à des membres d'une communauté d'habitants d'avoir accès à la jouissance du fonds d'autrui, les droits d'usages collectifs dépassent l'opposition classique existante entre d'une part, la propriété collective et d'autre part, la propriété individuelle. Ici, le mécanisme peut s'identifier comme étant une forme de propriété simultanée<sup>253</sup>. La dimension collective des droits d'usages est ici double. Premièrement, de par la simultanéité, il existe un rapport collectif sur le bien, puisque si la plupart des utilités de la chose sont réservées au propriétaire initial, d'autres sont réservées aux usagers. Il y a donc ici un rapport collectif sur la chose ou, si l'on veut être plus exact, multiple. Secondement, ces droits sont dits collectifs parce qu'ils concernent une pluralité d'usagers. C'est là une caractéristique essentielle de ce mécanisme que de permettre qu'une diversité de bénéficiaires. Nous l'avons vu, le concept de saisine permet une simultanéité des usages sur une même chose, mais proscrit une pluralité d'usagers sur une même utilité. Dans le cas présent, le droit offre la possibilité qu'une même utilité puisse être soumise à une jouissance commune par plusieurs usagers, la dimension collective du droit est marquée. Pourtant, les différents droits collectifs ne peuvent souffrir d'une analyse d'ensemble. Il convient de distinguer ces droits collectifs en fonction des bénéficiaires. D'un côté, des droits collectifs fondés sur l'esprit de solidarité et réservés aux populations indigentes (1) ; de l'autre, un droit spécifique de vaine pâture qui bénéficie à l'ensemble des membres de la communauté (2).

### **1. Les droits collectifs réservés aux indigents**

**86.** Certains droits collectifs portaient sur les résidus qui pouvaient subsister après le temps des récoltes. Tel était le droit : de *glanage*, qui permettait de ramasser les épis de blé restant au sol après la moisson ; de *chaumage*, caractérisé par le droit de couper la paille après que les épis aient été récoltés ; de *grappillage*, qui s'exerçait sur les grappes de raisins restantes sur les vignes, ou encore du *râtelage*, autorisant la prise des herbes fanées dans les

---

<sup>253</sup> On remarquera que dans son ouvrage d'introduction historique au droit des biens, Anne-Marie Patault les range dans un chapitre consacré aux « *propriétés simultanées sans dépendance personnelle* » : A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, *op.cit.*, p.56 *sqq.*

prairies. Ces droits très spécifiques sont les répercussions de la pensée chrétienne sur le rapport d'appropriation. Le *glanage*<sup>254</sup>, par exemple, est à l'origine un droit issu d'une tradition céleste, puisque prévu dans l'Ancien Testament<sup>255</sup>, et qui devait s'appliquer aux indigents et miséreux<sup>256</sup>. Ces droits sont la représentation topique de l'esprit de solidarité existant dans les communautés d'habitants. Pour reprendre les mots de Louis Assier-Andrieu « *La société villageoise veillait à préserver dans le cycle de la production et de la répartition de ses produits ces interstices salvateurs des pauvres et des indigents qu'étaient le glanage, le droit de chaume ou le droit de grappillage* »<sup>257</sup>. Si son origine est donc coutumière – et divine – il apparaît impossible d'en livrer une analyse à l'aune des classifications de notre temps. Pour s'en convaincre, regardons désormais le droit de vaine pâture.

## 2. Le droit de vaine pâture

**87. Définition.** Dans son ouvrage sur les caractères originaux de l'Histoire rurale française, Marc Bloch définit la vaine pâture comme un droit qui permet à « *tous les animaux du village, formés en un troupeau commun, qui, (...) parcourent, en « champoyant », les labours débarrassés d'épis, et le possesseur du champ doit les accueillir, au même titre que les siens propres, confondus dans cette masse* »<sup>258</sup>. C'est ainsi qu'en fonction des saisons, chaque habitant d'un village pourra mener paître ses bêtes sur les fonds d'autrui. Ce droit est donc conditionné à une dimension saisonnière, le droit ne pouvait intervenir que sur « *les terres où il n'y a aucune semence ou fruit* »<sup>259</sup>. Cette dimension saisonnière n'est pas sans rappeler les droits collectifs réservés aux indigents, puisque tous interviennent après que la période des récoltes. Une différence est cependant notable, la détermination des bénéficiaires de ce droit. Dans le cadre de la vaine pâture, comme le précisait Coquille, « *la terre, par une espèce de droit des gens, devient commune à tous les hommes, riches ou pauvres*

---

<sup>254</sup> « *Le glanage consistait à ramasser dans les champs les épis qui avaient échappé aux moissonneurs. Un jour franc après la moisson, les glaneurs avaient pour une durée déterminée par les usages locaux le droit de pénétrer dans les champs pour y ramasser la part de Dieu* » : C. Gau-Cabée, *Droits d'usage et code civil, l'invention d'un hybride juridique, op.cit.*, p.5.

<sup>255</sup> « *Lorsque vous ferrez la moisson...vous ne ramasserez points les épis tombés mais vous les laisserez pour les pauvres et les étrangers* », Deutéronome, XXIX, 20.

<sup>256</sup> Il semblerait cependant que le droit de *glanage* ait été appliqué plus largement, ayant une vocation presque universelle. Sur ce point précis, voir : Sur ce point précis, voir : M. Bloch, *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*, T.1, Armand Collin, Paris, 1968, p.71.

<sup>257</sup> L. Assier-Andrieu, *Le peuple et la loi. Anthropologie historique des droits paysans en Catalogne française*, LGDJ, 1987, p.116.

<sup>258</sup> M. Bloch, *Les caractères originaux de l'histoire rurale française, op.cit.*, p.66

<sup>259</sup> Pothier, *Coutume d'Orléans*, tit. 5, art. 145.

également »<sup>260</sup>. En cela, elle diffère des droits collectifs réservés aux indigents. La vaine pâture est moins une héritière de la pensée chrétienne qu'une nécessité pratique.

**88. La déformation doctrinale du droit de vaine pâture.** Ce droit de vaine pâture marquera durablement les pratiques rurales en France<sup>261</sup>, et ce même après l'avènement du Code civil<sup>262</sup>. Dès lors, les juristes de l'époque ont tenté de qualifier ce droit spécifique avec les conceptions modernes. L'analyse la plus reprise fut de voir dans la vaine pâture une forme de servitude. Le débat portait alors sur le respect de la condition de la présence d'un fond dominant et d'un fond servant. Pour arriver à une telle qualification, il est nécessaire de forcer les concepts. Ainsi, pour Laurent, la servitude existe « *au profit des héritages dont les propriétaires ont le droit de faire paître leurs bestiaux, sur les autres héritages faisant partie du territoire communal* »<sup>263</sup>. Dans cette analyse, le fonds servant et le fonds dominant ne concernent pas le même fonds. Il est évidemment possible de douter d'un tel examen, à moins de dénaturer la notion de servitude. Pour Merlin, la vaine pâture d'origine coutumière ne serait qu'une tolérance, il serait alors possible d'y mettre un terme par le droit de se clore prévu par le Code civil. Cette analyse ne vaut donc que dans le cadre du droit civil, et ne pourrait expliquer le droit coutumier de vaine pâture tel qu'il existait à l'époque médiévale. D'autres auteurs, enfin, prennent une position originale en reconnaissant « *une société de pâturage* »<sup>264</sup>. Afin d'éviter la compréhension de la vaine pâture par un prisme déformant, il convient de se tourner vers une définition plus coutumière.

**89. La qualification coutumière.** Pour ce faire, il convient de se référer à Coquilles : « La vaine pâture... est comme de droit public et les détenteurs (les exploitants) ne sont pas propriétaires de pleine propriété mais seulement à effet de prendre la première herbe », et l'auteur de continuer « Nos coutumes peuvent régler l'usage que chacun doit avoir en son héritage en sorte que nul ne puisse dire être son propre (ne puisse dire : ceci est ma propriété) sinon ce qui reste après le public fourny »<sup>265</sup>. Selon Coquille, il y aurait ici deux propriétaires : l'individu et la communauté. Encore une fois, le terme de propriété est à

---

<sup>260</sup> Coquille, *œuvres*, T.II, p.64 (cité par A.-M. Patault, *op.cit.*, p.69).

<sup>261</sup> Il convient de préciser que le droit de vaine pâture n'a pas connu une application uniforme sur l'ensemble du territoire. Les pays de bocage, véritable enclos naturel, ont résisté à ce phénomène.

<sup>262</sup> À ce propos, et sur la lutte contre la vaine pâture, voir *Infra* n° 117 à 118.

<sup>263</sup> F. Laurent, *Principe de droit civil*, T.VI, 1869, n° 443.

<sup>264</sup> « La vaine pâture et le parcours sont, à notre sens, une société de pâturage, pour l'usage de leurs bestiaux, entre les habitants et chefs d'exploitations des communes où ils existent » : George, *Essai sur la vaine pâture et le parcours*, n° 34, cité par : L. Chiffert, *De la vaine pâture*, Thèse, Paris, 1899, p. 18.

<sup>265</sup> Coquilles, *Œuvres*, *op.cit.* (cité par : A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, *op.cit.*, p.69).

entendre dans son sens coutumier, il ne s'agit donc pas de la disposition de la matière, mais bien du partage des utilités. En effet, la vaine pâture son fonde sur une distribution des différentes utilités de la terre entre plusieurs ayants droit, cette division conduisant à l'impossibilité de considérer l'individu en tant que titulaire d'un droit de propriété plein et entier. Il y a donc deux propriétaires successifs sur le même bien, l'individu pendant le temps allant du premier labour jusqu'aux dernières moissons et la communauté durant le temps allant des dernières moissons jusqu'aux premiers labours. Les utilités de la chose sont distribuées de manière saisonnière afin de maximiser au possible sa productivité. Il y a donc, sur un même bien, une dualité de propriétés coutumières, des propriétés simultanées.

**90.** Avec cette analyse, la vaine pâture paraît ressembler à la saisine. Pourtant, les deux notions ne peuvent être assimilées. Premièrement, nous avons vu que la saisine est un droit individuel, contrairement à la vaine pâture qui est un droit communautaire. Secondement, la saisine va permettre le commerce juridique, notamment par le transfert de saisine. Tel n'est pas le cas de la vaine pâture, et plus globalement de l'ensemble des droits collectifs coutumiers. Cela sera parfaitement décrit par Eusèbe de Laurière qui, reprenant la définition de Coquille, la complétera. Selon l'auteur, la vaine pâture est « *incessible, inaliénable et imprescriptible, comme celui de glaner, de grapter, de puiser de l'eau aux rivières publiques, lequel ne consiste qu'en une faculté ou liberté naturelle, qui ne se perd pas par le non-usage* »<sup>266</sup>. Les droits collectifs coutumiers, comme la saisine, participent au système d'appropriation médiévale, sans pour autant se confondre.

\*\*\*\*\*

**91.** L'étude que nous avons menée sur la notion d'appropriation à l'époque médiévale est riche d'enseignements. Tout au long de ce chapitre, nous avons pu voir que les différentes techniques d'appropriation répondaient en premier lieu à la relation que les hommes entretenaient avec les choses. Pour l'homme médiéval, la nature et les choses le dépassent, il n'a ni le pouvoir ni la possibilité de les dominer. Cette faiblesse l'oblige ainsi à se regrouper dans des communautés afin de survivre et de pouvoir travailler efficacement la terre nourricière. Ici, le groupe dépasse l'individu, ce dernier étant ramené à sa plus modeste condition. Le droit lui-même subit les influences économiques et sociales de l'époque, il n'est

---

<sup>266</sup> E. de Laurière, *Institutes coutumières de Loysel*, 1846, Paris, n° 242.



pas issu de constructions juridiques savantes, mais provient, au contraire, de coutumes reflétant les habitudes factuelles issues des communautés.

Ces caractéristiques principales, conjuguées à une pensée chrétienne qui place la propriété collective en idéale et l'usage des utilités des choses en alternative à la propriété privée, s'harmonisent parfaitement avec les caractéristiques techniques de l'appropriation médiévale. Ces caractéristiques participent à la description de ce que nous appelons le système d'appropriation, ainsi il n'a pas vocation à englober l'ensemble des relations d'appropriation pouvant exister. Les meubles ont ainsi été exclus de notre étude, puisque considérés comme vils. De même, les cateux n'ont pas été explicités, alors que ces derniers sont une exception au modèle décrit. Notre objectif était donc résolument modeste, celui de dresser les principales spécificités de l'appropriation immobilière médiévale. Dans le cadre de cette étude, il nous semble que le système d'appropriation médiéval s'inscrit à rebours du modèle romain puisqu'il n'envisage pas la domination corporelle de la chose, mais seulement le fait de pouvoir jouir de ses utilités. Le différentiel est grand et les conséquences qui en découlent ne feront que confirmer l'opposition entre l'appropriation romaine et celle médiévale. Effectivement, le fait que l'objet de l'appropriation soit les utilités de la chose et non la chose en elle-même rend possible la division des jouissances sur un même bien. Il peut ainsi exister une juxtaposition, une simultanéité, de rapports d'appropriation sur un même bien ; la saisine est à ce titre la technique la plus représentative de cette spécificité. Dès lors, et au contraire du droit romain, l'exclusivisme ne participe pas à la définition du modèle médiéval. Cela sera vérifié également avec des formes plus communautaires d'appropriation, telles que la vaine pâture ou les biens communaux. Ces derniers, véritables avatars du communautarisme médiéval, instaurent des droits de jouissance collectifs sur des terres appropriées ou se caractérisent comme de véritables propriétés collectives. En définitive, le système d'appropriation médiéval peut se résumer par l'idée de simultanéité de jouissances sur un même bien, qu'elles soient individuelles, ou collectives. L'usage partagé est ici le pivot du système d'appropriation médiéval, il en est la caractéristique principale.



## Chapitre II

### Le droit de propriété, paradigme moderne du rapport d'appropriation

92. La propriété moderne peut être perçue comme le « *mécanisme fondamental du droit* »<sup>267</sup>. À travers ces termes, Frédéric Zenati-Castaing rend compte de l'importance de la notion de propriété dans notre droit contemporain, celle d'une notion si puissante et large qu'elle a vocation à englober l'ensemble des relations d'appropriation entre homme et chose. Loin du modèle d'appropriation médiéval fondé sur les simultanités d'usages et donc un partage de la jouissance des utilités de la chose, le droit de propriété se veut unitaire, exclusif, perpétuel et absolu. Le modèle utilitariste médiéval s'inscrit donc en opposition avec la notion de propriété que l'on pourrait qualifier de modèle exclusif moderne. Là où l'homme médiéval était inscrit dans un rapport d'humilité par rapport à son milieu, la modernité va le placer en potentiel souverain plénipotentiaire des choses. Le paradigme a changé.

Les vents de la modernité ont emporté avec eux les conceptions médiévales, les perceptions que l'homme se fait de lui-même, du droit, de son environnement, ont été profondément modifiées. Ce changement, que nous avons appelé « verticalisation », est une étape essentielle dans la construction de la notion de propriété ; il en est le souffle créateur. Ce processus de verticalisation va alors poser l'ossature philosophique et juridique de la notion moderne de propriété. Cette nouvelle perception du rapport d'appropriation s'inscrira dans l'esprit du temps et sera consacrée avec la rédaction du Code civil en son article 544. Ainsi, le changement de paradigme n'est plus seulement intellectuel, il est désormais juridique. Les temps de la reconnaissance juridique terminés, ceux de la sacralité s'installent. Les juristes vont alors définir le droit de propriété à travers ses caractères, eux-mêmes décrits comme étant des dogmes indépassables. Si le droit de propriété est une réalité juridique positive, la doxa va en faire la seule réalité qui puisse être. Ainsi, afin de comprendre en quoi la notion de propriété s'avère désormais incompatible avec l'usage partagé du bien, il convient d'étudier son processus de verticalisation (section 1) et sa dogmatisation (section 2).

---

<sup>267</sup> F. Zenati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ*, 2006, p.445.

## **Section 1 : La verticalité du rapport homme/chose**

**93.** La modernité n'est pas née en un jour, elle n'a pas surgi de manière abrupte, elle est le fruit d'une longue et lente élaboration qui prend ses racines au Moyen-âge. Pré-modernité et modernité sont donc entremêlées. Pendant que la première règne sur le monde juridique, la seconde se construit et s'échafaude. Elle conquerra d'abord les esprits, laissant la pensée pré-moderne appartenir petit à petit à l'histoire.

La pensée moderne imposera de nouveaux paradigmes, changeant de manière radicale la façon dont l'homme se conçoit lui-même et conçoit le monde qui l'entoure. Loin d'être une révolution de salon, la pensée moderne rejaillit à toutes les sphères du droit. Engendrant une nouvelle façon de penser et de concevoir le monde, la modernité va profondément bouleverser l'appréhension que les juristes et philosophes avaient du rapport existant entre hommes et choses. À ce titre, la notion de propriété va subir des mutations théoriques profondes, créant ainsi le concept moderne de propriété, concept que le législateur de 1804 gravera dans le marbre du Code civil. Dès lors, afin d'appréhender au mieux l'éruption propriétaire, il convient d'en interroger les causes. C'est ce que cette section se propose d'analyser, en déterminant notamment comment la modernité a opéré un changement de rationalité dans le rapport que l'homme a aux choses (I), puis en établissant les conséquences engendrées sur la façon de concevoir le rapport d'appropriation, tant de façon théorique que pratique (II).

### **I/ Les causes de la verticalisation**

La verticalisation du rapport entre homme et chose provient, en amont, d'une verticalisation du rapport de droit issue d'une redéfinition philosophique. La modernité va créer un changement de paradigme en cherchant dans l'homme la nature ontologique du droit. Ce mouvement, lié au développement de la modernité, s'est construit dans le sillage tracé par la naissance du subjectivisme (A) puis, conséquemment, par la sacralisation de l'individualisme (B).

#### **A. De l'objectivisme au subjectivisme**

**94. Au point de départ, le nominalisme.** Dans le chapitre précédent, nous avons évoqué la question de la pauvreté pour les frères franciscains et comment ce débat était représentatif

de la déférence existante envers le concept de propriété<sup>268</sup>. Paradoxe de l'histoire, Michel Villey ferait remonter les prémices de la pensée moderne aux suites de la querelle des universaux<sup>269</sup>. Ici, le débat n'est pas juridique, il se place dans le champ de la philosophie, de la métaphysique ; pourtant, son aura sera telle que le monde du droit s'en verra transformé, et avec lui, la notion de propriété. Sans reprendre avec précision et rigueur les tenants d'un tel débat, il convient d'en dresser un rapide portrait, de sorte à pouvoir en saisir les aboutissants.

---

<sup>268</sup> Voir *supra* n° 60 à 64.

<sup>269</sup> M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, P.U.F, Coll. Léviathan, Paris, 2003, p.220 *sqq.*

Il convient, ici, d'apporter quelques précisions sur cette théorie. La question de la naissance du subjectivisme est loin d'être tranchée, le débat historiographique est vif. Pour Michel Villey, la naissance du subjectivisme provient d'une déformation de la tradition réaliste romaine par Guillaume d'Occam. Ce serait donc le débat sur le nominalisme qui serait la cause initiale du subjectivisme, il induirait une nouvelle vision du droit qui, par la suite, donnera naissance aux droits subjectifs (voir également : M. Villey, « Les origines de la notion de droit subjectif », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1962, p.251 *sqq.* ; M. Villey, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *ADP*, vol.9, 1964). Pour l'auteur, le constat est sans appel, le droit romain ne connaissait pas la notion de droit subjectif, du moins dans son sens moderne (M. Villey, « Le *ius in re* du droit romain classique au droit romain moderne », in *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947*, Sirey, 1950, p.187 *sqq.* ; M. Villey, « Les institutes de Gaius et les droits subjectifs », in *Leçon d'histoire de la philosophie du droit, op.cit.*, p.167 *sqq.*)

Cette thèse fut cependant largement contestée. Ici, deux grandes tendances se dessinent. La première, majoritaire, se refuse à établir une « date de naissance » du subjectivisme, la notion de subjectivisme s'affinant au fil de l'histoire. Des accents subjectivistes se retrouveraient ainsi chez des juristes médiévaux comme Bartole. En ce sens : J.-L. Halpérin, « Propriété et droit subjectif : deux destins liés ? », conférence faite au Japon aux Universités de Nanzan et Kio, 2010 : « *Nul ne conteste aujourd'hui qu'il faut envisager un long processus de subjectivisation du droit de propriété pour aboutir à la traduction juridique de l'individualisme possessif* ».

Dans un second courant, notamment représenté par Brian Tierney, la subjectivité n'apparaît pas avec le débat sur le nominalisme, elle serait déjà présente deux siècles plus tôt, dans les universités, chez les juristes qui redécouvrent le droit romain. Il va ainsi trouver des traces de subjectivisme dans le décret de Gratien. Contrairement à Michel Villey, l'auteur va également reconnaître que préexistait, à Rome, des fragments de droits subjectifs. Voir notamment: B. Tierney, « Villey, Ockham and the Origins of Individual Rights », in *The idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law, 1150 – 1625*, Scholars Press, Atlanta, 1997, p.12 *sqq.* Comme chez Michel Villey, il y aurait donc une naissance précise du subjectivisme, mais moins tardive.

Face à ce débat d'érudits, comment pouvoir trancher ? Ici, les travaux du canoniste Thierry Sol peuvent être d'une grande aide, celui-ci ayant notamment recherché les différences fondamentales des deux approches (voir notamment : T. Sol, *Droit subjectif ou droit objectif, La notion de ius en droit sacramentaire au XIIème siècle*, Brepols, coll. *Medieval and Early Modern Political Theologie*, 2017 ; du même auteur, « La controverse Villey-Tierney sur la naissance du droit subjectif au XIIème siècle : difficultés et valeur heuristique d'un anachronisme conceptuel », in *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. Regards croisés sur les méthodes des juristes (I)*, N. Laurent-Bonne et X. Prévost (dir.), LGDJ, coll. Contextes, 2016, p.209 *sqq.*) Pour l'auteur, les deux théories se distinguent par deux conceptions différentes du droit. Une définition du droit naturel classique chez Villey et définition moderne chez Brian Tierney. Ce dernier va donc rechercher, dans le XIIème siècle, les droits qui découlent de la nature de l'homme. Villey, au contraire, recherchera la naissance du droit subjectif par le moment où le pouvoir de l'individu sur la chose se définit comme une faculté et non comme le résultat du droit objectif. Brian Tierney procéderait donc à une recherche anachronique, en plaquant un présupposé moderne (un droit naturel fondé sur la nature de l'homme) sur une époque qui ne l'était pas. Sur ce point : *Ibid.* p. 222 *sqq.* En définitive, l'approche de Michel Villey peut (et doit) certainement être relativisée, la réalité historique étant sans doute plus complexe. Cependant, l'approche de Michel Villey possède une vertu pédagogique certaine, en se formalisant autour d'une fracture historique, elle permet de mieux saisir le changement opéré par le subjectivisme de la propriété.

Qui dit querelle, dit opposition d'au moins deux personnes, ou deux thèses. Dans le cadre de la querelle des universaux, le courant nominaliste porté par Guillaume d'Occam s'opposera à la théorie réaliste dont Thomas d'Aquin fut le plus célèbre des représentants.

**95.** Dans l'acceptation réaliste<sup>270</sup> qu'est celle du "Docteur Angélique", individus et universaux ont une réalité propre. Les universaux, c'est-à-dire les catégories, les genres tel que « l'homme », existent non seulement en tant que concepts mais possèdent aussi une réalité en dehors de toute construction intellectuelle. Ainsi, il y aurait une dichotomie entre les « substances premières » que sont les individus et les « substances secondes » auxquels sont rattachés les universaux. Malgré cette division, elles n'en restent pas moins substance et participent, à ce titre, à une cosmogonie. Dans sa représentation des choses, Saint Thomas perçoit le monde comme un tout organisé qui répondrait à une logique propre. Réalisme et objectivisme se conjuguent donc ensemble dans la pensée thomiste, son approche de la philosophie en tant que science en est d'ailleurs le symbole : « *Studium philosophiae non est ad hoc ut sciatur quid senserint homines, sed qualiter se habeat veritas rerum* »<sup>271</sup>. La pensée de Guillaume d'Occam se situe en totale opposition sur la question de l'existence des universaux. Dans le système de pensée nominaliste, le particulier supplante le général au point de ne donner d'existence réelle qu'aux individus. L'homme pris dans son individualité la plus absolue existe réellement là où l'espèce humaine n'existe que dans les idées. Les universaux n'ont donc pas d'existence objective, ils appartiennent seulement au monde des idées. L'analyse de Michel Villey sur la doctrine de Guillaume d'Occam le place en précurseur de la pensée moderne, puisque dans le cas de la querelle des universaux, ce dernier pose les fondements de l'individualisme. L'œuvre d'Occam ne s'arrête cependant pas là, il serait à la genèse<sup>272</sup> d'un concept nouveau, moderne, et dont le nominalisme serait la cause : le droit subjectif.

**96. Occam et l'apparition de la subjectivité.** Pour comprendre comment la notion de droit subjectif semble naître chez d'Occam, il fût la replacer dans son contexte historique : la querelle entre Franciscains et papauté sur la question de la pauvreté. Sans revenir sur le débat, nous avons démontré que l'ordre mendiant suivait les préceptes de Saint François d'Assises

---

<sup>270</sup> Villey souligne que le mot est à comprendre dans son sens scolastique, M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, op.cit., p.224.

<sup>271</sup> St Thomas d'Aquin, *Comm. de coelo et mundo l.1, Lec.22*. (Traduction libre : « Le but de la philosophie n'est pas de savoir ce que les hommes ont pensé mais quelle est en soi la réalité des choses »).

<sup>272</sup> M.Villey, op.cit., p.240 et s.

en vivant dans une pauvreté qui se voulait héritée du modèle christique et apostolique. Refusant la propriété pour eux-mêmes, les Franciscains se définissent en tant qu'usagers de fait et comme des ostracisés volontaires de la vie juridique<sup>273</sup>. Ce statut, accepté par le Pape Nicolas III, fut plus tard condamné par Jean XXII, les Franciscains durent alors retourner dans la catégorie des propriétaires. La question qui était au cœur du problème était celle des droits, ou plus exactement des *jus*. Était-il possible d'avoir l'*usus* sur une chose sans pour autant en avoir la *proprietas* ou même le *jus utendi* ? La réponse de l'autorité papale est claire, cela est impossible. En tant que grand défenseur de la pauvreté franciscaine, Guillaume d'Occam adhère pleinement à la distinction du simple usage de fait et du *jus utendi*. Comme bien souvent en scolastique, la réponse ne dépend ici que des définitions des termes de la question posée. Or, dans le cas présent, la différence des solutions est due à une conception divergente d'un concept, celui de *jus*.

Le sens du *jus* tel qu'utilisé par Jean XXII est le même que celui de Saint Thomas d'Aquin, il s'inscrit dans une vision romaine du droit et mâtinée d'une perception Aristotélicienne du monde. La présentation est un classique et nous n'avons pas besoin de nous étendre sur la l'approche jusnaturaliste du droit. De manière lapidaire, nous pouvons simplement signaler que le *jus* est ici entendu en tant que « juste », il représente l'objectif même du droit qui est la juste répartition, comme le soulignent d'ailleurs les premiers mots du Digeste<sup>274</sup>. Dans le cadre plus précis du *jus utendi*, le sens de mot *jus* s'inscrit, selon Michel Villey, comment étant « le type de partage qui s'effectue par fractionnement d'une chose "corporelle" entre les divers avantages qu'on peut tirer, tel citoyen va recevoir l'usage de la chose »<sup>275</sup>. Comme l'auteur le souligne, cette conception du *jus* est purement objective, puisque tournée vers les choses et leur partage. Appliquée à la querelle sur la pauvreté, il apparaît alors inconcevable de pouvoir envisager un simple *usus facti*. La plus forte des raisons est l'assimilation faite par les plus radicales des franciscains, entre le supposé *usus facti* du Christ et des ses apôtres et l'*usus facti* reconnu aux moines de l'ordre par Nicolas III. Une telle assimilation entraîne naturellement l'idée que le Christ n'a pas usé justement des choses puisqu'en dehors du *jus*

---

<sup>273</sup> Voir *Supra* n° 64.

<sup>274</sup> *Justicia est constant et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, Dig, 1, 1, 1 : (La justice consiste dans la volonté constante et persistante d'attribuer à chacun ce qui lui revient, Traduction de J. Gaudemet, *Droit privé romain*, Montchrétien, 2<sup>ème</sup> éd., Coll. Domat droit privé, 2000, p. 305).

<sup>275</sup> M.Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op.cit.*, p.243.

*utendi*. Une telle conclusion ne pouvant que mener à l'hérésie, elle fut condamnée par le pape avignonnais dans sa bulle *Quia Quorundam*<sup>276</sup>.

97. Face à l'attaque de sa doctrine, Guillaume d'Occam répliqua avec vigueur. Il s'appliqua donc à opérer un travail de définition des termes présents dans la querelle comme *dominium* ou *jus utendi*. Pour Villey, comme pour d'autres<sup>277</sup>, c'est lors de ce travail que Guillaume d'Occam va pour la première fois établir un rapprochement entre la notion de droit et celle de pouvoir. Ici, le terme de pouvoir n'est pas à entendre comme une simple autorisation mais bien comme un « *jus positivum determinatum* »<sup>278</sup> auquel la force de la sanction est alors assurée. Ainsi, le *jus utendi* est considéré comme le pouvoir d'user de la chose, la définition d'Occam étant ainsi traduite par Villey : « *le jus utendi est la potestas licite d'user d'une chose extérieure dont on ne saurait être privé contre son gré sans faute ni cause raisonnable, sous peine de poursuite en justice du privans par le privatus* »<sup>279</sup>.

À partir de cette refonte du *jus*, entraînant de fait une définition nouvelle du *jus utendi*, il était devenu possible de contrer l'argumentaire papal. Le droit ne représentant plus le juste mais un pouvoir légal, il était devenu possible de justifier le fait que le Christ ait renoncé à son pouvoir d'user et qu'il n'ait eu qu'un simple usage de fait sur les choses. En effet, dans la conception Occamienne du *jus*, le *jus utendi* est accompagné d'un pouvoir de sanction et donc d'un pouvoir d'agir en justice, pouvoir que le Christ n'aurait pu accepter. Ironie du sort, cette défense de la pauvreté du Christ et des franciscains par la réunion de droit et du pouvoir servit surtout, par la suite, de ciment à la construction de la propriété moderne. Dès lors, si le nominalisme a poussé l'individu sur le devant de la scène, la construction d'un *jus* conçu comme un pouvoir entraînera la naissance des droits subjectifs. Ces pouvoirs seront d'ailleurs distingués<sup>280</sup>, les *jura poli*, de source divine, et les *jura fori* issus du droit positif humain.

Ces pouvoirs seraient également absolus puisqu'il serait possible d'en user mais également d'y renoncer, à l'instar des Franciscains renonçant à leur *jus utendi*. Individualisme, subjectivisme, absolutisme, ce triptyque semble ainsi ressortir de la plume du *venerabilis*

---

<sup>276</sup> Texte cité par M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, op.cit., p.256.

<sup>277</sup> J.- L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, op.cit., p.154.

<sup>278</sup> *Opus nonaginta dierum*, éd. Goldast, in *Monarchia*, t.3, p.997. cité par M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, op.cit., p.257

<sup>279</sup> « *jus utendi est potestas licita utendi re extrinseca, qua quis sine culpa sua, et absque causa rationabili privari non debet invitus : et si privatus fuerit, privantem poterit in judicio convenire* », cité par M. Villey, op.cit., p.258.

<sup>280</sup> M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, op.cit., p.266.



*inceptor* ; il va surtout dessiner les contours de la modernité et de la propriété qui s'y rattache. Évidemment, il ne s'agit ici que de voir les prémices de l'avènement d'une conception renouvelée du droit et de la propriété dont l'éclosion passera par sa sécularisation et par la création de l'homme moderne.

## **B. La consécration du subjectivisme et de l'individualisme moderne**

**98.** Si les racines de la modernité sont à chercher dans les profondeurs du temps médiéval, c'est à partir du XVI<sup>ème</sup> siècle qu'elles vont ressurgir avec force dans le débat philosophique et juridique, au point d'en dessiner le paysage intellectuel pour plusieurs siècles. En réalité, ces deux disciplines que sont la philosophie et la science juridique se rejoignent, puisque si la première va créer un homme nouveau, la seconde va embrasser cette perception nouvelle et l'adapter. Le rapport existant entre les hommes et les choses se verra donc profondément transformée afin d'être en adéquation avec la philosophie moderne. Conformément aux prémices que la querelle de la pauvreté a fait surgir, les notions de subjectivité et d'individualisme vont imposer une nouvelle relativité au rapport d'appropriation. Pour comprendre ce renouveau, il nous faudra relater la pensée moderne à travers les idées qui la caractérisent et grâce à l'aide de certains auteurs majeurs qui l'ont façonné, les maîtres à penser de l'École du droit naturel moderne que sont Grotius, Pufendorf, puis Locke. En effet, s'il eut été possible de citer le travail de célèbres juristes qui réceptionnèrent ces idées<sup>281</sup>, il nous semble que la propriété moderne naquit davantage de la plume des philosophes de l'époque.

**99. Grotius et Pufendorf, l'œuvre de l'École du droit naturel moderne.** Quiconque souhaite comprendre les logiques qui opèrent derrière le concept moderne de propriété doit se confronter à l'œuvre de Grotius, fondateur de l'École du droit naturel moderne. Dans son *De iure belli ac pacis*, l'auteur hollandais nous livre une vision renouvelée du droit naturel. Il a longtemps été reconnu que l'un des apports majeurs de Grotius fut sa sécularisation du droit naturel, l'une des ses plus célèbres phrases étant : « *Tout ce que nous venons de dire sur la nature du droit, aurait lieu en quelque manière, quand même on accorderait, ce qui ne se*

---

<sup>281</sup> À ce titre, l'œuvre de Pothier est significative. L'auteur est, en France, le premier à dresser une vision moderne est déjà presque complète de ce qu'est la propriété moderne. Il n'en demeure pas moins que son formidable travail de définition ne naît pas *ex abrupto*, au contraire, il découle directement des transformations que va apporter la pensée moderne, tant sur le droit de façon générale que sur le droit de propriété plus précisément.

peut sans un crime horrible, qu'il n'y a point de Dieu, ou s'il y en a un, qu'il ne s'intéresse point aux choses humaines »<sup>282</sup>. Grotius prend donc des distances avec l'influence de Dieu, du moins quant à la place du divin dans le droit naturel. De même, il établit une différence fondamentale entre le fait et le droit, là où le droit pré-moderne y apportait la confusion<sup>283</sup>. Ainsi, il se refuse à rechercher le droit dans les faits et donc dans la nature des choses : « j'ai aussi, en expliquant le droit, détourné mes pensées de la considération de tout fait particulier »<sup>284</sup>. Si ce n'est dans les textes sacrés ou dans la nature des choses, dans quoi la nature du droit doit-elle être cherchée ? À cette question, Grotius y répondra avec force : dans la nature de l'homme, animal doué de raison. Cette approche est aux antipodes de la vision pré-moderne du droit, ici la nature n'est plus extériorisée mais intériorisée, le règne de la factualité et de l'observation des choses s'efface alors devant la puissance de l'homme. En définitive, la théorie de Grotius sonne le glas du réicentrisme médiéval et place l'anthropocentrisme comme rationalité moderne<sup>285</sup>.

L'homme étant désormais au sommet de l'ordonnancement juridique, le processus de verticalisation va se prolonger sur la relation existante entre homme et chose. Ce mouvement va notamment s'accroître avec la notion de droit subjectif. Nous l'avons vu, la notion semble être née, bien involontairement, de la plume de Guillaume d'Occam quand ce dernier a assimilé les notions de droit et de pouvoir. Grotius va continuer le cheminement en déterminant lui aussi ce que sous-tend la notion de *jus*, le définissant ainsi : *Jus est qualitas moralis personae competens*<sup>286</sup>. Le *jus* est ici totalement subjectivisé puisqu'il est considéré comme étant une qualité inhérente à la personne. L'auteur poursuit son exposé en expliquant que le *jus* peut se concevoir, dans son sens le plus strict, comme un pouvoir qui peut s'établir sur soi, sur autrui et sur les choses. De cette redéfinition du *jus*, Michel Villey perçoit « l'acte de naissance d'un type de pensée juridique individualiste »<sup>287</sup>. Cette citation prend en effet tout son sens lorsque l'on regarde comment Grotius envisage l'histoire de l'appropriation. Si au départ il existait une communauté primitive où l'ensemble des choses était commun aux

---

<sup>282</sup> H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. par J. Barbeyrac, T.I, Amsterdam, 1724.

<sup>283</sup> À propos de la saisine par exemple : *Supra* n° 70 et 71.

<sup>284</sup> Le passage est traduit ici traduit par M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op.cit.*, p.541. Dans son version originelle : *ab omni singulari facto abduxisse animum*, H. Grotius, *De iure belli ac pacis, prelegomena*, n° 58.

<sup>285</sup> Si on ne saurait nier le rôle de Grotius dans l'émergence de la philosophie subjectiviste, il a été soutenu que l'auteur hollandais conservait une certaine approche unitaire du droit, toujours ancrée dans une forme de cosmogonie ancienne : T. Bern, « Droit naturel et Âge de Saturne chez Grotius », (en ligne, consultable sur [www.philodroit.be/IMG/doc/GROTIUSarticle\\_1\\_.doc](http://www.philodroit.be/IMG/doc/GROTIUSarticle_1_.doc)).

<sup>286</sup> *Ibid.* T.I, chap. 1, paragraphe 1 : Traduction libre : « Le droit est une qualité morale de la personne ».

<sup>287</sup> M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, *op.cit.*, p.222.

hommes<sup>288</sup>, ils ne purent rester dans un tel état de simplicité. C'est ainsi que, grâce aux conventions, les partages des terres se mirent en place et, avec eux, la propriété. Grotius reconnaît donc l'existence de la propriété pour l'homme et, reprenant Sénèque, opère une division entre la souveraineté découlant du pouvoir politique et la propriété garantie à chaque citoyen<sup>289</sup>. En définitive, Grotius consacre la propriété comme étant un droit subjectif et la détermine en tant qu'une des règles principales du droit naturel. En effet, puisque déduit de la nature humaine, Grotius reconnaît que l'homme a un devoir de sociabilité, dont il ressort une obligation de « *s'abstenir du bien d'autrui* ». La propriété est donc ici conçue comme un droit entendu au sens de pouvoir, et donc, de droit subjectif. Le processus de verticalisation est ici entamé ; la subjectivisation du droit plaçant l'homme au dessus des choses, elle entraîne dans son giron une conception subjectivée du rapport d'appropriation. Entamé mais non finalisé, ce processus va s'accroître avec l'œuvre d'un autre auteur de l'École du droit naturel moderne : Pufendorf.

**100.** Dans son *De jure naturae et gentium libri octo*<sup>290</sup>, Samuel Pufendorf continue la doctrine naturaliste moderne, son apport étant à ce propos particulièrement riche<sup>291</sup>. L'auteur allemand dresse, à l'instar de son mentor hollandais, sa propre vision de l'état de nature. Caractérisé par un état de faiblesse absolu<sup>292</sup>, l'homme est dans une indépendance juridique totale. À ce titre, la propriété n'existe pas à l'état naturel. Les choses sont considérées comme étant une communauté négative, personne n'en n'étant propriétaire, où chacun peut en user. Face à un tel état, la divine providence, comme l'appelle Pufendorf, a offert aux hommes le *dominium* sur les choses du monde. Ce *dominium*, la propriété, se définit premièrement par sa nature et secondement par ses caractéristiques. Dans la pure tradition du fondateur de l'École du droit naturel moderne, la propriété est vue comme une « *qualité*

---

<sup>288</sup> « Dieu, immédiatement après la création du Monde, donna au genre humain en général un droit sur toutes les choses de la terre, et il renouvela cette conception, dans le renouvellement du monde, après le déluge. Tout était alors commun, ainsi parle Justin, et chacun en jouissait par indivis, comme s'il n'y eut eu qu'un seul patrimoine » H. Grotius, *Du droit de la guerre et de la paix*, Livre 2, Chapitre 2, p.223.

<sup>289</sup> « Au citoyen appartient la propriété et au souverain l'empire », cité par J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, op.cit., p.158.

<sup>290</sup> S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo*, 1672.

<sup>291</sup> Pour un exposé complet de sa doctrine, S.Goyard-Fabre, *Pufendorf et le droit naturel*, P.U.F, coll. Léviathan, Paris, 1993.

<sup>292</sup> « Il faut nécessairement le représenter tout nu ; incapable d'autre langage que celui qui consiste dans des sons inarticulés, sans éducation et sans aucune ombre de politesse, effrayé de la moindre chose, et rempli d'étonnement à la vue même du soleil... » Ce court extrait de la condition de l'état de nature place l'homme comme lui étant totalement soumis, craintif et sans moyen véritable de la dominer. Telle est donc la vision de Pufendorf de l'état de nature : S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo*, 1672, p.137.

*morale* »<sup>293</sup> inhérente à la nature humaine, elle est donc subjectivée<sup>294</sup>. De même, étant non présente à l'état de nature, c'est donc par les institutions et les conventions humaines qu'elle est apparue aux hommes.

La définition juridique de la propriété est quant à elle résolument moderne, Pufendorf ayant pris pleinement conscience des conséquences de la subjectivisation du rapport d'appropriation. La définition est alors la suivante : « *c'est un droit, en vertu duquel le fond et la substance d'une chose appartient à quelqu'un de telle force, qu'elle n'appartient point entièrement de la même manière à aucun autre* »<sup>295</sup> et de continuer « *chacun peut disposer à sa fantaisie de ce qui lui appartient en propre, et empêcher les autres de s'en servir* »<sup>296</sup>. Nous reviendrons sur les conséquences juridiques d'une telle définition<sup>297</sup>, voyons d'abord ses apports théoriques.

De notre point de vue, deux éléments sont ici à dégager, tant et si bien qu'il est possible de scinder la définition présentée en deux parties distinctes. La première partie « *c'est un droit, en vertu duquel le fond et la substance* » rend compte d'un changement catégorique dans l'appréhension des choses. Effectivement, là où le modèle pré-moderne envisageait la chose par les utilités qu'elles pouvaient offrir, au point de devenir les objets du rapport d'appropriation, il s'agit désormais d'une approche matérielle de la chose. L'objet d'appropriation est alors relatif à la substance de la chose, à sa corporéité. Ce changement d'objet d'appropriation est caractéristique du mouvement de verticalisation caractéristique de l'approche moderne de la relation entre homme et chose. L'homme ne se situe plus avec humilité par rapport à son environnement. Il est désormais dans un rapport de domination de la chose, domination qui ne peut passer que par un contrôle et une possibilité d'action sur sa substance. Le rapport d'appropriation utilitariste pré-moderne s'incline devant un rapport fondé sur l'appréhension matérielle de la chose, la figure de l'usager étant supplantée par celle du maître de la chose, le propriétaire. Le processus de verticalisation atteint alors son paroxysme.

---

<sup>293</sup> *Ibid.* p.444.

<sup>294</sup> « *Car c'est en vertu du droit, qui est proprement attaché à la personne, que les choses mêmes acquièrent ensuite une dénomination extérieure, qui est ce que l'on appelle ici propriété* », *Ibid.*, p.445.

<sup>295</sup> *Ibid.* p.444 sq.

<sup>296</sup> *Ibid.* p. 445.

<sup>297</sup> *Infra* n° 105 et 106.

Ce phénomène traduit l'une des deux faces qui composent tout rapport d'appropriation, la relation directe entre l'homme et la chose. La seconde face traduit un rapport indirect de l'homme à la chose en régissant le rapport direct face à autrui. Autrement dit, si le rapport de l'homme aux biens participe de la définition de tout rapport d'appropriation, le rapport du propriétaire à autrui la complète. Ainsi, dans sa définition, Pufendorf établit ce second rapport. La seconde partie de la citation « *qu'elle n'appartient point entièrement de la même manière à aucun autre* », conjuguée à la suite « *chacun peut disposer à sa fantaisie de ce qui lui appartient en propre, et empêcher les autres de s'en servir* » traduit un élément nouveau caractéristique de la théorie moderne de la propriété, l'exclusivisme. Effectivement, n'étant que le revers d'une même médaille, il semble n'être que le reflet de l'appropriation moderne. Puisque l'homme domine la matière et qu'il se situe au-dessus des choses, il s'inscrit dans une relation individuelle à cette dernière, pouvant, comme le souligne Pufendorf, en « *disposer à sa fantaisie* ». Face à la chose, l'homme dispose de pouvoirs plénipotentiaires. Dès lors, le fait de pouvoir exclure autrui du rapport d'appropriation apparaît comme la garantie de son pouvoir sur la chose, un pouvoir qui ne peut être partagé.

**101. L'influence de Locke.** L'œuvre de John Locke ne s'inscrit pas dans l'école de pensée de Grotius et Pufendorf, il nous apparaît cependant comme étant l'auteur qui achèvera le processus de théorisation de la propriété moderne. En effet, si l'École du droit naturel moderne a œuvré pour faire du droit de propriété un droit inhérent à la personne humaine, Locke va gommer toute possibilité de rupture entre l'homme et le droit de propriété. Pour ce faire, l'auteur, dans son célèbre *Traité du gouvernement civil*, va établir que l'homme possède un droit sur lui-même qui se compose d'un droit sur son propre corps, sur sa force de travail et sur les biens extérieurs<sup>298</sup>. L'homme a donc un droit, que l'auteur qualifie de *property*, sur son propre corps et sur son prolongement qu'est la force de travail. Le travail vient ainsi justifier l'appropriation du sol puisque, selon l'auteur : « *celui qui (...) a labouré, semé, cultivé (...) a véritablement acquis, par ce moyen, un droit de propriété sur ses arpents de terre, auxquels nul autre ne peut rien prétendre, et qu'il ne peut lui ôter sans injustice* »<sup>299</sup>. Cette appropriation de la terre par le travail serait le fruit du droit naturel. Dans la conception que Locke établit, la propriété privée s'est construite dans l'état de nature. Ainsi, si Dieu a fait don à l'ensemble des hommes d'une terre commune, il les a également doté d'un esprit de raison

---

<sup>298</sup> « Le travail de son corps et l'ouvrage de ses mains, nous pouvons le dire, sont son bien propre ». J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, Trad. par D.Mazel, 1725, Chapitre V, n° 27.

<sup>299</sup> *Ibid.*

permettant de pouvoir user des choses de la meilleure façon qui soit. Ici, l'usage n'est pas collectif mais individuel ; dès lors, pour que l'homme puisse user, l'appropriation apparaît être un préalable nécessaire<sup>300</sup>. Ainsi, pour John Locke, les premiers biens qui furent susceptibles d'appropriation durant l'état de nature furent les biens meubles grâce aux pratiques des chasseurs-cueilleurs. Les seconds biens à entrer dans le champ de l'appropriation seront les biens immeubles et cela grâce au travail de l'homme. La propriété individuelle existe donc à l'état de nature, sans que les conventions ou les lois humaines ne l'instaure.

Cette conception de l'état de nature complète la pensée moderne, notamment dans l'analyse de la place de Dieu et de l'homme. Dieu est ici cantonné à un rôle extrêmement restreint, il n'est plus le propriétaire de toutes choses qui ne laisserait à l'homme que la jouissance. Ainsi, si Locke ne parachève pas complètement le processus de sécularisation que connaît la pensée moderne, il est tout de même l'instigateur de la figure de l'homme moderne. Ainsi, comme le souligne Robert Castel : « *Locke est un des premiers, si ce n'est le premier, à développer une théorie de l'individu moderne à partir de la prise de conscience de la nécessité pour cet individu de s'appuyer sur le socle de la propriété privée pour exister* »<sup>301</sup>. À travers cette phrase, l'auteur démontre l'un des points les plus constitutifs de la doctrine Lockéenne, à savoir celle d'un individualisme triomphant où le droit de propriété est constitutif de la réalisation de l'homme. L'individu ne serait pas seulement propriétaire de ses biens, mais également propriétaire de soi. Cette propriété intrinsèque mène alors à l'appropriation des biens extérieurs, conçus ici comme les fruits du travail. Cette théorie place donc la propriété au cœur de la nature humaine, à l'instar de la pensée de l'École du droit naturel moderne, tout en développant un individualisme plus poussé. En réalité, la pensée Lockéenne ne peut se comprendre, du moins dans ses raisons d'être, que par rapport au pouvoir politique. La propriété est conçue comme un moyen d'autonomie de l'individu par rapport à l'État. Historiquement, Locke était en opposition avec le pouvoir monarchique et féodal, mais également contre le papisme ; dès lors, il voit dans la propriété de soi un moyen de lutte efficace contre la féodalité puisque l'homme, de par sa capacité à être propriétaire de son seul fait, peut s'affranchir des barrières imposées par l'époque. Évidemment, donner une telle

---

<sup>300</sup> « Néanmoins, ces choses étant accordées par le Maître de la nature pour l'usage des hommes, il faut nécessairement qu'avant qu'une personne particulière puisse en tirer quelque utilité et quelque avantage, elle puisse s'en approprier quelques-unes », *Ibid.*, n°26.

<sup>301</sup> R. Castel, C. Haroche, *Propriété privée, propriété sociale, propriété de soi. Entretiens sur la construction de l'individu moderne*, Fayard, 2001, Paris, p.14.

dimension à la propriété nécessite que cette dernière soit parée des oripeaux de l'exclusivisme. Ici, l'exclusivisme participe plus que jamais à l'essence de la propriété. La propriété pouvant se concevoir comme le fruit du travail de l'homme, pris dans son individualité, la propriété ne peut être qu'exclusive. De façon concomitante, l'exclusivisme apparaît comme un rempart contre les éventuelles incursions du pouvoir politique.

En définitive, en raison de l'inspiration libérale qui caractérise son œuvre, John Locke va établir une sacralisation de l'individu propriétaire. Il participe donc pleinement au processus de verticalisation en donnant à l'individu, déjà élevé par Grotius, un rôle prédominant. L'individu s'extirpe des communautés desquelles le moyen-âge l'avait enfermé, il est désormais l'individu propriétaire, d'abord de soi-même, puis des choses extérieures. L'homme et la propriété entretiennent alors une relation consubstantielle, la seconde permettant de se construire et d'exister en tant qu'individu. C'est à ce titre que Locke est perçu comme étant le géniteur de « *l'individualisme possessif* »<sup>302</sup> mais également le cristallisateur de la place nouvelle occupée par l'individu, celle de l'homme moderne<sup>303</sup>.

**102. Synthèse.** De cette énumération de doctrines et d'auteurs, il apparaît possible de dresser un portrait des caractéristiques de la pensée moderne, caractéristiques qui seront les soubassements de l'élaboration de l'article 544 du Code civil, à savoir : sécularisation, subjectivisme et individualisme. Ces trois phénomènes, bien que nés pour des raisons différentes, participent à un mouvement général et ne peuvent dès lors être compris les uns sans les autres. Ainsi, la sécularisation de la pensée juridique a, petit à petit, non pas exclu Dieu du droit, mais construit le droit sans un référencement divin. Dieu existe toujours, il reste le créateur originel, mais se voit remplacé par l'homme dans la recherche de la nature du droit<sup>304</sup>. Cette sécularisation induit nécessairement une refonte de la place qu'occupe celui-ci, la pensée moderne va ainsi placer l'individu au cœur du rapport juridique, sonnante le glas

---

<sup>302</sup> L'individualisme possessif est défini comme étant le fait que « *l'individu n'est nullement redevable à la société de sa propre personne ou de ses capacités, dont il est au contraire, par essence, le propriétaire exclusif* ». C.B. Macpherson, *La Théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, Trad. M. Fuchs, Paris, Gallimard, 1971, p.13.

<sup>303</sup> L'homme moderne est défini comme « *celui qui ne dépend pas, quant à son existence sociale, des rapports hiérarchiques qui prévalent dans une société à statuts parce qu'il se constitue par ses actes d'appropriation* ». R. Castel, C. Haroche, *Propriété privée, propriété sociale, propriété de soi. Entretiens sur la construction de l'individu moderne*, op.cit., p.59.

<sup>304</sup> Ce mouvement a parfaitement été décrit par Marie-France Renoux-Zagamé, pour qui la « *laïcisation, qui ne sera complète et définitive qu'après plusieurs décennies de discussions, nous semble constituer le principal apport de l'école jusnaturaliste moderne* » : M.-F. Renoux-Zagamé, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Librairie Droz, 1987, p. 362. Sur les riches discussions qui parcoururent l'école du droit naturel moderne à ce propos : *Ibid.*, « Substitution de l'homme à Dieu chez les jusnaturalistes modernes », p. 311 sqq.

d'un reicentrisme médiéval désormais remplacé par une nouvelle rationalité : l'anthropocentrisme<sup>305</sup>.

Cette nouvelle conception de l'homme va également de pair avec le développement, puis la consécration, des droits subjectifs. En opérant une confusion entre la notion de droit et de pouvoir, la propriété se subjectivise et devient inhérente à l'homme, elle découle alors de sa nature propre et participe de sa définition. Dans sa relation aux choses, l'homme possède désormais en lui-même un pouvoir d'appropriation, pouvoir qui se veut par nature, puisqu'en chacun, exclusif. Ainsi, l'homme s'extirpe des communautés qui le définissaient statutairement mais également des modes d'appropriations collectives qui y étaient inhérente. Ontologiquement propriétaire exclusif de ses biens, l'homme domine corporellement les objets dont il est désormais le maître, rompant ainsi avec un modèle qui plaçait les utilités au cœur du rapport existant entre homme et chose. Corrélativement à la nouvelle place de l'individu dans le droit, le rapport d'appropriation se voit dès lors verticalisé.

Ce processus est donc, au départ, placé sous le sceau de la philosophie du droit et de la construction théorique. Ces considérations ontologiques sur le droit, l'homme et la propriété, eurent néanmoins des conséquences pratiques qui permirent la modélisation du paysage juridique et économique moderne. Ainsi, après avoir décrit le terreau théorique de la verticalisation du rapport homme/chose, voyons désormais les conséquences que cela produit, tant sur le plan de la notion même de propriété que sur les changements opérés à travers ce que Marc Bloch désigna comme « *la lutte pour l'individualisme agraire* »<sup>306</sup>.

## **II/ Les conséquences de la verticalisation du rapport homme/chose**

La verticalisation du rapport de droit influe directement sur les différentes strates du droit. À ce titre, le rapport d'appropriation n'échappe pas à ce mouvement. La verticalisation du rapport d'appropriation se fonde sur une double influence : les écrits des auteurs de l'École du droit naturel moderne sur laquelle se rajoute la relecture des institutions coutumière à l'aune des catégories romaines. Ces derniers vont en tirer les conséquences en modifiant

---

<sup>305</sup> « *L'appropriation cesse d'être la traduction juridique et empirique de l'utilité des choses, dans une perspective d'humilité chrétienne devant Dieu, pour devenir un système rationnel découlant de la nature humaine* », A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, op.cit., p.142.

<sup>306</sup> M. Bloch, « La lutte pour l'individualisme agraire dans la France du XVIIIème siècle. Première partie : l'œuvre des pouvoirs d'ancien régime », *Annales d'histoire économique et sociale*, Année 1930, Volume 2, numéro 7 ; M. Bloch, « La lutte pour l'individualisme agraire dans la France du XVIIIème siècle. Deuxième Partie : conflits et résultats. Troisième partie : La révolution et le « Grand Œuvre de la propriété », *Annales d'histoire économique et sociale*, Année 1930, Volume 2, numéro 8.



théoriquement le rapport d'appropriation (A) puis, dans un temps second, en luttant contre les anciennes formes d'usage partagé (B).

## **A. Les transformations théoriques du rapport d'appropriation**

Le modèle médiéval ne survit pas aux vents de la modernité. Les juristes de l'époque vont œuvrer à la construction d'un droit nouveau. S'il n'est pas question de reprendre la longue construction juridique de la propriété moderne, nous prendrons deux exemples qui illustrent parfaitement le processus à l'œuvre ; d'abord par la romanisation de la notion de saisine (1), ensuite par la consécration d'une propriété qui se caractérise par la disposition de la matière (2).

### **1. La construction de la propriété moderne**

**103. La romanisation de la notion de saisine.** Suite aux redécouvertes des textes romains à partir du XI<sup>ème</sup> siècle, nombreuses ont été les institutions coutumières à être, petit à petit, vidées de leurs substances propres afin d'embrasser les notions romaines. Contrairement aux créations médiévales, fondées sur la pratique et la factualité, les constructions romaines étaient perçues comme étant le symbole de l'érudition juridique. Elles furent donc érigées au rang de modèle juridique, modèle que les savants de l'époque se devaient d'utiliser pour rendre compte du droit. C'est ainsi que la saisine médiévale dut subir un travail de redéfinition à partir des conceptions romaines, ce travail pouvant être analysée comme étant la première pierre posée à l'édifice de la redéfinition du rapport d'appropriation, qui consacra la propriété exclusive comme modèle moderne.

Si la saisine représentait le modèle d'appropriation foncière du modèle médiévale, c'est notamment parce qu'elle en épouse les caractéristique juridiques. Effectivement, la factualité est au cœur de l'institution ; de même, le pragmatisme médiéval se retrouve dans l'objet même de la saisine, à savoir les utilités de la chose et non sa corporéité<sup>307</sup>. Cette approche de l'appropriation est antinomique à la conception du *dominium*<sup>308</sup> romain, puisque ce dernier est

---

<sup>307</sup> Pour un exposé de la saisine médiévale : voir *Supra* n ° 79.

<sup>308</sup> Pour éviter la confusion des termes, il convient de reprendre la distinction opérée par les romains entre le terme de *dominium* et de *proprietas*. Durant l'époque classique, la notion de *dominium* s'entend comme étant « la maîtrise juridique et la synthèse des prérogatives du propriétaire sur une chose », alors que la notion de *proprietas* s'entend comme étant un « rapport d'exclusivité qui lie la chose à son propriétaire », elle est donc

définit comme étant : « le droit le plus absolu qu'une personne puisse avoir sur une chose ; c'est le droit de retirer d'une chose tous les avantages dont elle est susceptible, d'en percevoir les fruits périodiques et autres produits quelconques, enfin d'en absorber la substance en faisant de l'objet de ce droit un usage définitif et qui ne peut plus se renouveler »<sup>309</sup>. Dans l'esprit des glossateurs, saisines et *dominium* sont par nature inconciliables, le point d'achoppement étant le fait que la saisine confond le fait et le droit, *a contrario* de la notion romaine. En effet, le *Corpus iuris civilis* de Justinien, dont les glossateurs s'abreuvent, distingue clairement la possession, considérée comme un état de fait, de la propriété, considérée comme la reconnaissance de cet état de fait par le droit. Une telle dichotomie opérée, la confusion du droit et du fait apparaît alors inconcevable pour les glossateurs. Les glossateurs vont donc reprendre l'antique distinction en l'appliquant à la saisine. Afin d'éviter la confusion, la saisine ne sera analysée qu'à travers le mécanisme de la possession. Elle devient, à l'instar de la possession romaine, la « *jouissance effective d'un bien avec la volonté de se comporter en propriétaire* »<sup>310</sup>. Par ce travail de redéfinition, la saisine n'est plus, dans l'esprit des doctrinaires, la représentation de l'appropriation foncière, elle est désormais limitée à la factualité. Libérée des entraves de la saisine originaire, le travail des juristes savants va désormais pouvoir se cantonner à définir la représentation juridique de l'appropriation, à savoir la propriété-*dominium*.

**104.** Il convient cependant de préciser que ce mouvement de romanisation du rapport d'appropriation s'étale sur plusieurs siècles et rencontrera de nombreuses impasses théoriques. Les juristes ne les surpasseront que par une dénaturation du droit coutumier et du droit romain, la synthèse de deux systèmes de pensée et de langages juridiques si ontologiquement opposés ne pouvant se réaliser qu'à ce prix. Qui plus est, ce débat était assez confidentiel et loin des préoccupations des juristes praticiens, ces derniers utilisant depuis des temps immémoriaux les termes de *proprietas* et de *dominium*, pourtant aux antipodes de la réalité juridique auxquels ils étaient soumis<sup>311</sup>. Quoi qu'il en soit, ce long processus participa

---

une qualité. Citations de : A. Laquerrière-Lacroix, *L'évolution du concept romain de propriété à l'époque post-classique*, Thèse, Paris II, 2004, p. 19 et 31. Voir également : J. Poumarede, « Le point de vue de l'historien », in *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, Presse de l'Université de Toulouse 1, LGDJ-Lextenso, 2006, p. 15 *sqq.*, spéc. p.18 : « Ce *dominium* qui se confond avec la chose corporelle sur laquelle il porte ».

<sup>309</sup> A. Lahovary, *Du Dominium ou droit de propriété en droit romain – Du régime de la propriété foncière au point de vue des droits réels qui peuvent en être détachés dans l'ancien droit français et dans le droit actuel*, E. Thunot et C., Paris, 1865, p.1.

<sup>310</sup> A.-M. Patault, *Introduction historique au droit*, *op.cit.*, p.117.

<sup>311</sup> « Au haut Moyen Age, les mots *proprietas*, *dominium* sont toujours utilisés par des scribes qui reproduisent mécaniquement un vocabulaire romain desséché ; nombreux sont les textes qui mentionnent la "propriété" » : A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, *op.cit.*, n° 4, p.13.

activement à la création du droit moderne car, une fois la saisine ramenée à la pure possession, la notion de propriété conçue comme droit subjectif pourra se construire pleinement afin de rendre compte de la nouvelle conception du rapport d'appropriation : un droit qui emporte disposition de la matière.

## 2. La disposition de la matière

**105.** Cette construction s'effectue à partir des temps modernes, en parallèle avec le mouvement de subjectivisation du droit de propriété. D'aucuns estiment que si la philosophie du droit a évolué, il doit en être de même, par souci de cohérence, du rapport d'appropriation. Comme nous l'avons vu avec Grotius ou Pufendorf<sup>312</sup>, cette modification substantielle du rapport d'appropriation était au cœur de la doctrine du droit naturel moderne. À ce titre, deux éléments fondamentaux participaient à la définition nouvelle de la propriété : la disposition de la matière et son corollaire, l'exclusivisme. La question de l'objet de la propriété est ici centrale. À l'aube de la modernité, les temps de disettes sont partiellement révolus, du moins sait-on mieux les anticiper, et le commerce s'est considérablement développé. Les besoins économiques sont donc fondamentalement différents et le rapport d'appropriation doit également s'adapter. La simple perception des fruits n'est plus alors considérée comme suffisante pour jouir pleinement du bien, le propriétaire se doit, afin de vivre de son commerce, de pouvoir le céder librement, en altérer les qualités physiques, bref, de pouvoir en disposer, tant matériellement que juridiquement. Évidemment, une telle aspiration ne peut se retrouver dans l'objet de la saisine médiéval, il faut avoir un pouvoir sur la substance même de la chose. Cette volonté de disposition, classiquement dénommé *jus disponendi*<sup>313</sup>, est d'ailleurs une antienne des juristes savants, Bartole ayant écrit, en son temps, cette formule devenu célèbre : « *dominium est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur* »<sup>314</sup>.

---

<sup>312</sup> Voir *Supra* n° 99 et 100.

<sup>313</sup> Comme le souligne Arnaud, il convient de dresser une distinction entre le droit de disposer et le *jus disponendi* car, si les termes peuvent être utilisés indifféremment par les auteurs de l'époque, ils ne sont pourtant pas synonymes : « *L'expression latine jus disponendi a valeur de substantif, le gérondif exprimant "l'idée d'action... et qui équivaut dans ce cas... à un substantif abstrait"*. Jus disponendi *c'est la disposition non pas le pouvoir de disposer. Il y a donc un monde entre cette formule latine et le "droit de disposer" inscrit dans notre code civil. Cette dernière expression en effet est composée du substantif "droit", ont dépend le verbe "disposer" : toute la force de la formule réside dans le droit auquel se rattache un attribut, en l'occurrence celui de disposer. Le jus disponendi est l'expression d'un rapport, non d'un pouvoir de droit* ». A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Coll. Bibliothèque de philosophie du droit, T.IX, 1969, p.182.

<sup>314</sup> Bartole, *Comm.* 17, *Dig.* 41.2. : « *le droit de disposer parfaitement d'une chose matérielle suivant les usages permis par la loi* » (Traduction libre).

Pouvoir disposer de la substance de son bien nécessite d'avoir une liberté d'action par rapport à ce dernier, dont la notion de droit subjectif semble être le garant. Comme nous l'avons vu, la notion de droit subjectif se caractérise comme étant un pouvoir d'action, le droit de propriété est donc un droit qui se caractérise comme la représentation du pouvoir du sujet de droit sur ses biens. Le droit de disposer et la liberté d'action qu'il nécessite sont donc inhérents au droit de propriété conçu en tant que droit subjectif, ils sont la conséquence directe du pouvoir du sujet. Théoriquement, le pouvoir de disposition est donc inhérent à la notion de propriété désormais élevée au rang de droit subjectif.

**106.** Afin de comprendre au mieux ce renouveau, prenons pour exemple l'œuvre de Pothier. Ce dernier, à travers son célèbre « *traité du droit de domaine de propriété* »<sup>315</sup>, est reconnu comme étant l'un des premiers auteurs à dégager une théorie générale de la propriété moderne<sup>316</sup>. Le juriste Orléanais va ainsi dresser les principales caractéristique du droit de propriété et, en prémices, en donner une définition canonique : « *Le domaine de propriété est ainfi appelé, parce que c'est le droit par lequel une chose m'est propre & m'appartient privativement à tous autres* »<sup>317</sup>. À travers cette définition, on retrouve l'essence du droit de propriété antérieurement dégagée par les membres de l'Ecole du droit naturel moderne. Ainsi, Pothier rend compte également de la dimension subjective du droit de propriété et de son corollaire, l'exclusivisme. Puisque la propriété est un droit qui permet à une chose d'être son propre, il appartient aussi au sujet de droit d'exclure quiconque de ce rapport individuel, comme l'auteur le soulignera dans la suite de son traité, « *propre et commun sont contradictoires, et s'excluent mutuellement* »<sup>318</sup>.

Après en avoir donné cette définition, Pothier va décrire les effets de ce droit ; ici, le droit de disposer en étant le point d'orgue : « *Ce droit de propriété considéré par rapport à ses effets, doit se définir le droit de disposer à son gré d'une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui* »<sup>319</sup> et de continuer « *ce droit de disposer, renferme celui qu'a le propriétaire de changer la forme de sa chose ... il a le droit de convertir sa chose, non seulement en une*

---

<sup>315</sup> Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, T.1. Paris, 1772.

<sup>316</sup> Pour un exposé complet de la doctrine de Pothier sur la propriété moderne : P. Grossi, *Il dominio e le cose, percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, coll. Per la storia del pensiero giuridico moderno, Vol.41, Giuffrè editore, Milan, 1992, p.385 sqq.

<sup>317</sup> Pothier, *op.cit.*, p.6.

<sup>318</sup> *Ibid.*

<sup>319</sup> *Ibid.*

*meilleure forme, mais fi bon lui femble, en une pire* »<sup>320</sup>. Pothier pousse la logique de la disposition de la matière jusqu'au bout, la combinaison d'un droit subjectif conçu comme un pouvoir sur la chose, conjuguée au droit de pouvoir en disposer matériellement de la façon qu'il souhaite, autorise *de facto* le mésusage: « *Ce droit de difpofer, comprend auffi le droit qu'a le propriétaire de perdre entièrement fa chofe, fi bon lui femble ; par exemple, le propriétaire d'un beau tableau a droit de faire paffer deffus une couleur pour l'effacer ; le propriétaire d'un bon livre a droit de le jetter au feu, fi bon lui femble, ou de le déchirer* »<sup>321</sup>. Contrairement à l'appropriation médiévale ayant pour objet les utilités des choses dans une logique de maximisation productive et économique des choses, l'appropriation moderne y recherche surtout la réalisation de l'homme, sa puissance nouvelle dans l'ordre juridique mais aussi, et surtout, la consécration de sa liberté d'action. Le droit de propriété est un symbole de cette liberté, il a ainsi une maîtrise totale sur la chose dont il est le propriétaire et peut, à ce titre, en user librement et même en mésuser. Quoi qu'il en soit, cette faculté de mésusage est résolument moderne, et ne correspond pas la tradition romaine dont les auteurs s'inspirent. Ainsi, quand, après la rédaction du Code civil, Domolombe évoque la notion d'*abusus* moderne issue du droit de disposition, il considère le pouvoir de détruire le bien comme antimonique au droit romain ; il écrit : « *Le mot abuti des Romains exprimait seulement (...) l'idée de la disposition, non pas de la destruction* »<sup>322</sup> »

Cette appréhension de la matière va servir aux juristes modernes à pouvoir distinguer, au sein des droits dans la chose, entre le droit de propriété et l'ensemble des autres droits réels. Cela est clairement expliqué par Pothier et ce, avant même d'opérer la définition de la propriété. La catégorie des *jus in re* est définie comme « *le droit que nous avons dans une chofe par laquelle elle nous appartient, au moins à certains égards* »<sup>323</sup> avant de distinguer « *Il y a plusieurs efpeces de jus in re (...) La principale eft le droit de domaine de propriété. Les autres efpeces de droits réels, qui emmènent de celui-ci, & qui en font comme des démembrements, font les droits de domaine de fupériorité (...) tels que les droits de fervitudes* »<sup>324</sup>.

---

<sup>320</sup> *Ibid.* p.7.

<sup>321</sup> Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété, op.cit.*, p.8.

<sup>322</sup> C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, T.IX, 1854, n° 545, p.487.

<sup>323</sup> Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété, op.cit.*, p.1.

<sup>324</sup> *Ibid.* p.2.

**107.** Propriété et droit de servitude font donc parties d'un même tout, celui des droits réels. Bien qu'étant réunis au sein d'une même catégorie, il existe cependant un critère de distinction entre le droit de propriété et les autres droits réels. Le critère de distinction provient du droit de disposition caractéristique du droit de propriété, comme le souligne Patault, les droits réels sont cantonnés comme étant des « *maîtrises incorporelles de jouissance* »<sup>325</sup>. Au-delà de ce critère distinctif, il existe une hiérarchisation des notions, la propriété est élevée au rang le plus haut, les autres droits réels étant considéré comme lui étant inférieurs. Pothier qualifie les droits réels de « démembrements » de la propriété ; derrière ce terme, c'est la conception de la propriété conçue comme étant pleine et entière qui transparait. Loin de l'époque médiévale où la saisine de l'ensemble des utilités de la chose était une exception, la théorie moderne de la propriété renverse la logique. En effet, depuis l'apport du romaniste Bartole, la propriété est perçue comme un droit englobant l'ensemble des utilités du bien. Qualifiés d'attributs par la doctrine romaniste, la propriété serait ainsi la réunion de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus* ; lorsque réunis ensemble, ces attributs donne à la propriété son caractère plein et entier. À l'inverse, la propriété peut se voir amputé d'un ou plusieurs de ses attributs, créant ainsi des droits réels. Caractéristique de la propriété, le droit de disposer dont est issu l'*abusus* ne peut être démembré ; il en est la garantie lorsque l'*usus* ou le *fructus* sont démembrés, dénommé alors « nue-propriété »<sup>326</sup>.

## **B. Les conséquences pratiques : la révolution foncière et rurale**

Face à une propriété théoriquement renouvelée, le monde moderne ne pouvait laisser subsister des institutions d'un âge où la factualité et l'esprit communautaire régnaient en maître. Les campagnes et les pratiques qui y étaient liées subirent, à partir du XVIIIème siècle, des modifications majeures qui traduisirent la sacralité nouvelle de la propriété individuelle. À ce titre, le succès de la pensée physiocrate semble être un élément déclencheur (1), dont le pouvoir politique se fera l'écho afin de rompre avec des traditions multiséculaires (2).

---

<sup>325</sup> A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, *op.cit.*, p.144.

<sup>326</sup> « Ces divers éléments ou attributs (*usus*, *fructus*, *abusus*) ne sont pas évidemment indivisibles ou inséparables : et il est arrivé, en effet, qu'ils se sont séparés et divisés entre plusieurs personnes (...) C'est ainsi qu'on peut avoir le droit d'*user* et de *jouir* de la chose pendant un certain temps (*usus*, *fructus*) ; tandis que l'autre a conservé le droit de disposer (*abusus*) ; (...) et on appelle le premier droit de propriété (le *nue-propriétaire*) ; *nuda* parce qu'en effet, la propriété se trouve alors stérile et dépouillée dans les mains de celui qui conserve toujours le titre de propriétaire, *dominus*, avec l'expectative assurée de voir un jour sa propriété se revêtir utilement pour lui-même des attributs qui en ont été séparés ». : C. Demolombe, *op.cit.*, n° 465 bis, p.362.

## 1. L'influence : la doctrine économique physiocrate

La pensée physiocratique se caractérise par un objectif principal, à vocation économique, caractérisé par la recherche de l'efficacité agricole (a). Afin de pouvoir réaliser cette aspiration, les économistes vont œuvrer à la consécration de l'individualisme agraire (b).

### a) Les objectifs économiques de la physiocratie : la mise en place d'une agriculture productive

**108.** Le début du XVIII<sup>ème</sup> siècle voit l'apparition de la première école économique systématique qui influencera durablement les politiques et ce, jusqu'aux premières années suivant la Révolution<sup>327</sup>, sans pour autant que le programme physiocratique soit appliqué avec vigueur. Quoiqu'il en soit, les échos de cette doctrine vont être importants et porteront en eux l'appel à l'individualisme agraire et donc, indubitablement, à la propriété moderne. Perçue par certains de ses détracteurs comme une « *secte séditeuse et dangereuse* »<sup>328</sup> puisque dépendant principalement de la doctrine de François Quesnay<sup>329</sup>, la physiocratie va œuvrer pour la modernisation de l'agriculture dans un objectif d'efficacité économique. Ainsi, afin de comprendre quels sont les éléments qui ont eu une résonance dans l'histoire, il nous convient de dresser un rapide panorama des thèses physiocrates.

**109.** La pensée physiocratique s'inscrit dans une double logique, économique et politique. Elle a pour objectif de rechercher un système économique le plus efficace possible pour le royaume de France. À ce titre, elle dressera l'éloge de l'agriculture moderne, c'est à dire renouvelée, afin d'assurer la meilleure productivité possible. En réalité, pour Quesnay, l'agriculture serait la seule activité à être réellement productive puisqu'étant la seule à pouvoir dégager des revenus. Avant même d'étudier cet aspect économique, il est loisible de

---

<sup>327</sup> P. Steiner, « Les physiocrates et la révolution française », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 20, 2004, p.3 *sqq.*

<sup>328</sup> S-N-H. Linguet cité par A. Orain, « Il faut faire la guerre aux fous... Les physiocrates à l'assaut de l'iconoclaste Linguet », in *XIV<sup>ème</sup> colloque de l'association Charles Gide pour l'étude de la pensée économique*, 7-9 juin 2012.

<sup>329</sup> Pour un point de vue général de l'œuvre de Quesnay voir : *Œuvres économiques et philosophiques de F. Quesnay fondateur du système physiocratique accompagnées des éloges et d'autres travaux biographiques sur Quesnay par différents auteurs*, réunis par A. Oncken, J. Peelman, Paris, 1888.

noter que la physiocratie élève l'agriculture au rang d'activité la plus bénéfique physiquement et saine moralement<sup>330</sup>. Il y a donc, au départ, une sacralité de l'activité agricole, sur des points extérieurs aux considérations économiques<sup>331</sup>. L'agriculture participe donc pleinement au développement et au bien-être de l'homme. Ce premier argumentaire ne sera que subsidiaire comparé à l'approche économique de l'agriculture, quoi qu'il en soit, il va néanmoins poser les premières pierres de l'édifice physiocrate.

**110.** Évidemment, ce sont les arguments économiques qui vont placer l'agriculture au sommet de la pyramide des activités humaines. Parmi les nombreux arguments qui seront développés dans les thèses physiocrates, il nous appartient de relever ceux de premières importances. Le premier d'entre eux n'a rien de fondamentalement révolutionnaire, il se fonde sur le postulat qu'au-delà de la pure étude économique de l'activité, l'agriculture est la source principale de matières premières. Elle est donc indispensable tant pour les besoins vitaux que pour fournir les industries<sup>332</sup>. Ainsi la primauté de l'agriculture provient notamment du fait que si elle se suffit à elle-même, les autres activités en sont dépendantes et donc dérivées. Le droit d'aînesse de l'agriculture est alors reconnu. Le second argument est lui purement économique puisqu'il se fonde sur l'idée que l'agriculture est la seule source de revenu net<sup>333</sup>, elle est donc à ce titre perçue comme productive par l'école physiocrate. Ces derniers définissent le revenu net comme étant le surplus de production ; à titre d'exemple, ils considèrent qu'un marchand ne produit aucun revenu en dehors de l'acte de vente. En réalité, les physiocrates pensent que seule la terre peut être productive, sont alors exclus de ce qualificatif les mines, carrières<sup>334</sup> et industrie. Dans la logique physiocrate, l'industrie reposait sur des ressources fondamentalement précaires puisque n'étant pas, à l'image de la terre, reproductibles. Dès lors, si l'on combine à l'exclusivisme productif le fait que l'ensemble des activités soit dépendant de l'agriculture, la primauté de l'agriculture sur les autres activités est démontrée.

---

<sup>330</sup> L'agriculture est qualifiée par Mirabeau comme étant la « *source unique de tous les biens physiques, l'est aussi des biens moraux, puisqu'elle réunit le travail opiniâtre et la modération des désirs : réunion sainte où git la vraie pierre de touche des mœurs* », V. Riquetti de Mirabeau, *L'Ami des Hommes, ou traité de la population*, T.III, Paris, 1760, p.4.

<sup>331</sup> « *L'agriculture est un art d'institution divine ; il est visiblement à notre existence ce qu'y est la respiration.. ; c'est l'art universel, l'art de l'innocence et de la vertu, l'art de tous les hommes et de tous les rangs* ». *Ibid.* T.1, p.174.

<sup>332</sup> Sur ce premier argument : G. Weulersse, *Le mouvement physiocratique en France (de 1756 à 1770)*, T.1, Félix Alcan, Paris, 1910, p.256 sqq.

<sup>333</sup> Quesnay aura à ce propos ces mots devenus célèbre (le sens de richesse équivaut à celui de revenu pour l'auteur) : « *Que le souverain et la nation ne perdent jamais de vue que la terre est l'unique source des richesses, et que c'est l'agriculture qui les multiplie* », F. Quesnay, cité par G. Weulersse, *op.cit.*, p.261.

<sup>334</sup> *Ibid.*, p.277 sqq.



Loin des réalités de leur époque, les physiocrates estimaient que l'état de l'agriculture ne pouvait conduire à une productivité (pourtant intrinsèque à l'activité) que par la mise en place d'un nouveau système, celui de la « *grande et riche* »<sup>335</sup> agriculture. Le concept est simple, la productivité de l'agriculture ne peut exister chez le paysan pauvre et dans de petites unités de production. Le paysan qui cultive quelques arpents de terres en compagnie de peu de bétail n'est pas productif, lui et sa famille étant les seuls à bénéficier du fruit de son travail. Les bienfaits de la richesse d'une agriculture productive nécessitent alors une richesse pécuniaire de départ, des capitaux. Les physiocrates vont donc prôner, en premier lieu, une agriculture capitaliste. À ce besoin de ressources, doit être combinée une redéfinition de l'espace agricole, c'est ainsi que les physiocrates encouragèrent des changements cultureux, mais surtout la mise en place d'exploitations cultivant de grandes superficies. La vastitude des terres entraînerait nécessairement une diversité de cultures entraînant ainsi des revenus variés et conséquents, évitant par là même l'indigence du cultivateur. Au-delà de ces considérations, les physiocrates veulent surtout remplacer la figure du petit paysan propriétaire ou du métayer par celui du fermier. En effet, si le petit cultivateur, même propriétaire, ne peut être garant d'une agriculture productive, il en est de même du métayer puisqu'il n'y a pas, dans ce cas, d'investissement de départ conséquent. Dans cette logique, le contrat de fermage devait donc remplacer le métayage. À travers la figure du fermier, c'est donc la modernité agricole « *grande et riche* » qui transparaît.

Il est donc possible de percevoir, dans les grandes lignes, l'objectif des physiocrates : imposer une redéfinition de la pratique agricole en optant pour une modernisation de l'activité. Pour ce faire, les physiocrates placeront « *l'esprit propriétaire* » en tant qu'élément principal de ce que Marc Bloch appellera « *la lutte pour l'individualisme agraire* »<sup>336</sup>.

---

<sup>335</sup> G. Weulersse, *Le mouvement physiocratique en France (de 1756 à 1770)*, p.333 *sqq.*

<sup>336</sup> M. Bloch, « La lutte pour l'individualisme agraire dans la France du XVIIIème siècle. Première partie : l'œuvre des pouvoirs d'ancien régime », *Annales d'histoire économique et sociale*, n° 7, 1930, p.329 *sqq.* Dans la suite : « Seconde partie : conflits et résultats. Troisième partie : la Révolution et le « Grand Œuvre de la propriété », *Annales d'histoire économique et sociale*, n°8, 1930, p.511 *sqq.*

## b) L'objectif juridique, l'individualisme propriétaire

Lorsque les auteurs physiocrates, aidés par les auteurs agronomes, désignent la décadence de l'agriculture du XVIIIème siècle, ils voient dans l'exploitation commune des terres la source de tous les maux. À ce titre, communaux, vaines pâtures et droits d'usages collectifs apparaissent comme les cibles idéales en vue de faire triompher un système de production fondée sur la propriété individuelle et exclusive du fond. Ces pratiques porteraient en elles un barbarisme lié à leurs origines médiévales tout en étant liées indubitablement au système féodal.

**111. Vers le partage des communaux.** Les communaux sont la première cible des auteurs puisque la « *grande et riche* » agriculture engendre une revendication des terres dites vacantes afin que celles-ci viennent augmenter les grandes exploitations. Dès lors, un processus de délégitimisations des communaux<sup>337</sup> se met en place. Arguments de choix, les auteurs agronomes vont s'efforcer de démontrer l'inculture des communaux. Ils sont perçus, de par leur caractère communautaire, comme étant économiquement inféconds<sup>338</sup>. Ces terres sont alors considérées comme négligées, voire les plus négligées de toutes. Face à ce constat négatif, deux solutions paraissent salvatrices : le défrichement des terres et le partage des communaux, les parcelles individuelles étant nécessaires à la culture modernisée<sup>339</sup>. Dans le cadre de notre étude, la volonté de partage des communaux est source de grandes conséquences juridiques, puisque s'inscrivant dans une volonté d'individualisation des exploitations. En fonction de l'appartenance doctrinale au courant physiocrate ou agronome, les bénéficiaires du partage des communaux varient<sup>340</sup>. Pour les auteurs non rattachés à l'école de Quesnay, la répartition des communaux ne devait pas prendre en compte la qualité de propriétaire, mais uniquement celle de chef de famille, apportant ainsi une garantie pour les populations les plus pauvres auxquelles les terres communes étaient censées apporter un

---

<sup>337</sup> Sur ce point, voir : N. Vivier, *Propriété collective et identité communale, Les Biens Communaux en France (1750-1914)*, Publication de la Sorbonne, 1998, p.31 et s.

<sup>338</sup> « Dans tous les pays où il y a des communes et des terres vagues qui appartiennent au Roi, sa Majesté pourrait les accenser aux particuliers de la paroisse, pour être par eux possédés en propriété ; le Roi en retirerait une rente annuelle ; les terres se défricheraient et produiraient ensuite des lods et ventes ; au lieu que ces terrains, étant possédés par la communauté, ne produisent le quart de ce qu'ils rendraient s'ils étaient divisés » : Belial des Vertus, *Essai sur l'administration des terres*, Paris, 1759, p.200. .

<sup>339</sup> « L'esprit de propriété (...) paraît être le seul ressort capable d'animer le travail de l'homme. En conséquence de ce principe, tout ce qui est commun est ordinairement mal entretenu, par la raison que ce qui appartient à tous n'appartient à personne », M. Dubois, baron de Saint-Hilaire cité par G. Weulersse, *Le mouvement physiocratique en France (de 1756 à 1770)*, op.cit., p.410.

<sup>340</sup> Pour plus de précision sur le mode d'attribution en cas de partage des communaux, voir : G. Weulersse, *Le mouvement physiocratique en France (de 1756 à 1770)*, op.cit., p.413 sqq.

appoint non négligeable. Les économistes s'inscrivent en faux face à cette volonté de répartition universelle, ils estiment, conformément à leur objectif de « *grande et riche* » agriculture, que cette répartition ne serait pas facteur de productivité. À leurs yeux, la répartition doit se faire au seul profit des propriétaires déjà existant, afin de pouvoir accroître la superficie de leurs exploitations respectives. Quoi qu'il en soit, la logique de partage des communaux répond à une volonté de parcellisation des terres et s'inscrit dans la nouvelle vision individualiste du rapport d'appropriation. Ainsi, la jouissance des communaux se voit contester dans son caractère communautaire. L'individualité doit succéder aux communautés.

**112. Vers le droit de se clore.** Si les communaux furent l'objet d'une vive critique, vaine pâture et droit de parcours<sup>341</sup> durent subir un véritable anathème doctrinal. L'aspect agricole et économique reste la principale cause de cette mise à l'index, il est reproché au droit de vaine pâture de favoriser les épizooties, la détérioration de sol cultivable due au passage de troupeaux, et d'anticiper la coupe de certaines moissons afin d'harmoniser l'ouverture des pâturages communs<sup>342</sup>. Derrière cette approche économique, il est permis d'y voir une critique plus fondamentale contre l'ordre ancien. À ce titre, ces auteurs ont parfaitement assimilé la théorie moderne de la propriété au point d'en réclamer la plus stricte application. Pour exemples<sup>343</sup>, dans un célèbre pamphlet datant de 1776, le droit de vaine pâture est assimilé aux droits seigneuriaux et est, à ce titre, qualifié de « *coutume folle et barbare* »<sup>344</sup>. Dans un mémoire relevée par Weurlesse, un auteur dénoncera le droit de vaine pâture par ces mots : « *Ce droit est odieux par lui-même, contraire au droit inviolable des propriétés, nuisible au progrès de l'agriculture (...) le propriétaire n'est plus le maître de son bien, il ne peut l'administrer en bon père de famille ; il a la douleur de voir l'étranger et l'homme oisif lui enlever le fruit de ses travaux* »<sup>345</sup>. À travers ces critiques acerbes, il est aisé de remarquer le reproche essentiel fait aux droits de vaines pâtures et de parcours : celui d'empêcher une appropriation foncière exclusive. Effectivement, ces droits ne peuvent coexister avec l'idéal exclusiviste ; la vaine pâture empêchant les terres appropriées d'être « en défense » pendant

---

<sup>341</sup> Droit directement lié à celui de la vaine pâture, il permet « *l'exercice réciproque du droit de vaine pâture entre villages voisins* », G. Weurlesse, *Le mouvement physiocratique en France (de 1756 à 1770)*, op.cit., p.415.

<sup>342</sup> Ces arguments économiques sont repris et développés par : M. Bloch, « La lutte pour l'individualisme agraire dans la France du XVIII<sup>e</sup> siècle », op.cit, p.334 sqq.

<sup>343</sup> Ces derniers étant nombreux, nous nous en tiendrons à quelques uns.

<sup>344</sup> Dans son ensemble, la citation est telle quelle : « *Cette coutume folle & barbare a fait sentir toute son incommodité dans les années de difette ; les peuples ont eux-même follicité une loi qui permît à tous propriétaires d'enclorre leurs héritages, & d'y planter & femer les arbres, fruits & légumes que le terrain peut produire* » : P.-F. Boncert, *Inconvénients des droits féodaux*, Paris, 1776, n° 1, p.10.

<sup>345</sup> *Mémoire sur le parcours dans les Trois-Evêchés*, II. 1515. Cité par G. Weurlesse, *Le mouvement physiocratique en France (de 1756 à 1770)*, op.cit., p.418.

une durée déterminée. Les propriétaires ne pouvant s'opposer à un droit reconnu aux communautés dont eux-mêmes sont parties, leurs propriétés ne peuvent être pleinement exclusives. Cet exclusivisme si ardemment désiré par les auteurs agronomes et physiocrates n'était possible que par la réunion de deux techniques, d'une part, la division des communaux et, d'autre part, la reconnaissance du droit de se clore.

Cette appétence pour le droit de se clore provient directement de l'influence anglaise, réputée pour avoir le taux de productivité agricole le plus élevé d'Europe<sup>346</sup>. Les esprits de l'époque, cherchant les raisons d'un tel succès, virent dans le phénomène des *enclosures* un facteur déterminant. Si l'on suit la chronologie établie par J.R Wordy<sup>347</sup>, le mouvement général débuta à partir du XV<sup>ème</sup> siècle (45% de terres sont touchées ou l'ont été antérieurement) et ce jusqu'au XVIII<sup>ème</sup> avec un pic du phénomène lors du XVII<sup>ème</sup> (24% de terres en plus). Il s'ensuit que les auteurs que nous étudions ne pouvaient qu'être influencés par un mouvement déjà présent depuis plusieurs siècles outre-manche. Pour résumer le phénomène, les *enclosures* correspondent peu ou prou à la modernisation de l'économie anglaise par la mise en place de réformes juridiques inscrites dans un objectif d'individualisation des terres. En Angleterre, les terres soumises à la jouissance commune étaient subdivisées entre les *common fields* et les communaux dits incultes (*common wastes*), le phénomène des *enclosures* étant spécifiquement dirigé contre ces deux vestiges communautaires<sup>348</sup>. Techniquement, plusieurs

---

<sup>346</sup> Les études démontrant la qualité productive de l'agriculture anglaise sont nombreuses, si l'on veut s'en tenir à une lecture complète et non régionale, voir : M. Overton, *Agricultural revolution in England: the transformation of the rural economy, 1500-1830*, Cambridge, 1987.

<sup>347</sup> J.R. Wordy, « The Chronology of English Enclosure, 1500-1914 », *Economic History Review*, t. XXXCVI, 1983, p.483 *sqq.*

<sup>348</sup> En Angleterre, la distinction entre les différents « communaux » était délicate, les biens communaux (entendus au sens strict) et les droits collectifs portant sur le fond d'autrui (comme le droit de vaine pâture) dépendaient des cours Manoriales. Sur ce point : J. de Saint Victor, « Généalogie historique d'une "propriété oubliée" », in *Repenser les biens communs*, B. Parance et J. de Saint Victor (dir.), CNRS éd., 2014, p.63 ; du même auteur : « Communaux », in *Dictionnaire des biens communs*, M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld (dir.), P.U.F, coll. Quadriges, 2017, p. 251 *sq.* Les études historiographiques récentes sur le sujet permettent cependant de distinguer deux types de « communaux ». Selon Jeanette Neeson, les « *common fields composés de parcelles de propriété privée mais non encloses, étaient livrées à la jouissance commune après la récolte* ». Les communaux « incultes » se trouvaient sur des terres qui ne pouvaient être cultivées (marais, landes, etc). Sur ces points : J.M. Neeson, « Les terres en jouissance collective en Angleterre », in *Les propriétés collectives face aux attaques libérales*, M.-D. Demélas et N. Vivier (dir.), Presses Universitaires de Rennes, coll. Histoire, 2003, p.39 *sqq.* Même si l'analogie entre les « communaux » anglais et français ne pourrait être parfaite, il est possible d'y établir un lien entre le cas de la vaine pâture et les *common fields* puisque, dans les deux cas, il s'agit d'un droit collectif qui s'imposera sur des biens appropriés. Il en sera de même pour les communaux français et anglais, se caractérisant par tous par jouissance commune. Sur ces points : G. Béaur, « En un débat douteur. Les communaux, quels enjeux dans la France du XVIII<sup>ème</sup> – XIX<sup>ème</sup> siècles ? », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n° 53-1, 2006, p.89 *sqq.* ; du même auteur : « Les rapports de propriété en France sous l'Ancien Régime et dans la Révolution. Transmission et circulation de la terre dans les compagnes françaises du XVI<sup>ème</sup> au XIX<sup>ème</sup> siècle », in *Ruralité française et britannique, XIII<sup>ème</sup>-XX<sup>ème</sup> siècles. Approches comparatistes*, N. Vivier (dir.), Presses Universitaires de Rennes, coll. Histoire, 2005, p.187 *sqq.*

outils<sup>349</sup> furent utilisés afin de permettre la réorganisation des terres communes : calcul de leurs superficies, répartition entre les différents propriétaires, abolition des droits communautaires, commutation des dîmes, partage des communs et enfin la pose de clôtures par les primo-propriétaires. Si des études récentes mettent en doute le lien de causalité pouvant exister entre *enclosures* et hausse de la productivité agricole<sup>350</sup>, physiocrates et agronomes se sont directement inspirés, tout en inspirant également les anglais, des techniques mises en place Outre-Manche. Parmi celles-ci, le droit de se clore était doté de la force du symbole, elle permettait la délimitation de la propriété et consacrait l'exclusivisme foncier. Un auteur comme Durival n'hésitera pas à faire de ce droit l'essence même de la propriété : « *Un héritage fermé de murs, de palissades ou de hayes (...) est la seule vraie propriété* »<sup>351</sup>.

**113.** Le développement des idées physiocrates et agronomes est donc un exemple frappant de l'influence qu'a eue la philosophie moderne sur l'appréhension de la propriété. La relation homme/chose est, du moins dans les esprits, verticalisée. Perçue à travers l'idée de domination corporelle de la chose, l'appropriation se définit comme étant individuelle et exclusive. La lutte contre des institutions fondées sur le partage de jouissance est donc apparue, consacrant ainsi la conception moderne de la propriété. Si ce mouvement prit souvent comme fondement la faiblesse économique de telles pratiques, il apparaît, en toile de fond, une véritable opposition idéologique et juridique : celle du modèle d'appropriation. La réalité de l'Ancien Régime allait cependant à l'encontre de telles propositions ; ainsi le droit de se clore se voyait souvent interdit par les seigneurs locaux ou par l'action des populations paysannes grâce à l'aide de la coutume<sup>352</sup>.

Face à une telle entrave, le pouvoir politique prendra le dessus en imposant des réformes agraires grâce à de nombreux édits royaux, mais c'est l'œuvre révolutionnaire qui sera la plus significative.

---

<sup>349</sup> Tous sont cités dans : *Les sociétés au XVIIème siècle, Angleterre, Espagne, France*, A. Antoine et C. Michon (dir.), Presse Universitaire de Rennes, 2006, p.9.

<sup>350</sup> R.C. Allen, *Enclosure and the yeoman : the agricultural development of the South Midlands 1450-1850*, Clarendon Press, 1992. *Contra* : M.Overton, *op.cit.*

<sup>351</sup> Auteur cité par : C.Menges, « Physiocratie, Revolution et Code civil : Les origines historiques de la faculté de clore son héritage » in *La propriété en mutation*, Publication de l'Université de Rouen, 1997.

<sup>352</sup> Cette résistance fut notamment démontrée par : E.-D. Glasson, « Communaux et communautés dans l'ancien droit français », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, vol. 15, 1891, p.446 *sqq.*, spéc. p.475 *sqq.*

## **2. La matérialisation de la révolution foncière et agraire**

Les doctrinaires ayant établi la révolution agraire d'un point de vue intellectuel, c'est le pouvoir politique qui va la matérialiser. Si le rôle des édits d'Ancien Régime n'est pas à minimiser, c'est bien la législation de la période révolutionnaire qui va œuvrer de façon significative afin de faire de l'individualisme agraire une réalité. Pour ce faire, le législateur luttera, au nom de l'exclusivisme, contre la simultanéité des jouissances sur un même fonds (a) et contre les propriétés communautaires (b).

### **a) La fin de la simultanéité des jouissances sur un même fonds**

La technique de la simultanéité des jouissances sur un même fonds étant considérée comme une hérésie juridique, les révolutionnaires vont abolir leurs manifestations féodales ( $\alpha$ ) avant de lutter activement contre celles qui sont nées en dehors des liens de la féodalité ( $\beta$ ).

### **$\alpha$ ) L'abolition des propriétés simultanées liées au système féodo-seigneurial**

**114.** La superposition des rapports d'appropriation sur un même bien est une caractéristique essentielle du modèle médiéval d'appropriation. Cette technique se prolongera jusqu'aux dernières heures de l'Ancien Régime mais elle n'est alors plus, et ce depuis le XVI<sup>ème</sup> siècle, qu'une institution à objectif purement fiscal. Loin de l'approche médiévale de la simultanéité des jouissances fondée sur le partage des utilités d'un bien, les propriétés simultanées sont, dans les esprits révolutionnaires, simplement rattachées aux liens d'obligations personnelles découlant des droits féodaux. Nous l'avons vu<sup>353</sup>, la réalité est plus nuancée, les propriétés simultanées font certes partie du système féodo-seigneurial, mais existent également en dehors de celui-ci. Quoi qu'il en soit, toutes les formes de rapports d'appropriations simultanées seront combattues avec vigueur ; elles sont considérées comme le symbole d'une société désormais déchue, mais sont surtout contraires à l'exclusivisme propriétaire, nouveau garant des libertés individuelles du citoyen.

**115.** Plus que la prise de la Bastille ou du palais des Tuileries, c'est à l'assemblée constituante que la Révolution prit toute sa dimension, durant une nuit d'août 1789. Aux

---

<sup>353</sup> Voir *Supra* n° 67.

aurors de cette journée du 4 août, les gazettes parisiennes relataient avec ivresse les événements nocturnes<sup>354</sup> : la fin du système féodo-seigneurial et l'abolition des privilèges. Plus que l'ensemble des privilèges, c'est tout le système qui est ainsi sacrifié sur l'autel de la liberté et de l'égalité entre citoyens. Ainsi, le décret d'application évoque l'abolition « *du régime féodal, des justices seigneuriales, des dîmes, de la vénalité des offices, des privilèges, des annates, de la pluralité des bénéfices, etc.* ». Dans le cadre de notre étude, l'article 1 de ce décret d'application reflète une importance sans commune mesure puisqu'il abolit purement et simplement le système féodal et donc, concomitamment, les propriétés simultanées de type féodales : « *L'Assemblée nationale détruit entièrement le régime féodal.* ».

Si le symbole est extrêmement puissant d'un point de vue politique, sa mise en œuvre juridique est plus délicate et nuancée, la seconde partie de l'article 1 précisant : « *Elle décrète que, dans les droits et devoirs, tant féodaux que censuels, ceux qui tiennent à la mainmorte réelle ou personnelle, et à la servitude personnelle, et ceux qui les représentent, sont abolis sans indemnité, et tous les autres sont déclarés rachetables* ». Les droits sont donc distingués en deux catégories, ce qu'un auteur comme Laferrière<sup>355</sup> dénommera la féodalité dominante et la féodalité contractante. La distinction est limpide : est qualifiée de dominante tout rapport de féodalité provenant des pouvoirs seigneuriaux, alors que la féodalité contractante n'est le fruit que de conventions entre seigneurs et paysans. Ainsi, si les premières sont tout bonnement abolies afin d'affranchir le sol de toute condition servile<sup>356</sup>, les secondes sont « rachetables ». Les difficultés de mise en œuvre d'une telle distinction (absence de titre, impossibilité de déterminer l'originalité du droit) entraînèrent le législateur à prendre des mesures plus radicales. La loi du 25 août 1792 est sur ce point représentative, votée pour parer à l'urgence de la situation<sup>357</sup>, son article 2 dispose : « *Toute propriété foncière est réputée franche et libre de tous droits, tant féodaux que censuels, si ceux qui les réclament ne prouvent le contraire*

---

<sup>354</sup> « *Il semblait que les deux premiers ordres se disputaient de zèle et d'amour pour le bien des peuples. Tous les cœurs étaient animés du plus saint enthousiasme. Tous les ordres, confondus, annonçaient ce mélange heureux des enfants de la mère commune. On pleurait de joie et d'attendrissement. C'est maintenant, disait-on à la noblesse, que vous mériterez l'amour et le respect des peuples. Vous serez leurs amis, et sans recourir aux ressources honteuses d'une aristocratie qui a mis l'État à deux doigts de sa ruine, vous trouverez dans les communes cet attachement, ce zèle d'autant plus précieux qu'ils seront l'ouvrage de la liberté et de leur confiance* » : *Le Patriote François*, n°IX, vol. 1, B.N., 8°LC 185.

<sup>355</sup> F. Laferrière, *Essai sur l'histoire du droit français*, T.II, Gallimard, Paris, 1859, p.112.

<sup>356</sup> À titre d'exemple, le cas de la mainmorte est certainement le plus significatif.

<sup>357</sup> Le préambule du texte explicite clairement les raisons d'une telle loi : « *L'Assemblée Nationale, considèrent que le régime féodal est aboli, que néanmoins il subsiste dans ses effets et que rien n'est plus instant que de faire disparaître du territoire françois ces décombres de la servitude qui couvrent et dévorent les propriétés, décrète qu'il y a urgence* », Loi relative aux droits féodaux du août mil sept cent quatre vingt douze, l'an IV de la liberté.

*dans la forme qui sera prescrite ci-après* ». À travers ce texte, il est possible d'observer que le législateur n'opère plus de distinction, tous les droits sont désormais concernés à défaut de titres fonciers fournis par le seigneur. Tout sera définitivement réglé par la loi du 17 juillet 1793 en son article 1 : « *Toutes redevances ci-devant seigneuriales, droits féodaux, fixes et casuels, même ceux consacrés par le décret du 25 août dernier, sont supprimés sans indemnité* ». L'article 2 du même texte apportera certes une exception pour les « rentes ou prestations purement foncières » mais le principal est là, les derniers vestiges des propriétés simultanées, conçues comme la juxtaposition de deux maîtrises foncières inscrites dans un rapport d'obligation personnelle (ici compris comme un rapport d'assujettissement) entre deux propriétaires<sup>358</sup>, appartenaient désormais au passé.

Les textes relatifs à la fin des propriétés simultanées de type féodales s'inscrivent donc dans une logique qui dépasse de loin le simple droit foncier, il s'agit véritablement d'un renversement d'un système politique tout entier et des techniques juridiques qui le composent. Prônant une société qui place la liberté individuelle en tant que pierre angulaire d'un nouveau système, les révolutionnaires vont déceler dans l'exclusivisme propriétaire la garantie de cette liberté. Dès lors, l'abolition des propriétés simultanées liées à la féodalité ne pouvait suffire ; il fallait, pour consacrer pleinement l'exclusivisme propriétaire, que les propriétaires puissent jouir d'une propriété unitaire et ainsi abolir l'ensemble des propriétés simultanées.

### **β) L'abolition des propriété simultanées indépendantes du système féodo-seigneurial**

**116. La simultanété issue du bail à long terme.** Dès le moyen-âge, l'une des formes les plus courantes de propriétés simultanées sans lien de féodalité<sup>359</sup> se trouve dans un mécanisme coutumier particulier : les baux. Initialement, les baux répondaient à un objectif particulier, à savoir « *obtenir la mise en valeur des terres incultes, à défricher ou déboiser, par l'octroi au preneur d'avantages divers et notamment une garantie de stabilité* »<sup>360</sup>. La caractéristique principale de ces baux réside dans leur durée, ils peuvent ainsi être consentis pour 50 ans, 100 ans, une vie, deux vies ou même de façon perpétuelle. Ici, le concédant

---

<sup>358</sup> A. -M. Patault, *Introduction historique au droit des biens, op.cit.*, p.165.

<sup>359</sup> Le propos est ici à nuancer, nombreux étaient les baux à longs termes liés par un rapport d'assujettissement. Cependant, la féodalité n'était pas propre aux baux à longs termes, ces derniers pouvant exister indépendamment du système féodal. Pour une étude approfondie de la question, voir : E. Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, Larose, Paris, 1879.

<sup>360</sup> A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens, op.cit.*, p.74.



conserve une partie de la propriété, désignée comme étant « contenue »<sup>361</sup>. Les auteurs coutumiers vont alors analyser ces baux avec leur propre grille de lecture et, influencés par le travail des glossateurs, voir deux propriétés se juxtaposer sur un même bien : la propriété du bailleur (propriété directe) et la propriété du preneur (utile). Le raisonnement est logique, dans un bail à long terme ou perpétuel, le droit du bailleur ne peut être analysé comme un simple droit de créance qui lui permettrait de conserver l'entière de sa propriété. Le bailleur est nécessairement propriétaire d'une partie du fonds, au même titre que le preneur. Il existe donc une dualité de propriétés sur un même fonds, des propriétés simultanées.

« La réaction a été si forte, en 1789, contre les maux dont les classes agricoles avaient souffert, que tout l'ancien régime foncier et les institutions féodales proprement dites ont été enveloppés dans la même réprobation »<sup>362</sup> ; par ces quelques mots, Garsonnet évoque le sort réservé aux baux à longs termes et aux locations perpétuelles. Il est vrai ces mécanismes coutumiers furent souvent entachés d'une forme de féodalité, ils furent ainsi abolies par la loi du 17 juillet 1793 et les anciens preneurs convertis en propriétaires exclusifs. Le cas des propriétés simultanées affranchies de tout rapport féodal n'échappera pas à l'hallali révolutionnaire. À ce titre, le cas du bail à rente est le plus significatif puisqu'il s'agit, pour reprendre le vocable de l'époque, d'une concession « purement foncière ». Effectivement, comme le souligne Patault<sup>363</sup>, la rente constitue à l'origine la part de la propriété qui caractérise la propriété directe du cessionnaire. La qualification de la rente est alors liée directement au caractère foncier de la cession, elle est un immeuble dont le rachat n'est possible qu'avec l'accord du rentier.

Si l'accointance du bail à rente avec la féodalité n'est plus discutée, c'est bien le système même de la simultanéité des propriétés sur un même bien qui l'est, au même titre que son potentiel caractère perpétuel. La présence d'une dualité de propriétaires sur un même bien condamne indirectement le bien à l'immobilisme puisque personne ne peut avoir sur ce dernier de pouvoir de disposition et que le rachat des rentes était conditionné à l'accord du rentier. Le bien se retrouve alors, de fait, en dehors du circuit économique, la perpétuité ou l'existence de termes excessivement longs ne faisant qu'accentuer le phénomène. C'est donc dans une volonté de favoriser le commerce juridique que le cas du bail à rente fut tranché par

---

<sup>361</sup> *Ibid.*

<sup>362</sup> E. Garsonnet, *op.cit.*, *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, p.536.

<sup>363</sup> A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens, op.cit.*, p.169.

les membres de la Constituante et de l'Assemblée Nationale. Premièrement, le décret du 4-11 août 1798, en son article 1<sup>er</sup>, déclare que « *tous les autres (droits non féodaux) sont déclarés rachetables* ». Le débiteur a désormais la faculté, via la possibilité de rachat de la rente, de devenir propriétaire exclusif. Le décret du 18-29 décembre 1790 s'inscrit dans la même philosophie puisqu'il interdira définitivement les « redevances foncières non remboursables »<sup>364</sup> tout en conservant le caractère immobilier de la rente. Dès lors, la survivance des propriétés simultanées est un fait puisqu'à défaut de rachat, il existe toujours sur un même bien deux types de propriétés. C'est l'adoption et la promulgation du Code civil des Français de 1804 qui parachèvera l'existence des propriétés simultanées via ses articles 529<sup>365</sup> et 530<sup>366</sup>. Si le second n'est que la consécration dans l'œuvre civiliste du principe de rachat des rentes adopté durant la période révolutionnaire, le premier traduit la fin d'un mode d'appropriation multiséculaire tout en étant fondé sur un subtil détail juridique. En effet, l'article 529 du Code civil des Français dispose que les rentes foncières sont « *meubles par détermination de la loi* » ; à partir de là, il n'existe plus deux propriétés immobilières sur un même fonds mais une seule, qui plus est exclusive : celle de l'exploitant. La rente foncière est devenue un simple droit de créance<sup>367</sup>. Ce changement de catégorie sonne ainsi le glas d'un type de propriété qui aura été le modèle de la propriété foncière durant des siècles, celui de la propriété divisée. L'ensemble des utilités du bien est désormais réuni dans les mains de son seul propriétaire, la propriété est alors à l'image de la République : une et indivisible.

---

<sup>364</sup> « *Il est défendu de ne plus à l'avenir créer aucune redevance foncière non remboursable, sans préjudice des baux à rentes ou emphytéoses non perpétuels qui seront exécutés pour toute leur durée et pourront être faits à l'avenir pour quatre-vingt-dix-neuf ans et au-dessous, ainsi que les baux à vie, même sur plusieurs têtes, à la charge qu'elles n'excéderont pas le nombre de trois* » Article 1<sup>er</sup>, décret des 18-29 décembre 1790.

<sup>365</sup> Article 529 : « *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 dépendants 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 la République, soit sur des particuliers* ».

<sup>366</sup> Article 530 : « *Toute rente établie à perpétuité pour le prix de la vente d'un immeuble, ou 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. »*

<sup>367</sup> A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, op.cit., p.170.

## **b) La lutte contre les pratiques communautaires : la consécration de l'exclusivisme propriétaire**

Qu'ils soient considérés comme une forme de propriété collective ou de propriété simultanée, les communaux et les droits collectifs coutumiers étaient un frein à l'exclusivisme, un contrepoids à l'esprit propriétaire et une entrave à l'individualisme agraire. Afin de lutter contre cette dimension collective du rapport d'appropriation, les textes mirent en place un processus d'individualisation du droit de vaine pâture ( $\alpha$ ) et des biens communaux ( $\beta$ ).

### **$\alpha$ ) La lutte contre les droits de vaines pâtures et de parcours**

**117.** Si le programme économique résultant de la pensée physiocrate n'a jamais été appliqué avec vigueur, il est difficilement contestable que ses arguments aient trouvé un écho favorable chez les révolutionnaires<sup>368</sup>. Si le fond de l'argumentation économique était toujours présent, la vaine pâture représentait surtout un obstacle de poids pour la mise en place de l'exclusivisme propriétaire, puisque s'exerçant directement sur le fonds d'autrui sans que ce dernier puisse s'y opposer. C'est donc dans ce contexte d'hostilité généralisée que fut adopté le décret du 28 septembre – 6 octobre 1791<sup>369</sup> portant, en sa section IV, sur les clôtures et sur les droits de parcours et de la vaine pâture. Malgré la tentative de conciliation des intérêts privatifs et collectifs, le texte va réduire considérablement l'influence des droits de parcours et de vaine pâture sur le droit rural.

Concrétisation de l'individualisme agraire, l'article 4<sup>370</sup> va reconnaître à chaque propriétaire terrien le droit de se clore. À travers ce texte, le législateur va faire de ce droit une conséquence du droit de propriété au point que les règles contraires sont abolies. De même, l'article 5<sup>371</sup> ajoute que ce droit ne pourra se voir contrarié par les droits de parcours et de vaine pâture. Au-delà du symbole, la reconnaissance du droit de se clore est une avancée

---

<sup>368</sup> Sur ce point, voir P. Steiner, « Les physiocrates et la révolution Française », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 20, 2004, p.3.

<sup>369</sup> Décret du 28 septembre – 6 octobre 1791 concernant les biens et usages ruraux et la police rurale, Section IV : Des troupeaux, des clôtures, du parcours et de la vaine pâture.

<sup>370</sup> Article 4 du décret du 28 septembre – 6 octobre 1791 : « *Le droit de clore et déclore ses héritages résulte essentiellement de celui de propriété, et ne peut être contesté à aucun propriétaire. L'Assemblée nationale abroge toutes lois et coutumes qui peuvent contrarier ce droit* ».

<sup>371</sup> Article 5 du décret du 28 septembre – 6 octobre 1791 : « *Le droit de parcours et le droit simple de vaine pâture ne pourront, en aucun cas, empêcher les propriétaires de clore leurs héritages ; et tout le temps qu'un héritage sera clos de la manière qui sera déterminée par l'article suivant, il ne pourra être assujéti ni à l'un ni à l'autre ci-dessus.* »

décisive dans l'affirmation de l'exclusivisme propriétaire. En effet, le propriétaire est désormais libre de se soustraire à tout empiètement collectif puisqu'il dispose de la liberté de se clore, il devient alors un propriétaire pleinement exclusif de son bien. La suppression de la vaine pâture sur les champs clos, caractérisée par la juxtaposition d'un droit de propriété individuelle (celui du propriétaire) et collectif (celui des usagers), fait du propriétaire le maître incontesté de son fonds. Le champ clos est donc affranchi de la vaine pâture, il interdit également l'exercice de certains droits ancestraux qui, à l'image du glanage, étaient reconnus aux indigents<sup>372</sup>.

**118.** Si le droit de se clore s'inscrit dans une perspective individualiste, le législateur ne va pas aller jusqu'à abolir les droits de parcours et de vaine pâture puisqu'ils continuent d'être appliqués à la condition que leur existence provienne d'un titre particulier ou d'un usage local immémorial<sup>373</sup>. Inscrit dans une volonté d'imposer une égalité entre les citoyens, le législateur va, à travers l'article 14<sup>374</sup>, étendre les droits de vaine pâture et de parcours toujours existants aux non propriétaires, autrefois exclus de ces droits par les anciennes coutumes. Cette disposition doit être mise en relation avec l'article 4 du même décret. Certes, la vaine pâture n'est pas abolie mais, en octroyant définitivement le droit de se clore, le droit révolutionnaire offre les moyens de sa condamnation. Ce décret va donc consacrer la vision moderne de la propriété en assurant à chaque propriétaire le droit de se clore et en lui permettant d'être propriétaire exclusif de son fonds en le libérant de la jouissance collective. Malgré ce vent de liberté, cette réforme agraire n'a pas été accueillie partout avec allégresse. Fidèlement attachées aux vieilles traditions, les communautés paysannes s'opposèrent parfois avec force à

---

<sup>372</sup> Dans le Titre 2 du décret du 28 septembre – 6 octobre 1791 consacré à la police rurale, l'article 21 dispose : « *Les glaneurs, les râteleurs et les grappilleurs, dans les lieux où les usages de glaner, de râtelier ou de grappiller sont reçus, n'entreront dans les champs, prés et vignes récoltés et ouverts, qu'après l'enlèvement entier des fruits. En cas de contravention, les produits du glanage, du râtelage et du grappillage seront confisqués, et, suivant les circonstances, il pourra y avoir lieu à la détention de police municipale. Le glanage, le râtelage et le grappillage sont interdits dans tout enclos rural, tel qu'il est défini à l'article 6 de la section IV du titre I<sup>er</sup> du présent décret » (nous soulignons).*

<sup>373</sup> Article 3 du décret du 28 septembre – 6 octobre 1791 : « *Le droit de vaine pâture dans une paroisse, accompagné ou non de la servitude de parcours, ne pourra exister que dans des lieux où il est fondé sur un titre particulier, ou autorisé par la loi ou par un usage local immémorial, et à la charge de que la vaine pâture n'y sera exercée que conformément aux règles et usages locaux qui ne contrarieront point les réserves portées dans les articles suivans de la présente section* ».

<sup>374</sup> Article 14 du décret du 28 septembre – 6 octobre 1791 : « *Néanmoins, tout chef de famille domicilié qui ne sera ni propriétaire, ni fermier d'aucun des terrains sujets au parcours ou à la vaine pâture, et le propriétaire ou fermier à qui la modicité de son exploitation n'assurerait pas l'avantage qui va être déterminé, pourront mettre sur lesdits terrains, soit par troupeau séparé, soit en troupeau en commun, jusqu'au nombre de six bêtes à laine, et d'une vache avec son veau, sans préjudicier aux droits desdites personnes sur les terres communales, s'il y en a dans la paroisse, et sans entendre rien innover aux lois, coutumes ou usages locaux et de temps immémorial, qui leur accorderaient un plus grand avantage* ».

la mise en place de tels changements. En réalité, le phénomène n'est pas nouveau, de nombreux troubles ont jalonné le XVIII<sup>ème</sup> siècle lorsque des édits venaient limiter les différents droits collectifs<sup>375</sup>. Les membres de l'Assemblée nationale, conscients des tensions inhérentes au sujet, n'ont donc pas aboli purement et simplement ces droits collectifs que sont la vaine pâture et la poursuite. Le codificateur confirmera la position révolutionnaire en gravant le droit de se clore dans le marbre du Code civil (article 647<sup>376</sup>) et en ne supprimant pas les droits collectifs. Le droit civil va donc consacrer l'avatar du concept moderne de propriété qu'est l'individualisme agraire tout en admettant la survivance partielle des anciennes techniques d'appropriation simultanées.

## β) La lutte contre les communaux

**119. Les prémices de la lutte dans l'Ancien Régime.** Au même titre que les droits de vaine pâture et de poursuite, les biens communaux subirent également la matérialisation de la révolution foncière et agraire réalisée par l'œuvre révolutionnaire. Il convient cependant de signaler que les biens communaux furent l'objet d'une lutte vivace opposant villageois et seigneurs<sup>377</sup>, Marc Bloch qualifiant cet état de fait comme étant « *dans la nature des choses* »<sup>378</sup>. Comme de coutume à partir de la redécouverte du droit romain, c'est ce dernier qui va venir donner une puissante assise juridique à ce mouvement. Dans ses *Institutes*, Justinien considère que l'usufruit est rattaché à la propriété, qu'il est l'un de ses démembrements et que son éventuel perpétuité est donc impossible<sup>379</sup>. Les juristes vont donc s'approprier ce fragment en établissant un parallèle avec les biens communaux dont le seigneur ne serait qu'un propriétaire inutile puisque ne pouvant en jouir<sup>380</sup>. Ainsi, la

---

<sup>375</sup> Sur ce point, voir M.Bloch, « La lutte pour l'individualisme agraire dans la France du XVIII<sup>ème</sup> siècle, Deuxième partie : conflits et résultats. Troisième partie : La Révolution et le « Grand Œuvre » de la propriété », *Annales d'histoire économique et sociale*, vol.2, 1930, p. 511 sqq.

<sup>376</sup> Article 647 du Code civil des Français : « *Tout propriétaire peut clore son héritage, sauf l'exception portée en l'article 682* ».

<sup>377</sup> Nous rappelons que les communaux qui se situaient en dehors de la féodalité, les « *vacants* », étaient minoritaires, les seigneurs les ayant majoritairement spoliés.

<sup>378</sup> M.Bloch, *Les caractères originaux de l'Histoire rurale française*, Armand Colin, T.I, Paris, 1968, p.196.

<sup>379</sup> Justinien (*Inst.* 2, 4, 1) : « *L'usufruit est détaché de la propriété ; et ce démembrement se fait de plusieurs manières : par exemple, si l'usufruit est légué à quelqu'un, car l'héritier a la nue propriété, le légataire l'usufruit ; réciproquement si un fonds est légué déduction faite de l'usufruit, le légataire alors a la nue propriété, l'héritier l'usufruit. On peut aussi léguer à l'un l'usufruit, à l'autre la propriété moins cet usufruit. Si on veut, sans testament, établir un usufruit, il faut le faire par des pactes et des stipulations. Mais comme la propriété eût été complètement inutile si l'usufruit en avait toujours été détaché, on a voulu que l'usufruit s'éteignît et se réunît de plusieurs manières à la propriété » (nous soulignons). La traduction française est ici établie par J.-L.-E. Ortolan, *Explication historique des Institutes de Justinien*, Plon, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, 1857.*

<sup>380</sup> A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, op.cit., p.166.

conformité aux préceptes romains doit passer par des techniques opérant la transformation d'une propriété divisée et simultanée en deux propriétés exclusives distinctes l'une de l'autre ; pour ce faire, le triage et le cantonnement seront largement usités par les seigneurs. La forte opposition paysanne et les édits de 1667 et 1669 vont limiter les conséquences d'un tel mouvement sur le paysage rural français. De surcroît, au milieu du XVIII<sup>ème</sup> siècle, les idées physiocrates reçurent un écho favorable au sein de l'administration royale et, concomitamment aux édits de clos, encourage le partage de jouissance<sup>381</sup>. L'ensemble de ces mesures participera activement à la lutte contre les communaux sans pour autant mener à leur disparition, la présence des communaux étant encore forte à l'aube de la Révolution.

**120. La consécration de la lutte par la Révolution.** À l'image des droits de vaine pâture et de parcours, le législateur révolutionnaire s'inscrit dans une logique visant à substituer les techniques communautaires au profil de l'exclusivisme propriétaire. Comme le souligne Nadine Vivier<sup>382</sup>, la lutte contre les communaux s'est étendue sur toute la durée de la Révolution et au-delà. Dans la suite de la nuit du 4 août, le décret du 15 mars 1790 relatif aux droits féodaux abolit le droit de triage<sup>383</sup> et de cantonnement reconnu au seigneur<sup>384</sup>. À l'inverse, le cantonnement n'est pas condamné<sup>385</sup>, mais n'est possible que dans le cas où le propriétaire initial a lui-même concédé l'usage de son bien et ne résulte pas d'un droit ou privilège seigneurial. Il se voit même encouragé, notamment quand le propriétaire initial n'est pas un ancien seigneur, puisqu'il permet la suppression des usages collectifs au profit des propriétés exclusives.

Au delà de l'abolition du droit de triage, les biens communaux sont perçus par les révolutionnaires comme des vestiges d'un ordre désormais disparu et, parmi les plus juristes d'entre eux, comme une « monstruosité » juridique. La question de la survie des biens communaux n'était plus à l'ordre du jour, celle de leur partage étant en revanche centrale.

---

<sup>381</sup> N.Vivier, « Les biens communaux en France », in *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amérique latine*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2003, p.139 *sqq.*

<sup>382</sup> N. Vivier, *Propriété collective et identité communale, Les Biens Communaux en France (1750-1914)*, Publication de la Sorbonne, 1998, pp. 93-139. ; N. Vivier, « Communaux et vitalité communautaire en France à la fin de l'Ancien Régime et pendant la Révolution », *Annales historiques de la Révolution française*, Vol. 35, n° 1, 1999, p.63 *sqq.*

<sup>383</sup> Nous rappelons que le droit de triage permettait au Seigneur de réclamer un tiers d'un communaux concédé gratuitement en sa seigneurie (par lui ou ses aïeux).

<sup>384</sup> Décret du 15 mars 1790 relatif aux droits féodaux, Article 30 : « Le droit de triage, établi par l'article 4 du titre XXV de l'ordonnance des eaux et forêts de 1669, est aboli pour l'avenir ».

<sup>385</sup> La technique du cantonnement « consiste à réserver, à circonscrire le droit indéfini et illimité des habitants usagers sur une partie déterminée du fonds soumis (...) afin de laisser le reste libre au seigneur propriétaire » : J.-J. Baudrillart, *Traité général des eaux et forêts*, Huzard, Paris, 1825, p.1022.

**121.** Le décret en date du 14 août 1792 va déclarer obligatoire le partage des communaux<sup>386</sup>. Ce texte, pris en urgence, va certes condamner les biens communaux en imposant le partage sans pour autant traiter la question la plus essentielle : les modalités du partage. Ce sera réalisé par le décret du 10 juin 1793 portant sur le mode de partage des biens communaux. La détermination des modalités n'est pas inspirée par l'objectif économique d'instaurer une agriculture plus productive, mais bien par l'influence des juristes qui veulent supprimer du paysage juridique une forme d'appropriation ayant l'usage comme finalité et les communautés comme support. Dès lors, comment s'organise le partage et quelles en sont les conséquences sur le modèle d'appropriation ?

Il convient de préciser, dans un premier temps, que contrairement au décret précédent qui imposait le partage, celui-ci va le déclarer facultatif<sup>387</sup>. C'est à l'assemblée des habitants (homme et femme réunis) de voter afin de déterminer si le partage des biens communaux aura lieu ou non, ce dernier sera adopté au tiers des voix<sup>388</sup>. Deux cas de figure s'offrent donc aux habitants, le partage ou la continuité. Étudions successivement ces deux possibilités.

Si le vote est favorable, les communaux sont donc partagés. Premier élément, chaque lot des terres soumises au partage donne droit à une propriété pleine et entière<sup>389</sup>. Par souci de démocratie, et de sorte que chaque habitant puisse accéder à la propriété, le partage a lieu par tête, autrement dit à chaque habitant domicilié sur la commune sans condition d'âge ou de sexe. Si le vote se voit être défavorable, les communaux ne seront pas partagés. Pour autant, les biens communaux ne seront plus ceux qui préexistaient avant la Révolution. Comme le souligne Patault, la communauté usagère qui avait la jouissance des communaux se voit « *absorbée dans les cadres administratifs nouveaux* »<sup>390</sup>. Par ce terme, l'auteur entend souligner que les vieilles communautés usagères sont désormais remplacées par les

---

<sup>386</sup> Décret relatif au partage des biens et usages communaux du 14 août 1792 : « *L'Assemblée nationale, sur la motion d'un de ses membres après avoir décrété l'urgence, décrète :*

*1° que, dès cette année, immédiatement après les récoltes, tous les terrains et usages communaux, autres que les bois, seront partagés entre les citoyens de chaque commune ;*

*2° que ces citoyens jouiront en toute propriété de leurs portions respectives ;*

*3° que les biens connus sous le nom de sursis et vacants seront également divisés entre les habitants ;*

*4° que, pour fixer le mode du partage, le comité d'agriculture présentera dans trois jours le projet de décret » :*

J. -B. Duvergier, *collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du conseil-d'état, De 1788 à 1824 inclusivement*, T.IV, Paris, 1824, p.361.

<sup>387</sup> Décret sur le mode de partage des biens communaux du 10 juin 1793, Section III, Article I : « *Le partage des communaux sera facultatif* ».

<sup>388</sup> *Ibid.* Article IX : « *Si le tiers des voix vote pour le partage, le partage sera décidé* ».

<sup>389</sup> *Ibid.* Section II, Article XII : « *Chaque habitant jouira en toute propriété de la portion qui lui échera dans le partage* ».

<sup>390</sup> A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens, op.cit.*, p.187.

communes<sup>391</sup>. Ultime vestige d'un monde désormais balayé par le vent de la modernité, les conditions de jouissance des communaux ne sont pas l'apanage de la municipalité (elles le seront à partir de 1837) mais de l'assemblée des habitants<sup>392</sup>.

Il convient de préciser que ce décret sera partiellement remis en cause dans la suite de la période révolutionnaire, notamment en ce qui concerne le partage des communaux. Les décrets du 21 prairial an IV (9 juin 1796) et 2 prairial an V (21 mai 1797) vont respectivement arrêter le partage<sup>393</sup> et redéfinir les biens communaux comme étant inaliénables<sup>394</sup>. Durant l'Empire, ce sont deux arrêts du Conseil d'état qui reviendront sur les modalités du partage<sup>395</sup>, abolissant le partage par « tête » au profit du partage par « feux », par foyer. Quoi qu'il en soit, et malgré cette marche arrière sur le partage des communaux, le décret du 10 juin 1793 participa activement à la lutte contre les propriétés communautaires, parangons d'un âge dépassé.

\*\*\*\*\*

**122.** La construction de la notion moderne du rapport d'appropriation se caractérise donc comme étant le résultat d'un long cheminement sur l'ontologie du droit. Pour définir ces effets, nous avons évoqué l'idée d'une verticalisation du rapport juridique. Le réicentrisme médiéval n'est plus d'actualité, remplacé par un anthropocentrisme dont la notion de droit subjectif sera la clé de voûte. De même, l'époque assiste à une sécularisation de la pensée qui fait que la recherche du droit ne s'établit plus dans la volonté divine mais bien de la nature de l'homme. Loin d'être anodin, ce bouleversement s'appliquera également à la relation existant entre homme et chose. Le rapport d'appropriation s'est ainsi subjectivisé, devenu inhérent à la nature même de l'homme. La propriété est devenue un droit subjectif, engendrant dès lors une

---

<sup>391</sup> Décret sur le mode de partage des biens communaux du 10 juin 1793, Section I, Article I : « *Les biens communaux sont ceux sur la propriété ou le produit desquels tous les habitans d'une ou plusieurs communes, ou d'une section de commune, ont un droit commun* ». Ce texte donnera les fondements du futur article 542 du Code civil : « *Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis* ».

<sup>392</sup> A.-M. Patault, *op.cit.*, n°159, p.187.

<sup>393</sup> Décret du 21 prairial an IV, Article 1<sup>er</sup> : « *Il est sursis provisoirement à toutes actions et poursuites résultant de l'exécution de la loi du 10 juin 1793, sur le partage des biens communaux* », Article 2 : « *Sont provisoirement maintenus dans leur jouissance tous possesseurs actuels desdits terrains* ». J. -B. Duvergier, *op.cit.*, T.9, p.127.

<sup>394</sup> Décret du 2 prairial an V, Article 2 : « *A l'avenir les communes ne pourront faire aucune aliénation ni aucun échange de leurs biens sans une loi particulière* ». A. Delebecque, *Bulletin usuel des lois et arrêtés concernant l'administration générale*, Tome 1<sup>er</sup> 1539-1813, Bruylant, Bruxelles, 1861, p.157.

<sup>395</sup> Avis du conseil d'état du 20 juillet 1807, J. -B. Duvergier, *op.cit.*, T.16, p.273. et du 26 avril 1808, J.-B Sirey, *Recueil général des lois et arrêtés en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, T.14, p.167.



nouvelle conception du rapport homme/chose. L'homme n'est plus considéré comme étant au milieu des choses, en tant que simple usager, inscrit dans un rapport de modestie face à son environnement ; il est désormais au-dessus des choses, ayant le pouvoir de les dominer. Cette approche philosophique de la propriété s'est diffusée dans la théorie juridique au point d'opérer une redéfinition du rapport d'appropriation autour de la notion de propriété exclusive et unitaire. Les techniques communautaires, les formes de propriétés simultanées, issues toutes deux de l'ordre ancien, ont alors été perçues comme contraire au système nouveau. La propriété moderne ayant pour objectif d'englober l'ensemble du champ des biens, ces anciennes pratiques ont donc été combattues durant l'ensemble de la période moderne avec, pour point d'orgue, la législation révolutionnaire. La lutte pour l'individualisme agraire, conjuguée aux techniques qui mirent fin à la féodalité, s'est caractérisée comme un élément favorisant l'antagonisme existant entre la notion de propriété et d'usage partagé. La coexistence des modes de relation aux biens si différents ne pouvaient être imaginée. Parce qu'elle était moderne, conçue comme un modèle générale d'appropriation, la propriété devait être, dans le paysage juridique, omnipotente. La lutte pour l'individualisme agraire n'est qu'un exemple, le but avoué étant le triomphe de la propriété exclusive. Ce triomphe trouvera son acmé dans le milieu du XIXème siècle, lorsque la doctrine civiliste posera les fondements d'un culte de la propriété, entraînant alors sa dogmatisation.

## **Section 2 : La dogmatisation de la propriété ou la figure paroxystique de l'antagonisme entre propriété et usage partagé d'un bien**

Du levant au couchant, le XIX<sup>ème</sup> siècle fut pétri d'exclusivisme. La lutte pour l'individualisme agraire se coupla de la mise en place de techniques qui permettront de lutter contre les communautés : l'indivision se substitua à la communauté familiale, tandis que les communes, personnes morales, remplaceront les communautés d'habitants<sup>396</sup>. Pour autant, la force de la propriété civiliste proviendra, essentiellement, de sa doctrine. Inscrite au départ dans une lutte contre le féodalisme, elle verra par la suite la notion de propriété comme le plus grand des remparts contre le socialisme naissant. Pour en assurer son efficacité, les auteurs vont alors procéder à une analyse dogmatique de la propriété, en faisant du propriétaire le souverain de son bien (I). Si le point de départ est avant tout politique, la doctrine dotera cette lecture nouvelle de la propriété d'une conséquence pratique essentielle en limitant la liberté de constitution des démembrements aux seuls cas prévus par le Code civil (II). Ce faisant, l'antagonisme entre les notions d'usage partagé et de propriété tient alors son acmé.

### **I/ La mise en place du dogme du propriétaire souverain**

Évoquer la mise en place d'un « dogme » propriétaire, c'est tout d'abord analyser le contenu idéologique, le précepte, qui augure le processus de dogmatisation. Celui-ci peut se trouver dans une figure nouvelle apparaissant au milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle, le « propriétaire souverain » ; autrement dit la réunion, sous la personne du propriétaire, des catégories romaine de *dominium* et d'*imperium*<sup>397</sup>. L'utilisation de ces deux termes n'a alors rien d'innocent, il traduit le pouvoir absolu – celui du monarque moderne – du propriétaire sur son bien (A). La doctrine va alors créer un dogme nouveau, presque religieux et donc incontestable, autour de cette représentation du propriétaire (B).

#### **A. Le fondement idéologique : la figure du "propriétaire souverain"**

---

<sup>396</sup> Voir : A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens, op.cit.*, n°156 et 157 ; F. Zenati-Castaing, « Le crépuscule de la propriété moderne », in *Les modèles propriétaires au XXI<sup>ème</sup> siècle*, Actes du colloque international organisé par le CECOJI, LGDJ, 2012, p. 228.

<sup>397</sup> Originellement, le terme *imperium* se caractérise par l'idée de pouvoir souverain, le terme pouvant prendre une connotation religieuse ou politique. Le terme de *dominium* s'inscrit dans les rapports privés, et plus spécifiquement encore dans le monde domestique. Le *dominium* pouvait ainsi traduire la maîtrise d'un esclave et s'est progressivement étendue à la maîtrise de tous les *bona*, c'est-à-dire les biens. Voir sur ce point : J. Gaudemet, « *Dominium – Imperium* : Les deux pouvoirs dans la Rome Ancienne », *Droits*, n° 22, 1995, p.3 *sqq.*

Pour les codificateurs et les premiers commentateurs, la propriété n'était pas perçue par l'absoluité que décrit le pouvoir souverain du propriétaire sur sa chose (1), cette conception sera le fruit d'une construction doctrinale postérieure qui, pour des raisons politiques, posera les jalons de la dogmatisation de la propriété (2).

## **1. De la codification et de sa suite, l'absence de lien entre propriété et souveraineté**

Contrairement à de nombreuses idées reçues, la vision d'un propriétaire souverain de son bien ne provient pas de l'œuvre révolutionnaire, ni même de la codification. Pour s'en convaincre, il suffit de regarder la teneur des discours portant sur la propriété, que cela soit chez les codificateurs (a), puis chez les premiers commentateurs du Code civil (b).

### **a) L'approche de la propriété chez les codificateurs**

**123. Une approche *jusnaturaliste* refusant l'assimilation des notions de souveraineté et de propriété.** Dans la codification consulaire, la notion de propriété, par son article 544, s'inscrit comme l'épine dorsale de l'ordonnement juridique. Pour Portalis, la propriété est « *l'âme universelle de la législation* »<sup>398</sup>, et le codificateur de préciser que « *Le corps entier du Code civil est consacré à définir tout ce qui peut tenir à l'exercice du droit de propriété* »<sup>399</sup>. Ici, la propriété n'est pas définie par sa substance mais par référencement aux autres notions : elle est la matrice du nouvel ordre civil. Cette supériorité hiérarchique de la propriété n'est d'ailleurs pas propre à Portalis, elle ressort de l'esprit même des codificateurs, et plus largement des orateurs de cette époque<sup>400</sup>. Cette place centrale de la propriété doit également se conjuguer avec l'essence de la propriété décrite par Portalis. D'une part, la

---

<sup>398</sup> Discours du 26 nivôse an XII, in *Naissance du Code civil*, F. Ewald (dir.), Flammarion, 2<sup>nd</sup> éd., 2004, Paris, p.271 sqq.

<sup>399</sup> *Ibid.*

<sup>400</sup> Sur ce point, les références sont nombreuses. D'abord, elles démontrent cette tendance à considérer la propriété comme la notion centrale du Code civil. Dans un style poétique, le tribun Delpierre évoquait la propriété en ces termes : « *Propriété ! Propriété ! Tu es la cause première de l'ordre des familles et de la force des nations ; tu es le principe des mœurs, du patriotisme et du bonheur* » (Tribun Delpierre, au Tribunat, le 29 frimaire an X, *Archives Parlementaires.*, 2<sup>ème</sup> série, t. 3, col. 1, p.204). On retrouve également un marqueur important, celui de la préséance de la notion de propriété sur la notion de personne. Autrement dit, les personnes sont décrites dans le Code civil à travers la notion de propriété et en tant que potentiels propriétaires. C'est ainsi que le tribun Sédillez précisa « *Lors même que le Code civil s'occupe des personnes, c'est toujours dans la considération d'une propriété quelconque qui leur appartient ou qui peut leur appartenir* » (Tribun Sédillez, au Tribunat, 10 floréal an X, *Archives Parlementaires.*, 2<sup>ème</sup> série, t.5, col. 2, p.247).

propriété est définie par un subjectivisme assumé<sup>401</sup>, comme un prolongement de la personne humaine<sup>402</sup>. D'autre part, et c'est ici un point central pour notre étude, Portalis conserve la distinction existante entre la notion de propriété et de souveraineté<sup>403</sup>. Ainsi, pour les codificateurs, et le premier d'entre eux que fut Portalis, la propriété est donc d'essence subjective. En cela, l'article 544 du Code civil se conçoit comme la consécration de la pensée juridique moderne. En revanche, l'absence du lien reconnu entre propriété et souveraineté démontre que la pensée des codificateurs, tout comme l'œuvre qui en est issue, ne contient pas les prémisses du dogme du propriétaire souverain<sup>404</sup>. Cela s'explique notamment par la volonté politique qui présidait aux réflexions sur la propriété, soit la fin du système féodal. Enfin, le *jusnaturalisme* prégnant n'est pas absolutiste, la propriété se conçoit comme un juste milieu, un fécond métissage qui trouve ses sources dans la nature de l'homme mais qui se détermine aussi comme une création sociale. C'est ainsi que Portalis évoque l'agriculture comme élément ayant permis le développement des propriétés dans les temps reculés. Loin d'être un détail, cette dimension rend compte d'une approche propre aux codificateurs, et qui ne sera pas forcément reprise lors de la mise en place du dogme propriétaire<sup>405</sup>.

**124. Le fondement politique : la volonté d'un droit purgé de la féodalité.** Dire que la construction du Code civil s'est nourrie d'une volonté d'abolir définitivement le système féodal relève d'un classicisme absolu. Pour autant, il convient de comprendre en quoi cette volonté politique ne nécessite pas de se fonder sur une dogmatisation du propriétaire souverain. De manière historique, l'argument apparaît logique. Étant détenteurs d'un pouvoir créateur, les codificateurs ont pu mettre en place les règles juridiques nécessaires à la réalisation du projet politique souhaité. Autrement dit, le Code civil s'est construit dans un double objectif, qui se complète et s'articule : la mise en place d'un système civiliste qui est une garantie contre l'ordre féodal. C'est ainsi, par exemple, que l'utilisation du terme absolu vient s'inscrire comme un bouclier face à la théorie du double domaine et plus largement des propriétés simultanées<sup>406</sup>. Les exemples sont nombreux, et pourraient être démultipliés. C'est

---

<sup>401</sup> Pour un avis qui analyse la conception de la propriété chez Portalis comme relevant davantage d'un *jusnaturalisme* classique que moderne : J.-F. Niort, « Les Portalis et l'esprit du XIX<sup>e</sup> siècle », *Droits*, P.U.F, n° 42, 2006, p.93 *sqq.*

<sup>402</sup> À propos de ce lien, Portalis précisait : « *le principe du droit est en nous. Il n'est point le résultat d'une convention humaine ou d'une loi positive. Il est dans la constitution même de notre être, et dans nos relations avec les objets qui nous environnent* ». Ce texte est reproduit dans *Naissance du Code civil, op.cit.*, p.271 *sqq.*

<sup>403</sup> J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Economica, Paris, 2008, p.193 ; du même auteur : « Propriété et souveraineté de 1789 à 1804 », *Droits*, n°22, 1995, p.67 *sqq.*

<sup>404</sup> En ce sens : J.-L. Halpérin, « Propriété et souveraineté de 1789 à 1804 », *op.cit.*

<sup>405</sup> Voir : *Infra* n° 131.

<sup>406</sup> Sur la lutte contre les propriétés simultanées d'origines féodales : *Supra* n° 114 et 115.

ainsi que l'article 530 du Code civil prévoit que toute rente établie à perpétuité pour le prix d'un immeuble est essentiellement rachetable, ce qui peut être perçu comme une volonté de se prémunir contre les anciennes tenures seigneuriales<sup>407</sup>. Il est donc possible de voir dans la propriété, telle que conçue par les codificateurs, une notion centrale et matricielle, une notion qui vient protéger le citoyen contre toute aliénation féodale. La propriété, pour l'époque, est une garantie des libertés individuelles.

## **b) L'interprétation de l'article 544 par les premiers commentateurs du Code civil**

**125.** Les premiers commentaires du Code civil se sont inscrits dans une logique de présentation des différentes règles du Code, l'objectif étant de faire connaître et reconnaître l'œuvre codificatrice<sup>408</sup>. En revanche, la seconde vague de commentaires du Code civil a réalisé une véritable interprétation des textes codifiés et notamment de l'article 544. Trois auteurs méritent ici notre attention : Toullier, Proudhon et Duranton. L'analyse du premier de ces auteurs est intéressante. Dans son ouvrage « *Le droit civil français suivant l'ordre du Code* »<sup>409</sup>, Toullier rappelle tout d'abord l'origine naturaliste de la propriété, ainsi que son caractère réel. À ce titre, le commentateur se situe dans la droite lignée de la pensée des codificateurs. Cela étant, il est le premier des auteurs à souligner, à travers l'article 1382 du Code civil, des limitations à la propriété relevant de l'ordre civil et non naturel<sup>410</sup>. Pour Proudhon, la propriété découle également du droit naturel et de la nature profonde de l'homme. Ainsi, après avoir rappelé que propre et commun sont contradictoires, et discoursu sur la nécessité de la division des propriétés – autrement dit la justification de la propriété individuelle et unitaire – le Doyen dijonnais ne produit pas une analyse plus poussée<sup>411</sup>. Pour Duranton, l'analyse reste également en adéquation avec la philosophie générale des codificateurs : l'origine de la propriété est liée à la nature de l'homme. Or, si l'état de nature confinait à une forme de communisme primitif, bien que des formes naissantes d'appropriation furent perceptibles, c'est le droit civil qui a définitivement permis la réalisation de la personne par la notion de propriété<sup>412</sup>. Dans l'ensemble, et de façon assez

---

<sup>407</sup> Sur cette question, par exemple : J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p.195.

<sup>408</sup> Ces premiers ouvrages, avec pour auteurs Maleville, Locré ou encore, et dans un style différent, Merlin de Douai, sont analysés chez : J.-L. Halpérin, « Au temps de l'exégèse », in *Histoire du droit privé français depuis 1804*, P.U.F, 2012, p.35 sqq.

<sup>409</sup> C.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code civil*, T.III, 4<sup>ème</sup> éd., 1822, Paris.

<sup>410</sup> Sur cette analyse : J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p.216

<sup>411</sup> J.-B.-V. Proudhon, *Traité du domaine de la propriété, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, T.I, Lagier, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, 1839, p.21 sqq.

<sup>412</sup> A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, T.IV, 2<sup>ème</sup> éd., 1828, Paris, p.200 sqq.

unitaire, les premiers commentateurs du Code civil s'inscrivaient dans une mouvance jusnaturaliste respectueuse de la vision des codificateurs. Le lien entre propriété et souveraineté n'est pas alors établi.

## 2. La création du dogme par la doctrine de l'exégèse

**126. La consubstantialité de la propriété et de la souveraineté chez Aubry et Rau.** Le lien entre souveraineté et propriété fut établi pour la première fois en France par Aubry et Rau, dans la première édition de leur *Cours de droit civil français*. Fondée sur une traduction de l'œuvre du juriste allemand Zachariae, les auteurs strasbourgeois ont procédé à une traduction littérale du texte d'origine, évoquant alors le fait que « *le propriétaire est souverain par rapport à l'objet sur lequel porte son droit* »<sup>413</sup>. Dans un ordre d'idée similaire, Aubry et Rau relateront également la dimension absolutiste du pouvoir du propriétaire sur son bien, en précisant que la propriété est « *le droit en vertu duquel un objet est soumis, d'une manière absolue, au bon plaisir d'une personne* ». La fin de la phrase est riche de sens puisque la référence à l'absolutisme découle directement de l'interprétation de l'article 544 du Code civil, qui prévoit que le droit de propriété est le droit de jouir d'une chose de la manière la plus absolue. En revanche, déduire que l'absolutisme se conjugue avec « *le bon plaisir de la personne* » entraîne une justification du mésusage et démontre l'idée d'un propriétaire souverain de son bien. Une analogie peut être établie, d'un point de vue sémantique, avec la formule royale : « *car tel est notre bon plaisir* ». En réalité, selon une étude<sup>414</sup>, une telle formule ne fut jamais usitée, que cela soit dans les lettres patentes ou dans les actes provenant de la chancellerie, la formule étant : « *car tel est notre plaisir* ». La différence est subtile, mais importante. Le plaisir renvoie ici, comme son origine latine le suggère, à la notion de volonté. En revanche, comme le souligne Louis de Mas-Latrie, le qualificatif de « *bon* »<sup>415</sup> *plaisir* » décrit davantage l'idée de caprice, et plus généralement d'arbitraire. D'un côté, il y aurait donc une volonté qui ne serait que la représentation de la souveraineté royale ; de l'autre, une volonté qui serait le symbole d'un absolutisme arbitraire, n'ayant pour unique limite que l'autorégulation. Contrairement aux apparences, ce point de détail ne relève pas de la simple anecdote historique. En effet, la formule « *car tel est notre bon plaisir* » était, pour les non initiés, une réalité historique caractéristique de l'absolutisme royal. Aussi, si l'on se livre à une exégèse du texte des auteurs strasbourgeois, il est possible d'analyser la formule

---

<sup>413</sup> C. Aubry, C. Rau, *Cours de droit civil français*, 1<sup>ère</sup> éd., 1839, Strasbourg, n°193 sq.

<sup>414</sup> L. de Mas-Latrie, « De la formule 'car tel est notre plaisir' dans la chancellerie française », *Bibliothèques de l'École de chartres*, 1881, p.560 sq.

<sup>415</sup> Nous surlignons.

« *le bon plaisir de la personne* » comme la justification de la souveraineté du propriétaire, désormais capable de tout caprice sur son bien.

**127. Continuité chez certains Exégètes.** Si Aubry et Rau sont les précurseurs de l'établissement du lien entre propriété et souveraineté, le mouvement a fortement été suivi. Le lien est par exemple reconnu sous la plume de Demolombe. Pour le prince de l'Exégèse, la propriété est « *un droit absolu, (elle) confère au maître sur sa chose un pouvoir souverain, un despotisme complet* »<sup>416</sup>. Avec cette phrase, l'auteur reprend donc le lien entre propriété et souveraineté en faisant du propriétaire un souverain, tout en précisant que les pouvoirs de ce dernier sur son bien sont – hors limitations légales ou réglementaires – illimités. La question du caractère naturel de la propriété est ici moins accentuée, la primeur est désormais faite à la question de la puissance du propriétaire sur sa chose. Dans cet ordre d'idée, Demolombe précise que le propriétaire ne pourrait pas se voir reprocher d'abuser de sa propriété<sup>417</sup>. Cette approche absolutiste se retrouve également chez Marcadé, pour qui la propriété est un droit qui « *rend le propriétaire maître et seigneur de sa chose et lui donne sur elle une omnipotence absolue, un despotisme entier* »<sup>418</sup>.

Avec ces quelques exemples, la mise en place du lien entre propriété et souveraineté – alors que ces notions se sont souvent comprises par antagonisme, du fait d'un rattachement tantôt privatiste ou tantôt publiciste – est désormais réalisée. La figure du propriétaire souverain est née. Cette naissance, tout comme celle du Code civil, s'inscrit dans une lutte politique déterminée.

**128. Le fondement politique : la crainte du socialisme naissant.** Contrairement aux préoccupations politiques des codificateurs, les auteurs précités ne voient plus dans la féodalité le seul danger pour l'ordre des biens. Les temps ont changé. Dans la première partie du XIX<sup>ème</sup> siècle, la France a connu deux restaurations, sans que jamais le spectre du féodalisme ne ressurgisse : la couronne n'est pas inévitablement porteuse de son passé juridique.

---

<sup>416</sup> C. Demolombe, *Cours de code napoléon*, T.IX, *op.cit.*, n°543.

<sup>417</sup> J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé*, *op.cit.*, p.219.

<sup>418</sup> V.-N. Marcadé, *Éléments du droit civil français ou explication méthodique et raisonnée du code civil*, Cotillon, 2<sup>ème</sup> éd, 1844, p.438.

À l'inverse, la classe bourgeoise a vu monter les revendications ouvrières. C'est ainsi que la révolte des canuts Lyonnais, en 1831, 1834 et 1849, a largement marqué les esprits de l'époque, tout comme la révolte des ouvriers des ateliers nationaux en 1848. Ces manifestations sociales se couplent également d'une littérature socialiste naissante et foisonnante. Deux exemples sont ici suffisamment parlants. En l'espace de huit ans, deux contestations frontales de la propriété s'installeront dans le débat public, avec les célèbres « *Qu'est-ce que la propriété ?* » de Pierre-Joseph Proudhon et le « *Manifeste du Parti communiste* » des allemands Marx et Engels. Le lien entre cette tendance socialisante et l'établissement du lien entre propriété et souveraineté est largement perceptible dans les écrits des juristes, à l'exception d'Aubry et Rau. Bien que précurseur en la matière, le lien établi par les auteurs strasbourgeois n'est que le reflet d'une traduction littérale de Zachariae. En revanche, le lien politique est direct chez les autres auteurs, et se trouve avec le plus de puissance chez Demolombe quand celui-ci condamne « *l'hideux communisme* » et les « *funestes doctrines* »<sup>419</sup>. En définitive, c'est bien ce socialisme, celui qui condamne la propriété du Code civil au motif qu'elle favorise les inégalités de classe, qui se voit ici mis au pilori. La défense de la propriété, mise en exergue avec l'établissement du lien entre propriété et souveraineté, ne résulte que d'un postulat politique.

## **B. Le principe de la dogmatisation**

Les fondements théorique et politique étant définis, encore convient-il de déterminer en quoi il pourrait s'agir d'un « dogme ». Pour ce faire, il conviendra de prendre pour modèle le dogme religieux afin de percevoir les points de convergence qu'il peut exister (1). Fort de cette analogie, nous proposerons alors une lecture du « dogme » au regard d'un concept philosophique qu'est celui de l'obstacle idéologique ; ce faisant, nous tenterons de démontrer que le « dogme » sclérose la pensée, et donc la représentation du réel (2).

### **1. Analogie entre le dogme du propriétaire souverain et le dogme religieux**

**129. Le dogmatisme juridique.** En premier lieu, il convient d'établir une différence nécessaire entre le dogmatisme juridique et le dogmatisme religieux. Pris dans son sens

---

<sup>419</sup> C. Demolombe, *Cours de code napoléon*, *op.cit.*, n° 524 : « *et alors, de quelque nom qu'on appelle cette prétendue forme sociale (...) tout cela, c'est la communauté, la promiscuité, le hideux communisme, c'est-à-dire la dégradation la plus profonde de l'humanité désormais réduite à l'état de troupeau ; tout cela, c'est l'anéantissement absolu non pas seulement de la liberté, mais de la personnalité humaine toute entière* ».



juridique, le dogmatisme est le synonyme de la science du droit. Autrement dit, le droit est en lui-même une science et le dogmatisme s'inscrit alors comme le travail de tout juriste<sup>420</sup>. Pour d'autres, en référence à Kelsen, la dogmatique juridique se définit comme le fait « *d'interpréter et de systématiser les normes pour déterminer les solutions qui doivent être appliquées* »<sup>421</sup>, et l'auteur de continuer en synthétisant la dogmatique comme « *l'étude savante, raisonnée et construite du droit positif sous l'angle du 'devoir être', de la solution souhaitable et applicable* »<sup>422</sup>. Dans une approche similaire, Paul Amsalek rend compte de la référence à la notion de dogme qui, au premier regard, pourrait surprendre. Pour l'auteur, la recherche juridique dite dogmatique « *consiste à envisager les différents instruments juridiques émis par les pouvoirs publics à la manière d'un 'dogme' et à tacher de mettre de l'ordre, de la cohérence à l'intérieur de ce dogme en établissant des corrélations entre les différentes parties qui le constituent, en s'efforçant d'éliminer par un commentaire rationnel des textes les défauts, les diverses contradictions qui peuvent paraître, mais aussi en dénonçant le cas échéant les imperfections irréductibles et en proposant d'autres solutions* »<sup>423</sup>. En somme, un juriste dogmaticien est celui qui fait œuvre de systématisation<sup>424</sup>. Il existe une différence méthodologique entre ceux qui, à l'instar de Toullier, procèdent d'une analyse linéaire du Code civil, par reprise des articles successifs et, à l'inverse, des auteurs comme Aubry et Rau qui s'inscrivent dans une logique dogmatique en œuvrant par esprit de système. *In fine*, le dogmatisme juridique relève d'une méthode de travail, qui découle d'une appréhension particulière du système juridique, mais qui ne peut se confondre avec l'idée du dogme religieux.

**130. Le dogmatisme religieux.** Dans le cadre de la religion, le dogme prend un sens différent. Le processus de dogmatisation serait, si l'on souhaite synthétiser le phénomène, le passage du concept au précepte. Pour nous en convaincre, regardons quelques définitions données par les théologiens. Dans l'église orthodoxe, le dogme peut être défini comme « *une nécessité pratique, précise, pour situer une évidence vécue en barrant la route aux*

---

<sup>420</sup> En ce sens : M. Troper, « Science du droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), P.U.F, 1<sup>ère</sup> éd., coll. Quadriges, 2003, p.1391 *sqq.*

<sup>421</sup> S. Patrice-Kouam, « La définition du juriste et la redéfinition de la dogmatique juridique (à propos du syncrétisme méthodologique) », *Les Cahiers du droit*, Vol. 55, n° 4, 2014, p.877 *sqq.*

<sup>422</sup> *Ibid.*

<sup>423</sup> P. Amsalek, « Éléments d'une définition de la recherche juridique », *APD*, n° 24, 1979, p.303. Pour l'auteur, l'assimilation entre science du droit et dogmatisme juridique est un contre-sens commun chez les juristes et proviendrait d'une confusion entre le « rationnel » et le « scientifique ».

<sup>424</sup> Pour une présentation générale du dogmatisme juridique et de la systématisation : V. Champeil-Desplats, *Méthodologie du droit et sciences du droit*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2014, p.75 *sqq.*

*interprétations erronées. La définition dogmatique est proprement un horos, une 'limite', le dessein intellectuel, le plus souvent antinomique ou négatif, de la juste louange et de l'union plénière au Seigneur (...) le dogme apparaît donc comme le principe d'une expérience décisive, d'une lumineuse évidence dans le Saint-Esprit* »<sup>425</sup>. À travers ces quelques lignes, il est possible de déceler des enseignements sur la manière dont le dogme est envisagé.

D'abord, et c'est sans doute le plus important, « *en barrant la route aux interprétations erronées* ». Ici, le principe est clair : le dogme donne une interprétation vraie, qui ne peut être contestée. La justification de cette vérité donnée s'incarne par le mysticisme du dogme donné, puisque celui-ci s'inscrit comme « *une lumineuse évidence dans le Saint-Esprit* ». Il y a donc, dans le dogme religieux, une vérité énoncée qui entraîne, pour les croyants, des obligations ; le respect du dogme étant légitimé par la source même du dogme, le divin. Cette approche du dogme est également similaire dans la tradition catholique où il est décrit comme « *Vérité révélée par Dieu et comme telle directement proposée par l'Église à notre croyance ou proposition que l'Église (...) enseigne formellement comme relevée par Dieu, de sorte que sa négation constitue une hérésie* »<sup>426</sup>. Comme pour l'orthodoxie, il est possible de retrouver la dimension normative du dogme<sup>427</sup>, dont l'hérésie semble ici être la sanction et qui se justifie par l'essence divine de la règle donnée. Le dogme religieux et la dogmatique juridique n'ont donc, a priori, que peu de points communs. Le premier assène une vérité dogmatique quand le second s'inscrit dans une méthode dogmatique. Aussi, c'est bien à cette notion de dogme religieux que nous rattachons la présentation du propriétaire souverain. Nous parlons donc non pas de dogmatique juridique mais de dogme juridique, un dogme fondé sur un discours de vérité.

**131. Le dogme du propriétaire souverain.** L'assimilation de la présentation du propriétaire comme un souverain de son bien à une forme de dogme religieux pourrait paraître, à première vue, inappropriée. Sauf à remonter aux origines de la science du droit, ou même à la méthode exégétique, les liens entre droit et religion sont distendus. Autrement dit, ce n'est pas le contenu d'un dogme religieux qui est directement transposé. Notre propos ne sera donc pas d'opérer un rapprochement entre dogme religieux et dogme juridique dans le

---

<sup>425</sup> O. Clément, « L'Église orthodoxe », P.U.F, coll. « Que sais-je ? », 2010, p.33.

<sup>426</sup> K. Rahner, H. Vorgrimler, V° « Dogme », *Petit dictionnaire de théologie catholique*, Le Seuil, Paris, 1970.

<sup>427</sup> P. Gire, « Le dogme comme langage normatif », in *Recherches de Science Religieuse*, Tome 94, n°1, 2006, p.15 *sqq.*

sens où le premier aurait pu avoir une influence sur le second, mais d'évoquer la figure d'un « dogme » juridique intellectuellement construit à l'image du dogme religieux.

Pour en rendre compte, il convient de retrouver les deux éléments qui participent à la définition du dogme religieux : une vérité énoncée et légitimée par un référencement incontestable, divin en l'occurrence. Dans le cadre du dogme juridique, la vérité établie est celle de la figure du propriétaire souverain. Il reste alors à rechercher le processus de légitimation. Paradoxe historique, on retrouve la même dimension mystique que pour la dogmatique religieuse. La notion de propriété, et par là même le rattachement du lien entre propriété et souveraineté, se trouve légitimée de la façon la plus absolue par assimilation à la volonté divine. C'est ainsi que Demolombe soutient que « *Dieu, qui a créé l'homme sociable, lui a donné en même temps le moyen d'accomplir sa destinée ; et c'est ainsi Dieu lui-même, qui a institué le droit de propriété* »<sup>428</sup>. Le *jusnaturalisme*, prégnant dans l'esprit des codificateurs, est ici utilisé uniquement à dessein<sup>429</sup>, en oubliant toute référence à la conventionalité de la propriété. Ce référencement au divin n'est pas innocent, il entraîne l'argument d'autorité le plus incontestable et permet de condamner moralement toute doctrine inverse. Ainsi, en interprétant la propriété comme confiant un pouvoir despotique sur le bien au propriétaire, Demolombe va légitimer la proposition en prenant Dieu comme référencement.

## **2. Le concept d'« obstacle épistémologique » et le dogme propriétaire ou la distorsion du réel**

Le principe de la dogmatisation d'un objet de pensée, tout comme l'est la notion de propriété, pourrait être perçu, nous semble-t-il, comme une forme d'« *obstacle épistémologique* »<sup>430</sup> telle que décrite par Gaston Bachelard. Si l'on résume le concept à son essence, l'obstacle épistémologique est le frein de la connaissance, celui qui s'incruste entre la volonté de démarche scientifique et sa confrontation à la réalité de l'objet étudié. Autrement dit, l'obstacle épistémologique ne relève pas d'une difficulté particulière, il est un savoir en soi.

---

<sup>428</sup> C. Demolombe, *Cours de code napoléon, op.cit.*, n° 534.

<sup>429</sup> Pour une analyse complète de la question, notamment dans l'utilisation partisane du *jusnaturaliste* chez certains exégètes : J.-F. Niort, *Homo Civilis, Contribution à l'histoire du Code Civil français*, T.I, PUAM, p.209 *sqq.*

<sup>430</sup> G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1938.

**132. Obstacle épistémologique et opinion.** Bachelard s'interroge sur la question de l'opinion et sur son incursion dans le langage scientifique. Autrement dit, il pose la question de savoir si l'opinion peut servir la recherche scientifique. À cela, la réponse est limpide : l'opinion doit être combattue. Pour reprendre les mots de l'auteur : « *La science, dans son besoin d'achèvement comme dans son principe, s'oppose absolument à l'opinion (...) En désignant les objets par leur utilité, elle s'interdit de les connaître. On ne peut rien fonder sur l'opinion, il faut d'abord la détruire. Elle est le premier obstacle à surmonter* ». Reprenons cette phrase, au regard du dogme propriétaire. Celui-ci se fonde sur un postulat politique profond, une opinion, qu'est la lutte contre le socialisme. Dès lors, en décrivant la propriété par des opinions déterminées, les auteurs porteurs du dogme propriétaire se privent de toute démarche scientifique, en ne voulant pas se départir de leurs opinions.

**133. Obstacle épistémologique et confrontation au réel.** L'une des premières incursions de Bachelard sur la méthode à obtenir pour se départir des obstacles épistémologiques qui obscurcissent le raisonnement scientifique, c'est la lutte contre le préjugé. Selon l'auteur, le scientifique ne peut établir un processus de recherche *ex nihilo*. Quoi qu'il y fasse, ce dernier subira toujours les préjugés scientifiques de départ, les représentations communes de l'objet de recherche. Pour citer Bachelard : « *Quand il se présente à la culture scientifique, l'esprit n'est jamais jeune. Il est même très vieux, car il a l'âge de ses préjugés. Accéder à la science, c'est, spirituellement, rajeunir, c'est accepter une mutation brusque qui doit contredire un passé* ». Ainsi, en fondant un dogme indépassable, inscrit dans une intemporalité permanente, les auteurs du dogme ont créé, dans la pensée des juristes, un présupposé qui deviendra la *doxa* dominante : la propriété est absolue, unitaire et exclusive, elle confère au propriétaire un pouvoir absolu et souverain sur son bien<sup>431</sup>.

Cette question épistémologique pourrait paraître, au premier regard, comme n'étant pas en lien direct avec la question de la dogmatisation de la propriété. Elle révèle pourtant la stratégie des auteurs qui ont participé au processus de dogmatisation de la propriété. Comme l'ont démontré Francois Ost et Michel Van de Kerchove, l'obstacle épistémologique est un outil essentiel permettant de légitimer un discours et « *d'étendre (indûment) son pouvoir*

---

<sup>431</sup> Sur ce point : J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *RTD civ*, 2014, p. 763 *sqq.*

*explicatif et disqualifier les interprétations concurrentes* »<sup>432</sup>. Cette description de la fonction de l'obstacle épistémologique peut, nous semble-t-il, être retrouvée dans le processus de dogmatisation de la propriété. L'interprétation de l'absolutisme propriétaire au regard de la notion de souveraineté apparaît comme l'extension du « *pouvoir explicatif* » permettant de « *disqualifier les interprétations concurrentes* », ici identifiées comme les doctrines socialisantes de la propriété.

### **III/ Application du dogme propriétaire au cas de l'usage partagé d'un bien : la limitation de constitution des droits réels par la mise en place du *numerus clausus* des droits réels**

Bien que fondé sur une approche politique, le dogme du propriétaire souverain s'inscrit naturellement dans une volonté de produire des conséquences juridiques et pratiques sur les règles du Code civil. Ainsi, l'interprétation de l'article 544 du Code civil par le prisme du propriétaire-souverain emporte, dans son sillon, des considérations techniques sur la manière dont le propriétaire peut jouir de son propre bien, notamment dans son rapport aux tiers. Le culte de la propriété atteint alors son paroxysme quand une partie de la doctrine justifie la limitation de la liberté du propriétaire de constituer sur son bien les démembrements par la protection de la propriété en elle-même. Pour ce faire, une partie de la doctrine a, par interprétation de certains textes du Code civil, décelé la présence latente d'un *numerus clausus* des droits réels. Le lien entre usage partagé du bien et propriété est au cœur de ce sujet. Les formes d'usage partagé d'un bien sont ici réduites au minimum, c'est à dire à celles inscrites dans le marbre du Code civil. Avec ce point de vue, la victoire de la propriété unitaire et exclusive sur l'usage partagé du bien est complète. Aussi, pour comprendre en quoi cette théorie du *numerus clausus* des droits réels est une des figures paroxystiques de l'antagonisme entre la notion de propriété et l'usage partagé du bien, il convient de voir que l'argumentaire utilisé est ici ancré dans une représentation dogmatique de la propriété (A), et ce malgré une opposition doctrinale et jurisprudentielle forte (B).

---

<sup>432</sup> F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, PUFSL, 2<sup>ème</sup> éd, Bruxelles, 2010, n° 94, p.16. Les auteurs vont donner des exemples de stratégie formant des obstacles épistémologiques afin de conserver un paradigme établi : « *Une autre stratégie de défense du paradigme officiel consiste à dresser des "obstacles épistémologiques" autour de paradigme menacé, afin d'étendre (indûment) son pouvoir explicatif et disqualifier les interprétations concurrentes (...)* Plutôt, par exemple, que de prendre acte du pouvoir créateur de la jurisprudence, on s'attache encore, du moins dans certains cas, à présenter ce phénomène, comme une dérive pathologique du système, une menace pour la démocratie, une manifestation inacceptable de "gouvernement des juges" ».

## **A. La mise en place de la théorie du *numerus clausus* des droits réels**

Principe à la sève exclusivement doctrinale, la théorie du *numerus clausus* est une émanation de la vision dogmatique de la propriété (2). D'un point de vue technique, les tenants d'une limitation à la constitution des droits réels se fondent sur une interprétation restrictive des articles 543 et 2115 du Code civil (1).

### **1. Le *numerus clausus* des droits réels, fruit d'une interprétation restrictive des articles 543 et 2115 du Code civil**

Pour les tenants du *numerus clausus* des droits réels, l'exégèse des articles 543 et 2115 du Code civil justifie le cantonnement de la liberté de constituer des droits réels aux seuls cas prévus par le Code (a). Prenant garde de trouver un argument plus ontologique, certains auteurs vont alors justifier le *numerus clausus* des droits réels comme conforme à l'esprit de la loi et à la volonté du codificateur (b).

#### **a) L'exégèse des articles 543 et 2115 du Code civil**

**134. L'exégèse de l'article 543 du Code civil.** Pour certains auteurs, le *numerus clausus* des droits réels découle de la simple lecture exégétique de l'article 543. Le texte peut se comprendre dans deux sens. Il est possible de considérer que les différents droits ici cités (propriété, droit de jouissance, services fonciers) sont de simples possibilités de démembrement ; la lecture de l'article est alors extensive, permettant de se référer aux droits cités mais également de les dépasser. À l'inverse, il est possible de voir ici dans la jouissance et les services fonciers les seuls démembrements de la propriété, la liste donnée serait alors limitative et constituerait le contenu du *numerus clausus* des droits réels. Cette approche peut se retrouver, à l'époque, chez Demante, pour qui : « *la loi donne assez à entendre que les droits de jouissance et de servitude sont les seules modifications possibles de la propriété* »<sup>433</sup>. Cette exégèse semble perfectible, le début de l'article précise « *on peut*

---

<sup>433</sup> A.-M. Demante, *Cours analytique de Code civil*, T.II, Plon, 1881, Paris, p.443. La même approche se retrouve chez Domolombe, pour qui : « *Nous concluons que l'article 543 est limitatif et qu'en conséquence les droits que les parties peuvent établir sur les biens doivent nécessairement toujours pouvoir être ramenés à l'une de ces trois classes : soit à un droit de propriété, soit un droit de jouissance, c'est-à-dire d'usufruit, d'usage ou d'habitation, soit enfin à des services fonciers. C'est dans ce cercle que la liberté des conventions et des dispositions doit se mouvoir. Au-delà, il n'y a que des droits personnels, comme par exemple, le droit résultant du bail* », C. Domolombe, *Cours de Code Napoléon*, op.cit., p.461.

*avoir sur les biens* » avant de donner une liste des différents droits, toujours précédés du « ou ». Du point de vue grammatical, ce « ou » indique une disjonction inclusive, c'est à dire que les éléments mis en conjonction peuvent ici cohabiter. Dès lors, la liste pourrait être extensive et inclure d'autres droits. Il est possible de penser que si le codificateur avait voulu restreindre la liberté de constituer des droits réels en dehors de cette liste, la rédaction de l'article 543 du Code civil eut été différente, par exemple : « *on ne peut avoir sur les biens que, un droit de propriété, un simple droit de jouissance, des services fonciers à prétendre* ».

**135. L'exégèse de l'article 2115 du Code civil.** Dans un ordre d'idée similaire, la doctrine favorable à un *numerus clausus* des droits réels a interprété l'article 2115 du Code civil comme un exemple du principe général<sup>434</sup>. Cet article qui, rappelons-le, limitait les hypothèques aux seuls cas prévus par la loi, était donc analysé à la lumière du principe du *numerus clausus* des droits réels. L'article n'est pas ici perçu comme le fondement du principe – ce dernier reste l'article 513 du Code civil – mais comme son expression pour les droits réels accessoires. Ici encore, l'analyse semble perfectible. Il existe une distinction fondamentale entre les droits réels principaux et les droits réels accessoires, distinction qui peut justifier des différences, tant dans les conditions de mises en œuvre que pour le régime. En effet, les droits réels principaux et les droits réels accessoires n'intéressent pas le même objet. Les premiers viennent démembrement les utilités de la chose appropriée, et donc sa valeur d'usage, alors que les seconds participent au démembrement de la valeur d'échange de la chose. Quand bien même une analyse d'ensemble pourrait être envisagée, il serait alors possible de raisonner par le prisme du principe et de l'exception. Si le principe est la libre constitution des droits réels, l'article 2115 en est l'exception.

## **b) Le fondement ontologique ou l'esprit de la loi**

Quand le texte ne se livre pas avec aisance, qu'il peut donner lieu aux exégèses contradictoires, la recherche de ses fondements est une entreprise qui peut venir asseoir de manière définitive la position défendue. Telle fut la stratégie de certains auteurs partisans de la théorie du *numerus clausus* des droits réels. Pour ce faire, un texte est venu en appui, le rapport du conseiller d'État Treilhard. Un des extraits est, sur ce point, particulièrement dans

---

<sup>434</sup> C. Demolombe, *op.cit* ; J. Foelix et M. Henrion, *Traité des rentes foncières, suivant l'ordre de Pothier et d'après les principes de la législation nouvelle*, éd. J.-J. Blaise, 1828, p.29, cité par L. Pfister, « Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels ? Retour sur la controverse doctrinale au XIX<sup>ème</sup> siècle », *RDC*, 2013, p.1276.

le sens de la limitation des démembrements : « *sont les seules modifications dont les propriétés soient susceptibles dans notre organisation politique et sociale* »<sup>435</sup>. Cette position – qui n'est pas solitaire dans le discours de Treilhard – s'inscrit parfaitement dans le sens du *numerus clausus*. Elle permet de justifier l'approche exégétique des auteurs favorables à la théorie tout en la plaçant comme un élément central du nouvel ordonnancement juridique. Pour autant, si la position de Treilhard peut justifier la limitation des droits réels aux seuls cas prévus par le Code, il faut également interpréter cette position avec son objectif politique.

## 2. Une théorie fondée sur le dogme propriétaire

**136. Le *numerus clausus* des droits réels, protecteur de l'ordre nouveau.** Afin de démontrer la nécessité d'une limitation de la liberté de constitution des droits réels aux seuls cas présents dans le Code civil, les auteurs se sont fondés sur un argumentaire politique : le danger d'un retour au féodalisme. Ce faisant, ces auteurs vont tisser un lien avec la pensée des codificateurs en ralliant le combat politique initial. Par exemple, pour Mourlon : « *si les particuliers pouvaient à leur gré modifier la propriété en la grevant de charges réelles que la loi ne reconnaît pas, on arriverait ainsi, de concessions en concessions, à reconstituer tout le vieux droit féodal* »<sup>436</sup>. Avec ce potentiel retour du féodalisme, c'est la conception civiliste du droit des biens qui se veut d'être protégée. C'est ainsi que Demolombe inscrit la question de la constitution des droits réels comme une des pierres angulaires de l'ordre civiliste : « *la loi qui détermine et organise les droits réels dont les biens sont susceptibles, intéresse sans doute au plus haut degré les tiers, le public, le mode de transmission des biens, la sécurité des conventions* »<sup>437</sup>. Pourtant, la représentation que se font les auteurs d'éventuels droits réels *sui generis* est surtout envisagée à travers l'idée de droits réels perpétuels<sup>438</sup>. Effectivement, l'argument paraît ici incontestable. À concevoir qu'il soit possible de créer, par la seule volonté du propriétaire, des concessions perpétuelles sur un bien approprié, c'est la notion même de propriété qui se verrait contestée par des droits concurrents portant sur le même bien. Surtout, et c'est ici le point central de l'argumentaire utilisé, la perpétuité de ces droits condamnerait la propriété à être dans une concurrence infinie, ressuscitant la division de la propriété. Autrement dit, c'est la défense de l'ordre civil qui est ici prônée.

---

<sup>435</sup> P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.XI, *op.cit.*, p.33.

<sup>436</sup> F. Mourlon, *Répétitions écrites sur le premier examen de Code Napoléon*, A. Marescq, 8<sup>ème</sup> éd., 1869, n°1431, p.683 (cité par : L. Pfister, « Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels ? Retour sur la controverse doctrinale au XIX<sup>ème</sup> siècle », *op.cit.*, p.1277).

<sup>437</sup> C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, *op.cit.*, p.452.

<sup>438</sup> *Ibid.*, p.464 et 469.



**137. Le lien entre *numerus clausus* et propriétaire souverain.** À l'inverse, l'argumentaire en faveur du *numerus clausus* a pu prendre pour motif la défense du dogme propriétaire. Dans cette approche, c'est la propriété prise à travers les caractéristiques données par le dogme qui tend à être protégée par le *numerus clausus* des droits réels. Cela se retrouve aisément sous la plume de Lesenne quand ce dernier évoque que la propriété se conçoit « *naturellement comme un droit absolu et sans partage (...) et si la propriété est parfois soumise à des démembrements, ils ne peuvent être qu'une création de la loi civile* »<sup>439</sup>. Comme en théologie, les réponses sont à chercher dans les écritures, la volonté individuelle étant perçue comme contenant les germes de la dissidence. En instituant les droits réels présents dans le Code civil comme uniques solutions, le dogme propriétaire s'assure une protection théorique et une cohérence d'ensemble. À travers le *numerus clausus* des droits réels, c'est la figure du propriétaire souverain qui est protégée. À l'inverse, l'usage partagé qui pourrait découler de la liberté de constitution des droits réels *sui generis* est perçu comme dissolvant pour le dogme propriétaire.

## **B. Une théorie contestée mais pérenne**

La théorie du *numerus clausus* des droits réels doit être relativisée. Premièrement, elle est loin d'emporter, à l'époque, l'ensemble des auteurs. C'est ainsi que le XIX<sup>ème</sup> siècle verra un mouvement plus favorable à la libre constitution des droits réels *sui generis* (1). Malgré cette franche opposition, la théorie du *numerus clausus* des droits réels sera féconde et perdurera en doctrine pendant le XX<sup>ème</sup> siècle (2).

### **1. L'opposition doctrinale à la théorie du *numerus clausus* des droits réels**

**138. Les fondements : de la liberté de disposer à la liberté des conventions.** Favorables à la libre constitution des droits réels, certains auteurs se sont notamment fondés sur le droit de disposer, celui-ci justifiant la liberté de démembrement. C'est ainsi que Toullier évoque la possibilité, pour le propriétaire, de « *détacher les droits que bon lui semble, étendre ou limiter ces droits comme il le veut, en un mot démembrer sa propriété comme il le juge à propos* »<sup>440</sup>. De même, le principe de la liberté contractuelle est également évoqué, en précisant que « *la*

---

<sup>439</sup> N.-M. Lesenne, *De la propriété avec ses démembrements*, Cosse et Marchal, 1858, p.10.

<sup>440</sup> C.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T.III, 4<sup>ème</sup> éd., 1822, p.62.

*liberté des conventions forme tellement, en cette matière, la règle générale que, quand le législateur a voulu y soustraire un démembrement du droit de propriété, il a cru devoir s'en expliquer* »<sup>441</sup>. En se fondant sur l'article 2115 du Code civil, l'argumentaire prend le contre-pied des auteurs qui voyaient dans cet article une démonstration de la théorie du *numerus clausus*<sup>442</sup>. La limitation des hypothèques est ici perçue comme une exception : puisque le principe s'incarne dans la libre constitution des droits réels, l'article 2115 du code en est l'exception. D'autres auteurs auront quant à eux une interprétation substantiellement différente de l'article 543 du Code civil. Au lieu de percevoir, comme les chantres du *numerus clausus*, un article à l'énoncé exhaustif, celui-ci est envisagé comme simplement descriptif<sup>443</sup>. L'énumération des différents droits de l'article ne serait qu'une annonce de plan des titres qui le suivent.

Cela étant, ces auteurs n'envisagent pas une liberté de constitution des droits réels qui puisse s'exprimer sans limites. Au contraire, cette liberté, inhérente à la propriété, ne peut s'exprimer quand elle viendrait remettre en cause la propriété elle-même. En ce sens, les auteurs favorables à ce courant de pensée ont inscrit la limite temporelle des démembrements comme principe essentiel à liberté de constitution, formant un parapet face au retour du droit féodal. Dans cette approche, la conception du rapport entre propriété et politique s'inscrit pleinement dans la vision des codificateurs et non dans celle des auteurs prônant la figure du propriétaire souverain. Cependant, malgré cette opposition franche, la théorie du *numerus clausus* des droits réels s'est largement perpétuée durant le XXème siècle<sup>444</sup>.

## 2. Une théorie inscrite dans le temps

**139.** Si la doctrine civiliste a largement repris la théorie du *numerus clausus*, l'argumentaire ne fut pas toujours identique à celui développé au XIXème siècle. C'est ainsi que certains

---

<sup>441</sup> D. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, T.XXXVIII, Bureau de jurisprudence générale, 1894, V° « Propriété », n° 73, p.204 (cité par L. Pfister, « Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels ? Retour sur la controverse doctrinale », *op.cit.*, p.8).

<sup>442</sup> Sur ce point : *Supra* n° 135.

<sup>443</sup> En ce sens : A. Duranton, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, *op.cit.*, p.69.

<sup>444</sup> La question du *numerus clausus* des droits réels a fait l'objet de vives controverses en droit contemporain. Sur ce point : B. Mallet-Bricout, « *Le numerus clausus des droits réels, la fin d'un mythe* », in *19<sup>ème</sup> conférence Albert Meyrand*, éd. UDM, Montréal, 2017. Elle semble aujourd'hui résolue : il est possible de constituer librement des droits réels *sui generis*, sous respect des règles d'ordre public. Il s'agit, à n'en pas douter, d'une avancée majeure en droit des biens, une porte d'entrée permettant d'envisager l'usage partagé d'un bien : Ces problématiques sera l'objet du Titre 4 de la présente étude.

auteurs<sup>445</sup> prendront pour justificatif la nature des droits réels, c'est-à-dire des démembrements du droit de propriété. Les droits réels étant des démembrements du droit en lui-même, il appartient donc au législateur de déterminer ce qu'il est possible de démembrer. Ici, c'est toujours le droit de propriété qui se voit protégé contre une potentielle remise en cause par des démembrements. L'argument est logique, les droits réels permettant à un tiers de jouir des utilités de la chose, ils vont naturellement obérer la puissance du propriétaire sur sa chose. Or, si la liberté de constituer des droits réels *sui generis* se voit reconnue, c'est toute la dimension souveraine du propriétaire qui peut se voir contestée (par des droits réels à longs termes, par une multiplication de droits de jouissance sur le bien, etc.). Pour d'autres, le *numerus clausus* se justifierait par les limites inhérentes aux usages des choses. De la sorte, les droits réels prévus par le Code civil seraient suffisants, ils retranscriraient les différentes manières dont on peut user d'une chose<sup>446</sup>. De manière plus générale, les auteurs du XX<sup>ème</sup> siècle se sont assez peu intéressés à la question, la majorité des ouvrages ne l'époque n'entrait pas dans les détails de la question, se contentant de rappeler le principe<sup>447</sup>. Comme l'a souligné une auteure, la théorie du *numerus clausus* des droits réels n'était que rarement remise en cause, précisant que « *pour l'étudiant de la deuxième moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, et encore dans les années 1990 ou 2000, le numerus clausus des droits réels était au mieux un questionnement, voire une réalité en droit français* »<sup>448</sup>.

Malgré ces positions originales, la défense du *numerus clausus* des droits réels s'est largement fondée sur la question de l'ordre public, tel que Demolombe le faisait en son temps<sup>449</sup>. À partir de là, il est possible de comprendre que la défense du *numerus clausus* des droits réels

---

<sup>445</sup> En ce sens : H., L., et J. Mazeau, F. Chabas, *Leçon de droit civil*, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd, T.II, vol. 2, 1994, p.4 : « *Leur volonté étant autonome, les personnes sont libres, en principe, de créer entre elles n'importe quel lien de droit, de telle sorte qu'il n'est pas possible de donner une énumération limitative des droits personnels. Il n'en va pas de même pour les droits réels. Puisque deux personnes ne sont plus en présence, mais une personne et une chose, il ne peut appartenir qu'au législateur de définir les pouvoirs que l'homme est en droit d'exercer sur une chose. Il a donc donné une liste limitative des droits réels* ».

<sup>446</sup> P. Malinvaud, *Le cadre juridique des relations économiques (introduction au droit)*, Litec, 1975, p.164.

<sup>447</sup> Pour exemple : M. Planiol, G. Ripert, J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, T. I, 1950 n° 3788.

<sup>448</sup> B. Mallet-Bricout, « *Le numerus clausus des droits réels, la fin d'un mythe* », *op.cit.*, n° 11.

<sup>449</sup> Évoquant la reconnaissance d'un droit réel *sui generis* par la Cour de cassation, Jean Carbonnier rend un hommage à Frédéric Zenati qui, dans son commentaire, se fonde sur l'argumentaire de Demolombe : « *M. Zénati n'en a pas moins eu raison de reprendre les débats dès leur principe. Il les a repris (D. 85, 504), et comme l'avait fait Demolombe (T.IX, n°515 et s.) au siècle dernier, il se prononce avec vigueur pour que reste close, scellée par la loi, la liste des droits réels. Ceux-ci étant autant d'entraves à la propriété, l'interprète a pour devoir d'en empêcher le pullulement practer legem. Mais il y a fort à faire, car notre époque est plutôt féodale* » : J. Carbonnier, *Droit civil, les biens, les obligations*, P.U.F, Quadriges, n° 706. Voir également : F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens, op.cit.*, n° 296 ; *Contra* : F. Terré, P. Simler, *Les biens*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., n° 52, p.62 sq.

emporte également l'approche dogmatique de la propriété. Pour le prince de l'Exégèse, l'ordre public est tant un bouclier contre le retour du féodalisme que contre le développement du socialisme. En corollaire, l'ordre public est également le protecteur de l'ordre institué par le Code civil, mais également celui de la figure du propriétaire souverain défendu par Demolombe.

\*\*\*\*\*

**140.** Par son article 544, le Code civil a consacré le droit de propriété comme la pierre angulaire du nouvel ordonnancement juridique. Il est le libérateur d'un citoyen autrefois sujet d'un système féodal avilissant. Avec la propriété, c'est donc un homme nouveau qui prend son envol, un citoyen propriétaire libre de disposer de son bien, de pouvoir en jouir librement, dans la seule limite des lois et règlements. À lire les premiers commentateurs du Code Napoléon et les codificateurs eux-mêmes, la propriété est une émanation du droit naturel, tout en étant le fruit de l'ordre civil. Surtout, l'époque est marquée par une démarcation entre les notions de propriété et de souveraineté. Cette distinction, relativement classique dans l'histoire, veillait à ne pas confondre la notion de *dominium*, rattachée à la sphère privée, et la notion d'*imperium*, qui consacrait un pouvoir politique. La réunification des deux notions est le fruit d'une construction doctrinale du milieu du XIXe siècle. Instaurée par des tenants de l'École de l'exégèse, cette approche de la propriété est née sur un fondement politique clair : la défense de la propriété face au péril ouvriériste. Ce faisant, les auteurs de ce courant ont créé la figure du propriétaire souverain. Celui-ci est désormais considéré comme le seigneur de son bien, pouvant en jouir comme bon lui semble.

Cette approche renouvelée de la conception de la propriété s'est dogmatisée, au sens religieux du terme, en déterminant la propriété comme étant tant consubstantielle à l'homme qu'une création divine. Dans un cas, comme dans l'autre, toute contestation de la propriété reviendrait à nier à la fois l'homme et dieu. À ce titre, il nous a semblé opportun de faire un détour par l'épistémologie afin d'envisager la dogmatisation de la propriété comme étant un obstacle épistémologique, autrement dit comme une théorisation qui, en formant un discours d'essentialisation fondé sur des arguments d'autorité, empêche de penser réellement la propriété.

Cette relation établie entre propriété et souveraineté n'est pas uniquement une affaire d'appréhension de la propriété, ses conséquences étant autant théoriques que pratiques. D'abord, la dogmatisation de la propriété à l'aune du propriétaire souverain constitue bien la figure paroxystique de l'antagonisme entre propriété et usage partagé d'un bien. À l'instar du despote, le pouvoir du propriétaire ne peut être partagé. Le partage de l'usage du bien correspondrait, en l'occurrence, à la négation même de l'essence de la propriété. De ce principe théorique en découle une conséquence pratique logique : le *numerus clausus* des droits réels. Leur libre création pourrait mettre à bas l'approche unitaire de la propriété, notamment en multipliant les droits réels *sui generis* sur le bien. Évoquant le serpent de mer qu'est la féodalité, la majorité des auteurs va ainsi arguer que cette limitation des droits réels s'inscrit dans un respect de l'ordre public des biens.

### Conclusion du chapitre

L'institution de la propriété moderne est le fruit d'un long processus. Comme nous avons essayé de le relater ici, les inspirations sont nombreuses, et résultent d'un cheminement complexe et syncrétique qui façonne une place nouvelle à l'homme, dans son monde et donc sa relation aux choses.

**141. La dimension philosophique de la propriété moderne.** Dans la suite de la naissance du subjectivisme dans le Moyen-âge tardif, le réicentrisme a laissé sa place à un anthropocentrisme. Véritable changement de paradigme, ce tournant majeur de l'histoire de la pensée entraîne, dans son sillage, des bouleversements majeurs sur la manière de penser la relation entre homme et chose. Sur ce point, l'homme a remplacé Dieu. L'impossibilité d'être propriétaire de la terre, propre à la pensée chrétienne dans le haut Moyen-âge, est désormais remplacée par l'idée d'un homme conquérant. La propriété moderne, petit à petit, se construit et se développe.

**142. La dimension doctrinale de la propriété moderne.** En parallèle au développement de la philosophie moderne la redécouverte des textes romains entraîna une perception renouvelée de la propriété. Le droit romain est alors envisagé comme le modèle absolu, il est un âge d'or dont les institutions doivent renaître. Ainsi, au-delà de la déformation des techniques coutumières et féodales, la doctrine a pris la propriété romaine comme modèle

général de l'appropriation, contribuant largement à la diffusion de l'idée d'une propriété individuelle et exclusive. À ce titre, les formes d'usage partagé sont considérées comme étant des exceptions au modèle général. Avec la conception moderne de la propriété, l'usage partagé de la chose apparaît comme un contre-modèle. Subséquemment, la maîtrise exclusive de la chose nécessite de la penser par sa corporéité et non plus par ses utilités.

Avec l'œuvre codificatrice, la propriété moderne se trouve consacrée, prenant une place centrale dans l'ordonnement juridique. Véritable œuvre doctrinale, le Code civil viendra opérer une formidable synthèse de la pensée moderne. Les formes d'usage partagé, purgées de la féodalité, exercent toujours une influence. La France du début du XIX<sup>ème</sup> est toujours pétrie de ses traditions séculaires. Aussi, malgré la révolution foncière et rurale, les campagnes de France n'ont pas encore totalement intégré l'exclusivisme propriétaire dans leur conscience. Les premiers commentateurs du Code civil, en revanche, verront dans la propriété une notion qui trouve son origine dans le droit naturel moderne et sa consécration par le Code civil. Dépassant cette vision originare, une partie de l'École de l'Exégèse a dogmatisé la propriété en déterminant le propriétaire comme le souverain de son bien.

**143. La dimension politique de la philosophie moderne.** Lorsqu'il est question de régir les relations qu'entretiennent les hommes aux choses, les règles techniques sont souvent le reflet d'une volonté politique. La pensée physiocrate, axée sur le développement d'une agriculture individuelle et productive, a largement aidé à repenser les rapports fonciers. Sous cette influence, la « *révolution foncière et rurale* » s'est mise en place, rompant avec les traditions rurales et donc avec les formes de partage d'usage de la terre. C'est ainsi que les différentes formes de propriété simultanées furent abolies, qu'elles soient féodales ou coutumières. La volonté politique emportant la technique, la lutte contre les formes d'usage partagé prit plusieurs formes, que ce soit par la suppression des baux de longue durée, la lutte contre les droits de vaine pâture ou les communaux. Liés à la volonté de détruire les vestiges de la féodalité, les codificateurs ont modelé le droit des biens sur l'idée d'une propriété exclusive, unitaire et absolue. En liant propriété et souveraineté, certains juristes du XIX<sup>ème</sup> ont réalisé un processus de dogmatisation de la propriété. Ce dernier, inscrit dans une volonté affichée de préserver l'institution d'un socialisme naissant, a mis en exergue la dimension absolutiste du droit de propriété, notamment en déterminant le propriétaire comme titulaire d'un pouvoir souverain sur son bien. Conséquence technique de ce postulat politique, les

droits réels se voient réduits, dans leur expression, au strict minimum, c'est-à-dire aux droits réels présents dans le Code civil.

## Conclusion du Titre

**144. L'antagonisme historique ou la différence ontologique des temps.** Concevoir un antagonisme, une lutte entre deux modes d'appropriation différents, nécessite un détour par la manière de penser le rapport entre homme et chose. Chaque âge possède son ontologie propre, et une définition de l'appropriation qui lui correspond. À ce titre, l'époque médiévale est au « *réicentrisme* » : les hommes, incapables de dominer la nature, sont inscrits dans un rapport d'humilité avec les choses qui les entourent. La nécessité de subsistance va entraîner une approche pragmatique de l'appropriation, visant à maximiser les utilités des choses. La propriété, exclusive et individuelle, n'est pas à l'ordre du jour. Ce refus de l'appropriation individuelle trouvera un appui certain dans l'exégèse des textes sacrés ; des Pères de l'Église à la pensée de certains ordres monastiques, l'époque est tant à la quête de la pauvreté qu'à la sacralisation des modes de vie – et donc d'appropriation – communautaires.

À l'inverse, le droit moderne institue l'homme dans une relativité nouvelle. Doté de raison, et devenu sujet de droit, l'homme se place alors au dessus des choses. La propriété, quant à elle, découle de la nature même de l'homme et se conçoit par un rapport individuel entre l'homme et les choses. D'un point de vue politique, la propriété est perçue comme une garantie de la liberté individuelle contre l'État. Surtout, la dimension unitaire de la propriété se veut être un garde fou, une digue essentielle contre le féodalisme et les différentes formes de propriétés simultanées qui jalonnaient l'Ancien droit.

L'antagonisme est donc, au départ, ontologique. Il n'est que l'aboutissement de deux mondes qui s'affrontent. La propriété exclusive et l'usage partagé ne sont que des conséquences de la manière de penser l'homme, les choses, et Dieu. Ces différences resurgiront alors tant dans l'appréhension de la chose que dans la dimension relationnelle de l'appropriation.

**145. L'antagonisme historique ou la différence de conception de la chose.** Dans le cadre de l'appropriation médiévale, la chose n'est pas perçue dans sa corporéité, mais par ses utilités. C'est ainsi qu'un champ n'est pas par une notion géographique, il se définit à travers les utilités qui peuvent en être soutirées (faire paître du bétail ; le cultiver ; etc.). Les notions de saisine, comme les droits collectifs coutumiers, prendront ainsi les utilités des choses comme référencement. Cela conduira, si l'on prend la chose dans sa définition géographique, à une multiplicité de jouissances superposées. C'est ainsi, par exemple, que la saisine peut porter tant sur des objets corporels que sur des droits incorporels.



À l'inverse, le droit moderne va concevoir la chose par sa substance, sa corporéité. Dans une société où le commerce se développe, la faculté de pouvoir modifier la chose et de l'aliéner devient indispensable. Pour ce faire, la maîtrise de la matière est alors nécessaire. La propriété devient alors le synonyme de la maîtrise totale de la chose, comme le soulignait Bartole<sup>450</sup>. Le *jus disponendi* devient alors un élément de définition de la propriété telle que les modernes pouvaient la concevoir. La cristallisation de cette appréhension de la chose par sa corporéité se trouvera cristallisée par l'article 544 et les dispositions du livre II du Code civil.

L'antagonisme se retrouve donc dans la manière d'appréhender le bien. En concevant l'appropriation par les utilités de la chose, l'usage partagé de cette chose devient le mode général de relation aux choses. L'appropriation qui serait une jouissance de l'ensemble des utilités est alors résiduelle. À l'inverse, à concevoir l'appropriation par la corporéité de la chose entraîne une maîtrise de l'ensemble de ces utilités. La maîtrise corporelle, totale, devient alors la norme.

**146. L'antagonisme historique ou l'opposition entre approche collective et individuelle de l'appropriation.** À concevoir la chose par ses utilités, l'usage partagé de la chose corporelle apparaît envisageable. La chose corporelle devient alors le réceptacle de droits qui vont permettre la jouissance de ces utilités. Évidemment, la dimension collective de l'appropriation est ici prégnante. Si les jouissances peuvent être individuelles – comme souvent avec la saisine – elles peuvent aussi prendre une dimension communautaire par la reconnaissance d'un droit de jouissance spécifique à une communauté déterminée. C'est ainsi que les droits de glanage, pacage ou de vaines pâtures instaurent un droit collectif sur une chose appropriée, elle même pouvant faire l'objet de multiples saisines. À prendre la chose corporelle pour modèle, on arrive donc à des multiplications de droits sur celle-ci, droits qui peuvent être perpétuels ou non, ce qui entraîne une simultanéité des appropriations, autrement dit des « propriétés simultanées ».

*A contrario*, la disposition de la matière, la jouissance de la totalité des utilités de la chose corporelle, nécessite que cette dernière ne subisse pas une multiplication de droits. La propriété moderne embrasse toute la chose, laissant alors le propriétaire à son destin de

---

<sup>450</sup> Bartole, (*Comm.* 17, 1) : « La propriété est la pleine disposition d'une chose corporelle ».

maître. La propriété est ici conçue dans l'individualité, et rejette le collectif. Face aux modes d'appropriation collective, l'exclusivisme sera le bras armé de la propriété, celui qui permettra au propriétaire de jouir de son bien de la manière la plus absolue.

L'antagonisme entre usage partagé et propriété est donc profond ; d'abord métaphysique, il s'appuiera ensuite sur la théorie juridique, le droit positif, mais également la doctrine qui, en dogmatisant la propriété autour de l'image du propriétaire despote, fait de l'usage partagé une ruine juridique. Malgré tout, est-ce à dire que l'antagonisme historique entre propriété et usage partagé d'un bien demeure figé ? A-t-il vocation à la perpétuité ? La question mérite d'être posée. Le droit des biens contemporain subit une profonde mutation et ce, depuis plusieurs décennies. Il nous convient de la sonder, d'en percevoir les lignes générales, afin de pouvoir répondre à la question suivante : l'antagonisme entre propriété et usage partagé est-il en train de se mouvoir en une possible conciliation ?

## Titre II

### De la propriété à l'usage partagé, la possible conciliation contemporaine

**147.** Évoquer la conciliation, c'est proposer l'unité au lieu de l'altérité. Certes, le poids de l'histoire est fort et ne joue pas en la faveur d'une réunion de l'usage partagé et de la propriété. Pourtant, des représentations nouvelles d'usage partagé naissent et interrogent cette possibilité. Face à cela, deux stratégies sont possibles. Il serait possible, avec certains auteurs, d'appréhender les notions sous le prisme de l'antagonisme, il conviendrait alors « *d'opposer le droit d'usage à la propriété* »<sup>451</sup>. Une autre voie semble pourtant envisageable. Pour cela, il apparaît nécessaire de dépasser les considérations politiques, voire idéologiques, et ne plus considérer la propriété à partir de son dogme.

Pour s'en convaincre, il conviendra d'analyser un mouvement émergent et décrit comme un « retour », celui des communs. Ces formes spécifiques d'appropriation se caractérisent notamment par une distribution des utilités d'un bien. À ce titre, ce mouvement pourrait être décrit comme concurrent de la propriété exclusive, mais également comme une première possibilité de conciliation (Chapitre I). Avec ce point de repère, la recherche des formes d'usage partagé d'un bien pourra être effectuée de manière plus large, englobant leurs diverses représentations. Ceci nous permettra, *in fine*, d'étudier le phénomène dans sa totalité et ainsi rechercher si sa conciliation avec la propriété peut être une éventualité (Chapitre II).

---

<sup>451</sup> P. Dardot, C. Laval, *Commun, Essai sur la révolution au XXIème siècle*, La découverte, 2014, p. 467.



## Chapitre I

### La propriété concurrencée par le renouveau des « communs »

**148.** Le terme de « *renouveau* » n'est pas le fruit du hasard. Nous aurions pu tout aussi bien le remplacer par « *retour* »<sup>452</sup>, « *renaissance* » ou même « *résurgence* »<sup>453</sup>. Derrière l'utilisation de ce vocable précis, une idée se retrouve : celle d'un phénomène qui n'est pas inconnu de notre histoire et qui semble rejaillir. Ainsi, la théorie des communs, appuyée par le retour effectif de ceux-ci, n'est pas le simple résultat d'études universitaires mais, au contraire, un phénomène social aux nombreuses conséquences juridiques. Pour autant, s'il ne s'agit pas d'un « retour » au sens strict du terme, il s'agit d'un phénomène qui ressurgit, mais qui s'adapte aux problématiques actuelles.

Pour comprendre les « communs » et pouvoir les appréhender aux mieux, il convient d'en rechercher les causes. Ce travail préliminaire s'avère essentiel puisqu'il nous donnera la connaissance nécessaire qui permettra de découvrir que le « renouveau » de la notion s'inscrit en réaction à l'hégémonie propriétaire (Section 1).

Après avoir opéré ce travail de détermination des causes du « *renouveau* » des « communs », il conviendra d'opérer une interprétation du phénomène. Ici, l'objectif sera de déterminer les éléments qui caractérisent les « communs ». À travers ces derniers, il sera possible d'en extraire un substrat qui rendra compte de la concurrence que la notion serait en mesure d'apporter à celle de propriété individuelle et exclusive (Section 2).

#### Section 1 : La cause : l'hégémonie propriétaire

Si les communs sont le fruit d'un « renouveau », qu'il soit doctrinal ou pratique, c'est en réaction à une longue tradition qui fit de la propriété individuelle et exclusive le modèle archétypal de l'appropriation. Dans ce schéma de pensée, les communs étaient perçus comme des pratiques peu efficaces, dont l'avenir appartenait à l'histoire. C'est ainsi que se créa une

---

<sup>452</sup> Cette expression est notamment reprise par : B. Coriat, « Le retour des communs : Sources et origines d'un programme de recherche », in *Propriété et communs, Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés*, ANR Propice, 2013, p. 5 ; B. Coriat (dir.), *Le retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire*, L.L.L., Paris, 2015.

<sup>453</sup> J. Rochfeld, « Entre propriété et accès : la résurgence du commun », in *LA BIOEQUITE, Batailles autour du paradigme du vivant*, éd. AutrementFrontières, 2009, p.69 *sqq.*

*doxa* dans les milieux juridiques et économiques : celle d'une sacralisation de la propriété dont le pendant fut la condamnation de la notion de communs (I). Conséquence directe de cette doctrine, la propriété étendit son influence par le truchement de la propriété intellectuelle sur des biens nouveaux, auparavant considérés comme pouvant être ouverts à l'usage partagé (II).

## **I/ Le fondement théorique : le paradigme de la « tragédie » des communs**

Si les questionnements relatifs aux communs n'ont que très dernièrement intéressé les juristes, les économistes y ont toujours voué un intérêt certain. Ainsi, au cœur de la littérature économiste classique, la question des « communs » a largement été traitée. Un consensus s'est formé autour du diagnostic les concernant : « *la disqualification économique des communs* »<sup>454</sup>. Cette analyse se fondera sur une théorie célèbre, celle de la "tragédie des communs" (A), dont les aboutissants influenceront la pensée économique en sacralisant la propriété exclusive et individuelle (B).

### **A. « *The Tragedy of the Commons* », point de départ de la « disqualification » des communs**

**149. Une théorie ancrée dans une pensée néo-malthusienne.** Plus que quiconque, un auteur a durablement influencé la pensée existante autour de la question des communs : Garrett Hardin<sup>455</sup>. Avant même de détailler plus avant les tenants et aboutissants de son célèbre article, il convient de préciser quelques points biographiques. Hardin n'était pas juriste, ni même économiste, il a une formation de biologiste et d'écologue. C'est donc à ce titre qu'il s'intéresse à la question des communs, puisqu'il a pour objectif d'étudier si les communs représentent un mode d'appropriation permettant la viabilité et la préservation des ressources naturelles qui lui sont soumises. En réalité, il semblerait que cette recherche ne soit pas principale chez l'écologue américain ; une double lecture pouvant en être tirée à la lumière de la pensée de l'auteur. Celui-ci, inscrit dans une démarche néo-malthusienne, revendique

---

<sup>454</sup> C. Guibet-Lafaye, « La disqualification économique du commun », *RIDE*, T.28, N° 3, 2014, p.271 *sqq.* Pour l'auteur, la « disqualification économique du commun » provient du travail des économistes libéraux du milieu du XXème siècle et qui s'institua comme la *doxa* dominante pendant de nombreuses années.

<sup>455</sup> G. Hardin, « *The Tragedy of the Commons* », *Science*, vol. 62, 1968, p. 1243 *sqq.*

clairement son appartenance à la mouvance eugéniste<sup>456</sup>. Ainsi, pour l'auteur, la question de la sauvegarde des ressources est indubitablement liée à la question de la surpopulation, la réalisation de la première allant de pair avec la réduction de la seconde. L'objectif théorique de Hardin est donc loin des considérations propres à la question de l'appropriation. Selon Benjamin Coriat, Hardin utilise la métaphore des communs afin de dénoncer « *l'irrévocabilité des droits des familles à décider d'elles mêmes* »<sup>457</sup> reconnu par l'Organisation des Nations Unis. La « tragédie des communs » s'inscrit donc dans une logique politique, celle de la régulation des populations. Toutefois, il est aujourd'hui impossible de faire l'impasse sur l'étude de ce texte tant l'aura de ce dernier fut grande chez les économistes et les juristes. Mais, au fond, en quoi les communs mèneraient nécessairement à la « tragédie » ?

**150. La « tragédie » des communs.** Dans son article, Hardin va exposer ce qu'il sous-entend par la « tragédie » des communs. Pour ce faire, l'auteur va utiliser l'exemple d'un pâturage mis en commun et ouvert au plus grand nombre<sup>458</sup>. La question est de savoir si cette ouverture, cette mise en commun du pâturage, va être bénéfique à la ressource et à ses usagers. Si l'auteur sous-entend que la mise en commun du pâturage a pu être viable dans des temps où les populations humaines et agricoles étaient faibles, elle est en revanche impossible à mettre en place dans les temps contemporains, sauf à basculer dans la « tragédie » : "*It is to be expected that each herdsman will try to keep as many cattle as possible on the commons. Such an arrangement may work reasonably satisfactorily for centuries because tribal wars, poaching, and disease keep the numbers of both man and beast well below the carrying capacity of the land. Finally, however, comes the day of reckoning, that is, the day when the long-desired goal of social stability becomes a reality. At this point, the inherent logic of the commons remorselessly generates tragedy*"<sup>459</sup>.

---

<sup>456</sup> Sur ce point, voir l'étude approfondie de F. Locher qui décrit le contexte intellectuel dans lequel Hardin s'est formé et les inspirations qui façonnent sa pensée. F. Locher, « Les pâturages de la guerre froide : Garrett Hardin et la « tragédie des communs », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n°1, 2013, p.7 *sqq.*

<sup>457</sup> B. Coriat, « Le retour des communs : Sources et origines d'un programme de recherche », in *Propriété et communs, Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés*, ANR Propice, 2013, p.5, (en ligne).

<sup>458</sup> « *Picture a pasture open to world* », G. Hardin, « The Tragedy of the Commons », *op.cit.*, p.1244.

<sup>459</sup> « *On peut s'attendre à ce que chaque éleveur essaie de mettre le plus de bétail possible sur les terrains communaux. Cet arrangement peut fonctionner de manière raisonnablement satisfaisante durant des siècles, dès lors que les guerres tribales, le braconnage ou les maladies maintiennent le nombre d'hommes et d'animaux bien en deçà de ce que ces terres peuvent supporter. Mais le jour du jugement finit par arriver quand l'aspiration séculaire à la stabilité sociale devient enfin une réalité. C'est alors que la logique inhérente des communs génère irrémédiablement la tragédie* », G. Hardin, « *The Tragedy of the Commons* », *op.cit.*, Trad. O. Petitjean, cité dans : *La renaissance des communs, pour une société de coopération et de partage*, Trad. Petitjean (O.), éd. Mayer, 2014, p.33.

Les fondements de la tragédie sont donc aisés à saisir : l'augmentation de la population ne permet pas de pouvoir assurer à tous le fait de pouvoir user de la ressource sans recourir à son épuisement. L'argument est ici purement malthusien, la surpopulation étant considérée comme le facteur premier de la « tragédie », sa réalisation étant due à la nature égoïste de chaque usager du commun. Ces derniers feraient ainsi nécessairement primer leurs intérêts individuels sur l'intérêt commun de la ressource : « *As a rational being, each herdsman seeks to maximize his gain. Explicitly or implicitly, more or less consciously, he asks, « what is the utility to me of adding one more animal to my herd ? » (...) the rational herdsman concludes that the only sensible course for him to pursue is to add another animal to his herd. And another ; and another.... But this is the conclusion reached by each and every rational herdsman sharing a commons. Therein is the tragedy. Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit – in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all* »<sup>460</sup>.

En somme, la tragédie repose sur la multiplication des usagers du commun qui, agissant de manière égoïste, vont augmenter leur rendement personnel au détriment de l'intérêt collectif et la préservation de la ressource.

**151. Le « commun » perçu à travers l'usage ouvert non organisé.** Cette « tragédie » doit être replacée dans son contexte, tant sur l'objet qui est étudié que sur les finalités voulues par l'auteur. Tout d'abord, il convient de préciser qu'ici la ressource est nécessairement foncière. En tant qu'écologue, Hardin s'intéresse en premier lieu aux environnements naturels, l'exemple du pâturage s'inscrit donc dans cette logique en plus d'avoir une assise historique importante<sup>461</sup>. Cependant, et c'est là un particularisme essentiel, Hardin ne se situe pas dans la tradition historique des communaux. Au contraire, il imagine un cas où l'usage de la chose serait partagé par un nombre potentiellement indéfini d'usagers, puisque fondé sur un accès ouvert à la ressource. Surtout, le commun ne serait pas ici doté de normes qui le régiraient. En

---

<sup>460</sup> « *En tant qu'être rationnel, chaque éleveur cherche à maximiser ses gains. Explicitement ou implicitement, plus ou moins consciemment, il se demande : « Quelle serait l'utilité d'ajouter un animal de plus à mon troupeau ? (...) L'éleveur rationnel ne peut que conclure que la seule conduite rationnelle pour lui est d'ajouter cet animal à son troupeau. Puis un autre... Telle est aussi la conclusion atteinte par chacun des éleveurs partageant ces communs. C'est en cela que réside la tragédie. Chacun de ces hommes est enfermé dans un système qui le contraint à accroître son troupeau sans limites – dans un monde qui est limité. C'est vers leur ruine que tous ces hommes se précipitent, en poursuivant leur intérêt bien compris dans une société qui croit à la liberté des communs. La liberté dans un commun entraîne la ruine de tous. » Ibid.*

<sup>461</sup> L'exemple des pâturages n'est pas innocent, l'image de la pâture est caractéristique des formes collectives d'appropriation (les communaux, la vaine pâture, les *open fields* en Angleterre) : voir *supra* n° 112.



cela, il confinerait à une forme de communisme primitif. Dès lors, contrairement aux règles coutumières qui encadraient les communs de l'Ancien droit, Hardin prend l'hypothèse d'un commun où les conditions d'accès et de prélèvement de la ressource ne sont pas administrées. Il induit donc que le commun est synonyme d'accès ouvert et donc d'usage commun à tous.

**152. Analogie avec les *res communes*.** Un rapprochement est alors possible entre le commun perçu par Hardin et la notion de *res communes* dont le Code civil reconnaît l'usage commun<sup>462</sup>. S'il est donc possible de percevoir une similarité entre les deux notions quant à leurs régimes, les choses sur lesquelles elles portent sont en revanche opposées. Dans la théorie de Hardin, il s'agit d'un commun foncier tout à fait classique, en l'espèce un pâturage. Pour les choses dites communes classiques<sup>463</sup>, seules sont concernées les choses dont l'abondance<sup>464</sup> et l'insaisissabilité<sup>465</sup> sont telles que la question de leur appropriation ne se pose pas, au point de pouvoir garantir à chacun la possibilité d'en user librement. Ce qui semble ainsi permettre l'usage commun des *res communes*, c'est qu'elles demeurent ontologiquement rétives à l'idée d'appropriation. À l'inverse, le bien choisi pour illustrer la « tragédie » est un bien foncier absolument classique, ni l'abondance, ni l'insaisissabilité ne semblent le caractériser. Bien au contraire, Hardin lui-même démontre qu'il s'agit d'une ressource épuisable qu'il convient de protéger des assauts de la multitude des usagers.

**153.** La démonstration de Hardin n'est pas fautive : si un bien foncier est ouvert à l'accès et à l'usage commun de tout un chacun sans qu'aucune règle ne vienne opérer des contrôles de gestion, alors la ressource s'épuisera. Les intérêts individuels des différents usagers iront ainsi à l'encontre des intérêts de la communauté des usagers. La « tragédie » est alors démontrée, une tragédie qui ne concerne cependant pas directement les communs mais les systèmes d'accès ouverts et d'usages communs non organisés. Dès lors, le titre même de l'article est fondé sur une erreur de sémantique, erreur qui sera corrigée par l'auteur lui-même lors de la parution d'un article dénommé « *The Tragedy of the Unmanaged Commons* »<sup>466</sup>. Cette erreur n'est pas sans conséquence, puisque Hardin va conclure que l'usage commun du bien mène

---

<sup>462</sup> Article 714 du Code civil : « *Il y a des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* ».

<sup>463</sup> Pour une analyse renouvelée et normative des choses communes : M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, LGDJ, coll. Thèses, 2006 ; sur cette théorie : *Infra* n° 220 et 221.

<sup>464</sup> « *Leur abondance est telle que les personnes ne recherchent pas leur acquisition* », F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, P.U.F, 3<sup>ème</sup> éd., coll. Droit fondamental, 2008, n° 14, p. 49.

<sup>465</sup> « *L'inutilité d'une appropriation des choses communes trouve un renfort puissant dans son impossibilité matérielle* ». W. Dross, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 319-2, p.578.

<sup>466</sup> G. Hardin, « *The Tragedy of the Unmanaged Commons* », *Trends in Ecology & Evolution*, 9(5), 1994, p.199.

nécessairement à la ruine alors que ce n'est pas l'usage collectif qui l'y conduit, mais l'absence de droits et de règles le régissant.

**154. Les droits de propriété comme solution à la « tragédie ».** Une fois la « tragédie » révélée par Hardin, l'auteur va déterminer les solutions qui permettent d'y échapper. La réponse apportée est ici classique : elle réside dans la mise en place de droits de propriété portant sur la ressource. Ainsi, l'auteur détermine la solution qu'il pense idoine, celle de « *l'institution de la propriété privée couplée au droit légal de transmission par héritage* »<sup>467</sup>. À travers cette solution, Hardin propose donc de mettre un terme à l'accès ouvert, d'une part, et à l'usage collectif, d'autre part. Ici, la mise en place des droits de propriété individuels et exclusifs regroupant, pour chaque nouvelle propriété, l'entièreté des utilités de la chose, met fin au commun. Mais pourquoi l'allocation de droits de propriété serait-elle la solution afin d'éviter la tragédie ? Dans la logique de Hardin, la réponse est limpide. La tragédie du commun provient de l'opposition existante entre l'intérêt collectif et les intérêts particuliers, les membres du commun délaissant l'intérêt collectif au profit de leurs seuls intérêts individuels. L'égoïsme inhérent à l'*homo economicus*<sup>468</sup> s'oppose donc à l'intérêt supérieur qu'est l'intérêt collectif au point que la somme des intérêts particuliers vient nuire à l'intérêt collectif. Chacun usera de la ressource commune dans son seul intérêt individuel, tarissant petit à petit la ressource commune et conduisant à ce que l'auteur dénomme la « tragédie ». Dans le cas où il n'existerait que des droits de propriété individuels et exclusifs, il n'y aurait plus d'intérêt collectif à prendre en compte, la possibilité d'abuser de la ressource dans son seul intérêt n'est désormais plus possible, puisque l'accès à la ressource est limité par l'exclusivisme propriétaire. La gestion de la ressource se veut donc plus responsable, cette dernière ne pouvant subir les assauts d'un nombre indéfini d'usagers qui viendraient la condamner à la surexploitation.

Cependant, avant de pouvoir arriver à une telle finalité, il faut déterminer les usagers qui sont à même de pouvoir être considérés comme de potentiels propriétaires. C'est donc la question de la répartition des droits de propriété qu'il convient de poser. Pour ce faire, Hardin propose

---

<sup>467</sup> « *The alternative we have chosen is the institution of private property coupled with legal inheritance* », *Ibid.*

<sup>468</sup> Mancur Olson explique parfaitement ce principe « *L'idée que les groupes tendent à agir conformément aux intérêts d'un groupe est supposée être le résultat logique de ce principe largement accepté du comportement rationnel et intéressé (...) à moins que le nombre d'individus soit assez réduit ou qu'une forme de contrainte ou tout autre dispositif particulier destiné à faire en sorte que les individus rationnels et intéressés n'agiront pas de manière à réaliser leurs intérêts communs ou collectifs.* » : M. Olson, *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press, Cambridge ; cité par : E. Ostrom, *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck, Trad. française, 2010.

un mode de répartition fondé sur les capacités biologiques des potentiels propriétaires : les propriétaires seront ceux qui seront les plus aptes biologiquement<sup>469</sup>. L'auteur reconnaît l'injustice d'un tel système, mais il l'estime préférable à la tragédie<sup>470</sup>. Ici encore, la pensée de Hardin est avant tout politique, la question juridique n'apparaissant qu'en filigrane. Comme le soutient David Bollier, la solution proposée s'inscrit dans une logique qualifiée de « darwinienne »<sup>471</sup>, puisque fondée sur la sélection naturelle. Encore une fois, Hardin utilise la métaphore des communs, et plus spécialement celle l'attribution des droits de propriété, au service d'un discours politique s'inscrivant dans une pensée malthusienne et eugéniste.

Malgré cela, le texte original de Hardin sera considéré par beaucoup comme un texte de référence. Il influencera durablement la pensée économique du milieu du XX<sup>e</sup> siècle, au point que de nombreux économistes et juristes s'attacheront à traduire, avec leurs sémantiques propres, la théorie de la tragédie des communs, et en formaliseront les solutions.

## **B. Autour de la « tragédie », la sacralisation économique de la propriété exclusive**

La thèse de la « tragédie des communs » prit une autre consistance sous la plume de l'économiste Harold Demsetz. Parmi ses nombreux travaux, l'auteur va particulièrement s'intéresser à la question des communs afin d'asseoir sa théorie des droits de propriété. Ainsi, là où Hardin se servait de la question dans un objectif de dénonciation politique, Harold Demsetz s'inscrit dans une logique théorique visant à conforter l'hégémonie propriétaire. Au-delà de cette différence de finalité, il est surtout possible de constater une similitude tant sur le diagnostic (condamnation des communs) que sur les solutions adéquates (allocation des droits de propriété individuels exclusifs).

**155. L'impossible coopération des acteurs économiques.** L'auteur va dans un premier temps s'interroger sur la recherche d'une potentielle efficacité économique des communs. Ici, la réponse apportée est en adéquation avec la thèse de la « tragédie », les communs étant considérés comme naturellement inefficients. Les communs seraient tout d'abord inadaptés à maximiser l'exploitation de la ressource, puisque les intérêts propres de chaque usager

---

<sup>469</sup> « *It seems to me that, if there are to be differences in individual inheritance, legal possession should be perfectly correlated with biological inheritance – that those who are biologically more fit to be the custodians of property and power should legally inherit more* », G. Hardin, « The Tragedy of the Commons », *op.cit.*, p. 1247.

<sup>470</sup> « *The alternative of the commons is too horrifying to contemplate. Injustice is preferable to total ruin* », *Ibid.*

<sup>471</sup> D. Bollier, *La renaissance des communs, pour une société de coopération et de partage*, Trad. O. Petitjean, éd. Mayer, Paris, 2014, p.34.

primeront naturellement sur l'intérêt collectif. Dès lors, chaque usager essayera de maximiser son propre rendement, faisant subir aux autres des coûts qu'ils ne devraient pas subir<sup>472</sup>. On retrouve ici la même justification que chez Hardin, celle du comportement rationnel d'un *homo economicus* n'agissant, en premier ordre, que dans son intérêt propre. Conséquemment, la ressource commune est amenée à connaître un usage du bien qui irait au-delà de ses capacités, ce qui conduirait à son épuisement. En ce sens, si la coopération des différents acteurs est théoriquement envisageable, elle se heurte à des coûts de négociation trop élevés pour que cela soit envisageable de façon pratique<sup>473</sup>. Sur ce fait, Caroline Guibet-Lafaye considère que Demsetz expose une « *tragédie de la coopération impossible* »<sup>474</sup>. Dès lors, la surexploitation de la ressource due à l'absence de coopération serait génératrice d'externalités négatives<sup>475</sup>, tant pour les autres acteurs que pour les générations futures<sup>476</sup>. Au final, l'externalité négative ne serait que le résultat d'une impossibilité de conciliation entre les intérêts divergents qui coexistent au sein du commun.

**156. La modification de l'allocation des droits de propriété comme solution.** Pour cet auteur, la lutte contre les externalités négatives est donc nécessaire. Pour ce faire, la solution semblerait se trouver dans la modification de l'allocation des droits de propriété. En effet, afin de pouvoir supprimer les externalités négatives, il faut, selon le vocable économique, internaliser les coûts<sup>477</sup>, solution qui ne peut être réalisée que par le remplacement d'un mode d'appropriation ouvert et collectif par un mode individuel et exclusif<sup>478</sup>.

---

<sup>472</sup> H. Demsetz, « Toward a Theory of Property Rights », *The American Economic Review*, Vol 57, N°2, May 1967, p. 347 *sqq* et plus spécifiquement p. 354: « *If a person seeks to maximize the value of his communal rights, he will tend to overhunt and overwork the land because some of the costs of his doing so are borne by others* ».

<sup>473</sup> H. Demsetz, « Toward a Theory of Property Rights », *op.cit.*, p. 356 : « *Under the communal property system the maximization of the value of communal property rights will take place without regard to many costs, because the owner of a communal right cannot exclude others from enjoying the fruits of his efforts and because negotiation costs are too high for all to agree jointly on optimal behavior* » (Nous soulignons).

<sup>474</sup> C. Guibet-Lafaye, « La disqualification économique du commun », *RIDE*, T.XXVIII, n°3, 2014 p. 271 *sqq.*, spéc. p.274.

<sup>475</sup> Une externalité se caractérise « *quand l'activité de consommation ou de production d'un agent a une influence sur le bien-être d'un autre sans que ceci ne fasse l'objet d'une transaction économique* » : K. Schubert, « Externalités : quels outils pour réduire l'impact économique sur l'environnement », SES-ENS, (en ligne). L'externalité peut donc être positive ou négative, c'est-à-dire que l'activité économique va influencer positivement ou négativement sur autrui. Par exemple, l'apiculteur va créer une externalité positive car ses abeilles vont polliniser les champs des agriculteurs voisins. À l'inverse, les entreprises polluantes vont créer des externalités négatives, en engendrant des coûts de santé et des dégâts environnementaux.

<sup>476</sup> « *The land ownership example confronts us immediately with a great disadvantage of communal property. The effects of a person's activities on his neighbors and on subsequent generations will not be taken into account fully. Communal property results in great externalities.* », H. Demsetz, « Toward a Theory of Property Rights », *op.cit.*, p.355.

<sup>477</sup> L'internalisation des externalités, notamment négatives, consiste à trouver des solutions afin de réduire l'impact négatif qu'elles génèrent. Trois instruments classiques permettent d'internaliser les externalités : la

Dès lors, en quoi le système de propriété privatif et exclusif serait la solution idoine afin d'internaliser les externalités produites par le commun ? La réponse est ici limpide : là où le simple usager ne prendra pas en compte les externalités, l'allocation de droits de propriété sera considérée comme incitative. En effet, les différents coûts et bénéfices ne sont désormais plus l'apanage de la communauté mais bien des différents propriétaires, ce qui conduirait à une gestion autonome, responsable, et génératrice d'efficacité<sup>479</sup>. Gage de ce résultat, le droit d'exclure prend ici un rôle nouveau, garantissant à chaque propriétaire la privatisation de ses coûts et bénéfices. Dans ce sens, Hardin avait donc raison : les communs mènent à la tragédie dont l'habillage économique se traduit par un mode d'appropriation générant des externalités négatives subies par les usagers et les générations futures. La solution est alors égale, elle se trouve dans la notion de propriété privée exclusive<sup>480</sup>.

**157. Le théorème de Coase.** Cependant, si la solution semble théoriquement satisfaisante, la modification de l'allocation des droits de propriété n'est envisageable que dans des conditions particulières. Ainsi, comme le souligne l'économiste Ronald Coase dans son article « *The Problem of Social Cost* »<sup>481</sup>, la modification de l'allocation des droits de propriété ne serait économiquement bénéfique que si, et seulement si, les coûts de transactions<sup>482</sup> ne sont pas élevés. À l'inverse, si les coûts de transactions sont élevés, l'allocation sera inefficace. Connue sous le nom de « théorème de Coase », cette logique

---

réglementation, les incitations économiques et la création de marché. Par exemple, dans le cadre d'une entreprise polluante, il est possible d'internaliser les externalités négatives en fixant un plafond d'émission de CO<sub>2</sub>.

<sup>478</sup> « *A primary function of property right is that of guiding incentives to achieve a greater internalization of externalities* », H. Demsetz, « *Toward a Theory of Property Rights* », *op.cit.*, p.348.

<sup>479</sup> « *This concentration of benefits and costs on owners creates incentives to utilize resources more efficiently* », *Ibid.*, p.356.

<sup>480</sup> Si nous nous sommes fondés sur les travaux d'Harold Demsetz et, à la marge, d'Armen Alchian, c'est uniquement pour le caractère séminal de leurs travaux. Dans leurs sillages, nombreux sont les économistes ayant partagé leurs conclusions. Par exemple : « *Since common property is the antithesis of private property, there is simply no way in which private property can be the cause of the tragedy. Hardin clearly stresses that is by treating a resource as common property can be the cause of the tragedy* » J.R. Smith, « *Resolving the tragedy of the Commons by Creating Private Property Rights in Wildlife* », *Cato Journal*, Vol 1, 1981, p. 439 *sqq.*, spé. p.465. De même : « *The establishment of full property rights is necessary to avoid the inefficiency of overgrazing* » : W.P. Welch, « *The Political feasibility of full ownership property rights: The Cases of Pollution and Fisheries* », *Policy Sciences*, Vol. 16, n°2, 1983, p.165 *sqq.*, spéc.171.

<sup>481</sup> R. Coase, « *The Problem of Social Cost* », *Journal of Law and Economics*, University of Chicago Press, vol. 3, 1960, p. 1 *sqq.* Pour une analyse du théorème de Coase : E. Bertrand, C. Destais, « *Le "théorème de Coase", une réflexion sur les fondements microéconomiques de l'intervention publique* », *Reflets et perspectives de la vie économique*, T. 26, n° 2, 2002, p.111 *sqq.*

<sup>482</sup> Les coûts de transaction représentent l'ensemble des coûts qui naissent de l'échange économique, ils prennent ainsi en compte les coûts liés à la coopération des agents économiques (coûts de recherche, de négociation, d'exécution, etc.).

vient relativiser l'approche classique et remettre en question, d'un point de vue purement économique, la sacralisation de la modification de l'allocation des droits de propriété.

En définitive, que cela soit par l'influence de Hardin ou des économistes néo-classiques, la théorie de la « tragédie » des communs et de sa solution qu'est la propriété privée exclusive s'est imposée comme étant la *doxa* économique du milieu du XXème siècle. Dans une époque marquée par la diffusion des régimes socialistes, cette justification économique de la propriété privée était, d'un point de vue politique, une aubaine. Aussi cette vision ne fut pas seulement étatsunienne, mais se diffusa dans l'ensemble du monde occidental. Si, théoriquement, le modèle s'est imposé, il eut également des conséquences pratiques importantes. C'est ainsi que la seconde moitié du XXème siècle s'est caractérisée par une forte propension à la privatisation de nouveaux biens.

## II/ La conséquence pratique : le retour des enclosures

**158.** Dans un article devenu célèbre<sup>483</sup>, James Boyle<sup>484</sup> décrit ce qu'il dénomme le « *second mouvement d'enclosures* » comme une réalité du XXème siècle<sup>485</sup>. Dans sa terminologie, la filiation avec le premier mouvement d'*enclosures* est directe. Initialement, le terme désigne un mouvement juridique anglais qui amena à la privatisation des terres de jouissances communes, à savoir les *common fields* et *common wastes*<sup>486</sup>. Le terme désignait donc le phénomène de privatisation, dont le symbole était la mise en place de clôtures servant à définir les nouvelles propriétés, tout en offrant la faculté d'exclure autrui de ces dernières. Dès lors, le mouvement des enclosures mit fin aux propriétés communautaires et aux pratiques qui permettaient, sur un fonds approprié, des usages partagés. Pratiquement, le mouvement des *enclosures* s'est traduit par le calcul de la superficie des terres, l'abolition des droits communautaires, la commutation des dîmes, le partage des terres et enfin la pose de

---

<sup>483</sup> J. Boyle, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Law and Contemporary Problems*, n°66, 2003, p.33 *sqq.*

<sup>484</sup> James Boyle est un juriste intellectualiste écossais, la majeure partie de son œuvre est consacrée à la dénonciation de l'expansion des droits intellectuels. Pour une notice biographique : S. Broca, « Boyle (James) », *Dictionnaire des biens communs*, M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld (dir.), P.U.F, coll. Quadriges, 2017, p.139 *sqq.*

<sup>485</sup> Attention, l'appellation est loin de représenter l'ensemble de la pensée des auteurs, il est ainsi admis par certains que la référence historique aux enclosures foncières anglaise ne pourrait être ici adaptée : A. Greer, « Confusions sur les Communs », *La Vie des idées*, 2015.

<sup>486</sup> Sur ce point, voir *Supra* n° 112.

clôtures par les primo-proprétaires<sup>487</sup>. Pour James Boyle, un phénomène similaire se serait déroulé durant le XX<sup>ème</sup> siècle, mais portant désormais sur des biens intellectuels (A). Comme dans le cadre des premières *enclosures*, la technique juridique sera le vecteur essentiel de la propriété de ces biens nouveaux (B).

### **A. Le «second mouvement des enclosures», un mouvement portant sur des biens intellectuels**

**159. Définition.** Comme nous l'avons signalé, la métaphore des « *enclosures* » est utilisée par James Boyle pour dénoncer l'expansion du champ de la propriété intellectuelle en dehors de ces carcans traditionnels. Selon l'auteur, les nouvelles « *enclosures* » ne seraient que la conséquence néfaste de la propriété de biens intellectuels. La référence aux anciennes *enclosures* est ici utilisée pour démontrer la similitude des processus : établir des frontières exclusives grâce à l'allocation de droits de propriété là où il existait des jouissances collectives. Un élément vient cependant distinguer les « *enclosures* classiques » des « nouvelles *enclosures* » : le type de bien concerné. Le premier mouvement était exclusivement foncier, les biens concernés étant les différentes terres de jouissances communes. Le second mouvement concernerait quant à lui les biens intellectuels, et plus spécialement les biens issus de la connaissance<sup>488</sup>. Ainsi, pour James Boyle: « *It sounds grandiloquent to call it "the enclosure of the intangible commons of the mind," but in a very real sense that is just what it is* »<sup>489</sup>. L'auteur précisant qu'il s'agit ici de véritable « *enclosures* » dans le sens où elles peuvent s'étendre aux biens intellectuels: « *True, the new state-created property rights may be "intellectual" rather than "real", but once again things that were formerly thought of as either common property or uncommodifiable are being covered with new, or newly extended, property rights* »<sup>490</sup>. Le phénomène des *enclosures* des biens de la connaissance ouvre donc un champ nouveau à la logique propriétaire et,

---

<sup>487</sup> Par rapport à la lutte contre les communaux et les droits collectifs français, les techniques anglaises sont parfois différentes. Cela tient notamment à la question de la féodalité, non abolie en Angleterre à l'époque des *enclosures*. Pourtant, le droit de se clore, qui l'instrument premier de la lutte pour l'individualisme agraire, est commun aux deux pays.

<sup>488</sup> Bien souvent, les biens issus de la connaissance sont considérés comme des biens informationnels. Sur ce point, voir : *Infra* n° 180 à 185.

<sup>489</sup> J. Boyle, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *op.cit.*, p.37 : « *cela sonne grandiloquent de l'appeler " les enclosures des communs intangibles de l'esprit", mais c'est vraiment ce que c'est* ». (Traduction libre).

<sup>490</sup> J. Boyle, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *op.cit.*, p.37 : « *Certes, les nouveaux droits de propriété créés par l'État peuvent être « intellectuels » plutôt que « réels », mais une fois encore, des choses qui étaient autrefois considérées comme une propriété commune ou en dehors du marché sont couvertes par des droits de propriété nouveaux ou récemment étendus* » (Traduction libre).

concomitamment, à la marchandisation des ressources liée aux biens issus de la connaissance. Il y a donc un lien consubstantiel entre propriétérisation et marchandisation, la seconde étant la conséquence économique de la première. À l'instar des *enclosures* foncières, dont l'objectif principal était l'accroissement de la productivité, la finalité des *enclosures* intellectuelles demeure essentiellement économique. C'est ainsi que l'économiste Arrow a perçu la marchandisation des biens de la connaissance comme étant une incitation à l'innovation<sup>491</sup>. Sans reprendre la totalité du débat économique, il est notable de souligner la prégnance de l'économie sur les deux mouvements. Une fois cette définition posée, encore faut-il étudier pratiquement ce que représentent les *enclosures*. Le champ de la connaissance étant vaste, il convient d'éclairer notre propos avec quelques exemples d'*enclosures*. Ainsi, même sans rechercher l'exhaustivité, cela permettra d'entrevoir l'amplitude du phénomène.

**160. La privatisation du savoir.** *A contrario* des *enclosures* foncières qui eurent lieu en Angleterre, le second mouvement des *enclosures* s'inscrit dans une dynamique qui englobe une plus grande diversité de biens. Il est ainsi possible d'analyser les recherches universitaires comme ayant fait l'objet d'*enclosures*<sup>492</sup>. Conçues comme étant des biens de connaissances dans le sens le plus strict, elles ont connu durant le siècle dernier un long processus tendant à la privatisation des savoirs. Ainsi, grâce aux droits de propriété intellectuelle, il y eut un phénomène de privatisation des revues scientifiques<sup>493</sup>, considérées comme étant le support original des recherches universitaires. Ici, l'*enclosure* n'équivaut pas à la protection de la production intellectuelle des universitaires, mais au fait que les éditeurs de revues, placés en position d'oligopole<sup>494</sup>, conditionnent l'accès aux bases de données à la contractualisation d'une licence d'accès. Les universités sont donc amenées à payer deux fois, la première fois au titre du salaire des universitaires, la seconde fois pour pouvoir accéder à leurs travaux.

**161. L'enclosure numérique, l'exemple du logiciel.** De manière plus symptomatique, les cas des logiciels est un exemple de ce que peuvent être les *enclosures* de la connaissance. À

---

<sup>491</sup> K. Arrow, « Economic Welfare and the Allocation of Ressource for Invention », in *The Rate and Direciton of Inventive Activity : Economic and Social Factors*, NBER Books, 1962.

<sup>492</sup> La question des enclosures des recherches universitaires est un débat qui anime largement la communauté universitaire. Sur ce point, voir : *Propriété intellectuelle et université. Entre la libre circulation des idées et la privatisation des savoirs*, M. Couture, M. Dubé et P. Malissard (dir.), *Presses de l'Université du Québec*, Coll. Enseignement supérieur, 2000.

<sup>493</sup> Sur ce point, lire l'étude de P.-C. Langlais, « Comment les revues scientifiques sont-elles devenues des propriétés intellectuelles ? », *Sciences & Communs*, Mars 2015, (en ligne).

<sup>494</sup> L. Maurel, « Communs de la connaissance et enclosures, réponse à A. Geer », *La Vie des idées*, septembre 2015, (en ligne).



ce titre, Pierre-André Mangolte évoque le logiciel comme étant « *une valeur d'usage transformée en marchandise* »<sup>495</sup>. L'auteur explique qu'au départ, les logiciels n'étaient pas considérés comme ayant une valeur marchande propre et qu'il n'y avait aucun droit exclusif, ni sur le logiciel *per se*, ni sur le code source qui le compose. Celui-ci était fourni gratuitement avec l'ordinateur, les sociétés encourageant souvent le partage du code source afin de pouvoir améliorer le logiciel. La question du statut juridique du logiciel ne se posant pas, c'est donc par la suite que la propriété intellectuelle est venue apporter sa protection aux logiciels en le faisant entrer dans le champ de l'appropriation. Le logiciel est alors passé d'une forme d'usage partagé à celui d'objet de propriété, protégé par l'exclusivité et la possibilité de priver autrui de son usage. L'analogie avec les *common fields* et *common wastes* est donc possible, du moins dans la dynamique qu'ils connaissent. Les enclos ne sont plus simplement matériels, ils prennent désormais la forme de droits exclusifs. Ils ont pourtant la même fonction, celle de délimiter les contours du droit de propriété. C'est à ce titre qu'il est possible d'évoquer, pour les biens intellectuels, la technique des *enclosures*.

## **B. Le droit et les *enclosures***

Si le terme d'*enclosures* représente une vérité historique et s'inscrit dans une logique économiste, il n'en n'est pas moins juridique. Là où le discours économique agit en premier lieu, en théorisant le bien-fondé des *enclosures* et en démontrant la supériorité de la propriété individuelle et exclusive sur les formes d'appropriation collective, le droit va lui donner une effectivité en permettant de réaliser ce discours<sup>496</sup>. Comme la lutte contre l'individualisme agraire, laquelle s'est formalisée par le droit, le second mouvement des *enclosures* s'est également construit grâce aux outils juridiques disponibles (1). Cependant, le lien entre les *enclosures* et le droit n'est pas exclusivement constructif, puisque celui-ci apparaît désormais comme un fondement de leur condamnation (2).

---

<sup>495</sup> P.-A. Mangolte, « Une innovation institutionnelle, la constitution des communs du logiciel libre », *Revue de la régulation*, n° 14, 2013.

<sup>496</sup> Toutefois, il serait erroné de voir dans la technique juridique l'ensemble des outils qui rendent possible les *enclosures*. Dans le cadre des logiciels, par exemple, il convient d'y rajouter la technique informatique, laquelle permettra de créer de véritables barrières techniques limitant l'accès à la ressource.

## 1. La réalisation des *enclosures* grâce aux outils juridiques

La propriété intellectuelle est l'outil nécessaire à l'élaboration d'*enclosures* des biens intellectuels. Ainsi, si le *copyright* et les *patent* constituent alors le fer de lance du mouvement aux Etats-Unis<sup>497</sup>, le droit d'auteur et les brevets en seront le pendant français. Il s'agit de la première phase des *enclosures*, celle de la propriétérisation (a), la seconde étant caractérisée par la mise en place d'un « droit de péage » permettant de limiter le partage et l'accès à la ressource (b).

### a) Le processus de propriétérisation par la propriété intellectuelle

Comme nous l'avons évoqué, certains biens de la connaissance ont subi un vrai processus de propriétérisation<sup>498</sup>. Ainsi, ces choses devinrent objets de propriété *via* la protection apportée par la propriété intellectuelle. Afin d'illustrer notre propos, le cas du logiciel sera explicité.

**162. La mise en place d'une protection du logiciel par le droit d'auteur.** Dans le cas du logiciel, la première question fut de déterminer le régime de protection auquel le logiciel serait rattaché<sup>499</sup>. La réflexion était justifiée, la nature fonctionnelle du logiciel s'inscrivant dans la logique de la propriété industrielle, au détriment de la propriété littéraire et artistique. Si certaines décisions sont allées dans ce sens<sup>500</sup>, la solution n'a pas reçu un accueil favorable. Largement influencé par le droit américain qui place le logiciel sous l'égide du *copyright*, le droit français plaça la protection du logiciel sous le régime de la propriété littéraire et artistique et donc du droit d'auteur. Ce sont les juges de première instance qui un

---

<sup>497</sup> C. Hess, « Mapping the New Commons », *Governing Shared Resources: Connecting Local Experience to Global Challenges, The 12th Biennial Conference of the International Association for the Study of the Commons*, University of Gloucestershire, 2008, (en ligne): « *Information technologies combined with new legislation expanding copyright and the definition of what is patentable enable the enclosure of previously openly accessible areas of information—just as barbed wire made the open range enclosable* ».

<sup>498</sup> Sur ce point, voir : *Supra* n° 159 à 161.

<sup>499</sup> La question du régime de protection du logiciel a longtemps divisé la doctrine intellectualiste et les tribunaux. La question posée était simple : quel serait le régime de protection le plus adapté aux logiciels ? À cela, trois réponses pouvaient être apportées : le droit d'auteur, le brevet ou un régime de protection *sui generis*. Cette troisième voie, d'essence purement doctrinale, n'était que la traduction de l'inadaptabilité du logiciel aux catégories préexistantes. Quoi qu'il en soit, cette volonté de créer un régime de protection spécifique aux logiciels fut avortée, et ce malgré les projets de l'OMPI de 1977 et 1983 et de l'INPI de 1983. Le véritable dilemme fut donc de trancher entre le rattachement du logiciel au droit de la propriété littéraire et artistique ou au droit de la propriété industrielle.

<sup>500</sup> La question de la brevetabilité du logiciel et donc de son rattachement à la protection de la propriété industrielle a toujours reçu un certain écho en jurisprudence, c'est ainsi que nous pouvons noter certains arrêts tranchant dans ce sens : CA Paris, 13<sup>ème</sup> ch., 4 juin 1984, *Juris-Data*, n° 005229 : Vivant, *JCP E*, 1985, 14409 ; TA Lyon, 2<sup>ème</sup> ch., 21 nov. 1994 : Vivant et Le Stanc, *JCP E*, 1996, 559.

mouvement<sup>501</sup> qui sera consacré par le législateur en 1985, bientôt suivi par la Cour de cassation<sup>502</sup>. Aujourd'hui, le logiciel, reconnue comme œuvre est donc protégé par le droit d'auteur<sup>503</sup>. Que cela soit en France, aux États-Unis ou ailleurs, le logiciel s'inscrit donc dans un champ nouveau, celui de l'appropriation. Grâce aux protections apportées par la propriété intellectuelle, les auteurs de logiciels pourront s'en réserver la jouissance exclusive, ils en seront pleinement propriétaires.

## **b) La mise en place d'*enclosures* post-propriétarisation**

**163. Les nouvelles techniques d'*enclosures*.** Si la propriété intellectuelle a permis de se réserver individuellement un bien issu de la connaissance, il ne s'agissait que du premier processus. Une fois cette première étape achevée, de nombreuses techniques permirent de limiter l'accès au bien et ainsi garantir les droits exclusifs reconnus. Il existe ainsi une vaste typologie des différentes techniques permettant de créer, sur un bien, des barrières limitant *de facto* l'accès libre à la ressource. Il est possible de recenser des *enclosures* de données, d'accès, de temps, des *enclosures* géographiques, publicitaires, techniques, juridiques, d'habilité informationnelles ou encore écosystémiques<sup>504</sup>. Ces différents mécanismes d'*enclosures* s'appuient tant sur la technique informatique que sur les outils juridiques afin de créer des « droit de péage » sur les biens et d'en limiter l'accès. À ce titre, il est possible de citer les différentes licences d'exploitations ou même, pour le cas américain, du *copyright term extension act*<sup>505</sup> qui permet l'augmentation de la durée de la protection *post-mortem* d'une œuvre sous *copyright*. Afin d'illustrer notre propos, nous nous tiendrons à un seul exemple, celui des mesures techniques de protection connues sous le terme *Digital Rights Management*.

---

<sup>501</sup> Sur ce point, voir : TGI Bobigny, 11 déc. 1978, cité in *Expertises, Dossier Brevets*, 1982, n° 39, p.73 ; T. com. Paris, 18 nov. 1980, cité in *Expertises, Dossier Brevets*, 1982, n° 39, p.74 ou encore CA Paris, 4<sup>ème</sup> chambre, 2 nov. 1982.

<sup>502</sup> Durant l'année 1986, la Cour de cassation rendit trois arrêts qui vinrent s'aligner sur la loi de 1985 (alors que ladite loi ne pouvait être applicable aux affaires déferées aux juges du quai de l'Horloge) : C. cass., Ass. Plén., 7 mars 1986, n° 84-93509, Bull. AP, n°3 : Mousseron, Teyssié et Vivant, *JCP G*, 1986, 20631 ; Vivant et Lucas, *JCP E*, 1986, 15791.

<sup>503</sup> Article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle : « Sont considérés notamment comme des œuvres de l'esprit au sens du présent code : (...) 13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ».

<sup>504</sup> Cette typologie est donnée par : S. Mercier, « Enclosure de la connaissance (approche pratique) », in *Dictionnaire des biens communs, op.cit.*, p.513.

<sup>505</sup> *Public Law* 105-298.

**164. L'exemple des *Digital Rights Management*.** Ces derniers sont révélateurs des nouveaux moyens d'apposer des *enclosures* à l'heure du numérique. Les *DRM* (*digital rights management*)<sup>506</sup> permettent d'organiser un système d'accès conditionnel aux biens. Ainsi, ils peuvent être apposés sur différents supports d'information tels que les CD-ROM, les logiciels ou encore la télédiffusion. Mesures techniques par excellence, les *DRM* vont permettre aux distributeurs initiaux de contrôler l'accès au bien, mais également de limiter l'usage qui pourrait en être fait par un consommateur. Ils peuvent permettre de limiter l'accès à une certaine zone géographique donnée (*enclosure* géographique) ou conditionner la lecture du support à une marque précise (*enclosure* technique fondée sur l'interopérabilité). De même, ils peuvent restreindre la possibilité d'effectuer des copies privées.

Les *digital rights management* sont donc des mesures techniques qui viennent conditionner et limiter l'accès et l'usage de ces biens. Sans entrer dans le détail de ces mesures techniques de protection<sup>507</sup>, il convient de voir comment le droit va les légitimer et les protéger. Grâce au jeu des normes supra-nationales<sup>508</sup>, le droit va apporter une protection aux *DRM* et ainsi condamner les tentatives et mesures de contournement de ces derniers. Le droit national a validé cette logique de protection, en transposant la directive européenne *via* la loi dite DADVSI du 1<sup>er</sup> Août 2006<sup>509</sup>.

---

<sup>506</sup> Si le terme est reconnu internationalement, il est possible de retrouver sa traduction française dans l'expression « gestion des droits numériques » et soude gzs l'abréviation GND : *JORF*, n° 249 du 26 octobre 2006.

<sup>507</sup> La question des *DRM* n'est pas une antienne de la littérature juridique, notamment pour les juristes continentaux. Il existe cependant quelques études qui méritent une attention des plus particulières. Sur ce point, la thèse de Séverine Dussolier semble être un incontournable pour quiconque voudrait s'intéresser de plus près sur les liens entre les mesures techniques de protection que sont les *DRM* et le droit d'auteur : S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, Coll. Création Information Communication, 2<sup>nd</sup> éd., 2007.

<sup>508</sup> Ici, l'OMPI a joué un rôle prépondérant. Par deux traités en date du 20 décembre 1996 (traité sur le droit d'auteur et traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes), les états signataires se voient contraints de mettre en place des législations protectrices des mesures techniques de protection. C'est ainsi que l'article 11 du traité sur le droit d'auteur vient préciser qu'il est nécessaire, pour les états signataires, de « *prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvres par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi* ». Le droit européen n'est pas en reste, la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001, dont les influences sont à rechercher dans le *Digital Millennium Copyright Act* américain, vient apporter son lot de protections par la mise en places de dispositions visant à empêcher les contournements des mesures techniques de protection.

<sup>509</sup> Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. Les logiciels ne sont pas pris ici pris en compte, le cas du logiciel est régi par la directive européenne 91/250/CEE du 14 mai 1991 dite « Directive logiciel » et non la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001. Voir notamment : A. Latreille, T. Maillard, « Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information », *D.*, 2006, p.2171 *sqq.*

**165. La protection des DRM par la jurisprudence, le cas des copies privées.** Comme dispose l'article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle, le titulaire d'un droit d'auteur ne peut s'opposer à la reproduction de son œuvre à titre privative<sup>510</sup>. Ainsi, la copie privée peut être perçue comme étant une limite à l'exclusivisme propriétaire, du moins dans son fondement, et pour une utilité précise du bien. Toutefois, quelle est la nature de cette faculté offerte à l'utilisateur ? Cette question, les juges de la première chambre civile de la Cour de cassation y ont répondu dans l'arrêt « *Mulholland Drive* »<sup>511</sup>. Dans cette affaire, l'utilisateur avait tenté de reproduire le DVD dudit film alors que ce dernier était protégé par une mesure de protection technique : un dispositif anti copie. Les juges vont ici préciser qu'il s'agit d'une simple exception au droit d'auteur et non d'un droit reconnu à l'utilisateur ; dès lors, en tant qu'exception, « *elle pouvait être opposée pour défendre une action (...), [mais] ne pouvait être invoquée au soutien d'une action formée à titre principal* ». Avec cette décision, la Cour de cassation va opérer un cantonnement de l'exception de copie privée tout en s'inscrivant dans la logique de l'OMPI, celle de garantir une protection aux mesures techniques de protection<sup>512</sup>. En effet, si la copie privée avait été considérée comme un droit de l'utilisateur, ce dernier aurait eu la possibilité d'agir contre le titulaire du droit d'auteur. À l'inverse, en considérant que la copie privée n'est qu'une exception au droit d'auteur, les mesures techniques de protection sont garanties puisqu'il n'est possible d'invoquer les exceptions qu'en défense, notamment dans le cadre d'une action en contrefaçon. Les DRM sont donc protégés par le droit français, la solution ayant été confirmée par une jurisprudence constante de la Cour de cassation<sup>513</sup>. Ainsi, comme le souligne Séverine Dusollier, les œuvres sont désormais soumises à une triple protection, celle du droit d'auteur, celle des mesures techniques de protection, puis, en dernier lieu, par des mesures visant à empêcher leurs contournements. L'ensemble forme, alors, des « *clôtures juridiques* » sur lesquelles les

<sup>510</sup> Article 122-5 du Code de la propriété intellectuelle : « *Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire (...) 2° Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservée à l'usage privé du copiste et non destinée à une utilisation collective, à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L.122-6-1 ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique* ».

<sup>511</sup> C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 28 février 2006, n° 05-15824 : Lucas, *JCP G*, 2006, 10084 ; Caron, *JCP G*, 2006, 162, § 12 ; Pignatari, *JCP E*, 2006, 2178, § 8 ; Lucas, *JCP E*, 2006, 2178, § 11 ; Pignariti, *JCP E*, 2006, 2178, § 8 ; Daleau, *D.*, 2006, 784 ; Sirinelli, *D.*, 2006, 2996 ; Lucas, *Propriétés intellectuelles*, 2006, n° 19, 179 ; Costes, *RLDI*, 2006, 405 ; Melison, *RLDI*, 2006, 431 ; Kéréver, *RIDA*, 2006, n° 209, 323 ; Caron, *Communication commerce électronique*, 2006, comm. 56 ; Pollaud-Dulian, *RTD com*, 2006, 370 ; Gaudrat, *RTD com*, 2006, 400.

<sup>512</sup> Le cantonnement des exceptions au droit d'auteur avait été décrit par : M. Buydens, S. Dusollier, « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *Communication Commerce électronique*, n° 9, 2001, p.10 *sqq.*

<sup>513</sup> C. cass., civ.1<sup>ère</sup>, 27 novembre 2008, n°07-15066, Manara, *D.*, 2008, 3081.; Pollaud-Dulian, *RTD com*, 2009,131.

auteurs pourraient superposer des « *clôtures techniques* »<sup>514</sup>. Dans le cas des *DRM*, le droit et la technique vont donc agir de concert afin d'apporter des limites à l'accès et à l'usage des utilisateurs.

## 2. Le droit comme outil contre les *enclosures*

**166. Quand l'*enclosure* devient un crime.** Si, à l'issue de cette évolution, le droit constitue un outil de premier ordre afin de pouvoir matérialiser les *enclosures* et assurer leur protection, il est récemment devenu un outil de lutte contre elles. Pour comprendre cela, il faut porter notre regard sur l'Orient et plus particulièrement sur l'Inde, où le terme « *enclosures* » semble avoir pris une qualification juridique particulière, celle de « *crime* »<sup>515</sup>. Originellement, l'Inde a toujours connu des terres coutumières dont l'appropriation était commune, généralement réservée à la communauté villageoise<sup>516</sup>. Le colonisateur britannique, imposant sa rationalité, a alloué des droits de propriété exclusifs<sup>517</sup>. La logique était respectée, les terres communes devaient être encloses. En l'espèce, l'affaire portait sur l'une de ces anciennes terres et plus spécifiquement un lac. Les villageois utilisaient ce lac depuis des temps immémoriaux pour diverses fonctions, c'est ainsi qu'il servait de point d'eau pour le bétail ou de réserve d'eau pour les villageois, etc<sup>518</sup>. L'usage communautaire et l'affectation commune du lac étaient donc reconnus.

Il semble cependant qu'une société ait desséché puis rempli le lac afin de pouvoir y construire des habitations<sup>519</sup>. Dans cette affaire, la Cour Suprême Indienne désavoua la première décision rendue, qui concluait à une régularisation de la propriété au profit de la société eu égard aux sommes investies par celle-ci. Les juges de la Cour Suprême, se fondant sur le respect des traditions et l'aspect communautaire du lac, vont rejeter l'appel de la société et

---

<sup>514</sup> S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, Coll. Création Information Communication, 2<sup>nd</sup> éd., 2007, n° 47.

<sup>515</sup> *Supreme Court of India, Civil Appeal*, 28 janvier 2011, n° 1132/2011.

<sup>516</sup> Ces terres portent ainsi des noms spécifiques en fonction de leurs situations géographiques, on parle ainsi de « *gram sabha land* » et de « *gram panchayat land* » dans les régions du nord, de « *mandaveli* » dans le sud du pays et de « *shamlat deh* » dans la région du Punjab. Les exemples sont tirées de : B. Parance, J. de Saint-Victor (dir.), « 'Commons, biens communs, communs' : une révolution juridique nécessaire », *Repenser les biens communs*, CNRS éd., 2014, p.13.

<sup>517</sup> Pour un aperçu historique des terres communes en Indes depuis la colonisation britanniques jusqu'à aujourd'hui: S. Singh, « Common land made 'Wastelands' – Making of the 'Wastelands' into Common lands », in *14th Global Conference of the International Association for the Study of the Commons*, 2007.

<sup>518</sup> *Supreme Court of India, Civil Appeal* n°1132/2011, 28/01/2011 : « *The villagers have been using the same, since drain water of the village falls into the pond, and it is used by the cattle of the village for drinking and bathing* ».

<sup>519</sup> *Ibid* : « *They appear to have filled in the village pond and made constructions thereon* ».

approuver la solution rendue en seconde instance : l'absence de régularisation. En elle-même, la décision n'est pas révolutionnaire. Le caractère commun de ces terres villageoises étant à l'origine reconnu par des lois locales<sup>520</sup>, la question juridique portait donc sur leur potentielle occupation illégale<sup>521</sup>.

Le véritable intérêt de cet arrêt est à trouver dans l'argumentation de la Cour Suprême, laquelle va porter la défense des terres communautaires. C'est ainsi que la Cour évoque la fin des pratiques visant à déposséder les villageois de leurs terres communes<sup>522</sup>. Allant même plus loin dans la condamnation, elle va s'extraire de la simple affaire présente afin de jeter l'opprobre sur le phénomène d'*enclosure* que connurent les terres communes suite à la colonisation : « *What we have witnessed since Independence, however, is that in large parts of the country this common village land has been grabbed by unscrupulous persons using muscle power, money power or political clout* ». Ici, le phénomène des *enclosures* est décrit, perçu comme étant un élément subi et non désiré par les populations locales.

On pourrait analyser cette décision sous le prisme du post-colonialisme, les *enclosures* des terres coutumières n'étant que la conséquence du processus de colonisation. Cependant, il semble que cette étape soit dépassée, les *enclosures* sont ici condamnées pour leurs conséquences plutôt qu'au nom de l'héritage colonial que porte la notion. C'est l'appropriation commune des terres par les villageois qui fonde la solution rendue. La Cour évoquera ainsi le caractère « collectif » du bien et, subséquemment, démontrera le caractère utile de cette conception communautaire de l'appropriation<sup>523</sup>. Comme le souligne Béatrice Parance et Jacques de Saint-Victor, la Cour suprême Indienne va qualifier l'occupation illégale de « *Crime of enclosure* »<sup>524</sup>.

**167. L'enclosure perçue comme un crime, le changement de paradigme.** Avec cette condamnation, la Cour Suprême Indienne opère un changement paradigmatique de premier

---

<sup>520</sup> *Ibid* : « *These lands stood vested through local laws in the State, which handed over their management to Gram Sabhas/Gram Panchayats. They were generally treated as inalienable in order that their status as community land be preserved* ».

<sup>521</sup> La qualification d'occupation illégale ne ressort pas de notre analyse, mais du vocable utilisé par la Cour Suprême Indienne.

<sup>522</sup> Supreme Court of India, Civil Appeal n°1132/2011, 28/01/2011: « *The time has come when these malpractices must stop* ».

<sup>523</sup> Supreme Court of India, Civil Appeal n°1132/2011, 28/01/2011: « *In this connection we wish to say that our ancestors were not fools. They knew that in certain years there may be droughts or water shortages for some other reason, and water was also required for cattle to drink and bathe in etc. Hence they built a pond attached to every village, a tank attached to every temple, etc. These were their traditional rain water harvesting methods, which served them for thousands of years.* »

<sup>524</sup> B. Parance, J. de Saint-Victor, « 'Commons, biens communs, communs' : une révolution juridique nécessaire », *op.cit.*, p.13.

ordre, tant sur le plan théorique que pratique. Cette décision rend compte d'un phénomène essentiel : le lien existant entre la mise en place des *enclosures* et le droit est ici rompu. Un tel constat n'aurait pas été possible si la Cour Suprême avait opté pour une régularisation, puisqu'elle se serait placée dans une logique de protection des *enclosures*. Avec la décision rendue, c'est la solution inverse qui est retenue. Non seulement le droit ne vient plus à l'appui des *enclosures* foncières mais il les condamne. En réalité, il nous semble que cette rupture pratique entre le droit et le phénomène des *enclosures* ne soit que la conséquence d'un autre changement, plus profond.

Traditionnellement, les *enclosures* ont toujours eu un certain écho positif dans le monde des économistes, mais également des juristes. Elles permettaient d'augmenter le rendement tout en libérant l'homme des entraves communautaires, elles étaient perçues comme une source de progrès. Avec cette décision, on perçoit le changement opéré. Ici, les *enclosures* sont rattachées, du moins symboliquement, à la notion de crime. La société est assimilée au criminel et la communauté villageoise à la victime. Parler d'un renversement de paradigme vis-à-vis des *enclosures* ne nous semble pas abusif. Si le cas de l'arrêt rendu par la Cour Suprême Indienne reste limité à la jurisprudence d'un pays, il n'est que l'écho d'un mouvement plus général, un mouvement qui tend à rendre au collectif une place significative, à garantir l'accès de certains biens à des communautés, restreintes ou élargies. L'intérêt collectif primerait alors sur l'intérêt individuel.

\*\*\*\*\*

**168.** Loin de se cantonner au discours juridique, l'hégémonie propriétaire trouve l'une de ses expressions dans le discours économique. Comme le mouvement physiocrate avait prôné le remplacement des formes collectives d'appropriation par la propriété individuelle et exclusive<sup>525</sup>, certains économistes du XX<sup>ème</sup> siècle ont également déterminé la propriété comme la solution à la « tragédie » supposée des communs. Face à cette problématique, la réponse serait donc le partage du commun et l'allocation de droits de propriété individuels.

La solution est classique, elle s'inscrit dans la lignée historique du phénomène dit des *enclosures*, juridiquement matérialisé par la reconnaissance du droit de se clore. C'est en ce

---

<sup>525</sup> Sur la pensée physiocrate, voir : *Supra* n° 108 à 110.



sens que sera évoqué un second mouvement des *enclosures*, prenant pour objet les biens intellectuels. Ces *enclosures* se caractérisent alors par un mélange de mesures juridiques et techniques permettant de se réserver le bien en cause. Ici, le droit de se clore ne se concrétise plus matériellement, il n'est que le résultat des possibilités offertes par le droit.

Cette hégémonie propriétaire apparaît aujourd'hui plus contestée. La reconnaissance récente, par la Cour Suprême Indienne, d'un « crime d'enclosure », semble démontrer que les solutions d'hier ne seront pas nécessairement les solutions de demain. Un lien peut alors être établi avec la théorie des communs, une théorie qui conteste la logique propriétaire classique.

## **Section 2 : La conséquence : le développement de la théorie « des communs »**

**169. Le point de départ : la conférence d'Annapolis.** Face à la puissance théorique du mouvement propriétaire et, plus pratiquement, à la diversification des nouvelles *enclosures*, la question des communs semblait être à jamais réduite à un débat d'historiens. En réalité, si l'actualité de la question semble être aujourd'hui autant du côté économique que juridique, c'est le résultat du développement d'une théorie dite « des communs ». Le point de départ de ce mouvement semble se placer à la conférence d'Annapolis organisée, en 1985, par le *National Research Council*<sup>526</sup>. L'objet d'étude était alors d'analyser la mise en relation des différents types de propriétés et leurs niveaux de productivité pour les ressources naturelles des pays situés en zone tropicale. À ce titre, les communs sont revenus sur le devant de la scène, puisqu'ils constituaient des formes traditionnelles d'appropriation. La volonté de cette conférence était de démontrer que l'aide au développement des pays occidentaux, qui favorisait l'allocation de nouveaux droits de propriété, n'était pas la solution la plus efficiente possible. Effectivement, les dernières expériences démontraient l'inaptitude de cette solution à combiner les objectifs souhaités : ceux de productivité et de préservation de la ressource. Une large étude empirique fut donc menée sur les moyens traditionnels de mise en commun des ressources, étude qui démontra leur efficacité. Sans revenir les conclusions de ce cycle de recherche, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un point d'ancrage important dans la théorie des communs puisqu'il s'agit de la première étude empirique sur le sujet. Parmi les contributeurs initiaux, nombreux seront ceux qui continueront à développer la question des communs et notamment l'économiste américaine Elinor Ostrom.

---

<sup>526</sup> Pour plus de détails sur cette conférence et ses objectifs: B. Coriat, « Le retour des communs, Sources et origines d'un programme de recherche », *Revue de la régulation*, n° 14, 2013.

**170. Elinor Ostrom et les communs.** En 2009, le prix de la banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel est remis à Oliver Williamson et Elinor Ostrom pour leurs analyses respectives sur la gouvernance économique. Ostrom, première femme récipiendaire de ce prix, le reçoit notamment pour son analyse sur « la gouvernance des communs ». Consécration d'une vie de recherche, l'attribution du Prix Nobel d'économie à Elinor Ostrom symbolise l'actualité de ses travaux de recherches et le rôle que celle-ci a joué dans la redécouverte des communs. Aujourd'hui, l'étude des communs est indissociablement liée à l'économiste de Bloomington<sup>527</sup>. Pour comprendre l'intérêt de ces derniers, il faut d'abord rendre compte du postulat de départ : celui de la solution des communs comme mode d'appropriation des ressources naturelles.

**171. Les communs, une solution alternative entre coercition étatique et privatisation.**

En prolégomènes à son étude sur les communs, Elinor Ostrom rappelle les grandes théories qui ont condamné les communs à devenir un synonyme du mot « ruine » ou de « tragédie »<sup>528</sup>. Dans cet avant-propos, l'auteure va donc décrire les solutions envisagées par les défenseurs de la tragédie des communs. Deux solutions, assez classiques dans l'ensemble, sont alors proposées : celle du « Léviathan »<sup>529</sup> et celle de la privatisation<sup>530</sup>. Si le second cas a déjà été explicité<sup>531</sup>, le premier est absolument classique dans sa construction théorique : à défaut de coopération entre les différents acteurs, les autorités publiques seraient à même, en tant qu'élément externe doté d'un pouvoir de sanction, d'imposer les règles de distribution des ressources afin de pouvoir les protéger. Pour Ostrom, cette solution ne serait efficace qu'à la condition que les agences étatiques soient en possession d'informations fiables. À défaut,

---

<sup>527</sup> La bibliographie générale d'Elinor Ostrom est vaste, elle recouvre de nombreux thèmes et problématiques différents. Aussi, si nous utiliserons par la suite plusieurs de ses travaux de recherches, nous nous focaliserons, tout d'abord, sur son ouvrage principal : E. Ostrom, *Governing the commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990.

Il convient de préciser que nous utiliserons davantage sa traduction française : E. Ostrom, *Gouvernance des biens communs, Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck, Trad. Française, Coll. Planète enJeu, 2010.

Si le choix de la version française réside dans la commodité du langage, nous devons souligner que le titre même de l'ouvrage n'a pas été littéralement traduit. S'il est question de *commons* dans l'original, ici, le terme utilisé est celui de « biens communs » ; de même, le titre choisi par Ostrom établit une référence directe aux institutions alors que dans sa traduction française il n'est question que des ressources naturelles.

<sup>528</sup> Voir notamment la « tragédie des communs » de Gareth Hardin : sur ce point : *supra* n° 150.

<sup>529</sup> E. Ostrom, *Gouvernance des biens communs, Pour une nouvelle approche des ressources naturelles, op.cit.*, p.22.

<sup>530</sup> *Ibid.*, p.25.

<sup>531</sup> Sur ce point : *Supra* n° 154.

l'équilibre souhaité serait remis en cause par des défauts de sanction et de redistribution<sup>532</sup>. Il semblerait, cependant, qu'une autre potentialité puisse émerger, celle d'une production de règles issue d'un rapport collaboratif entre les acteurs du commun. Cette solution ne serait alors ni fondée sur la verticalité du Léviathan, ni sur le système de propriété privée classique, une solution « *alternative* », ou du moins, comme le souligne Olivier Weinstein, « *partiellement alternative* »<sup>533</sup>. Elinor Ostrom propose donc une réflexion à partir d'un rapport que nous qualifions d'horizontal. En cela, nous entendons qu'elle se fonde sur les décisions collectives des acteurs, comme l'auteure le souligne : « *les éleveurs eux-mêmes peuvent conclure des accords contraignants en vue de s'engager dans une stratégie coopérative qu'ils élaborent eux-mêmes* »<sup>534</sup>. Par ce système, les acteurs du commun vont négocier entre eux afin de se distribuer les éléments composant la ressource ; le nombre de bêtes que chaque usager du commun pourra faire paître, les sanctions en cas de non-respect des règles, etc. Ainsi, les auteurs ne se situent pas dans un système propriétaire classique où chaque propriétaire pourrait jouir de la partie de la ressource qui lui a été allouée tout en pouvant exclure autrui de cette dernière ; de même, il ne s'agit pas d'une entité externe qui imposerait ses règles comme pourraient le faire quelques entités étatiques. Il s'agit d'une solution « *alternative* », solution qui réside dans l'analyse des modes de gouvernance des communs, d'une part, et dans l'allocation des droits entre les *commoners*, d'autre part.

**172. Le développement de la théorie.** Au départ, la théorie des communs s'appuie sur l'œuvre d'Elinor Ostrom. Cependant, réduire la théorie des communs à la seule œuvre Ostromienne serait réducteur. En effet, depuis les années 90, le nombre de travaux scientifiques, universitaires, portant sur les communs n'a cessé de croître<sup>535</sup>. La constatation est ici sans appel : si le champ d'études traditionnel des communs est toujours étudié à travers le cas des ressources naturelles, il est constaté que de nouveaux sujets sont mis à l'honneur

---

<sup>532</sup> E. Ostrom, *Gouvernance des biens communs, Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, op.cit., p.23 sqq.

<sup>533</sup> O. Weinstein, « Comment se construisent les communs : questions à partir d'Ostrom » in *Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire*, L.L.L, Paris, 2015, p. 70 sqq., spéc. p.70.

<sup>534</sup> E. Ostrom, op.cit., p.28.

<sup>535</sup> F. Van Laerhoven, E. Ostrom, « Traditions et évolutions dans l'étude des communs », *Revue de la régulation* (en ligne), n°14, 2013. Il est notable que l'objet d'étude concerne les articles relatifs aux communs entre 1985 et 2005, depuis, le sujet a connu une forte mouvance et une réception internationale, surtout dans la dernière décennie. Pour s'en rendre compte, il suffit d'observer la littérature foisonnante sur le sujet. À ce titre, nous pouvons citer quelques exemples : A. Chaigneau (dir.), *Fonctions de la propriété et communs, regards comparatistes*, Société de législation comparée, Coll. Droit comparé et européen, Vol.27, 2017 ; T. Boccon-Gibot et P. Crétois (dir.), *État social, propriété publique et biens communs*, éd. Le bord de l'eau, 2015 ; B. Coriat (dir.), *Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire*, LLL, 2015 ; B. Parance et J. de Saint Victor (dir.), *Repenser les biens communs*, CNRS éd., 2014.

avec deux volets distincts, les questions liées à la propriété intellectuelle et au droit du numérique, et les problématiques environnementales. Le mouvement a également pris un développement plus prospectif et touche des domaines aussi variés que les biens culturels ou l'habitation. Ce fourmillement scientifique va conduire à diverses théories et donc plusieurs définitions des « communs »<sup>536</sup>.

Concomitamment, les recherches portant sur les communs nécessitent une approche transdisciplinaire, tant économique que juridique. L'intérêt de cette transdisciplinarité permet de rendre compte des différentes problématiques que soulève la question des communs. Sur le plan juridique, les problématiques sont nombreuses et conduisent le juriste à s'interroger sur leur potentielle influence sur le droit, que cela soit dans les aspects pratiques et théoriques. Une telle diversité nécessite d'être prudent, afin d'éviter le risque du syncrétisme. La théorie des « communs », telle que conçue par Ostrom, s'inscrit dans une logique économiste, et spécifiquement institutionnaliste. Pour l'auteure, la question du régime de propriété est secondaire. La préoccupation principale la recherche des « systèmes de gouvernance » qui pourraient permettre un mode de gestion pérenne des ressources. S'il conviendra d'élargir le spectre d'analyse des communs par la suite<sup>537</sup>, il nous faut, dans un premier temps, rentrer dans l'approche Ostromienne des communs. Deux raisons appuient ce choix. D'abord, d'un point de vue scientifique, il apparaît nécessaire de décrire la théorie qui, encore aujourd'hui, constitue l'un des fondements essentiels à la recherche des communs. Ensuite, et surtout, car l'analyse des communs selon Elinor Ostrom interroge la question du rapport d'appropriation et, plus spécifiquement, soulève la problématique de l'articulation qui peut exister entre usage partagé d'un bien et propriété.

Pour parvenir à comprendre en quoi la question des communs interroge la propriété, il convient de rechercher la définition de « communs » ou, du moins, d'en esquisser les contours. Pour ce faire, il convient d'opérer un travail d'identification des communs (I). Ce faisant, il sera alors possible de dégager les caractéristiques générales des communs (II).

---

<sup>536</sup> Il convient d'évoquer ici le "Dictionnaire des biens communs" ; cet ouvrage représente parfaitement la diversité des productions scientifiques portant sur la notion de communs : *Dictionnaire des biens communs*, M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld (dir.), P.U.F, coll. Quadriges, 2017. Comme le souligne François Ost, « le Dictionnaire des biens communs s'avère d'ores et déjà une contribution incontournable au thème des communs ; aucune contribution sérieuse sur ce sujet ne pourra désormais l'ignorer » : F. Ost, « À propos d'un dictionnaire peu commun », *RIEJ*, vol. 81, n° 2, 2018, p.331 sqq.

<sup>537</sup> Voir P. I, Titre II, chap. II.

## I/ La typologie des communs

Au vu des différents biens qui pourraient constituer des communs, deux types de biens sont identifiables. D'abord, les communs seraient susceptibles de s'établir sur des biens fonciers, ce qu'Ostrom dénomme les « *common-pool resources* » (A). Ensuite, les biens dits informationnels, par réaction aux *enclosures* qu'ils subissent, pourraient devenir des communs (B).

### A. Les communs fonciers traditionnels, les « *common-pool resources* »

À la lecture d'Elinor Ostrom, les « *common-pool resources* » se définissent par deux critères qui se complètent. Elles sont des ressources ou, pour être plus précis, des systèmes de ressources (1). Ayant déterminé ce premier critère, Ostrom se servira de la classification économique des biens pour démontrer que les « *common-pool resources* » nécessitent un affinement intellectuel de cette classification (2).

#### 1. Les « *common pool resources* »<sup>538</sup> : un système de ressource

**173.** Les premières analyses des communs cantonnaient les biens concernés aux ressources naturelles, dans la longue tradition des modes d'appropriation communautaire. Il est donc logique que les premières formes de communs soient les ressources naturelles et foncières. Aussi, afin de comprendre les caractéristiques substantielles des ressources communes concernées, il convient de reprendre la définition donnée par l'auteure : « *Le terme de ressource commune désigne un système de ressource suffisamment important pour qu'il soit coûteux (mais pas impossible) d'exclure ses bénéficiaires potentiels de l'accès aux bénéfices liés à son utilisation (...) il est essentiel de distinguer le système de ressource et le flux d'unités de ressource produites par le système, tout en reconnaissant leur interdépendance* »<sup>539</sup>. Ainsi, la ressource commune est décrite comme le contenant, nécessitant la définition de son contenu.

---

<sup>538</sup> Nous ne cherchons ici qu'à établir la nature des ressources communes afin d'en déterminer les caractéristiques, l'objectif étant de dresser un panorama des biens pouvant être considérés comme entrant dans la catégorie des « communs ». En revanche, pour plus d'information sur les enjeux propres aux *Common-pool Resources* d'un point de vue économique, voir : E. Ostrom, R. Gardner, J. Walker, *Rules, Games, and Common-Pool Resources*, The University of Michigan Press, 1994.

<sup>539</sup> E. Ostrom, *Gouvernance des biens communs, Pour une nouvelle approche des ressources naturelles* », *op.cit.*, p.44.

Premièrement, la ressource commune serait un système de ressources<sup>540</sup>. Ces systèmes de ressources seraient, par exemple, des sites de pêche, des prairies de pâturages, des ponts ou encore des garages de stationnement. Chaque système de ressource va alors générer des unités de ressources, définies comme « *ce que les individus s'approprient ou utilisent des systèmes de ressources* »<sup>541</sup>. Ainsi, si l'on reprend les exemples donnés en tant que système de ressource, on peut aisément définir les unités de ressources propres à chacun. Il s'agira des unités de poissons pêchés, des quantités de foins consommés par le bétail, du passage sur le pont sur une durée donnée ou encore des places de stationnement occupées. Empiriquement, Ostrom va étudier successivement « *les tenures communales dans les prairies et forêts de haute montagne* »<sup>542</sup> de *Törbel* en Suisse ou *Hirano* au Japon. Il en sera de même des « *institutions des systèmes d'irrigation de huertas* »<sup>543</sup> à *Valence* ou *Alicante* en Espagne.

Aussi, pour qu'un commun dit traditionnel puisse exister, il faut tout d'abord qu'il s'agisse d'une ressource et que celle-ci soit gérée et gouvernée de façon commune<sup>544</sup>. Les deux caractéristiques peuvent être décrites comme étant les deux faces d'une même médaille, il n'en demeure pas moins qu'elles sont substantiellement différentes. Le caractère « commun » est lié à l'activité humaine et à la gestion qui en est faite, alors que la qualification de ressource est fondée sur les utilités intrinsèques des choses. Cependant, selon Elinor Ostrom, le seul fait d'être un système de ressource ne pourrait suffire à décrire les « *Common pool resource* ».

**174. La classification économique des biens : entre biens « privés » et biens « publics (collectifs) ».** Afin de classer les ressources communes, Ostrom va se fonder sur la typologie classique formulée par l'économiste Samuelson<sup>545</sup>. Deux types de biens sont distingués : les « biens publics »<sup>546</sup> et les « biens privés ». Afin de pouvoir opérer cette *summa divisio*, l'auteur va utiliser deux critères : celui de l'exclusion et celui de la rivalité. En

---

<sup>540</sup> *Ibid.*

<sup>541</sup> *Ibid.*, p.44.

<sup>542</sup> *Ibid.*, p.81 *sqq.*

<sup>543</sup> *Ibid.*, p.90 *sqq.*

<sup>544</sup> Voir : *Infra* n° 192 à 194.

<sup>545</sup> P.A. Samuelson, « The Pure Theory of Public Expenditure », *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 36, n°4, 1954, p.387 *sqq.*

<sup>546</sup> Le sens du mot « public » n'est pas à comprendre dans un sens juridique mais économique. Il ne s'agit aucunement des biens qui sont soumis à la propriété des personnes publiques, le terme « public » est ici synonyme de « collectif ». Ainsi, pour éviter toute confusion des vocables propres à chaque discipline, nous utiliserons le terme de « biens collectifs ».

opérant un travail de qualification à partir de ceux-ci, les biens deviendront excluables ou non-excluables, rivaux ou non-rivaux. Ils sont donc à proprement parler des qualificatifs qui permettront la classification des biens.

**175. Le critère d'exclusivité.** Le premier de ces critères, l'exclusion, se fonde sur une notion bien connue des juristes, celle de l'exclusion d'un tiers de l'usage d'un bien. Toutefois, le terme n'équivaut pas à celui d'exclusivisme. Ce dernier est avant tout un pouvoir du propriétaire, celui d'exclure autrui. L'exclusivisme n'existe donc que par le truchement du propriétaire, il est une qualité subjective. *A contrario*, en économie, l'exclusion est une qualité objective qui permet la classification des biens. La question de l'exclusion n'est pas rattachée au sujet, mais à l'objet. L'exclusion est une potentialité naturelle des biens. C'est en ce sens que le bien sera, ou non, qualifié d'« excluable ». Ainsi, pour déterminer si un bien peut être qualifié d'excluable ou non, il conviendra d'étudier la facilité d'exclure autrui de l'usage de ce bien. Par exemple, un bien meuble tel qu'un vêtement ou un ordinateur sera considéré comme un bien excluable. À l'inverse, l'éclairage des villes serait un bien non excluable.

**176. Le critère de rivalité.** Le second critère est la rivalité du bien. Ici, encore, c'est l'usage qui permettra de déterminer la rivalité ou la non-rivalité du bien. Dans ce schéma, est qualifié de rival le bien dont l'usage par une personne viendrait limiter ou rendre impossible l'usage d'autres personnes. C'est ainsi qu'une pomme ou une chaise sont des biens rivaux. En se délectant d'une pomme, on en prive l'usage potentiel des tiers. À l'inverse, une même musique peut être écoutée simultanément par de multiples usagers ; l'usage de l'un ne venant pas restreindre ou empêcher l'usage de l'autre. Comme pour le critère d'excluabilité, le critère de rivalité est fondé sur la réalité physique des biens étudiés.

À partir de ces critères, la classification des biens peut s'opérer. Samuelson va alors dégager les deux types de biens classiques, les « biens privés » et les « biens collectifs ». Les biens privés sont ceux qui, de par leurs qualités intrinsèques, sont exclusifs et rivaux. À l'inverse, les biens collectifs sont ceux qui ne sont ni exclusifs ni rivaux.

## **2. Les *common-pool resources*, une nouvelle catégorie de bien économique**

**177.** La dichotomie opérée par Samuelson est exclusive, les biens sont privés ou collectifs. Face à cela, l'analyse en termes de système d'appropriation est limpide : les biens

privatifs sont captés par la propriété privée, alors que les biens collectifs sont captés par la propriété publique<sup>547</sup>. Les cas étudiés par Ostrom vont en dehors de ces modes d'appropriation. C'est ainsi que l'auteure décrit les cas des *common-pool resources* comme étant fondamentalement complexes, puisque les acteurs de ces ressources sont confrontés à des problématiques inhérentes tant aux biens privatifs qu'aux biens collectifs<sup>548</sup>. Pour rendre compte de ces types de biens spécifiques, la classification classique a besoin d'être complétée.

C'est dans un article fondateur<sup>549</sup> qu'Elinor Ostrom et son époux, Vincent Ostrom, vont redéfinir l'appareillage analytique proposé par Samuelson. Premièrement, il ne faudrait plus utiliser le critère de la rivalité vu à travers la consommation, mais plutôt par la « *soustractibilité de l'usage* »<sup>550</sup>. Deuxièmement, il faudrait pouvoir apporter au critère de « *soustractibilité* » de l'usage, comme au critère de l'exclusion, des degrés de variation ; c'est ainsi qu'un bien pourrait être doté d'une faible « *soustractibilité* » et d'une haute propension à l'exclusion ou inversement. À partir de cette nouvelle grille d'analyse, les auteurs vont dresser le portrait des *common-pool resources* et ainsi créer une nouvelle catégorie spécifique en dehors de la typologie classique. Ainsi, les *common-pool resources* seraient plus ou moins rétives à l'exclusion de l'usage des tiers, elles seraient donc des biens non excluables ou difficilement excluables. À l'inverse, elles subiraient une forte « *soustractibilité* » de l'usage. Elles ne seraient donc pas classifiables dans la répartition binaire des biens et nécessitent l'apport d'une nouvelle catégorie. Comme le souligne Benjamin Coriat<sup>551</sup>, cette nouvelle classification opérée par les époux Ostrom permet de repérer les éventuels candidats qui pourraient devenir des communs. Pour autant, il n'emporte pas la qualification de « commun ». Ainsi, si un bien

---

<sup>547</sup> « *This basic division was consistent with the dichotomy of the institutional world into private property exchanges in a market setting and government-owned property organized by a public hierarchy* », E. Ostrom, « *Beyond Markets and States : Polycentric Governance of Complex Economic Systems* », *American Economic Review*, Vol.100, n°3, June 2010 , p.642.

<sup>548</sup> « *Les appropriateurs qui s'auto-organisent pour gouverner et gérer une ressource commune sont confrontés à des problèmes similaires à ceux rencontrés dans l'appropriation des biens privés et à d'autres qui sont inhérents à la fourniture de biens publics* » : Elinor Ostrom, *Gouvernance des biens communs, Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, op.cit.

<sup>549</sup> V. Ostrom, E. Ostrom, « *Public Goods and Public Choices* », in *Alternatives for Delivering Public Services : Toward Improved Performance*, Westview Press, Boulder, Colorado, 1977.

<sup>550</sup> E. Ostrom, R. Gardner, J. Walker, *Rules, Games, and Common-Pool Resources*, The University of Michigan Press, 1994, p.6. Dans cet ouvrage, Elinor Ostrom donne une définition claire de la « *substractability* » : « *Substractability : The goods and events that individuals value also differ in terms of the degree of substractability of one person's use from that available to be used by others. If one fisherman lands a ton of fish, those fish are not available for other fisherman. On the other hand, one person's use of weather forecast does not reduce the availability of the information in that forecast for others to use* ». (Le terme, pourrait être traduit par l'anglicisme "soustractibilité").

<sup>551</sup> B. Coriat, « *Des communs fonciers aux communs informationnels, Traits communs et différence* », in *Propriété et Communs, Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés*, ANR Propice, 2013.



peut être considéré comme une *common-pool resource*, ses seules qualités naturelles ne sont pas suffisantes. Un pâturage, par exemple, peut être qualifié de *Common Pool Resource*, il peut cependant être approprié privativement, et c'est même la grande majorité des cas. En cela, le commun nécessite l'action de ses acteurs. Ici, la création d'un système alternatif d'appropriation ne dépend pas uniquement de qualités objectives du bien, il lui faut l'apport subjectif de la communauté, et donc un acte collectif.

**178. Les « *common-pool resources* », des biens fonciers permettant l'usage partagé de la ressource.** En définitive, l'analyse ostromienne nous offre une première catégorie de biens qui pourraient être des communs : les *common-pool resources*. Si la théorie économique semble les définir par leurs qualités naturelles intrinsèques, il est possible de les rattacher à une autre catégorie, celle des biens matériels et essentiellement fonciers. Pour autant, Ostrom démontre qu'il ne s'agit pas toujours de ressources naturelles. C'est ainsi qu'un parking, un pont, ne sont pas le fruit de la nature et peuvent être qualifiés de *Common pool resource*. Il ne s'agit en revanche que de biens corporels, les biens immatériels ne peuvent donc entrer dans la catégorie des *common-pool resources*. En étant des candidats potentiels à la catégorie de « communs », Elinor Ostrom décrit également qu'ils sont candidats à un régime d'appropriation spécifique, un régime fondé sur le partage des utilités du bien entre plusieurs titulaires de droits reconnus sur le bien.

Dans cette catégorie, les biens immatériels, notamment informationnels, sont exclus. Leur candidature à devenir des communs est-elle pour autant rejetée ? Il semble que non. La notion de commun pourrait également être adaptée à des biens dits informationnels.

## **B. Les communs de la connaissance ou les communs informationnels**

**179.** Comme nous l'avons signalé, les recherches universitaires portant sur les communs se sont largement étendues ces dernières années<sup>552</sup>. Si ce nouvel engouement provient d'une part d'un renouveau intellectuel pour une forme alternative d'appropriation, il est également dû au fait que la catégorie des communs s'est considérablement agrandie, venant embrasser les considérations d'un siècle naissant. Que ce soit avec le développement d'internet, des réseaux, et plus généralement par l'essor de l'informatique et du numérique, des ponts

---

<sup>552</sup> *Supra* n° 172.

notionnels furent dressés entre la théorie des communs et des biens nouveaux issus de ces domaines<sup>553</sup>, notamment pour faire face au défi posé par la propriétérisation. La qualification de « commun » s'est donc étendue à l'immatériel. À ce titre, l'idée de « communs informationnels » s'est considérablement développée. Sans nous intéresser, pour le moment, sur ce qui fait de ces biens des « communs »<sup>554</sup>, il convient de scruter les qualités intrinsèques de ces biens qualifiés d'informationnels. Pour ce faire, il faut d'abord décrire cette dimension « informationnelle » (1), avant de classer ces biens avec les critères de rivalité et d'exclusivité (2).

## 1. Les biens informationnels, des biens ubiquistes

**180. Des biens informationnels.** Dans la catégorie des biens immatériels, les biens dits informationnels semblent avoir une place particulière. L'emploi du qualificatif « informationnel » ne sous-entend pas qu'il s'agit uniquement de l'information ou de la connaissance au sens premier des termes<sup>555</sup>. Le terme de bien informationnel a fait l'objet d'une compréhension plus large, permettant d'englober certaines créations intellectuelles. Afin de mieux appréhender ce que le terme « informationnel » désigne, il convient de saisir le sens donné au mot « information ». Pour Pierre Catala, l'information est « *un message communicable à autrui par un moyen quelconque* »<sup>556</sup>. Cette définition permet alors de distinguer l'information de la simple idée. Celle-ci ne serait qu'une abstraction qui, non formalisée, n'intéresse ni le droit, ni l'économie. En revanche, à partir du moment où l'idée se formalise, qu'elle est le résultat d'un processus créatif, elle peut être saisie par le droit et plus spécifiquement encore par le droit de la propriété intellectuelle. L'information a vocation à être communiquée<sup>557</sup>. La détermination du support de l'information n'est que subsidiaire, elle n'est que l'outil qui permettra la communication. Ainsi, pour Jérôme Passa, le terme

---

<sup>553</sup> La littérature est nombreuse et variée sur ce point. Pour un point de vue général : *Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire*, B. Coriat (dir.), LLL, 2015 ; M. Clément-Fontaine, « Internet et la résurgence des communs », in *Repenser les biens communs*, B. Parente, J. de Saint Victor (dir.), CNRS éd., Paris, 2014, p. 261 *sqq.* ; de la même auteure : « Les communs numériques » in *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, Coll. Mélanges, 2014, p.163 *sqq.* ; « un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels », in *Les modèles propriétaires, op.cit.*, p.51 *sqq.*

<sup>554</sup> Sur ce point : *Infra* n° 186 *sqq.*

<sup>555</sup> Sur la question de l'articulation de la propriété et de l'accès aux tiers à propos de l'information : M.-A. Frison-Roche, « Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, Coll. Mélanges, 2001, p.759 *sqq.* ; voir également : S. Bories, « Et du droit, tu pourras être instruit », in *Études offertes à Pierre Catala, op.cit.*, p.734.

<sup>556</sup> P. Catala, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.*, 1984, n°7 ; dans un sens similaire : J.-C. Galloux, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.*, 1994, p.229 *sqq.*

<sup>557</sup> S. Becquet, *Le bien industriel*, LGDJ, coll. Thèses, 2005, n° 22, p.52.

« d'information » se définirait comme « *une notion générique, sous laquelle l'opinion commune range des éléments aussi variés qu'une donnée brute, un savoir-faire, une invention, une innovation végétale, un secret industriel, une idée, une découverte, une création de formes, un événement d'actualité* »<sup>558</sup>. Si cela a tout d'une liste à la Prévert, il convient d'en rechercher un dénominateur commun. Cet objectif a notamment été réalisé par Ejan Mackaay qui définit les biens informationnels comme « *des structures d'informations dont la création a exigé un investissement non nul* »<sup>559</sup>. De cela, l'auteur conclura que la catégorie peut embrasser des objets aussi divers qu'un logiciel, des productions culturelles, etc. Toutefois, pour que ces informations puissent entrer dans la catégorie des biens informationnels, encore faut-il que ces dernières soient soumises aux protections mises en place par le droit de la propriété intellectuelle. Le logiciel par exemple est reconnu comme un bien informationnel<sup>560</sup> régi par le Code de la propriété intellectuelle<sup>561</sup>. Au départ, le logiciel est une information ou, pour le dire autrement, une chose ayant la qualité d'être informationnelle. Une fois que le logiciel est qualifié d'œuvre, il devient un bien informationnel par le truchement de la propriété intellectuelle. Dès lors, en quoi les biens « informationnels » pourraient être perçus comme des « communs » potentiels ? Pour s'en rendre compte, il faut se tourner vers les qualités intrinsèques de ces biens spécifiques.

## 2. Les qualités intrinsèques aux communs informationnels

**181. Les biens informationnels, des biens ubiquistes.** Lorsque l'on s'attarde à étudier les biens informationnels, la première caractéristique notable semble être l'immatérialité. Gardons notre exemple du logiciel, celui-ci est par nature immatériel. Il est vrai qu'un logiciel peut être matérialisé via un CD-ROM, il ne devient par pour autant un bien matériel, cette appréhension du logiciel en tant que bien matériel n'étant qu'une confusion entre l'œuvre (le logiciel) et son support (le CD-ROM). Ainsi le logiciel, et l'œuvre en général, existe en dehors de tout support ; son existence étant immatérielle, elle « *transcende en effet la matière*

---

<sup>558</sup> J. Passa, « La propriété de l'information : un malentendu ? », *Dr. et patrim.*, Mars 2001, p.64.

<sup>559</sup> E. Mackaay, « Le bien informationnel. Le droit de suite dans les idées », in *L'appropriation de l'information*, P. Chamoux (dir.), Librairies Techniques, 1986, p. 49. .

<sup>560</sup> « *Appliqué à l'information, le propos va faire reconnaître le statut de biens notamment aux logiciels et aux bases de données. Et cela nous paraît peu discutable* » : M. Vivant, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE*, 2006, p.361 *sqq.*

<sup>561</sup> La loi du 3 juillet 1985 a étendu la notion d'œuvre de l'esprit aux logiciels, ce dernier se voyant ainsi protégé par le droit d'auteur.

qui la contient ou qui la véhicule, car elle est apte à se renouveler indéfiniment dans des copies en nombres »<sup>562</sup>.

Cette immatérialité entraîne une autre caractéristique essentielle, celle d'être ubiquiste. Le terme prend ses racines dans la théologie et évoque cette qualité du Christ à être dans chaque homme, spirituellement, dans une forme d'immanence<sup>563</sup>. En effet, l'ubiquité se définit comme la qualité et la possibilité d'être présent en plusieurs lieux à la fois<sup>564</sup>. Ainsi, l'immatérialité entraîne logiquement cette qualité. La faculté de capter<sup>565</sup> privativement le bien est propre à l'objet matériel, elle échappe à celui qui est immatériel. Dans le cadre d'un bien informationnel, il est possible de capter privativement le support, non l'information. Comme le précise Samuel Becquet, « le propre d'une chose informationnelle est précisément de n'être pas incarnée, et d'être reproductible, c'est-à-dire en quelque sorte d'avoir le don d'ubiquité (...) cette caractéristique lui permet d'être communiqué à l'infini, de migrer d'un support à l'autre »<sup>566</sup>. Les biens informationnels sont donc doués d'ubiquité.

**182. Les biens informationnels, des biens ubiquistes donc non rivaux.** Comme nous l'avons vu<sup>567</sup>, la question de la rivalité des biens est primordiale dans le processus de classification des biens économiques. C'est ainsi que les *common-pool resources* ont été désignés comme des biens ayant une forte propension à la rivalité et connaissent, selon le langage Ostromien, une forte « soustractibilité à l'usage ». Pour les biens informationnels, il semble que la donne soit inversée et que ces biens aient une très faible propension à la rivalité, au point de les considérer comme non-rivaux. Nous savons que la différenciation entre rivalité et non-rivalité prend l'usage pour critère de distinction. Si *Primus* fait usage d'un ordinateur, *Secundus* ne peut faire usage du même ordinateur. Cette impossibilité d'usage simultané d'un bien entraîne donc une rivalité sur l'usage d'un bien, le bien est alors rival.

---

<sup>562</sup> V.-L. Bénabou, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle ? », *RLDI*, n°1, 2005, p.57.

<sup>563</sup> Voir sur ce point : S. Kowalczyk, « Les conceptions classiques et contemporaines de la transcendance et de l'immanence de Dieu », *Collectanea Theologica*, n° 48, 1978, p.103 *sqq.* ; I. Kolodziejczyk, « L'ubiquité de Dieu "Per potentiam, praesentiam, essentiam" selon l'ontologie de S. Thomas d'Aquin », *Divus Thomas*, Vol. 75, n° 2, p. 137 *sqq.*

<sup>564</sup> Définition du Petit Robert, V° Ubiquité.

<sup>565</sup> Nous parlons ici d'une captation factuelle et non juridique, celle-ci sera étudiée par la suite.

<sup>566</sup> S. Becquet, *Le bien industriel*, *op.cit.*, n° 23, p.54.

<sup>567</sup> Voir *Supra* n° 176.

Dans ce schéma, l'ubiquité des biens informationnels empêche ce phénomène de rivalité ; le fait d'installer un logiciel sur son ordinateur personnel n'ira pas à l'encontre de l'usage que son voisin pourrait faire du même logiciel. Encore une fois, il ne faut pas confondre l'œuvre et son support. S'il est tout à fait possible de voir dans un CD-ROM un bien à fort taux de rivalité, l'œuvre en tant que telle y échappe totalement. Il en est de même de la question de la « soustractibilité » puisque, contrairement au *common-pool resources*, l'usage simultané du bien ne peut conduire à une altération de sa substance propre ; c'est ainsi que le logiciel ne saurait souffrir d'un usage multiple et concomitant. Cette non-rivalité se conjugue avec le second critère de qualification des biens économiques : l'exclusivité.

**183. Les biens informationnels, des biens naturellement non exclusifs.** L'exclusivité, entendue comme une qualité de la chose – celle d'être excluable – repose sur la potentialité à pouvoir exclure autrui du rapport à la chose. Comme pour la rivalité, une opposition franche se dessine naturellement entre les biens matériels et immatériels. D'un point de vue strictement objectif, la chose informationnelle n'est pas excluable, seul son support peut l'être.

Illustrons ce phénomène. Si *Primus* est propriétaire de la version originale des Fleurs du Mal, il sera aisé pour lui d'exclure *Secundus* de la jouissance de ce livre. Le support de l'information est ici parfaitement excluable. En revanche, *Secundus* pourra jouir de l'information en elle-même – ici, l'œuvre de Baudelaire – par d'autres moyens (libre accès sur Internet, bibliothèques municipales, etc.). L'information, parce qu'elle peut être partout à la fois, est un bien difficilement excluable. Afin de rendre le bien exclusif, l'auteur pourra cependant réaliser des *enclosures* techniques, permettant de lutter contre l'ubiquité du bien.

**184. Les biens informationnels, des biens exclusifs par l'apport du juridique.** Planiol soutenait que « la possibilité d'une appropriation ne dépend pas des désirs de l'homme, mais de la nature de la chose »<sup>568</sup>. D'un point de vue strictement naturaliste, l'auteur a raison. Il est impossible de se réserver une information. C'est là où le droit apporte le correctif nécessaire en protégeant l'auteur de l'information par l'allocation de droits de propriété à son égard. Juridiquement, l'auteur de l'information va pouvoir bénéficier de la protection des mécanismes de la propriété intellectuelle et, conséquemment, être titulaire d'un droit exclusif sur l'information. Ce faisant, l'auteur jouira d'un pouvoir d'action sur son information, ce qui

---

<sup>568</sup> M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., T.III, 1952, p.577.

lui permettra d'en contrôler l'accès et les usages. D'une chose naturellement non excluable, le droit va en faire un bien exclusif. C'est ce phénomène que dénonce James Boyle quand il évoque les *enclosures* des biens intangibles de l'esprit<sup>569</sup>.

**185. Les biens informationnels, des candidats à devenir des « communs ».** Les biens informationnels, non-rivaux et non-excluables, sont des biens qui possèdent une forte propension à un partage de leurs utilités. De fait, le bien informationnel est soumis à une simultanéité des usages, c'est ainsi que le moteur de recherche *Google* fait l'objet d'un usage simultané permanent par des millions de personnes. Ici, seul le propriétaire est maître de décider de l'étendue de cette simultanéité, par la détermination des conditions d'accès à son bien informationnel<sup>570</sup>. Pourrait-on dire, alors, que *Google* revêt les qualités d'un commun informationnel ? Certainement pas. Il ne faut pas, ici, se fixer sur la simultanéité des usages du bien informationnel. Elle n'est qu'une conséquence des qualités naturelles de l'information, de sa non-rivalité. Certes, ces qualités inhérentes aux biens informationnels vont déterminer la potentialité des biens informationnels à pouvoir supporter un usage partagé du bien. Cependant, comme dans le cadre des *common pool resources*, pour que le bien informationnel puisse être un candidat à devenir un commun, il doit être une ressource. La distinction entre les ressources foncières et les ressources informationnelles est pourtant grande, elle tient aux caractéristiques naturelles de chaque bien. Dans le cadre de la ressource naturelle, il sera notamment question de la « *soustraitibilité* » de l'usage. Il s'agit, ici, d'une considération liée à la nature rivale du bien<sup>571</sup>. À l'inverse, la non-rivalité du bien informationnel oblige à raisonner différemment. C'est en ce sens qu'Ostrom évoquera un phénomène de « contribution »<sup>572</sup>, également appelé « additionnalité »<sup>573</sup> par d'autres auteurs. Il s'agit de représenter, ici, la possibilité pour chaque membre du commun de pouvoir participer à l'élaboration et à la modification du bien informationnel. Par exemple, le logiciel peut être considéré comme un bien informationnel parce qu'il est possible, en ayant accès au code source, de modifier substantiellement son contenu et, ainsi, l'améliorer.

---

<sup>569</sup> Voir *Supra* n° 158 ; J. Boyle, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Law and Contemporary Problems*, n° 66, 2003, p.33. .

<sup>570</sup> Il existe cependant certaines exceptions légales qui vont reconnaître des accès à certaines utilités de biens informationnels. Celles-ci dépassent le strict cadre des communs informationnels, elles seront donc étudiées dans la suite de cette étude : *Infra* n° 407 *sqq.*

<sup>571</sup> Sur ce point : *Supra* n° 176.

<sup>572</sup> E. Ostrom, C. Hess, « A Framework for Analysing the Knowledge Commons », in *Understanding Knowledge as a Commons*, C.Hess et E.Ostrom (dir.), The MIT Press, Cambridge, London, p.41 *sqq.*, spéc. p.52.

<sup>573</sup> B. Coriat, « Des communs fonciers aux communs informationnels, Traits communs et différence », in *Propriété et Communs, Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés*, ANR, Propice, 2013, p.20.

## II/ Les caractéristiques des communs

**186.** Le rapide panorama que nous avons dressé semble comprendre, pour l'heure, l'essentiel des ressources pouvant être inscrites dans une logique de commun. Afin d'opérer cette typologie, nous avons utilisé, à l'instar de la majorité des études sur les communs, les classifications issues de l'école du « *Public Choice* »<sup>574</sup>. Ce choix n'est pas anodin. Bien que décriée par certains<sup>575</sup>, car fondée sur une approche naturaliste des choses, cette classification permet de rendre compte de la diversité des communs. Tantôt rivaux ou non rivaux, fonciers ou informationnels, les communs ne sauraient se définir uniquement par les qualités intrinsèques des choses. Aussi, afin de pouvoir définir les communs, il faut parvenir à déterminer leurs dénominateurs communs. Pour ce faire, il est nécessaire d'étudier les définitions que les auteurs en donnent, afin d'y rechercher les points de convergence.

Selon Olivier Weinstein, les communs se définissent comme « *des formes diversifiées d'action collective dans la gestion des ressources, qui ont comme point commun de n'être ni purement marchandes, ni purement étatiques, de ne reposer ni sur un strict régime de propriété privée, ni sur un système de propriété et de gestion publique, et qui émergeraient à partir d'un processus d'auto-organisation et d'autogouvernement à l'intérieur d'un groupe préexistant ou se constituant en même temps que se forme le commun, ce que l'on qualifiera habituellement de 'communauté'* »<sup>576</sup>. Pour Benjamin Coriat, les communs se définissent par trois « *points d'entrées* » différents. Premièrement, ils « *résultent de certains attributs des biens et/ou de système de ressources* »<sup>577</sup> ; deuxièmement, ils se « *caractérisent par des régimes de propriété particuliers et originaux* »<sup>578</sup> ; troisièmement, ils sont fondés sur des « *structures de gouvernance appropriées qui sont les garants de leur soutenabilité* »<sup>579</sup>. À travers ces deux exemples de définitions, il semble que les communs puissent se définir par la

---

<sup>574</sup> Sur ce point : *Supra* n° 177.

<sup>575</sup> Les philosophes et essayistes Pierre Dardot et Christian Laval se sont désolidarisés de cette manière de qualifier les biens. Pour eux : « *la nouvelle théorie des communs n'est donc qu'un raffinement de la théorie des biens publics des années 1950 et reconduit ainsi les limitations propres à un naturalisme qui voudrait classer les biens selon leurs qualités intrinsèques* » : P. Dardot, C. Laval, *Commun : essai sur la révolution au XXIème siècle*, La découverte, Paris, 2014, p.157.

<sup>576</sup> O. Weinstein, « Comment se construisent les communs : question à partir d'Ostrom », in *Le retour des communs*, B. Coriat (dir.), L.L.L., Paris, 2015, p.70 *sqq.*, spéc. p.71.

<sup>577</sup> B. Coriat, « Des communs "fonciers" aux communs informationnels. Traits communs et différences. », in *Propriété et communs, les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagée*, ANR Propice, 2013., p.2.

<sup>578</sup> *Ibid.*, p.4.

<sup>579</sup> *Ibid.*, p.11.

réunion de plusieurs éléments. Ainsi, les communs semblent se fonder sur une organisation collective qui se traduit par l'idée de mise en place de modes d'organisation collective de gestion du bien (B) et dont la création résulte de l'action des membres d'une communauté (A). L'idée de commun semble se traduire tant par des critères objectifs que subjectifs, entre qualités intrinsèques des choses et volonté des acteurs.

#### **A. Les « communs », une notion reposant sur des « communautés »**

**187.** Historiquement, nous avons vu que les notions de propriété et de communauté étaient souvent perçues comme antinomiques<sup>580</sup>, la première ne pouvant exister qu'après s'être libérée de la seconde<sup>581</sup>. Cette approche ne vaut qu'en pensant la propriété à travers le prisme moderne, lui-même ayant comme figure tutélaire la propriété romaine. Cependant, l'approche peut être différente si l'on s'extirpe du prisme moderne, le droit médiéval nous offrant ainsi une approche communautaire de l'appropriation<sup>582</sup>. Le terme même de « communs » ne fut pas choisi au hasard, il est le fruit d'une longue querelle qui opposa les tenants de la propriété exclusive aux défenseurs d'une forme de propriété communautaire. Les communs sont ainsi, du moins dans la référence, les descendants des anciens *Commons* anglo-saxons. Cette filiation historique réside aujourd'hui dans l'aspect communautaire que prend cette forme particulière d'appropriation, une forme résolument antimoderne. Les communs sont donc intrinsèquement liés à un rapport collectif d'appropriation qui place les communautés en tant que dénominateur commun à l'ensemble de la catégorie.

Aussi, afin de pouvoir comprendre le phénomène, il convient tout d'abord de déterminer le lien existant entre communs et communauté. Pour ce faire, Judith Rochfeld explique qu'il existe aujourd'hui un « *un contexte de "résurgence" des "communs" et de redécouverte des "communautés"* »<sup>583</sup> et assimile les deux mouvements comme participant à une logique commune. Il faut dire que la relation qui les unit est d'abord étymologique, les deux termes

---

<sup>580</sup> « *La raison est, que propre et commun sont les contradictoires. Si on suppose qu'un autre que moi soit propriétaire d'une chose dont je suis propriétaire, dès lors cette chose est commune entre nous, et si elle est commune, on ne peut plus dire qu'elle me soit propre pour le total, et que j'en aie la propriété pour le total ; car propre et commun sont deux choses contradictoires.* » : *Œuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, Tome 8, Partie 1, Chapitre 1, p.119.

<sup>581</sup> « *La propriété sort des entrailles de la communauté* », F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, 1981, Lyon, p.562 sqq.

<sup>582</sup> Voir *Supra* n° 83.

<sup>583</sup> J. Rochfeld, « Communauté négative, positive, diffuse », in *Dictionnaire des biens communs*, M. Cornu, F. Orsi et J.Rochfeld (dir.), P.U.F, Coll. Quadriges, 2017, p. 241 sqq, spéc. p.242.



provenant du terme latin « *communis* » dont la construction se caractérise par la réunion du suffixe « *cum* » et de « *munus* », le premier terme pouvant se traduire par l'idée de réciprocité sociale alors que le second évoquerait plutôt le cadre de l'échange<sup>584</sup>. Il y a donc, intrinsèquement, une racine commune entre les deux termes, renvoyant à l'idée d'un partage, notamment de charges ou d'obligations. Au-delà de leurs racines communes, le terme de « communauté » est souvent décrit par rapport à celui de « commun ».

La communauté peut être définie comme « *le caractère de ce qui est commun à plusieurs personnes* »<sup>585</sup> mais également comme un « *ensemble de personnes unies par des liens d'intérêts, des habitudes communes, des opinions ou des caractères communs* »<sup>586</sup>. Ainsi, la communauté se caractérise comme une institution fondée sur une communauté d'intérêts, qui s'organise autour d'une relation collective à une chose. La communauté est donc d'abord une communauté d'intérêts (1), cristallisée autour d'une communauté, cette fois-ci comprise en tant qu'institution structurante (2).

## 1. La communauté d'intérêts

**188.** Le terme de communauté n'est pas inconnu de notre droit et de notre histoire, que cela soit les communautés villageoises ou familiales, la communauté entre époux ou encore les communautés monacales. En tant que structure, les différentes formes de communautés citées divergent tant dans leurs compositions que dans l'objet du lien qui les forme (lien géographique, lien religieux, lien de sang, lien patrimonial). Pourtant, il semble qu'elles possèdent toutes une « *constance structurale capable de se distinguer dans une diversité de contexte* »<sup>587</sup> ; l'ensemble des communautés se réduisant, en premier lieu, à « *un sentiment, une attitude, une disposition de l'esprit* »<sup>588</sup>. Ainsi, chaque communauté comprise en tant que structure n'existe que parce que préexiste, au départ, un lien qui unit chaque membre de la communauté. Ce lien est donc créateur d'un esprit communautaire. Dans le cadre de notre étude, ce se trouve dans une communauté d'intérêts<sup>589</sup> autour d'une même ressource. C'est

---

<sup>584</sup> Pour une analyse complète de l'étymologie du mot, voir : E. Cangelosi, « Communis », in *Dictionnaire des biens communs, op.cit.*, p.258 sq.

<sup>585</sup> « Communauté », *Dictionnaire de français*, Larousse, (en ligne).

<sup>586</sup> *Ibid.*

<sup>587</sup> L. Assier-Andrieu, « Communauté (Anthropologie du droit) », in *Dictionnaire des biens communs, op.cit.*, p.220 sq., spéc. p.221.

<sup>588</sup> *Ibid.*, p.221.

<sup>589</sup> Ici, le terme non pas dans son sens le plus large et non spécifiquement juridique mais comme la réunion d'intérêts particuliers, convergents vers une réalisation commune. Pour une approche de la communauté

ainsi que des informaticiens professionnels, des amateurs du numérique ou simples utilisateurs, peuvent trouver une communauté d'intérêts au développement d'un logiciel libre. Pris dans leur individualité, les intérêts peuvent être différents : il peut s'agir de se perfectionner en technique de codage, d'acquérir une notoriété, ou tout simplement d'améliorer le logiciel afin d'optimiser l'utilisation personnelle que l'on peut en tirer. Quoiqu'il en soit, il va se greffer autour du bien qu'est le logiciel, une communauté d'intérêts dont la finalité sera collective : l'amélioration du logiciel. Dès lors, c'est bien cette communauté d'intérêts qui va permettre la création d'un commun, ce dernier ne pouvant exister à l'état de nature.

Comme le souligne Louis Assier-Andrieu : « *Les biens communs, une forme de propriété, ne sont pas le socle sur lequel une communauté se construit (...), mais c'est, à l'inverse, à partir de la communauté qu'il est possible des biens comme communs* »<sup>590</sup>. Cette situation est particulièrement intéressante en ce qu'elle rend compte de la dynamique sociale qui vient à la formation de la communauté conçue comme institution. Ainsi, à toute communauté sociale et juridique en précède une autre, celle d'intérêts. En conclusion, l'esprit communautaire naît d'une communauté d'intérêts, et peut se formaliser par une structure collective.

## 2. La communauté comme structure

**189.** À côté du rôle créatif de la communauté d'intérêts, la mise en place d'une communauté comprise comme un regroupement d'acteurs œuvrant à une réalisation commune est fondamentale dans la construction d'un commun. Dès lors, si la communauté d'intérêts a un rôle créatif en ce qu'elle rassemble les acteurs, la communauté comprise comme institution possède un rôle constructif et structurant. Ici, la communauté prise comme corps social, comme structure du commun, n'est pas sans rappeler nos vieilles communautés médiévales. Lorsqu'il est évoqué une « *redécouverte* »<sup>591</sup> des communautés, le terme n'est, semble-t-il, pas choisi au hasard. Il faut toutefois se garder de l'analogie historique, les vérités d'hier ne pouvant se calquer parfaitement sur le monde d'aujourd'hui. Cependant, indépendamment du

---

d'intérêts dans ses représentations juridiques : J. Théron, « De la "communauté d'intérêts" », *RTD civ*, 2009, p.19 *sqq.*

<sup>590</sup> L. Assier-Andrieu, « Communauté (Anthropologie du droit) », in *Dictionnaire des biens communs*, *op.cit.*, p.227.

<sup>591</sup> « Dans un contexte de « résurgence » des « communs » et de redécouverte des « communautés », on peut néanmoins s'interroger sur la pertinence de les revivifier (les communautés négatives et positives), seraient-elles délestées de leurs substances théologiques et laïcisées » : J. Rochfeld, « Communauté négative, positive, diffuse », *op.cit.*, p. 242.

temps, il est possible de percevoir des caractéristiques générales aux différentes communautés<sup>592</sup>.

En ce sens, les communautés reposent sur une dimension collective et, lorsqu'elles s'organisent autour d'un bien ou d'un ensemble de biens, sur une appropriation collective ; c'est ce que le Doyen Carbonnier avait synthétisé par ces mots « *pas de communauté sans propriété communautaire ou, du moins, sans imprégnation communautaire de la propriété* »<sup>593</sup>. Cette dimension collective propre aux communautés va également emporter une certaine conception des relations entre les membres de la communauté. C'est ainsi que Louis Assier-Andrieu, reprenant les analyses du sociologue allemand Tönnies<sup>594</sup>, évoquera la dimension coopérative des relations intracommunautaires tout en soulignant la prédominance de la valeur d'usage sur la valeur d'échange<sup>595</sup>. Ces caractéristiques collectives ne sont pas étrangères aux communautés élaborées autour des communs, elles en sont l'essence et c'est sans doute pour cela que les communs sont souvent analysés comme un « retour »<sup>596</sup>, un retour d'un mode d'appropriation plaçant le collectif et la valeur d'usage en son centre, un retour des communautés en tant que structure d'appropriation. Il est d'ailleurs intéressant de voir que le terme qui désigne les membres des communautés construites autour des communs est celui de *commoners*. Si le terme n'a pas de traduction littérale en langue française, c'est qu'il provient de l'histoire anglaise où il désignait, au Moyen-âge, les bénéficiaires de droits collectifs qui étaient transmis au sein des communautés villageoises<sup>597</sup>. La filiation historique est donc reconnue, voire mise en avant, que ce soit comme symbole face aux nouvelles *enclosures*, ou tout simplement pour la dimension collective et usagère du mode de relation aux biens contenus dans la communauté.

**190. Des structures plurielles.** Néanmoins, si les communautés possèdent des caractéristiques communes, elles doivent également être comprises à travers leur diversité structurelle. Que cela soit dans le cadre des communs naturels ou informationnels, la détermination de la taille des communautés va, de prime abord, dépendre de la nature de la

---

<sup>592</sup> Il est intéressant de voir que le cas de la communauté conjugale a pu aussi être comparé, du moins dans ses caractéristiques les plus fondamentales, aux communautés taisibles du Moyen-Âge, voir notamment : E. Meynial, « Le caractère juridique de la communauté entre époux », *RTD civ* 1903, p.811 sq.

<sup>593</sup> J. Carbonnier, « Communauté – Communisme – Propriété », *Écrits*, P.U.F, Paris, 2008, p.381.

<sup>594</sup> F. Tönnies, *Gemeinschaft und gesellschaft*, 1922.

<sup>595</sup> L. Assier-Andrieu, « Communauté (Anthropologie du droit) », *op.cit.*, p.223.

<sup>596</sup> Pour exemple : *Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire*, B.Coriat (dir.), L.L.L, Paris, 2015.

<sup>597</sup> F. Sultan, « *Commoner* », in *Dictionnaire des biens communs*, *op.cit.*, p.202 sqq.

ressource ; cette dernière étant déterminée à travers la question de l'usage partagé du bien et du phénomène de rivalité. Dès lors, une ressource rivale va nécessairement devoir s'inscrire dans une communauté de taille restreinte ou intermédiaire, la gestion et la préservation de la ressource ne pouvant être garanties dans une communauté élargie et exponentielle. À l'inverse, une ressource informationnelle peut s'inscrire dans une communauté à la taille élargie, la non-rivalité de la ressource n'engendrant pas de limitation nécessaire de ses acteurs. Au contraire, la multiplication des acteurs d'une communauté inscrite autour d'un commun informationnel peut être facteur d'enrichissement de la ressource. Ainsi, c'est bien les qualités objectives de la chose (rivale ou non rivale), mais également l'intérêt collectif de la communauté (prélèvement de la ressource pour les communs naturels / amélioration de la ressource pour les communs informationnels), qui déterminera le nombre d'acteurs. Les communautés sont donc protéiformes, elles peuvent être de nature plutôt fermée ou complètement ouverte, la détermination des conditions d'accès à la ressource étant alors centrale.

## **B. Les communs, une institution fondée sur une organisation communautaire**

**191.** Comme nous venons de le démontrer, la catégorie des communs est ontologiquement liée aux communautés. Que ces dernières soient restreintes ou ouvertes, elles demeurent le fondement sans lequel le commun ne pourrait exister. La question des attaches communautaires est donc essentielle, mais non suffisante, elle ne suffit pas à faire percevoir le sel des communs. Pour le découvrir, il convient d'appréhender le système dans son aspect interne et non externe. Ainsi, la question des communs doit être comprise par les règles de fonctionnement qui les caractérisent. Du fait de l'essence économique qui les caractérise, les communs sont le plus souvent décrits comme étant le fruit d'un processus « *d'auto-organisation de la communauté* »<sup>598</sup> ou, pour reprendre les termes Ostromiens « *self-organizing and self-governing* ». Ils sont également décrits comme étant moins « *un système de propriété* » que « *des normes et des règles sociales, et des mécanismes légaux qui permettent à des individus de partager la propriété et le contrôle des ressources* »<sup>599</sup>. Ainsi, comprendre les communs, c'est en comprendre le fonctionnement. Elinor Ostrom placera ainsi la question institutionnelle au cœur des problématiques, les relations entre acteurs au sein du commun

---

<sup>598</sup> B. Coriat, « Communs (approche économique) », in *Dictionnaire des biens communs*, p.268.

<sup>599</sup> D. Bollier, « Growth of the commons paradigm », in C.Hess et E.Ostrom (dir.), *Understanding Knowledge as a Commons*, *op.cit.*, p.29

dépassant celle de l'appropriation<sup>600</sup>. En effet, l'auteure va centrer son étude sur la question des règles mises en place par les membres de la communauté. Il est notable que le terme même de « règle » soit utilisé par Ostrom pour décrire la notion « d'institution »<sup>601</sup>. S'inscrivant dans le mouvement renouvelé de l'institutionnalisme, Ostrom va donc étudier les communs en tant qu'institutions et donc, *in fine*, à travers les règles qui les composent. À partir de ces éléments de définition, il semble possible de distinguer deux caractéristiques générales. D'une part, il semble que les communs s'inscrivent dans une logique d'action collective ; une action qui va se caractériser par la mise en place de règles internes à la communauté, autrement appelées « mode de gouvernance » (1). Cette gouvernance venant à l'appui d'un mode d'appropriation fondé sur un système s'organisant dans une distribution de droits entre les membres de la communauté (2).

## 1. La gouvernance des communs

**192.** Dans son ouvrage de référence, Ostrom cherche à démontrer que la théorie de Gareth Hardin repose sur un postulat tronqué. Pour ce faire, elle va réaliser une recherche empirique en étudiant différents types de propriétés communes à travers le monde. Pour l'auteure, l'institution se définit comme un « *ensemble de règles réellement mises en pratique par un ensemble d'individus pour organiser des activités répétitives qui ont des effets sur ces individus, et éventuellement sur d'autres* »<sup>602</sup>. Ainsi, l'institution serait l'élément central des communs, elle en permettrait l'effectivité. Pour garantir cette dernière, l'immutabilité des règles est à prescrire au profit d'une adaptabilité qui pourrait permettre la pérennité de l'institution. Il faut donc que les acteurs des communs puissent participer non seulement à un processus d'élaboration des règles des communs, mais également à un processus de modification des règles<sup>603</sup>. L'action collective de la communauté se trouve au cœur de

---

<sup>600</sup> Sur ce point, voir : O. Weinstein, « Comment comprendre les "communs" : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle », *Revue de la régulation*, n° 14, 2013.

<sup>601</sup> E. Ostrom, « An Agenda for the Study of Institutions », *Public Choice*, vol. 48, n° 1, 1986, p. 3 *sqq.* spé. p.5 : « *one concept – that of rules – is used as a referent for the term 'institution', and defined.* »

<sup>602</sup> E. Ostrom, « Pour des systèmes irrigués autogènes et durables. Façonner les institutions », *Coopérer aujourd'hui*, n°67, novembre 2009, p.9.

<sup>603</sup> Sur ce point, voir notamment : E. Ostrom, X. Basurto, « Façonner des outils d'analyse pour étudier le changement institutionnel », *Revue de la régulation*, n°14, 2013. Dans le même article, les auteurs vont également opérer une classification des différentes règles de gouvernance. À ce titre, il existe : « *définition des rôles* », « *les règles d'accès aux rôles* », « *Les règles d'allocation* », « *Les règles sur les procédures de décision collective* », « *les règles d'information* », « *les règles de contribution et de rétribution* » et enfin « *les règles de ciblage des usages des ressources* » ; sur le contenu de ces règles, voir également : E. Ostrom, *Understanding Institutional Diversity*, Princeton University Press, Oxford, 2005, spéc. chap. 7.

l'institution, au point de la rendre indissociable de l'étude des communs<sup>604</sup>. Au final, c'est l'étude des règles, de leurs processus de mise en place et de modification qui intéressera l'auteure institutionnaliste.

**193. Un mode de production fondé sur la coopération des acteurs du « commun ».** À partir de ce postulat, il est plus aisé de comprendre le raisonnement d'Ostrom face à la tragédie classique des communs. Son argument principal réside d'ailleurs dans une réponse directe aux arguments d'Hardin. Pour ce dernier, le commun ne pouvait conduire qu'à la tragédie. Quand il s'agit de déterminer pourquoi, l'auteur répond que le comportement rationnel de chacun conduit nécessairement à l'opportunisme. Ainsi, chaque usager du commun fera tout pour maximiser son profit, au détriment de la ressource commune. Cette théorie, mieux connue sous le nom de théorie du « passager clandestin » conduirait donc nécessairement à l'épuisement de la ressource par surconsommation, mais également à la ruine de la communauté.

En se fondant sur l'étude de cas, Ostrom va démontrer le résultat inverse. Elle va alors prendre des exemples fonciers reposant sur des petites communautés, et démontrer que les règles qui composent le commun vont inciter ses acteurs à agir d'une manière déterminée<sup>605</sup>. Les incitations à agir de façon individuelle ou collective ne seraient donc que le fruit des institutions. Il ne serait donc pas obligatoire que les comportements des usagers soient guidés, *in fine*, par une rationalité individuelle ; l'institution, conçue comme système de règles et de normes<sup>606</sup>, pouvant les guider dans une logique collective. Il s'agit d'un élément fondamental en ce qu'il révèle une erreur de départ dans la théorie de Gareth Hardin : ce dernier ne prend pas en compte les institutions, autrement dit, il ne voit pas dans les communs une forme de communauté organisée, mais, au contraire, une non-appropriation qui emporte nécessairement une non-organisation. À l'inverse, Ostrom établit bien la prégnance de l'institution dans l'organisation des communs et l'influence de cette dernière sur les comportements de ses

---

<sup>604</sup> « L'idée que l'étude des communs est inséparable de celle de l'action collective se trouve de fait au cœur de sa pensée (l'auteur évoque ici Ostrom), comme en témoignent au demeurant le titre et sous-titre de son maître ouvrage en 1990 » : B. Coriat, « Communs (approche économique) », *op.cit.*, p.268.

<sup>605</sup> E. Ostrom, « Façonner des outils d'analyse pour étudier le changement institutionnel », *op.cit.*, p.9 sq : « Bien qu'informelles et invisibles au premier abord, les institutions modifient le comportement des individus. Elles définissent des incitations, positives ou négatives, à se comporter de telle ou telle façon, et indiquent les résultats que peuvent en attendre les personnes ».

<sup>606</sup> O. Weinstein, « Gouvernance », in *Dictionnaire des biens communs*, *op.cit.*, p.601 : « Une gouvernance peut reposée sur des procédures de formes et de statuts très divers : obligations légales, accords privés plus ou moins formalisés, entraînant ou non des obligations contractuelles, simples procédures de consultation et de coordination, définition et principes et de "bonnes pratiques"... ».

acteurs<sup>607</sup>. Aussi, pour pouvoir garantir l'effectivité et la soutenabilité du commun, les membres vont devoir élaborer une structure de gouvernance. Comme le souligne Benjamin Coriat, la structure de gouvernance du commun va permettre « *d'assurer le maintien de la coopération en vue d'atteindre les objectifs partagés par les participants du commun* »<sup>608</sup>, elle est l'ossature qui assure aux communs leur durabilité.

**194. Une gouvernance horizontale.** Pour Elinor Ostrom, il existe donc un lien consubstantiel entre institution des communs et système de gouvernance des communs. C'est en ce sens qu'Ostrom démontre que les communs reposent sur une « autogouvernance » et une « auto-organisation ». L'action collective relève avant tout des usagers, elle est essentiellement interne à la communauté, sans pour autant être autarcique<sup>609</sup>. Ensuite, la gouvernance des communs serait polycentrique. Ici, le critère se superpose à celui de « l'autogouvernance » en démontrant que la gouvernance peut s'appuyer sur une coopération décentralisée des acteurs entre eux<sup>610</sup>. Enfin, et c'est un point essentiel, Ostrom va notamment insister sur la diversité des institutions. Autrement dit, elle ne va pas reconnaître un système de gouvernance supérieur, mais reconnaît la nécessité d'adapter la gouvernance en fonction de la ressource et de la communauté d'intérêts qui présuppose la formation du commun.

En définitive, Elinor Ostrom a fait de l'étude des systèmes de gouvernance son principal objet d'analyse et ses conclusions ont largement revitalisé la théorie économique institutionnaliste. La question intéressera moins les juristes, plus axés à rechercher dans les communs une forme

---

<sup>607</sup> O. Weinstein, « Comment comprendre les "communs" : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle, *op.cit.*, § 25 : « *C'est pour cela que, dans le cas des CPR, les comportements orientés par les normes sociales jouent un rôle essentiel. Ce sont les normes propres d'une communauté qui permettraient, par leurs effets sur les comportements, de surmonter les situations de dilemme social, propres à la gestion de ressources communes. Ce sont ces comportements qui expliquent que, les individus dépassant la recherche de leur intérêt immédiat, il est possible d'arriver par le seul jeu des relations entre les membres d'une communauté, à un mode de « self gouvernance » efficace et durable.* »

<sup>608</sup> B. Coriat, « Des communs fonciers aux communs informationnels, traits communs et différence », in *ANR Propice : Propriété et communs, les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagée*, Séminaire International, Paris, Avril 2013, p.12.

<sup>609</sup> E. Ostrom, X. Basurto, « Façonner des outils d'analyse pour étudier le changement institutionnel », *op.cit.*, p.5 : « *les usagers de ressources disposant d'une relative autonomie dans la conception de leurs propres règles pour gouverner et gérer des ressources communes parviennent fréquemment à des résultats économiques supérieurs, mais aussi plus équitables, que lorsque des experts les conçoivent à leur place* ». Les auteurs préciseront cependant qu'il s'agit davantage d'une autonomie « relative » n'excluant pas le rôle de l'État et de tout acteur exogène à la communauté : *Ibid.*, p.37. On retrouve une idée assez similaire chez Yochai Benkler à propos des communs informationnels, la gouvernance serait alors fondée sur des rapports égaux, de pairs à pairs, et décentralisés : Y. Benkler, « Coase's Penguin, or, Linux and the Nature of the Firm », *The Yale Law Journal*, vol. 112, n° 3, p. 369 *sqq.*

<sup>610</sup> Sur cette question : E. Ostrom, *Understanding Institutional Diversity*, *op.cit.*, p.281.

d'appropriation particulière permettant de mieux appréhender les problématiques liées à la préservations des ressources et, plus généralement, à la question du partage des ressources, foncières ou informationnelles. On le comprendra, la recherche des modes d'action, des arrangements institutionnels intéressent davantage l'économiste que le juriste. Cependant, la compréhension du phénomène dans son ensemble nous paraît indispensable, tant pour opérer une définition complète que pour pouvoir appréhender le mode d'appropriation. Effectivement, la mise en place d'un mode de gouvernance va notamment permettre de déterminer les droits qui sont distribués<sup>611</sup> à chaque acteur du commun. Sachant que le système de gouvernance est le cœur des « communs » tels que pensés par Elinor Ostrom, il convient d'en étudier le mode d'appropriation.

## **2. Un mode d'appropriation fondé sur le partage des utilités**

La notion de commun est fondée, structurellement, par une communauté d'acteurs qui gravitent autour d'une ressource commune. Il est ainsi possible de dire qu'un commun se fonde sur une communauté générée autour d'une ressource et dont les membres vont édicter des règles internes de gouvernance, afin de pouvoir assurer la stabilité et la durabilité du commun. Cependant, une question reste en suspens, celle qui intéresse de prime abord le juriste : qu'est-ce qui caractérise la relation établie entre les acteurs du commun et la ressource objet du commun ? C'est ainsi que les études américaines ont fait de la question des « *Property-Rights Regimes* »<sup>612</sup> un sujet central de l'étude des communs. Dès lors, afin d'appréhender au mieux le fonctionnement des « *Property-Rights Regimes* » spécifiques aux communs, il conviendra d'examiner son postulat théorique (a), afin de pouvoir en expliquer le mécanisme (b).

### **a) Le postulat, la propriété conçue comme « faisceau de droits »**

**195.** L'étude des communs s'est construite, du moins à son aurore, dans les universités américaines. De fait, l'analyse des communs s'est fondée dans une grille de lecture notionnelle propre au système de pensée d'outre-Atlantique. À ce titre, l'analyse du système de propriété généré par les communs fut appréhendée *via* les spécificités théoriques

---

<sup>611</sup> B. Coriat, « Communs (approche économique) », *op.cit.*, p.267.

<sup>612</sup> E. Schlager and E. Ostrom, « Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis », *Land Economics*, Vol. 68, No. 3, University of Wisconsin Press, 1992, p. 249 *sqq.*



américaines qui décrivent la propriété comme un « *bundle of rights* ». Aussi, afin de pouvoir appréhender au mieux ce que sous-tend ce postulat de départ, une brève approche historique de cette conception de la propriété s'avère nécessaire.

**196. La première approche, J.R. Commons.** Aux États-Unis, le concept de propriété est traditionnellement rattaché au commentaire de la *Common law* et plus particulièrement aux différents écrits du juriconsulte anglais Blackstone. Pour ce dernier, la propriété était un droit absolu<sup>613</sup> et naturel<sup>614</sup>, il s'inscrit donc dans une pensée résolument moderne et n'est pas très éloigné, si l'on se fonde sur l'ontologie de la notion, de la pensée civiliste<sup>615</sup>. Cette approche Blackstonienne de la propriété fut professée dans les amphithéâtres américains durant tout le XIX<sup>ème</sup> siècle, la doctrine ne venant pas contester cette approche. Cependant, il convient de noter que les œuvres séparées de deux auteurs vont opérer un bouleversement qui va changer la façon dont la propriété est comprise et perçue : John Commons et Wesley Hohfeld. Le premier d'entre eux n'est pas un juriste, mais un économiste, et plus spécifiquement un tenant de l'institutionnalisme économique. Auteur de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, John R. Commons est considéré comme le précurseur de la pensée réaliste américaine et le premier à avoir conçu le concept de propriété comme étant le résultat d'un « *bundle of rights* ». <sup>616</sup> Replacé dans son contexte de l'époque, l'économiste souhaite s'opposer au mouvement du « laissez-faire » et défend l'idée l'intervention étatique en matière économique. C'est donc ainsi que naquit la première conception de la propriété en tant que « *bundle of rights* », dans une volonté de contester une politique qui avait sacralisé la notion de propriété, notion protégée par la Constitution des États-Unis d'Amérique. Pour ce faire, Commons va théoriser une approche nouvelle de la propriété dans un ouvrage paru en 1893 : « *The Distribution of Wealth* »<sup>617</sup>. Commons va alors donner une définition de la propriété qui s'éloigne largement de sa conception naturelle et moderne : « *Property is, therefore, not a single absolute right, but a bundle of rights. The different rights which compose it may be distributed among individuals*

---

<sup>613</sup> W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England : A Facsimile of the First Edition of 1765—1769*, University of Chicago Press, 1979, Chapter 16, 1 : 134-35, 140-41.

<sup>614</sup> *Ibid.*

<sup>615</sup> « *The physicalist definition of property was one of 'absolute dominion' – the exclusive right of possessing, enjoying and disposing of a thing. William Blackstone, the English legal writer of the eighteenth century, whose Commentaries on the English common law were widely used in the United States in the early days of its history, defined property as a 'sole and despotic' Relationship between a person and a thing.* » : D.R. Johnson, « Reflections On The Bundle Of Rights », *Vermont Law Review*,. *Vermont Law Review*, vol. 32, 2007, p. 250. .

<sup>616</sup> Pour un aperçu de l'influence de J.R.Commons sur la doctrine réaliste américaine et sur l'évolution de la notion de propriété, voir : K. Stone, « John R. Commons and the Origins of Legal Realism, Or, The Other Tragedy of the Commons », in *Transformations in American legal history : essays in honor of Professor Monrton J. Horwitz*, vol. II, Harvard Law School, Cambridge, 2010.

<sup>617</sup> J.R. Commons, *The Distribution of Wealth*, Macmillan & Co., New-York, 1893.

*and society – some are public and some private, some definite, and there is one that is indefinite* »<sup>618</sup>. Ainsi, de ce constat, l’auteur va établir une distribution des différents droits dont se compose, selon lui, le droit de propriété. Il s’agit bien d’une conception renouvelée de la propriété, fondée sur ses utilités et leurs répartitions par le truchement de droits incorporels. Nous ne reprendrons pas ici les distinctions établies par Commons, ces dernières restent éminemment accessoires à notre étude. De plus, la pensée de Commons n’est pas celle qui a dominé les esprits, elle sert en revanche de point d’ancrage essentiel aux travaux d’un autre auteur américain : Wesley Newcomb Hohfeld.

**197. Le fondateur, W.C. Hohfeld.** S’il ne devait être retenu qu’un seul écrit de Wesley Hohfeld, ce serait sans nul doute son célèbre article « *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* »<sup>619</sup>. Considéré par beaucoup comme un texte fondateur de la pensée réaliste américaine<sup>620</sup>, il offre une clef de lecture essentielle afin d’appréhender la propriété conçue comme étant un « faisceau de droits ». Dès lors, pour comprendre l’apport de la théorie de Hohfeld sur la question de la propriété, il nous faut comprendre l’apport séminal de son article. L’auteur dresse d’abord un premier constat, celui de la polysémie du mot « droit »<sup>621</sup>. En effet, le terme est utilisé pour désigner des réalités différentes ; ainsi, Hohfeld explique que le terme droit peut tantôt désigner « le droit de propriété », mais également « le droit de circuler ». Il s’agit de deux réalités distinctes où la notion de « droit » est employée à des fins différentes. Le travail du juriste est donc rendu difficile du fait du langage du droit, un langage qui prête à l’ambiguïté. Selon Matthieu Bennet<sup>622</sup>, il y a chez Hohfeld une approche analytique puisqu’après avoir constaté la confusion, ce dernier va se proposer de décrire le phénomène. Pour lui, le terme droit est tellement polysémique qu’il faut abolir l’usage du terme pour rendre compte des réalités propres. Ainsi, Hohfeld va dresser un tableau analytique qui va opérer plusieurs distinctions. L’auteur va, dans un premier temps, distinguer entre les oppositions juridiques et les corrélations juridiques. Au sein de ces deux

---

<sup>618</sup> *Ibid.*, p.92

<sup>619</sup> W.C. Hohfeld, « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », in *Yale Law Journal*, vol. 23, n°1, 1913, p.16 *sqq.*

<sup>620</sup> Les textes relatifs à l’importance et l’influence des travaux de W.C. Hohfeld sont nombreux. À ce titre, un article nous paraît essentiel afin de pouvoir déceler les subtilités de l’œuvre d’Hohfeld : P. Schlag, « How To Do Things With Hohfeld », *Law and Contemporary Problems*, n°78, 2015, p. 185 *sqq.*

<sup>621</sup> Dans le texte original, c’est évidemment le terme de « right » qui est désigné. Juriste américain, Hohfeld est imprégné du système de Common Law, la traduction du terme « right » par le terme « droit » est donc imparfaite. Dans son article portant sur l’analyse philosophique des droits selon Hohfeld, Matthieu Bennet explique que le terme droit être compris, en droit français, comme l’équivalent des « droits subjectifs » : M. Bennet, « Le droit ou l’analyse philosophique des droits selon W.N. Hofeld », *Klesis, Revue philosophique*, n° 21, 2011, p.143.

<sup>622</sup> *Ibid.*

catégories, Hohfeld va répartir les différentes utilisations du terme « droit ». Par exemple, dans le cadre des oppositions juridiques, il va évoquer l'opposition entre « droit » et « non-droit », entre « privilège » et « devoir », entre « pouvoir » et « incapacité » et entre « immunité » et « assujettissement ». Ces mêmes notions étant également au fondement de sa seconde catégorie : les corrélations. L'étude de Hohfeld s'inscrit davantage dans une logique de théorie du droit visant à se détacher des diptyques « droit – devoir » et « droit – liberté » et adopter une approche réaliste des phénomènes et des relations juridiques.

Initialement, Hohfeld n'est pas un théoricien de la propriété<sup>623</sup>. Son apport est cependant essentiel en la matière puisqu'il a développé la logique des « faisceaux de droits » à l'ensemble des relations juridiques, laquelle sera largement reprise et appliquée à la notion de propriété. L'auteur souligne alors qu'au sein même de la propriété, le terme de droit peut tout autant désigner un pouvoir, une prérogative ou un privilège.<sup>624</sup> Le point essentiel du raisonnement est qu'il n'existe aucune relation d'ordre logique entre un droit et un privilège ou une liberté<sup>625</sup>. Dès lors, si la relation n'est pas d'ordre logique, elle est d'ordre politique et social. Cet aspect socialisant du droit, notamment appliqué au droit de propriété, ne fut pas sans s'inscrire dans une mouvance naissante de l'époque : le réalisme. Ainsi, ce qu'il faut retenir de la pensée de Hohfeld réside avant tout dans l'interprétation qui en est faite par les auteurs qui lui succédèrent et son rôle prépondérant dans la construction de la pensée réaliste américaine. En effet, en niant la naturalité du droit et en le replaçant dans une approche fondée sur les dimensions à la fois sociales et politiques, Hohfeld a permis à la pensée juridique de s'affranchir des anciens paradigmes. Le cas de la propriété offre alors un champ d'études particulièrement fécond pour le réalisme juridique. Ce faisant, le concept de propriété va se définir moins comme le pouvoir du propriétaire sur l'objet du droit de propriété que comme une relation avant tout sociale ; le droit de propriété se caractériserait ainsi comme étant, en premier lieu, « *un ensemble complexe de relations légales entre des*

---

<sup>623</sup> Si Hohfeld n'est pas un théoricien de la propriété à part entière, il convient tout de même de signaler qu'il utilisa sa propre théorie afin de légitimer les mouvements grévistes américains du début du siècle dernier. L'époque était en effet à la condamnation des mouvements grévistes, considérant qu'il s'agissait avant tout d'une atteinte au droit de propriété. En appliquant sa théorie, Hohfeld démontre que « *d'un point de vue juridique, il ne suffit pas de constater l'existence d'un droit de propriété constitutionnellement protégé pour en déduire le devoir pour certaines personnes de ne pas mener des actions de revendication syndicale. Passer de l'une à l'autre n'a rien d'une nécessité logique, d'une vérité d'essence au sujet de la propriété* ». M. Bennet, « Le droit ou l'analyse philosophique des droits selon W.N. Hohfeld », *op.cit.*, p. 151.

<sup>624</sup> Cette analyse spécifique provient de la lecture d'Hohfeld par F. Orsi : « Revisiter la propriété pour construire le commun » in *Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire*, B. Coriat (dir.), L.L.L., 2015, p.56.

<sup>625</sup> M. Bennet, « Le droit ou l'analyse philosophique des droits selon W.N. Hohfeld », *op.cit.*, p.151.

personnes »<sup>626</sup>. Une nouvelle hiérarchie s'impose dans l'ontologie de la notion, le rapport de domination de l'homme aux choses étant conçu comme étant clairement secondaire<sup>627</sup>, primé par une approche relationnelle entre plusieurs titulaires de droits sur la chose. Cependant, l'auteur n'a pas, à proprement parlé, défini la propriété en tant que faisceau de droits, ni même explicité sa composition ; cependant il a posé les prérequis nécessaires à sa rethéorisation. À ce titre, le rôle du courant réaliste fut prépondérant. Collègues à l'Université de Yale, Corbin et Cook vont appliquer la thèse Hohfeldienne à la notion de propriété. Leurs travaux, même s'ils ne sont pas communs, vont s'axer sur trois points : l'aspect social de la propriété, l'impossible neutralité de la notion et sa dimension relationnelle<sup>628</sup>.

Le rôle de Hohfeld et des auteurs réalistes qui empruntèrent son sillon est donc primordial, leurs travaux ont permis la réception de la théorie de Commons au sein du monde juridique tout en prenant acte des conséquences théoriques de la théorie de la propriété conçue comme faisceau de droits.

**198. L'utilisation de la théorie du « *bundle of rights* » comme justification de la propriété exclusive, l'approche de Honoré.** Contrairement aux deux précédents auteurs, Honoré n'est pas de nationalité américaine, mais britannique. De même, il n'est pas un contemporain de Commons ou Hohfeld puisque son article le plus célèbre fut publié en 1961<sup>629</sup>. Ce détail n'est pas une simple précision historique, il est fondamental en ce qu'il permet de comprendre la divergence de finalité qui existe entre les auteurs américains et Honoré. En effet, les différences géographiques et temporelles font qu'Honoré n'était pas sous l'influence de la pensée réaliste ni dans le même contexte politique. Ainsi, ce dernier n'est pas inscrit dans une approche sociale de la propriété, mais plutôt dans la logique classique, la propriété étant définie selon lui comme : « *the greatest possible interest in a thing which a mature system of law recognizes* »<sup>630</sup>. L'approche d'Honoré est donc classique,

---

<sup>626</sup> F. Orsi, « Penser la propriété commune, un nécessaire changement de cadre d'analyse », in *Propriété Intellectuelle, Communs et Exclusivités : les nouvelles frontières de l'accès et de l'innovation partagée*, ANR Propice, 2012, p.11.

<sup>627</sup> T.W. Merrill, H.E. Smith, « What Happened to Property in Law and Economics ? », *The Yale Law Journal*, vol. 111, n°2, 2001, p. 357.

<sup>628</sup> Pour une analyse plus approfondie du rôle de ses auteurs, voir : F.Girard, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux, Repenser la propriété à partir du bundle of rights », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, n°6, 2016, p. 185 *sqq.*

<sup>629</sup> A.M. Honoré, « Ownership », in *Oxford Essays in Jurisprudence*, A.G. Guest (dir.), Oxford University Press, Londres, 1961, p.107 *sqq.*

<sup>630</sup> *Ibid.*, p.108.

car elle décrit la propriété comme la « *'full' individual ownership* »<sup>631</sup>, autrement dit la pleine propriété individuelle.

Cependant, si Commons, Hohfeld et Honoré ne semblent pas partager une philosophie identique sur la nature de la propriété, l'outil qui permet de l'expliquer reste le même : le faisceau de droits. Ainsi, pour caractériser ce que représente la propriété pleine et entière, Honoré va utiliser la technique des faisceaux de droits au moyen de onze « incidents » différents.

(1) <i>The right to possess</i>	(1) Le droit de la possession
(2) <i>The right to use</i>	(2) Le droit d'usage
(3) <i>The right to manage</i>	(3) Le droit de gestion
(4) <i>The right to income of the thing</i>	(4) Le droit aux revenus (jouissance)
(5) <i>The right to capital</i>	(5) Le droit au capital
(6) <i>The right to security</i>	(6) Le droit à la sécurité
(7) <i>The rights or incidents of transmissibility and</i>	(7) Les droits ou incidents de
(8) <i>absence of term</i>	transmissibilité et (8) d'imprescriptibilité
(9) <i>The prohibition of harmful use</i>	(9) L'interdiction de l'usage dommageable
(10) <i>Liability to execution</i>	(10) La garantie (gage commun) ou responsabilité
(11) <i>The incident of residuary</i>	(11) Le caractère résiduel

## **b) Le système d'appropriation des communs, l'explication par le « faisceau de droits »**

**199. Ostrom et « le faisceau de droits », le retour aux sources.** Dans un article datant de 1992, Ostrom, accompagnée par la juriste Edella Schlager, va proposer une analyse du régime de propriété des communs naturels<sup>632</sup>. Dans cet article, la technique des faisceaux de droits va être utilisée afin de rendre compte au mieux du régime de propriété mis en place au sein des communs naturels. Avant d'étudier en détail les considérations techniques d'un tel régime, il convient, en prolégomènes, d'étudier en quoi l'utilisation de la technique du « faisceau de droits » est ici particulièrement singulière. Comme nous l'avons évoqué en amont, l'utilisation de la notion de la propriété en tant que faisceau de droits par les différents auteurs ne guidait pas la même finalité : aspect social de la propriété chez Commons et les auteurs

---

<sup>631</sup> *Ibid.*, p.107

<sup>632</sup> E. Schlager. et E. Ostrom, « Property-Rights Regimes and Naturel Resources : A Conceptual Analysis », *Land Economics*, University of Wisconsin Press, vol. 68, n° 3, 1992, p.249 *sqq.*

réalistes ou, au contraire, aspect individuel et exclusif chez les auteurs propriétairestes du milieu du XXème siècle<sup>633</sup>. Dans leur approche de la notion, Ostrom et Schlager vont s'inscrire pleinement dans l'approche socialisante des faisceaux de droits, et plus particulièrement dans la droite lignée de Commons. Le lien de filiation entre l'inventeur de la théorie et la récipiendaire du prix Nobel d'économie est fort, les deux auteurs se réclamant de la doctrine institutionnaliste et la seconde ayant largement reconnu l'influence du premier dans ses travaux. En s'inscrivant dans le sillon creusé par Commons, et en prenant comme références les études empiriques et pragmatiques des différents communs naturels (*CPR*), les deux auteurs vont procéder à l'établissement d'un régime de propriété efficace et permettant l'optimisation de la ressource. Il s'agit donc, pour ainsi dire, d'un retour aux sources notionnel. La technique du faisceau de droits va reprendre ici toute son ambition d'origine, celle d'une approche sociale de la propriété où les droits qui la composent peuvent être distribués et détenus par une pluralité de titulaires.

**200. La composition du « faisceau de droits ».** À la suite des études empiriques menées sur les *common pool resources*, Ostrom et Schlager vont dégager un « faisceau de droits » qui va permettre d'expliquer le régime de propriété des communs naturels. Afin que l'exposé de la théorie soit le plus clair possible, nous nous proposons de reprendre le tableau dressé dans l'article et l'explicitons ensuite.

**Tableau : Faisceau de droits associés aux positions (*Bundles of Righths associated with positions*)<sup>634</sup>**

---

<sup>633</sup> Pour un exposé tout à fait exhaustif de la situation : E.R. Claeys, « Property 101 : Is Property a Thing or a Bundle ? », *Seattle University Law Review.*, n°32, 2008, p. 617 *sqq.*

<sup>634</sup> E. Schlager, E. Ostrom, « Property-Rights Regimes and Naturel Resources : A Conceptual Analysis », *op.cit.*, p.251, note 32. La représentation du tableau provient de F. Orsi, « Réhabiliter la propriété comme bundle of rights : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », *RIDE*, n° 3, 2014, p.379.

	Propriétaire ( <i>Owner</i> )	Propriétaire sans droit d'aliénation ( <i>Proprietor</i> )	Détenteur de droits d'usage et de gestion ( <i>Claimant</i> )	Utilisateur autorisé ( <i>Authorized user</i> )
Accès et prélèvement ( <i>Access and withdrawal</i> )	X	X	X	X
Gestion ( <i>Management</i> )	X	X	X	
Exclusion	X	X		
Aliénation	X			

Afin de mieux comprendre le régime de propriété des communs tel que décrit dans le tableau établi par Ostrom et Schlager, il convient d'étudier successivement les deux rangées de lignes et de colonnes présentes, ainsi que leurs mises en relation. En effet, nous voyons que verticalement sont décrits les différents droits qui composent le faisceau alors qu'horizontalement sont représentés les différents types de titulaires de ces droits. Le tableau, en mettant en relation ces deux éléments, permet de représenter les droits de chacun.

**201. Les droits composant le faisceau.** Quatre catégories de droits sont relevées. Avant même d'explicitier leur contenu, il convient de préciser que ces quatre droits sont eux-mêmes classifiés en deux catégories plus générales permettant de les hiérarchiser. En effet, selon Ostrom, il convient d'opérer une distinction entre les droits, leurs exercices, et les règles qui vont permettre de définir ces mêmes droits. Ainsi, au sein du faisceau de droits, deux niveaux de droits coexistent et s'articulent :

- Premier niveau (inférieur) : les droits qui sont dits opérationnels (*operational level property rights*)<sup>635</sup> et qui peuvent se traduire comme étant les différents droits d'usage<sup>636</sup>, à savoir le droit à l'accès et au prélèvement.

- Second niveau (supérieur) : les droits qui sont dits de choix collectif (*collective-choice rights*)<sup>637</sup> et qui sont les droits permettant de définir les règles qui vont régir les droits de

<sup>635</sup> E. Schlager, E. Ostrom, « Property-Rights Regimes and Naturel Resources : A Conceptual Analysis », *op.cit.*, p.250.

<sup>636</sup> Ici encore, le terme de droit d'usage n'équivaut pas au droit d'usage tel que connu dans la tradition civiliste. À reprendre la distinction Bartolienne, les « droits d'usage » dont il est question sous la plume d'Ostrom se comprennent tant du simple *usus* que du *fructus*.

<sup>637</sup> E. Schlager, E. Ostrom, « Property-Rights Regimes and Naturel Resources : A Conceptual Analysis », *op.cit.*, p.251.

niveau opérationnel. Cette catégorie se compose du droit de gestion, d'exclusion et d'aliénation.

Cette première distinction, même si elle n'est pas primordiale pour comprendre le mécanisme qui régit le régime de propriété décrit par Ostrom, est en revanche essentielle puisqu'elle rend compte de la hiérarchisation opérée entre les différents acteurs du commun. Comme nous l'avons souligné, le commun n'est pas tant une chose possédant des caractéristiques particulières qu'une création collective. Or, l'une des caractéristiques centrales des communs réside dans la mise en place d'un système de gouvernance afin de pouvoir gérer collectivement le commun. Comme le tableau l'indique, cette répartition des droits qui composent le commun va aussi permettre de définir qui, au sein du commun, détient les pouvoirs décisionnaires au niveau collectif. Aussi, afin de pouvoir appréhender au mieux le tableau, nous reprendrons les descriptions des droits établies par Ostrom et Schlager<sup>638</sup>.

1) L'accès (Access) : « *The right to enter a defined physical property* ».

Le droit d'accès se définit comme la faculté offerte d'accéder à la ressource. Dans le cadre des CPR, il s'agit des infrastructures de la pêche, de l'accès aux forêts, etc.

2) Le prélèvement (Withdrawal) : « *The right to obtain the « products » of a resource (e.g., catch fish, appropriate water, etc.)* ».

Le droit de prélèvement se définit comme la faculté de pouvoir prélever une partie de la ressource (le bois d'une forêt, les poissons au sein d'une pêche, etc.). Évidemment, ce droit de prélèvement ne vaut que dans le cadre des CPR décrits par Ostrom, on ne saurait reproduire ce droit pour les communs numériques puisque le prélèvement nécessite d'une part, une matérialité, et d'autre part, une rivalité. En effet, la question du prélèvement n'a de sens que si l'extraction d'une substance est possible. Il convient également de préciser que la traduction du terme « *products* » ne peut être comprise comme un produit, du moins dans son sens juridique. Cette acceptation serait en effet trop restreinte. Le droit de prélèvement ayant lieu sur des CPR, il s'applique tant sur des produits que sur des fruits.

---

<sup>638</sup> Il convient de préciser que les droits d'accès et de prélèvement sont réunis dans le tableau. Cette réunion provient du fait que les deux sont généralement liés en pratique même si ce n'est pas systématique. À l'inverse, ils sont distingués dans la présentation des droits puisqu'ils reflètent des contenus différents. L'ensemble des descriptions en langue anglaise qui suit provient de : E. Schlager, E. Ostrom, « Property-Rights Regimes and Naturel Resources : A Conceptual Analysis », *op.cit.*, p.250.



3) La gestion (Management) : « *The right to determine who will have an access right, and how that right may be transferred.* »

Premier des trois droits qualifiés de « choix collectifs », le droit au management va permettre de déterminer les conditions d'utilisation de la ressource. C'est ainsi que ceux/celui qui a le droit de gestion va pouvoir déterminer la quantité de la ressource que chaque titulaire du droit de prélèvement pourra prélever.

4) L'exclusion (Exclusion) : « *The right to determine who will have an access right, and how that right may be transferred.* »

Deuxième des droits dits de « choix collectifs », le droit d'exclusion est tout à fait fondamental pour la gestion du commun puisque son/ses titulaire(s) pourra(ont) déterminer les règles d'accès au commun.

5) L'aliénation (Alienation) : « *The right to sell or lease either or both of the above collective-choice rights.* »

Troisième et dernier des droits dits de « choix collectifs », il semble également être le plus élevé au niveau hiérarchique. Il consiste en la possibilité, pour son/ses titulaire(s), de pouvoir déterminer la cession (pécuniaire ou non) des autres droits qui composent le faisceau.

**202. Le cas des communs informationnels.** Il convient de préciser que si ce faisceau ne vaut que pour le « régime de propriété » des *CPR*, le cas des communs informationnels a également été traité. Ainsi, selon Ostrom et Charlotte Hess<sup>639</sup>, il existerait sept droits qui pourraient composer le faisceau dans le cadre des communs informationnels : *Access, Contribution, Extraction, Removal, Management/Participation, Exclusion, Alienation*.

Ici, la présentation des droits établis prend évidemment en compte les spécificités intrinsèques du bien et la détermination de l'intérêt collectif qui structure la communauté. Ainsi, il est possible de dresser un parallèle entre le droit de « prélèvement » des communs fonciers et le droit de « contribution » des communs informationnels. En effet, si le prélèvement est important dans le cadre des communs fonciers, c'est parce qu'il vient conditionner l'objectif de préservation de la ressource tout en caractérisant l'intérêt de chaque membre de la

---

<sup>639</sup> E. Ostrom, C. Hess, « A Framework for Analysing the Knowledge Commons », in *Understanding Knowledge as a Commons*, C. Hess et E. Ostrom (dir.), The MIT Press, Cambridge, London, 2007, p.41 *sqq.*, spéc. p.52 : « *Drawing on the earlier classification of Schlager and Ostrom 1992, we identify seven major types of property rights that are most relevant to use in regard to the digital knowledge commons. These are access, contribution, extraction, removal, management/participation, exclusion, and alienation.* ».

communauté (par exemple : l'intérêt de participer au commun d'une pêcherie est de pouvoir soustraire des stocks halieutiques). Dans le même ordre d'idée, l'intérêt de participer à un commun informationnel peut passer par le fait de pouvoir contribuer à l'amélioration du bien, son partage ou encore sa transmission<sup>640</sup>. C'est en ce sens que Benjamin Coriat a formalisé cette spécificité propre aux communs informationnels comme un but d'« additionnalité »<sup>641</sup>.

**203. Les titulaires des droits composant le faisceau.** Afin de conclure sur cette description des droits, il faut tout de même préciser que ceux-ci sont parfaitement indépendants les uns des autres. Autrement dit, la titularité d'un droit particulier n'emporte pas forcément la titularité d'autres droits, et notamment des droits inférieurs. Aussi, afin d'apporter une plus grande lisibilité du tableau Ostromien, il convient d'en dresser ses caractéristiques quant aux titulaires des droits représentés. À partir de cette représentation de la propriété en un faisceau de droits, Ostrom vient établir une classification des titulaires de ces droits. C'est ainsi que vont se dessiner quatre catégories de titulaires de ces droits<sup>642</sup> :

- 1) Authorized User : Accès + prélèvement
- 2) Claimant : Accès + prélèvement + Management
- 3) Proprietor : Accès + prélèvement + Management + exclusion
- 4) Owner : Accès + prélèvement + Management + exclusion + aliénation

Cette représentation est intéressante en ce qu'elle démontre l'existence d'une hiérarchie entre les différents titulaires dont la mesure se juge à l'aune du nombre de droits. Au-delà de cela, il convient de préciser que si cette représentation se veut la plus systématique possible, elle ne doit en rien être entendue comme une représentation indépassable et opérante sur l'ensemble des communs fonciers. La distribution des droits pouvant être définie différemment.

\*\*\*\*\*

---

<sup>640</sup> La question de la transmission est notamment très présente dans le cadre des communs dits de « la connaissance ». Ce terme évoque notamment l'idée d'une utilisation des structures numériques existantes afin de pouvoir réaliser des constructions collectives scientifiques et, plus largement, développer un partage des connaissances et des savoirs. Il est donc possible de voir ici une sous-branche des communs informationnels, la spécificité étant ici résumée à la finalité recherchée par les acteurs du commun. Sur ce point, voir : H. Le Crosnier, *En communs : une introduction aux communs de la connaissance*, C&F éditions, Cean, 2015 ; *Understanding Knowledge as a Commons*, E. Ostrom et C. Hess (dir.), Cambridge, The MIT Press, 2006.

<sup>641</sup> B. Coriat, « Des communs fonciers aux communs informationnels, Traits communs et différence », in *Propriété et Communs, Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés*, ANR, Propice, 2013, p.20.

<sup>642</sup> Il ne s'agit ici que de la représentation des communs fonciers de type *CPR*.

**204.** Cette représentation du « régime de propriété » applicable aux communs est riche en enseignements. Elle démontre que la seule propriété exclusive ne saurait rendre compte de la diversité des modes d'appropriation qui existent. Loin du propriétaire souverain, le régime d'appropriation des communs se fonde sur une distribution des utilités d'une ressource concernée entre les différents membres d'une communauté structurée. Le lien avec les communaux originaires, c'est-à-dire situés en dehors de la féodalité, est ténu. Pour autant, comme la théorie de la propriété comme *bundle of rights* le rappelle, il s'agit toujours d'une propriété, ce qui se retrouve pleinement dans le droit à l'exclusion qui compose le faisceau. Une propriété différente, loin du dogme du propriétaire souverain, qui interroge le lien entre usage partagé d'un bien et propriété. Il pourrait s'agir, en ce sens, d'une première voie à leur conciliation<sup>643</sup>.

## Conclusion du Chapitre 1

**205.** À travers cette rapide présentation de la théorie des « communs », plusieurs enseignements permettent de rendre compte d'un mouvement qui opère un basculement dans la représentation traditionnelle de l'appropriation.

En décelant les sources du « renouveau » des communs, il nous a été permis de comprendre que le retour de la notion s'avère tant doctrinal que pratique, et qu'il s'inscrit en réaction à l'hégémonie propriétaire et à ses conséquences que sont la privatisation des biens informationnels et l'épuisement des ressources naturelles. Cette première étape fut donc l'occasion de découvrir l'objectif qui se cache derrière la notion de « communs » : rendre compte de l'existence d'une solution d'appropriation alternative se situant entre modèle unitaire et exclusif et inappropriation. L'usage partagé du bien a ici toute sa place, il est l'une des conséquences de la mise en commun d'une ressource entre les différents membres d'une communauté.

Évidemment, si la compréhension de l'objectif est un pas nécessaire, il demeure insuffisant, en ce qu'il ne parvient pas à délimiter les mécanismes qui participent à sa réalisation. Pour ce faire, il nous a fallu inscrire la notion de « communs » dans un processus de définition qui

---

<sup>643</sup> Voir *Infra* n° 271.

permettrait, *in fine*, d'en percevoir les aboutissants. Pour ce faire, nous avons établi un raisonnement en trois temps : d'abord matériellement, en recherchant les biens pouvant entrer dans la catégorie, ensuite de manière relationnelle, en déterminant la dimension communautaire de la relation aux biens concernés, enfin, en établissant le lien d'appropriation entre le bien concerné et la communauté. De ce fait, les « communs » semblent pouvoir se définir par un triptyque : « ressource communautaire ; système de gouvernance ; distribution des utilités ».

**Ressource communautaire.** Au regard des études menées sur les communs, la première des caractéristiques se trouve dans des biens économiquement qualifiés de ressources, ces derniers pouvant être de nature foncière ou informationnelle. Il existe donc, dans la théorie des communs, une dimension naturaliste qui prend en compte les spécificités des choses. Plus que cela encore, la classification économique des biens vient prendre comme critère de distinction la question de l'excluabilité du bien et de sa rivalité. Ici, l'usage partagé se retrouve inscrit en filigrane. Si cette dimension objective des communs apparaît nécessaire, elle est cependant insuffisante, elle permet surtout de dresser le portrait robot des « candidats potentiels » à devenir des communs. À ce titre, les communs se caractérisent surtout par la présence d'une communauté d'acteurs, une communauté qui prend d'abord la forme d'une communauté d'intérêts et qui se formalise ensuite en communauté structurée.

**Système de gouvernance.** La mise en place d'une communauté comprise comme structure va également induire la mise en place de règles et d'obligations qui vont venir déterminer les rapports entre les membres de la communauté. Ce « système de gouvernance » est un point central de l'étude des communs, puisqu'il va permettre d'inscrire le commun dans la durée en permettant de régler les conflits internes à la communauté tout en favorisant la réussite de l'intérêt qui préside à la création du commun, que cela soit la gestion pérenne d'une ressource foncière ou l'amélioration d'une ressource informationnelle.

**Distribution des utilités de la ressource.** Dernier point, le « régime de propriété » propre aux communs. Si l'apport d'Ostrom et Schlager sur le sujet est d'une importance capitale, c'est notamment par la lecture analytique qu'elles donnent du régime d'appropriation. En utilisant la technique du « *bundle of rights* », les auteurs démontrent que le régime de

propriété des communs (naturels et informationnels) se fonde sur un partage des utilités de la ressource entre les différents membres d'une communauté.

Au vu de ces trois éléments, l'analyse des communs s'affine. Il paraît en effet qu'il s'agit d'une forme d'appropriation particulière et non d'une forme d'inappropriation. En effet, le fait qu'il y ait une répartition des utilités entre des membres d'une communauté démontre bien la présence d'une forme d'appropriation. Cette dernière ne rentre cependant pas dans les canons modernes puisqu'elle s'inscrit autour de communautés. Cette résurgence communautaire va également de pair avec une appropriation fondée sur un partage des utilités entre les membres qui composent la communauté. Les communs semblent donc s'inscrire dans une logique de « renouveau » en ce qu'ils font ressurgir les communautés et une forme d'appropriation fondée sur le partage des usages d'une ressource. Le principal intérêt de la théorie des communs réside dans sa méthode, celle d'étude empirique et donc fondée sur des réalités factuelles. Il ne faut cependant pas nier que les travaux postérieurs à Ostrom sur les communs peuvent s'inscrire dans une logique plus prospective. Les communs deviennent alors une catégorie d'avenir, celle qui serait à même de pouvoir embrasser une large catégorie des choses tout en inscrivant le phénomène d'appropriation dans une approche socialisante. Dans le cadre de notre étude, nous nous arrêterons, dans un premier temps, sur l'aspect uniquement analytique des communs. Il nous semble en effet que le mérite de cette théorie, du moins dans l'approche initiale d'Ostrom, se trouve dans la reconnaissance d'une conciliation possible entre l'usage partagé d'un bien et de la notion propriété, ce que traduit la théorie dite du *Bundle of rights*. Il ne s'agit que d'une première étape, que d'une approche possible. La relation entre la notion de propriété et l'usage partagé du bien se doit d'être pensée en dehors de la seule lecture de la théorie des communs. Il convient donc de la dépasser.



## Chapitre II

### Par les communs et au-delà, le retour de l'usage partagé

**206.** Si les communs et le processus de théorisation qu'ils connaissent ont permis de décrire un phénomène d'appropriation collectif qui s'inscrit dans une logique d'usage partagé d'une ressource, il convient désormais d'élargir le champ de de recherche. En effet, les communs sont nécessairement limités en ce qu'ils sont conditionnés à la mise en place d'un système de gouvernance. Or, s'ils participent du mouvement qui place l'usage partagé au cœur des questionnements sur le système d'appropriation, ils ne sont pas pour autant les seuls. Des considérations écologiques, tout comme celles liées aux biens informationnels, sont venues bouleverser le paysage juridique et doctrinal en générant une réflexion globale sur le système d'appropriation. Ces réflexions ont conduit, à l'instar des communs, à relativiser le modèle d'appropriation traditionnel, tout en cherchant des solutions alternatives fondées sur l'usage partagé des biens.

Ainsi, notre étude aura pour but de démontrer le retour de l'usage partagé dans le rapport d'appropriation. Pour ce faire, nous nous appuyerons sur un spectre élargi par rapport aux communs, sans pour autant les exclure totalement de notre d'étude. Il sera donc question, dans un premier temps, de s'interroger sur les logiques collectives qui remettent en cause le modèle dominant de l'appropriation (Section 1).

Dans un temps second, il conviendra de tirer les conséquences des logiques étudiées, notamment dans leur manière d'appréhender le phénomène d'appropriation. À partir de là, les perspectives pourront s'éclaircir. Cela nous permettra de déterminer si la notion de propriété peut être conciliable avec l'usage partagé du bien (Section 2).

#### Section 1 : Logiques collectives et usage partagé

Certaines préoccupations contemporaines peuvent être décrites comme des logiques collectives. En ce sens, elles sont souvent le résultat d'un intérêt qui dépasse l'intérêt individuel du propriétaire et qui peut entraîner un usage partagé du bien. Deux logiques<sup>644</sup> sont clairement identifiables et résonnent avec les « communs ». En premier lieu, la logique

---

<sup>644</sup> Ces deux logiques représentent le cœur de l'ouvrage : B. Parance et J. de Saint Victor (dir.), *Repenser les biens communs*, éd. CNRS, 2014.

dite de protection s'inscrit comme la volonté de protéger un bien, ce qui se retrouve notamment dans le cadre de la protection environnementale (I). En second lieu, la logique dite d'accès concerne essentiellement les biens intellectuels et se caractérise par l'idée d'un partage du savoir et des connaissances (II).

## **I/ La logique de protection**

« *S'il existe une perturbation du droit civil des biens par le droit de l'environnement, elle peut être qualifiée d'enrichissante, car elle amène les juristes civilistes à repenser les fondamentaux* »<sup>645</sup> : inscrite dans les actes d'un colloque portant sur l'avenir du droit des biens, cette phrase de Mustapha Mekki rend compte d'une rencontre autrefois proscrite<sup>646</sup>, celle du droit de l'environnement et du droit des biens. Plus que cela, elle suggère une transformation du second sous l'effet du premier. Une telle affirmation nous paraît décrire pleinement le processus de transition auquel le droit de l'environnement semble participer. Un processus qui tend à inscrire l'usage, notamment partagé, dans une relativité nouvelle, au détriment des caractéristiques générales de l'appropriation moderne. En effet, si le droit de l'environnement a vu le jour, c'est en réaction à la puissance (de dénaturation, de destruction ou d'accaparement) de l'homme moderne<sup>647</sup>. Face à ces menaces, une nouvelle logique s'est installée dans les esprits, mais également dans le cadre du droit positif, une logique qui place le concept de protection en son cœur (A). En conséquence, le rapport homme/chose s'en voit bouleversé, laissant une place désormais conséquente à l'usage (B).

### **A. Décrire la logique : la protection comme vecteur**

La détermination de la logique de protection ne peut se faire qu'en opérant une stricte division entre le fondement de la logique et sa mise en œuvre. En effet, il convient de définir

---

<sup>645</sup> M. Mekki, « L'avenir de l'environnement et le droit des biens », in *L'avenir du droit des biens*, R. Boffa, LGDJ (dir.), coll. Grands colloques, 2016, p.181 sq.

<sup>646</sup> A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, P.U.F, coll.Thémis, 3<sup>ème</sup> éd., 2011, p.165. À l'heure actuelle, le lien unissant droit des biens et droit de l'environnement est beaucoup plus ténu qu'autrefois. Les cycles de recherche, ainsi que les ouvrages, sont nombreux et viennent rendre compte des influences réciproques existantes entre les matières. Sans être exhaustif, il est possible de citer : *Les Ressources foncières, Droits de propriété, économie et environnement*, VI<sup>ème</sup> conférence internationale, M. Falque, H. Lafonte et J.-F. Saglio (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2007 ; *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, S. Vanuxem et C. Guibet-Lafaye (dir.), PUAM, 2015 ; *Le droit des biens au service de la transition écologique*, B. Grimonprez (dir.), Dalloz, 2018.

<sup>647</sup> Sur ce point : *Supra* n° 99 sqq.



la dimension théorique de la logique, notamment en s'interrogeant sur la notion de protection (1) avant de pouvoir s'intéresser à un volet qui déterminera les techniques de protection (2).

## 1. La protection de l'environnement<sup>648</sup>, aspect théorique

**207. La nécessité d'une protection environnementale.** « Le droit de l'environnement commence là où l'homme exerce sa puissance, sa technique – ou menace de le faire –, et se finit avec elle. Il n'y a de nature, en droit, que celle qu'on peut dénaturer »<sup>649</sup>. Yannick Trémorin fait ici transparaître les fondements du droit de l'environnement, à savoir la limitation de la puissance de l'homme pour la protection des éléments naturels qui environnent l'homme dans sa vie quotidienne. Si protection il y a, ou du moins tendrait à être, c'est qu'il existe une nécessité, celle de lutter contre une « crise écologique »<sup>650</sup> sans précédent. L'époque contemporaine est anthropocène<sup>651</sup>, l'influence de l'homme sur les évolutions écologiques contemporaines n'est plus à démontrer<sup>652</sup>. Il est impossible de citer ici toutes les influences néfastes que l'Homme a pu causer, et cause encore, aux différentes composantes de l'environnement. Il y a donc eu une prise de conscience des acteurs du droit, qui vont, à partir des années 70<sup>653</sup>, œuvrer à la protection de l'environnement. C'est donc dans cette finalité que le droit de l'environnement va se construire et se développer. Avant d'entrer plus avant dans les détails de cette logique particulière, il convient de s'interroger sur un

---

<sup>648</sup> Le choix du terme « environnement » n'est pas anodin, il relève d'un choix délibéré de notre part, celui d'avoir une axiologie plus neutre que le terme de nature, renvoyant plus directement à une dimension sacrée et métaphysique. Aussi, dans le silence de la loi, nous choisissons de retenir la définition proposée par Meryem Deffairi, à savoir « l'ensemble des éléments et équilibres naturels de la vie minérale, végétale et animale, ayant subi ou non l'impact de l'activité humaine, et constituant le cadre de vie des êtres vivants » : M. Deffairi, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, IRJS éd., Paris, 2015, p.27 ; sur la distinction entre nature et environnement : *Ibid.*, p.26.

<sup>649</sup> Y. Trémorin, « Propriété, nature et dénaturation : prolégomènes à un examen du statut de propriété foncière en droit de l'environnement », in *Les modèles propriétaires, op.cit.*, p.108.

<sup>650</sup> Voir sur le sujet : C. Beck, Y. Luginbühl, T. Muxart, *Temps et espaces des crises de l'environnement*, Éd. Quae, coll. « Indisciplines », 2010.

<sup>651</sup> Néologisme créé par le récipiendaire du Prix Nobel de Chimie en 1995, Paul Crutzen, le terme désigne l'âge dans lequel « l'influence des activités anthropiques sur le système terrestre est désormais prépondérante », un âge qui coïncide avec la fin de l'holocène, soit l'époque géologique qui découla des dernières glaciations. P. Le Hir, « L'homme a fait entrer la Terre dans une nouvelle époque géologique », *Le Monde*, Planète, le 15 janvier 2015, cité par S. Vanuxem, « Introduction : penser la propriété à l'âge de l'anthropocène », in *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, PUAM, 2015, p.11.

<sup>652</sup> C'est ainsi qu'il est évalué une baisse de 60% des services vitaux générés par les écosystèmes et qui profitent directement à l'homme (<http://unep.org/maweb/fr/index.aspx>). D'un point de vue national, la situation des mammifères, poissons, reptiles, oiseaux et végétaux est également préoccupante puisque de nombreuses espèces sont directement menacées de disparaître du territoire national, Pour un chiffrage précis du taux de disparition des différentes espèces, voir : G. Leray, *L'immeuble et la protection de la nature*, LGDJ, Coll. Thèses, 2019, p.19.

<sup>653</sup> Reconnu comme le premier grand texte de loi inscrivant la protection de la nature comme intérêt général : Loi n°76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature.

aspect théorique non-négligeable, puisqu'il sous-tend nécessairement le volet technique, à savoir le prisme par lequel le rapport d'appropriation va se construire et se modeler.

**208. Une logique objectiviste ?** En rendant compte de la teneur subversive de l'affectation québécoise, Frédéric Zenati-Castaing décèle son caractère objectiviste : « *Au lieu que les choses soient soumises à l'homme conquérant, c'est l'homme, désormais revenu à l'humilité, qui se soumet aux choses, qui accepte leur rationalité et respecte leur vocation* »<sup>654</sup>. Pour nous, cette affirmation serait en partie transposable aux logiques de protection<sup>655</sup>. Il est vrai que le débat entre approche subjective et objective est une antienne du débat doctrinal. La plus célèbre des querelles sur le sujet opposa les maîtres allemands qu'étaient Savigny et Ihering autour du concept romain de possession<sup>656</sup>. Nous ne traiterons pas de l'aspect technique du débat, mais plutôt de leurs argumentations respectives autour de la notion d'*animus*<sup>657</sup>. Ainsi, la théorie savignienne de la possession reposait sur l'idée de volonté, opérant alors un détachement de celle de matérialité<sup>658</sup>, l'*animus domini* devenait ainsi central. À l'inverse, Ihering fera de la notion de *corpus* la clef de voûte de la notion de possession<sup>659</sup>. Pour lui, l'*animus* représente le comportement du possesseur sans que l'on puisse y déceler une volonté juridique. Dès lors, ce n'est pas la volonté qui produirait des effets de droit, mais uniquement la maîtrise corporelle du bien combinée au respect de sa destination, et donc son usage premier. À travers cette présentation sommaire des deux points de vue, il est possible de déterminer ce qui sous-tend l'argumentation des deux auteurs. Pour Savigny, la solution se trouve dans la volonté, concept consubstantiellement lié à celle de subjectivité, la première n'étant que le résultat de la seconde. C'est en cela que l'on parle de conception subjectiviste. Ihering va quant à lui opérer un glissement vers l'objectivisme. Pour lui, la volonté n'est pas porteuse d'effet juridique, la solution étant à trouver dans les choses en elles-mêmes (en respectant leur destination) et en ayant sur elles une maîtrise corporelle (le

---

<sup>654</sup> F. Zenati-Castaing, « L'affectation québécoise, un malentendu porteur d'avenir », *RJTUM*, n°48, 2014, p.625 *sqq.*, spéc. p. 655.

<sup>655</sup> Nous nous rangeons ici sous l'avis de M. Zenati-Castaing quand ce dernier sous-entend la dimension éminemment objective du droit de l'environnement : « *Y a-t-il une illustration plus éloquente de l'idée que ce sont les choses qui dictent leur vocation, plutôt que les hommes ?* », *Ibid.*, p.652

<sup>656</sup> Pour un exposé dense et complet du débat, voir : J.-M. Trigeaud, *La possession des biens immobiliers*, Économica, 1981.

<sup>657</sup> Si l'histoire a retenu l'*Animus* comme le pôle des tensions entre les théories des deux auteurs, il est également soutenu que le véritable désaccord soit davantage fondé sur la notion de *Corpus*. Sur ce point, voir : F. Danos, « Jhering (Rudolf von) », in *Dictionnaire des communs*, *op.cit.*, p.715 *sqq.*

<sup>658</sup> Ici, nous ne pouvons que nous référer au texte original : F.-C. von Savigny, *Traité de la possession en droit romain*, 7<sup>ème</sup> éd., Bruylant, Trad. H. Staedtler, Bruxelles, 1966.

<sup>659</sup> R. von Ihering, *Du fondement de la protection possessoire. Révision de la théorie de la possession*, trad. O. de Meulenaere, Paris, 1875.

*corpus*). Sous la plume de Ihering, les choses « *dictent les solutions* »<sup>660</sup>. Il y a donc, entre les deux auteurs, un changement de prisme. Du sujet, vers les choses. Du subjectivisme, à l'objectivisme.

C'est à ce titre que nous pensons que les logiques de protection s'inscrivent dans une approche plutôt objective. Il serait également possible d'avoir une approche totalement anthropocentrée de l'environnement en ne percevant ce dernier qu'à travers les utilités qu'il fournit aux hommes. Dans une telle approche, la protection environnementale aurait une finalité purement utilitariste, la maxime des actions de protection étant alors guidée par les utilités offertes par les choses aux sujets de droit. S'il ne faut pas nier le fait que la protection d'un élément donné peut avoir pour but de protéger et garantir l'utilité de celui-ci, il ne faut pas pour autant nier la valeur intrinsèque des choses et notamment de celles qui composent notre environnement. Ainsi, le droit de l'environnement est reconnu comme ayant une vocation finaliste, celle de protéger, s'opposant ainsi « *aux finalités utilitaristes du droit des biens* »<sup>661</sup>. En définitive, la logique de protection du droit de l'environnement cherche à protéger tant la chose *per se* que des utilités qu'elle peut générer. Le subjectivisme n'est donc pas absent de la logique de protection, il est simplement nuancé.

## **2. La protection de l'environnement, aspect technique**

Démontrer que les logiques de protection résultent d'une nécessité environnementale et en percevoir les accents objectivistes ne constitue qu'une première étape, celle qui permet d'en appréhender les soubassements théoriques du phénomène. Subséquemment, la seconde étape apparaît comme sa continuité, celle de la détermination des conséquences techniques. À ce titre, c'est la notion de protection qu'il convient d'étudier, cela afin de pouvoir comprendre, à terme, le lien qui lie ces logiques au retour de l'usage.

**209. Protection, une définition duale.** Définir la protection est un exercice délicat. Le terme semble s'inscrire dans le droit sans pour autant qu'il jouisse d'une définition légale. Selon le dictionnaire de Gérard Cornu, la protection pourrait se définir comme : « *protection qui, répondant au besoin de celui ou de celle qu'elle couvre et correspondant en général à un devoir pour celui qui l'assure, consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque,*

---

<sup>660</sup> F. Zenati-Castaing, « L'affectation québécoise, un malentendu porteur d'avenir », *op.cit.*, p.644.

<sup>661</sup> M. Deffairi, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, *op.cit.*, p.29.

à garantir sa sécurité, son intégrité, etc. par des moyens juridiques ou matériels ; désigne aussi bien l'action de protéger que le système de protection établi »<sup>662</sup>. À travers cette définition, qui recoupe la définition générale du mot<sup>663</sup>, deux caractéristiques peuvent être relevées : il s'agit d'une action appuyée par des moyens, juridiques ou matériels, dans le but de prémunir un bien contre un risque. Dans le cadre de notre étude, nous pouvons être plus précis en déterminant la nature environnementale du risque et, au contraire, élargir le champ matériel de la protection en remplaçant le terme de bien par celui de chose. À partir de là, il convient de déterminer le type d'action concerné par les logiques de protection.

Selon Grégoire Leray, la notion de protection serait génératrice d'action négative autrement dit « des interdictions ou des limitations d'action »<sup>664</sup>, l'auteur précisant que le terme est polysémique puisque traduisant à la fois une finalité et un ensemble de techniques. Cette approche duale de la protection paraît assez représentative du phénomène, il y aurait ainsi une protection conçue comme une finalité à atteindre, objectif qui tendrait à se réaliser par des actions de protection. Cependant, l'approche de l'auteur nous apparaît plutôt restrictive lorsqu'il envisage les techniques de protection comme des actions seulement négatives<sup>665</sup>. Si la protection environnementale s'est souvent conjuguée avec des limitations imposées au propriétaire du bien protégé<sup>666</sup>, limitant ainsi son usage et/ou sa disposition, elle se traduit également par des actions positives. L'exemple le plus idoine sur le sujet, parce qu'il est le plus frappant mais également le plus récent, reste le cas de l'obligation réelle environnementale. Nouvelle figure de notre droit, l'obligation réelle environnementale est définie à l'article L.132-3 du Code de l'environnement<sup>667</sup>. Le principe répond tout d'abord à

---

<sup>662</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p.688.

<sup>663</sup> « Action de protéger, de préserver du mal », Dictionnaire Littré, *op.cit.*, p.1364.

<sup>664</sup> G. Leray, *L'immeuble et la protection de la nature*, *op.cit.*, p.21.

<sup>665</sup> Pour l'auteur, la notion de protection serait génératrice d'actions négatives alors que les actions positives seraient cantonnées à la notion de « préservation » : *Ibid.*

<sup>666</sup> Voir : *Infra* n° 215.

<sup>667</sup> Article 132-3 du Code de l'environnement : « Les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques.

*Les obligations réelles environnementales peuvent être utilisées à des fins de compensation.*

*La durée des obligations, les engagements réciproques et les possibilités de révision et de résiliation doivent figurer dans le contrat.*

*Etabli en la forme authentique, le contrat faisant naître l'obligation réelle n'est pas passible de droits d'enregistrement et ne donne pas lieu à la perception de la taxe de publicité foncière prévu, respectivement, aux articles 662 et 663 du code général des impôts.*

*Le propriétaire qui a consenti un bail rural sur son fonds ne peut, à peine de nullité absolue, mettre en œuvre une obligation réelle environnementale qu'avec l'accord préalable du preneur et sous réserve des droits des*

la technique de l'obligation réelle<sup>668</sup>, autrement dit une « *obligation pesant sur un débiteur qui est tenu seulement en tant que détenteur d'une chose déterminée* »<sup>669</sup>. Ensuite, l'obligation réelle environnementale ne peut exister qu'entre un propriétaire et une personne morale de droit privé (ou une collectivité publique) qui, selon l'article L.132-3 du Code de l'environnement, « *ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques* ». Dès lors, l'obligation réelle environnementale répond bien à une logique de protection, le terme étant compris en tant que finalité<sup>670</sup>. Cependant, un élément reste à déterminer, la nature de l'obligation. Le texte paraît parfaitement clair sur ce point en précisant « *en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble* »<sup>671</sup>. En laissant ainsi une liberté d'action aux acteurs, le législateur a ouvert le champ aux obligations négatives et actives<sup>672</sup>. Le choix de recourir à une obligation de nature particulière dépendra dès lors de la volonté des cocontractants.

**210.** En définitive, la notion de protection qui définit la logique étudiée est donc duale. Elle se caractérise comme étant d'une part, la finalité de la logique, son but à atteindre et *in fine*, sa raison d'être, d'autre part, comme étant les techniques qui pourraient permettre sa réalisation. Des techniques de protection qui peuvent venir interdire, limiter, mais également obliger à faire.

---

*tiers. L'absence de réponse à une demande d'accord dans le délai de deux mois vaut acceptation. Tout refus doit être motivé. La mise en œuvre d'une obligation réelle environnementale ne peut en aucune manière remettre en cause ni les droits liés à l'exercice de la chasse, ni ceux relatifs aux réserves cynégétiques. »*

<sup>668</sup> Cette qualification est cependant contestée. Sur ce point : *Infra* n° 387.

<sup>669</sup> Définition tirée de : *Lexique des termes juridiques*, V° Obligation réelle, Dalloz, 21<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 641.

<sup>670</sup> Évoquant le critère finaliste des obligations environnementales, dont les obligations réelles : B. Grimonprez, « La transmission de l'exploitation agricole à l'épreuve des obligations environnementales », *JCP N*, 24 mars 2017, p. 1141.

<sup>671</sup> Nous soulignons.

<sup>672</sup> Au sein du Dictionnaire des biens communs, Gilles Martin a défini l'entrée « Servitude environnementale », ce qui l'amena de fait à évoquer le cas de sa fille spirituelle qu'est l'obligation réelle environnementale. Dans cet article, l'auteur va notamment donner des exemples d'obligations « actives » telles que « *l'obligations d'entretien des haies ou de certaines plantations, obligations de curage 'doux' des rus ou caniveaux, obligation d'enherber, etc.* » : G. Martin, « Servitude environnementale », in *Dictionnaire des biens communs*, p.1116 *sqq.* Si l'auteur utilise le terme « d'obligation active », le terme semble rentrer dans la catégorie des actions actives. Effectivement, si les actions négatives sont celles qui viennent interdire où limiter une action, celles qui sont positives viennent, au contraire, en imposer une. À ce titre, l'obligation d'enherber est une obligation active, mais également une action positive. Voir également : B. Grimonprez, N. Reboul-Maupin, « L'obligation réelle environnementale : chronique d'une naissance annoncée », *D.*, 2016, p. 2074 *sqq.* ; M. Parmentier, « L'obligation réelle environnementale ou comment placer le propriétaire foncier au cœur de la reconquête de la nature ? » ; Note sous Loi numéro 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, Journal officiel numéro 0184 du 9 août 2016 », *Gaz. Pal.*, nov. 2016, p.66.

**211. Protection et bien.** Afin de pouvoir comprendre au mieux la logique, il convient également d'étudier le champ d'application de la notion de protection. Attention, il ne s'agit pas de déterminer quels seraient les biens soumis à la logique étudiée puisque le seul qualificatif « environnemental » suffit à délimiter ces derniers. Ici, il faudra plutôt rendre compte d'une protection qui tend à concerner tant la corporéité de la chose que les utilités qu'elle génère. La question de la protection est donc notamment liée à celle de la propriété. En effet, le droit de propriété octroie au propriétaire un pouvoir d'action sur son bien. Comme le soulignait Toullier, « *ce droit renferme celui de dénaturer la chose, d'en changer la forme, la substance même, en tant qu'il est possible ; en un mot, de la consumer* »<sup>673</sup>. Le droit de l'environnement a donc largement agi afin de contrer le pouvoir de destruction inhérent au droit de propriété en venant en limiter les prérogatives. Si, par la propriété, tout semble permis, encore faut-il ne pas faire fi de l'alinéa second de l'article 544 du Code civil ; comme pour toute notion, c'est la force des exceptions qui rend compte du principe.

**212. Protection de la substance du bien.** À ce titre, le droit de l'environnement est clairement limitatif du droit de propriété. En cela, il va venir contraindre le propriétaire et limiter son champ d'action afin de répondre à son objectif de protection. Face au potentiel pouvoir de destruction que Toullier a décrit, le législateur a œuvré, afin de venir limiter les prérogatives du propriétaire. Derrière cette limitation, c'est bien la substance du bien qui tend à être préservée. Ici, ce sont les éventuelles conséquences de l'*abusus*, mais également de l'*usus*, qui cherchent à être évitées. Ainsi, dans une logique que nous qualifions d'objectiviste, le législateur viendra protéger la substance de certains biens en fonction de leurs qualités intrinsèques et/ou d'un emplacement géographique particulier. Cette distinction, que l'on retrouve chez Benoît Grimonprez<sup>674</sup>, réussit à rendre compte de la protection substantielle des biens considérés comme environnementaux. Dans le cadre des biens protégés en raison d'une particularité géographique (zone agricole protégée, littoral, réserve naturelle, etc.), le législateur est notamment venu limiter le droit à la constructibilité du propriétaire sur son fonds<sup>675</sup>. De même, les prérogatives du propriétaire sur son bien peuvent également être

---

<sup>673</sup> C.-M.-B. Toullier, *Le droit civil français selon l'ordre du Code*, 3<sup>ème</sup> éd., 1820, T.III, n°86.

<sup>674</sup> B. Grimonprez, « La fonction environnementale de la propriété », *RTD civ*, 2015, p.539 *sqq.*, spéc. p.545.

<sup>675</sup> Pour exemple, l'article L.332-9 du Code de l'environnement : « Les territoires classés en réserve naturelle ne peuvent être ni détruits ni modifiés dans leur état ou dans leur aspect, sauf autorisation spéciale du conseil régional pour les réserves naturelles régionales, ou du représentant de l'État pour les réserves naturelles nationales. En Corse, l'autorisation relève de l'Assemblée de Corse lorsque la collectivité territoriale a pris la décision de classement. Un décret en Conseil d'État fixe les modalités de cette autorisation, notamment la consultation préalable des organismes compétents. (Ord. n°2012-9, 5 janv. 2012) Toutefois, les travaux urgents indispensables à la sécurité des biens ou des personnes peuvent être réalisés après information de l'autorité

restreintes par un statut légal protégeant le bien et donc la chose dans ses qualités intrinsèques. Les exemples sont nombreux sur le sujet et les dispositions sont souvent issues du droit rural, comme c'est le cas pour la protection des boisements linéaires et vergers de hautes tiges<sup>676</sup>.

**213. Protection des utilités collectives du bien.** La protection de l'environnement se conjugue donc souvent avec la protection de la substance des biens protégés, notamment en apposant des limites aux actions des propriétaires de ces biens. Cependant, la protection environnementale peut également se décliner en une protection utilitaire. Dès lors, ce n'est plus tant la matérialité du bien qui est visée que l'utilité générée par celui-ci, notamment quant-elle est collective. À ce titre, l'exemple de l'eau de source nous paraît particulièrement idoine. Si l'eau ne possède pas en France de statut juridique homogène<sup>677</sup>, pouvant être qualifiée tantôt de chose commune, tantôt de bien privé ou de biens publics. En son article 642<sup>678</sup>, le Code civil offre un régime spécifique à l'eau de source<sup>679</sup>. Selon celui-ci, le propriétaire de l'eau jaillissante d'une source située sur son fonds peut en user à sa volonté mais, « *dans les limites et pour les besoins de son héritage* ». L'article précise néanmoins, en

---

*compétente, sans préjudice de leur régularisation ultérieure* » (Nous surlignons). Si l'article démontre la volonté de protéger la substance de la ressource naturelle ; la faculté, pour un propriétaire, de construire sur un espace classifié de ressource naturelle est alors limitée. Pour une approche similaire, le code de l'urbanisme vient ainsi conforter cette limitation en son article R.425-4 : « *Lorsque le projet est situé sur un territoire en instance de classement ou classé en réserve naturelle, le permis de construire, le permis d'aménager, le permis de démolir ou la décision prise sur la déclaration préalable tient lieu de l'autorisation spéciale prévue par les articles L.332-6 et L.332-9 du Code de l'environnement (...)* ».

<sup>676</sup> Article L.126-3 du Code rural : « *Le préfet peut prononcer la protection de boisements linéaires, haies et plantations d'alignement, existants ou à créer, soit lorsque les emprises foncières correspondantes ont été identifiées en application du 6° de l'article L. 123-8 du présent code, soit lorsque le propriétaire en fait la demande. Dans ce dernier cas, lorsque ces boisements, haies et plantations séparent ou morcellent des parcelles attenantes données à bail, la demande est présentée conjointement par le bailleur et le preneur.*

*Ces boisements, haies et plantations sont identifiés par un plan et un descriptif de leur situation dans les parcelles cadastrales. Leur destruction est soumise à l'autorisation préalable du préfet, donnée après avis de la commission départementale d'aménagement foncier s'il s'agit d'éléments identifiés en application du 6° de l'article L. 123-8 du présent code. Les boisements linéaires, haies et plantations d'alignement protégés en application du présent article bénéficient des aides publiques et des exonérations fiscales attachées aux bois, forêts et terrains à boisier. Ils peuvent donner lieu à la passation d'un contrat d'entretien avec le propriétaire ou le preneur. À la demande du propriétaire, le préfet peut également, sur avis de la commission départementale d'aménagement foncier, prononcer la protection de vergers de hautes tiges.* »

<sup>677</sup> Sur ce point, voir : M.-A. Chardeaux, « Eau », in *Dictionnaire des communs*, op.cit., p.461 sqq.

<sup>678</sup> Article 642 du Code civil : « *Celui qui a une source dans son fonds peut toujours user des eaux à sa volonté dans les limites et pour les besoins de son héritage. Le propriétaire d'une source ne peut plus en user au préjudice des propriétaires des fonds inférieurs qui, depuis plus de trente ans, ont fait et terminé, sur le fonds où jaillit la source, des ouvrages apparents et permanents destinés à utiliser les eaux ou à en faciliter le passage dans leur propriété. Il ne peut pas non plus en user de manière à enlever aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire ; mais si les habitants n'en n'ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts.* »

<sup>679</sup> On ne saurait nier que le cas des eaux de source n'est pas réglementé par le Code de l'environnement mais bien par le Code civil en son livre II. Cependant, le cas de l'eau rentre dans la définition que nous avons reprise de l'environnement et s'inscrit plus largement dans une logique de protection.

son troisième alinéa, qu'il ne pourrait « *en user de manière à enlever aux habitants d'une commune, d'un village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire* ».

L'article 642 du Code civil vient donc instaurer une protection utilitaire des eaux de sources. En effet, le législateur reconnaît tout d'abord l'utilité de la source pour le propriétaire du fond où cette dernière jaillit mais vient également reconnaître une utilité collective, celle des habitants d'un village ou hameau qui en auraient la nécessité. Ici, l'eau de source tend donc à être protégée, mais dans une optique différente de celle étudiée jusqu'alors. La protection n'a pas ici comme fondement de conserver la substance du bien, mais plutôt de garantir l'ensemble des utilités qu'elle génère et ce, à une potentielle pluralité de bénéficiaires. En effet, un propriétaire mal intentionné désireux de boucher la source qui jaillit, sur son fond n'en affecterait pas sa substance mais affecterait directement les utilités de cette dernière ; utilités qu'il est voué à partager, le cas échéant, selon l'article 642 du code civil. Encore une fois, c'est le pouvoir du propriétaire à jouir du bien comme il le souhaite qui est ici limité, afin de garantir la protection du bien, une protection non substantielle mais utilitaire, débouchant sur un usage partagé de l'usage du bien<sup>680</sup>. Il convient, dès lors, d'entrer plus avant dans ce lien.

## **B. Comprendre la logique, le lien entre protection, usage et usage partagé**

S'il nous a été permis de décrire les ressorts des logiques dites de protection, à savoir un fondement objectiviste visant à protéger les choses ayant une dimension environnementale, il reste à déterminer en quoi ces dernières participent pleinement à l'essor d'une conception plaçant l'usage partagé au cœur de la relation homme/chose. Pour déterminer cela, il conviendra de déceler ce changement par deux aspects : matériel et relationnel. Un changement tout d'abord matériel en démontrant que les logiques de protection s'inscrivent contre le mésusage et au profit de l'usage premier des choses (1) ; relationnel ensuite, en relatant la dimension collective qui semble participer aux logiques de protection (2).

---

<sup>680</sup> Un auteur évoquera cette usage partagé comme une forme « *d'usage communal (...) une survivance du modèle des propriétés simultanées* » : F. Masson, « Précision sur la prescription du droit d'usage d'une source par une communauté d'habitants (note sous C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 6 juillet 2017, n°16-19539) », *Energie-Environnement-Infrastructures*, 2017, com. 71.



## 1. La protection, lutte contre le mésusage par l'usage fonctionnalisé

**214. Définition du mésusage.** Dans le cadre de notre étude, la notion de mésusage prend une résonnance particulière, puisque mésuser c'est encore user. En réalité, le mésusage n'est pas une notion juridique en soi, cependant, le terme est directement lié au droit de propriété. De manière littérale, le terme se définit comme le fait de faire « *un usage abusif ou détourné* »<sup>681</sup> d'une chose. L'utilisation du terme par les juristes est d'ailleurs équivalente, son entrée dans le droit provenant de l'*abusus*<sup>682</sup>. Dès lors, afin de comprendre pourquoi les logiques de protection s'inscrivent en faux face à la question du mésusage, il convient de définir le terme, notamment à travers la prérogative de l'*abusus*. À ce titre, quatre auteurs peuvent être d'une grande aide : Aubry et Rau, Demolombe et Pothier. Pour le prince de l'exégèse, le mésusage est une caractéristique de l'absolutisme propriétaire<sup>683</sup>, si l'auteur ne définit pas véritablement ce que signifie le mésusage, il est possible de trouver une définition écrite en filigrane lorsqu'il compare l'*abusus* moderne à celui des romains. En effet, Demolombe explique qu'à Rome, le terme *abuti* n'évoquait que l'idée de disposition et que celle de destruction en était bannie<sup>684</sup>. Dès lors, le mésusage est non seulement une figure moderne de l'*abusus* et correspond à la possibilité de détruire le bien. Le mésusage serait donc la figure paroxystique du propriétaire conçu comme le souverain de son bien.

Aubry et Rau précisent également que « *le propriétaire est libre de dénaturer sa chose, et même de la dégrader ou de la détruire* »<sup>685</sup>, ce qui inclut également le fait de « *changer la culture des immeubles, convertir les terres arables en prés ou en vignes, et réciproquement, défricher les forêts et faire au dessus ou au dessous du sol toutes espèces de constructions, en*

---

<sup>681</sup> Dictionnaire Larousse, « Entrée : Mésusage », (en ligne).

<sup>682</sup> Si pour les tenants de la définition classique de la propriété l'*abusus* est un attribut de la propriété, il est également reconnu qu'il ne s'agit que d'un acte matériel qu'il convient de distinguer du droit de disposer : sur ce point, voir : F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens, op.cit.*, p.334.

<sup>683</sup> C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, T.IX, 1854, n° 544, p. 464 : « *Mais enfin, il faut bien reconnaître que la propriété étant absolue, elle confère sinon en droit, du moins nécessairement en fait au propriétaire, le droit de mésuser de sa chose, car il ne serait pas absolu sans cela ; et toute restriction préventive, en portant atteinte au droit même de propriété, aurait eu ainsi beaucoup plus de dangers que d'avantages* ». L'auteur reconnaît tout de même que le mésusage, s'il est inhérent à l'absolutisme, ne saurait être souhaité ou encouragé : « *le propriétaire est libre, en effet, de commettre ces sortes d'excès sur sa chose. Mais il importe toutefois de remarquer que ces excès, qui sont, à la vérité, la conséquence inévitable de son droit absolu de propriété, ne constituent point, par eux-mêmes, un mode d'exercice de ce droit, que les lois connaissent et approuvent (...). Il importe à l'intérêt de la société, que les particuliers gouvernent bien leur fortune au lieu d'en mésuser (...)* ».

<sup>684</sup> *Ibid.*, n°545, p.465. « *Le mot abuti des Romains exprimait seulement (...) l'idée de la disposition, non pas de la destruction et la loi romaine proclamait au contraire cette maxime : Expedit rei publicae ne sua re quis male utatus (Inst., § 2, de his qui sui vel alien)* ».

<sup>685</sup> C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, T.II, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, 1869, p.175.

*les portant jusqu'à la limite de son fonds* »<sup>686</sup>. Avec les auteurs strasbourgeois, on comprend donc que le propriétaire peut, grâce à l'*abusus*, avoir un usage non conforme à la destination première de la chose ; le mésusage est alors dual, il s'inscrit comme pouvant être un usage détourné de l'utilité des choses, mais également comme sa dénaturation matérielle, voire sa destruction<sup>687</sup>. En définitive, Mikhaïl Xifaras donnera une définition complète, en rendant notamment compte de la suprématie que la propriété donne au mésusage face à la valeur d'usage des choses : « *Le droit de mésuser signifie donc que le domaine du propriétaire inclut l'usage non conforme, voire incompatible avec les déterminations de la chose, parce que ces déterminations-là seront toujours moins essentielles que celle, indéterminée, qui la soumet à l'usage définitif du propriétaire despotique* »<sup>688</sup>.

**215. Inadéquation du mésusage et des logiques de protection.** Si le mésusage correspond à l'acte suprême qu'un propriétaire pourrait réaliser sur son bien, les logiques de protection leur sont parfaitement antinomiques. Plusieurs raisons peuvent permettre d'expliquer cela. Tout d'abord, nous avons vu que les logiques de protection s'inscrivent dans une logique que l'on peut qualifier d'objectiviste. À l'inverse, la reconnaissance du mésusage semble traduire la puissance du propriétaire et de son pouvoir de volonté. En effet, quant on sait que le mésusage se définit comme un usage contraire ou détourné de l'usage initial de la chose ou, pis encore, comme sa propre destruction, alors les termes de protection et de mésusage décrivent deux finalités différentes ; le lien consubstantiel qui lie la propriété et le mésusage créant, au bénéfice du propriétaire, un véritable « *droit de détruire* »<sup>689</sup>. Cette inadéquation ontologique se retrouve d'un point de vue technique, le droit de l'environnement œuvrant largement contre toute possibilité de mésuser des biens environnementaux en leur offrant un régime de protection.

**216.** Les exemples de techniques permettant de lutter contre le mésusage éventuel des biens environnementaux sont nombreux et peuvent être d'origines légale ou contractuelle. L'article

---

<sup>686</sup> *Ibid.*

<sup>687</sup> Pothier avait parfaitement résumé la situation en décrivant les deux aspects du mésusage et en le reconnaissant comme une faculté offerte au propriétaire : « *Il 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 (...) le propriétaire d'un beau tableau a droit de faire passer dessus une couleur pour l'effacer ; le propriétaire d'un livre a droit de le jeter au feu, si bon lui semble, ou de le déchirer* » : Pothier, *œuvres, annotées et mises en corrélation par M. Bugnet*, T.9, VideCoq, 1846, p. 103.

<sup>688</sup> M. Xifaras, *La philosophie de la propriété, op.cit.*, p.118.

<sup>689</sup> M. Rémond-Gouilloud, *Du droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement*, P.U.F, 1989. ; Voir aussi, F. Ost, *La nature hors la loi, l'écologie à l'épreuve du droit*, La découverte, 2003, p.47. Ici, l'auteur évoquera la faculté du propriétaire « *d'abuser de la chose, jusqu'à la laisser dépérir ou même la détruire* ».

311-1-1 du Code de l'environnement est particulièrement éclairant sur ce point, ce dernier disposant que « *aucun particulier ne peut user du droit d'arracher ou de défricher ses bois, ou de mettre fin à la destination forestière de ses terrains sans avoir obtenu une autorisation administrative* ». Techniquement, l'article vient donc imposer un régime d'autorisation qui vient conditionner la faculté du propriétaire d'arracher ou défricher ses bois. Ici, il s'agit d'une limitation à la possibilité de mésuser de son bien dans une optique de protection environnementale. En effet, l'article utilise le terme de « *destination forestière* » afin que cette dernière soit préservée. Or, lutter pour la préservation de la « *destination* » d'une chose correspond à vouloir protéger la finalité déterminée de l'usage du bien, souvent respectueuse des qualités de la chose<sup>690</sup>. Dès lors, la protection de la destination de la chose équivaut à une lutte contre son possible mésusage. Ainsi, en plaçant le mésusage comme vecteur de dénaturation et d'annihilation, et en luttant contre ce dernier, les logiques de protection ont non seulement permis une protection accrue des biens environnementaux mais également, de manière plus indirecte, de placer l'usage destiné au cœur des logiques de protection.

En effet, d'un point de vue théorique, nous avons vu que les choses sont protégées pour leurs qualités intrinsèques mais également par les utilités qu'elles génèrent. De ce fait, en voulant protéger la substance et l'utilité de la chose, c'est également l'usage de celle-ci qui tend à être conservé. Cependant, l'usage vient également être un outil pratique non négligeable dans l'optique de protection de l'environnement. Dans le cadre de certains biens ayant une grande propension à la dangerosité environnementale, le législateur est venu limiter l'usage de certains biens à des conditions particulières. Pour cela, des polices d'usage furent mises en place. Comme le souligne Benoît Grimonprez, « *un ensemble désormais considérable de normes vient en effet régler la manière d'user des choses dans le respect du milieu environnement* »<sup>691</sup>. L'auteur donne également une liste des biens qui sont soumis à une police d'usage particulière qui, en conditionnant l'usage, empêche le propriétaire de mésuser du bien. C'est ainsi, par exemple, que l'article 541-1 du Code de l'environnement établit une police d'usage des déchets<sup>692</sup> qui hiérarchise leurs modes de traitements et détermine un

---

<sup>690</sup> Sur le concept de destination, voir *Infra* n° 308 *sqq.*

<sup>691</sup> B. Grimonprez, « La fonction environnementale de la propriété », *op.cit.*, p.544. Dans la suite de ses travaux, l'auteur va proposer « *une gouvernance du contrôle foncier* » axée sur une unique institution ; cela pourrait ainsi permettre de centraliser les différentes polices d'usage : B. Grimonprez, « Nouvelle utopie foncière : pour une autre régulation de la maîtrise du foncier », *Revue de droit rural*, avril 2017, étude 11.

<sup>692</sup> Article L.541-1 du Code de l'environnement : « *I. - Les dispositions du présent chapitre et de l'article L. 125-1 ont pour objet :*  
*1° De prévenir ou réduire la production et la nocivité des déchets, notamment en agissant sur la fabrication et sur la distribution des produits ;*

principe de proximité visant à en réduire la mobilité. Les producteurs et détenteurs de déchets sont alors considérés comme responsables du traitement des déchets<sup>693</sup>, des mesures de police administrative et sanctions étant prévues en cas de manquement<sup>694</sup>.

**217. Synthèse.** En définitive, il est possible de voir dans le mésusage et les logiques de protections deux antagonismes qui permettent de concevoir les secondes à rebours du premier. Là où le mésusage se définit comme le pouvoir suprême du propriétaire sur sa chose, l'inscription du bien dans une logique de protection en limite son effectivité. C'est à ce titre que la technique intervient, en venant apporter des contraintes aux propriétaires. Ces dernières peuvent être de plusieurs sortes, en venant interdire certains usages ou, au contraire, en déterminant l'usage qui doit être fait de la chose. Dans les deux cas, c'est bien le mésusage qui est condamné au profit d'un usage environnemental et d'un respect de la nature de la chose. À ce titre, l'usage est fonctionnalisé afin de répondre à l'objectif de protection environnementale.

## 2. L'usage partagé comme garantie de la protection de l'environnement

Si le rôle de l'usage face au mésusage est une caractéristique importante des logiques de protection, elle correspond également à sa dimension matérielle en ce qu'il est question de

---

*2° D'organiser le transport des déchets et de le limiter en distance et en volume ;*

*3° De valoriser les déchets par réemploi, recyclage ou toute autre action visant à obtenir à partir des déchets des matériaux réutilisables ou de l'énergie ;*

*4° D'assurer l'information du public sur les effets pour l'environnement et la santé publique des opérations de production et d'élimination des déchets, sous réserve des règles de confidentialité prévues par la loi, ainsi que sur les mesures destinées à en prévenir ou à en compenser les effets préjudiciables.*

*II. - Est un déchet au sens du présent chapitre tout résidu d'un processus de production, de transformation ou d'utilisation, toute substance, matériau, produit ou plus généralement tout bien meuble abandonné ou que son détenteur destine à l'abandon.*

*III. - Est ultime au sens du présent chapitre un déchet, résultant ou non du traitement d'un déchet, qui n'est plus susceptible d'être traité dans les conditions techniques et économiques du moment, notamment par extraction de la part valorisable ou par réduction de son caractère polluant ou dangereux. »*

<sup>693</sup> Article L.541-2 du Code de l'environnement : « Toute personne qui produit ou détient des déchets dans des conditions de nature à produire des effets nocifs sur le sol, la flore et la faune, à dégrader les sites ou les paysages, à polluer l'air ou les eaux, à engendrer des bruits et des odeurs et, d'une façon générale, à porter atteinte à la santé de l'homme et à l'environnement, est tenue d'en assurer ou d'en faire assurer l'élimination conformément aux dispositions du présent chapitre, dans des conditions propres à éviter lesdits effets.

*L'élimination des déchets comporte les opérations de collecte, transport, stockage, tri et traitement nécessaires à la récupération des éléments et matériaux réutilisables ou de l'énergie, ainsi qu'au dépôt ou au rejet dans le milieu naturel de tous autres produits dans des conditions propres à éviter les nuisances mentionnées à l'alinéa précédent. »*

<sup>694</sup> L'article L.541-3 du Code de l'environnement prévoit que : « Lorsque des déchets sont abandonnés, déposés ou gérés contrairement aux prescriptions du présent chapitre et des règlements pris pour leur application », l'autorité titulaire du pouvoir de police compétente peut aviser « le producteur de déchets des faits qui lui sont reprochés » et dispose d'un pouvoir de sanction à son égard.

déterminer le type d'actions qu'un propriétaire pourra réaliser sur son bien. Dans ce cadre, la relation étudiée est donc du sujet de droit vers la chose. Cependant, afin d'appréhender pleinement le phénomène, il convient d'évoquer la dimension relationnelle des logiques de protection, c'est-à-dire les relations existantes entre plusieurs personnes sur une même chose. À ce titre, c'est la dimension collective des logiques de protection qu'il convient d'étudier, à travers la question de la l'usage partagé.

Face à la nécessité de la protection environnementale, la propriété exclusive et unitaire a longtemps été perçue comme la solution idoine, la "tragédie" de la gestion commune des ressources étant toujours prégnantes des les esprits (a). Pourtant, à l'heure où la propriété est au banc des accusés, les solutions de gestion collective prennent un nouvel essor. L'usage commun, la gestion collective, le partage des usages ; nombreuses sont les approches qui déterminent la protection environnementale en conjuguant le rapport entre homme et chose au pluriel. Cette diversification peut entraîner, comme certains auteurs le proposent, une classification du phénomène à l'aune des communautés qui se construisent autour de la chose<sup>695</sup>. : les communautés négatives, fondées sur l'inappropriation (b) ou, en se fondant sur l'usage partagé d'un bien, les communautés positives (c) et diffuse (d).

### **a) L'exclusion de l'approche propriétaire**

**218.** Si, aujourd'hui, la notion de protection environnementale ne rime plus automatiquement avec la notion de propriété, il n'en n'a pas toujours été ainsi. Voguant sur

---

<sup>695</sup> Dans le cadre de notre étude, nous reprendrons la distinction réalisée par Judith Rochfeld dans ses différents écrits, à savoir une déclinaison entre communauté « négative », « positive » et « diffuse ». Comme le souligne l'auteure, cette distinction trouve ses racines dans l'étude théologique de la propriété (sur ce point, l'auteur se réfère à l'étude de Marie-France Renoux-Zagamé : *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Droz, Genève, 1987). La communauté négative, par exemple, était notamment conçue comme l'état antérieur à la propriété, une forme de communisme primitif, ce point de vue sera notamment repris sous la plume de Pothier, Portalis, Demolombe ou encore Toullier. Voir notamment : J.-F. Niort, *Homo civilis, Contribution à l'histoire du Code civil français*, T.I, PUAM, 2004, n° 424.

Ce triptyque communautaire s'incruste parfaitement dans le phénomène des « résurgences » ou du « retour » des communautés. Ainsi, si nous aurions pu étudier les différentes techniques de manière parfaitement autonome, la distinction opérée par Judith Rochfeld permet de mieux représenter les forces communautaires à l'œuvre, et de saisir parfaitement la place de l'usage dans chacune d'elles. Pour une explication complète de la distinction, voir : J. Rochfeld, « communauté négative, positive, diffuse », in *Dictionnaire des biens communs*, op.cit., pp.241-242 ; Du même auteure : « Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français », in *Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire*, op.cit., p.90 sqq. ; « Quel modèle pour construire des communs », in *Repenser les biens communs*, op.cit., p.103 sqq. ; « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux communs », *RIDE*, T.28, 2014, p.351 sqq. ; « Les modèles du droit privé français pour accueillir les "communs" », in *État social, propriété publique et biens communs*, T. Boccon-Gibod et P. Crétois (dir.), éd. Le bord de l'eau, 2015, p.85 sqq.

des thèses qui fourmillaient Outre-Atlantique, certains auteurs voyaient dans la figure de la propriété un formidable outil de protection de l'environnement<sup>696</sup>. La logique est ici bien connue, la propriété étant un droit exclusif, elle va permettre au propriétaire d'être le seul à avoir la maîtrise de son bien, pouvant ainsi permettre la protection de sa substance et de ses utilités. La protection de l'environnement étant dans l'intérêt du propriétaire, ce dernier œuvrera à sa protection, agissant conformément à ses intérêts particuliers. Cette légitimation de la propriété comme protectrice de l'environnement n'est pas sans rappeler les thèses de Garrett Hardin sur la « tragédie des communs »<sup>697</sup>, dont les conclusions ont déjà largement été contestées<sup>698</sup>. Au même titre que cette dernière, la vision protectrice de la propriété exclusive et individuelle semble chimérique. En effet, une telle acceptation se voit conditionnée par l'action du propriétaire et l'adéquation entre les intérêts de protection et ceux du propriétaire, ces derniers n'étant pas forcément convergeant<sup>699</sup>. Ainsi, la propriété peut être vectrice de protection mais ne l'est pas forcément, tout dépendra de la volonté du propriétaire. Le propriétaire ayant toujours la faculté de mésuser, sa protection n'est pas garantie. Dès lors, comme le souligne Yves Jégouzo, « *la propriété protectrice peut faire place à la propriété destruction, qu'il s'agisse d'appropriation publique ou d'appropriation privée* »<sup>700</sup>. En effet, la mise en place d'une protection environnementale par le propriétaire reste fondamentalement une décision arbitraire. Le droit de propriété, pris dans sa conception la plus classique, ne saurait souffrir d'être perçu comme un outil de protection efficace, sauf à la couper des fondements qui en sont son sel : la maîtrise totale de son objet et la liberté d'action de son titulaire. Dès lors, afin de pouvoir agir dans l'intérêt collectif qu'est la protection de l'environnement<sup>701</sup>, les auteurs ont proposé d'autres techniques rompent avec la tradition exclusiviste en plaçant l'usage commun – ou partagé – comme acmé.

---

<sup>696</sup> J. de Malafosse, *La propriété gardienne de la nature*, Études J.Flour, 1979, p.335 ; Voir également : *Droits de propriété et environnement*, M.Falque et M.Massenet (dir.), Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1997, p.5.

<sup>697</sup> Voir : *Supra.* n° 149 *sqq.*

<sup>698</sup> Voir : *Supra.* n° 153.

<sup>699</sup> Le phénomène dit « NIMBY » (Not In My BackYard) fut décliné sous « NEIMBY » (Not Environment In My Background), il se caractérise par un rejet, au nom du droit de propriété, des mesures de protection environnementales, voir notamment : A. Pomade, « Nimby et Neimby : regard d'un juriste sur deux syndromes atypiques », *Droit de l'environnement*, Victoires éd., 2012, p.11 *sqq.*

<sup>700</sup> Y. Jégouzo, « Propriété et environnement », *Deffrésnois* 1994, n°35764.

<sup>701</sup> L'intérêt collectif de la protection environnementale est une antienne du discours environnementaliste, pour exemple : « *La dimension collective apparaît alors, au bout du compte, comme la seule véritable caractéristique des biens environnement : ces biens, appropriés ou non, faisant ou non l'objet d'un usage exclusif, ont une dimension collective. Certaines de leurs aménités, au moins, relèvent d'un « concernement » collectif. La chose est évidente pour l'eau et s'est traduite depuis toujours par des régimes juridiques particuliers ; elle ne l'est pas moins pour l'air et l'atmosphère, ne serait-ce qu'en retenant leurs fonctions de véhicules de pollutions et de participation – avec l'eau des océans – aux (dés)équilibres climatiques ; elle se vérifie encore pour la flore et la faune qui, éléments de la biodiversité, concourent à la pérennité du vivant ; même le sol, sans cesse régénéré et recréé par la biomasse et nécessaire à la vie et au développement de la biodiversité, relève de ce*

## **b) Les communautés négatives, le cas des choses communes**

À première vue, la qualification des choses communes n'a pas droit de cité dans cette étude, leur caractère inappropriable les situant en dehors du lien existant entre propriété et usage partagé d'un bien. En ce sens, la catégorie des choses communes va donc créer des communautés négatives<sup>702</sup>, autrement dit composées d'un ensemble d'usagers sans aucun propriétaire. Cependant, ce serait faire fi du renouveau doctrinal qui frappe la notion. De même, son étude paraît ici essentielle du fait de la place centrale dont jouit l'usage commun au sein de cette qualification et de son potentiel pour les logiques de protection. Elle est également un outil essentiel afin de cartographier les différentes appréhensions doctrinales de l'appropriation ; ainsi, en ce qu'elle est le parfait opposé de la propriété exclusive, les spécificités des communautés fondées sur usage partagé du bien pourront mieux être appréhendées. Dès lors, il convient d'étudier la notion de choses communes dans son acception traditionnelle ( $\alpha$ ), avant d'analyser la redécouverte de la notion et de la mettre en exergue avec les logiques de protection ( $\beta$ ).

### **$\alpha$ ) L'approche classique des choses communes**

**219.** La catégorie des choses communes est issue de la tradition romaine qui connaissait déjà le concept de *res communis* ; elle fut par la suite continuée par le droit moderne jusqu'à figurer dans le Code civil à l'article 714, ce dernier disposant : « *Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir* ». Classiquement, cette catégorie reposait sur une approche naturaliste des choses, l'inappropriabilité et l'usage commun ne dépendant que de l'impossibilité matérielle à devenir des biens susceptibles d'appropriation. Ainsi, si l'appropriation privative des choses

---

« *concernement* » collectif. Mais écrivant cela, nous devons immédiatement relever que les biens environnements ne sont pas les seuls à présenter cette caractéristique (...) *Quoi qu'il en soit, c'est cette dimension collective que traduisent, avec plus ou moins d'efficacité, les régimes juridiques applicables* » : G.J. Martin, « Biens environnements (approche juridique) », in *Dictionnaire des biens communs*, op.cit., p.123.

<sup>702</sup> « *Le « commun à tous » de l'article 714 revêt alors un sens de communauté d'affectation (...) les éléments saisis sont décrétés choses communes comme affectés à l'usage commun de tous, ce « commun à tous » étant compris comme renvoyant à la « communauté négative du genre humain* » » : J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, op.cit., p.242. Il a également été soutenu que le caractère l'usage commun des choses communes pourrait trouver une application dans le cadre de la protection environnementale, sans modifier substantiellement la notion, en reconnaissant que « *le droit de jouir des choses communes est un attribut de la personnalité* » : B. Jadot, « L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir », in *Quel avenir pour le droit de l'environnement*, F. Ost et S. Gutwirth (dir.), Presses de l'Université de Saint-Louis, 1996, p.74 sqq, spéc. p.88.

communes est impossible, c'est parce qu'elle serait « *impossible, inutile et injuste* »<sup>703</sup>. Il est vrai que traditionnellement, les choses réputées entrer dans cette catégorie sont : la lumière<sup>704</sup>, l'air<sup>705</sup> ou l'eau<sup>706</sup>. Ces choses étant, à l'époque romaine, rétives à toute appropriation, puisqu'insaisissables d'un point de vue matériel. De ce fait, comme le soulignait Planiol, « *la possibilité d'une appropriation ne dépend pas des désirs de l'homme, mais de la nature de la chose* »<sup>707</sup>. Le critère de qualification est donc purement matérialiste puisque dépendant de la nature insaisissable de la chose. De même, les choses communes sont traditionnellement réputées être inappropriables du fait de l'inutilité qui découlerait de leur appropriation. Ici encore, il s'agit d'un critère d'ordre purement matérialiste fondé sur l'abondance présumée des choses communes. Traditionnellement, l'air, l'eau ou la lumière étaient considérés comme des ressources inépuisables. À partir de là, toute volonté d'appropriation ne pouvait exister, la conjonction d'utilité et de rareté étant inexistante en l'état. La rareté est en effet une condition de l'appropriation au point que certains auteurs estiment qu'à partir du moment où une chose commune sa raréfie, ou du moins ne se situe pas dans un état d'abondance, elle devient dès lors appropriable<sup>708</sup>.

À partir de ces deux critères de qualification, la notion de choses communes ne saurait embrasser le cas des biens environnementaux. Effectivement, même si l'article 714 du Code civil ne donne pas une liste exhaustive des choses dites communes, laissant alors place à une qualification possible, les biens environnementaux ne peuvent répondre aux critères exigés. Premièrement, l'insaisissabilité propre aux choses communes n'est pas garantie, les biens environnementaux pouvant parfaitement être saisis par la main de l'homme. Secondement, si les choses communes se définissent par une forme d'abondance, les biens environnementaux se caractérisent par une raréfaction dont les logiques de protection ne se font que le reflet. Les critères qualitatifs ne sont donc pas respectés et la qualification se voit donc rejetée. La

---

<sup>703</sup> W. Dross, *Les choses*, op.cit., n°319, p.578.

<sup>704</sup> C. Aubry, C. Rau, *Cours de droit civil*, T.II, n°168

<sup>705</sup> M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, LGDJ, Coll. Thèses, 2006, n°154.

<sup>706</sup> Il s'agit de l'eau, pris dans son unité insaisissable. Il est, en revanche, tout à fait possible de s'approprier « de l'eau » ; comme le Code civil nous le rappelle pour les eaux pluviales (Article 641) ou l'eau de source présente sur un fond approprié (Article 642).

<sup>707</sup> M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, T.1, éd. Pichon, Paris, 1900, p.88.

<sup>708</sup> « *D'autres – dont nous sommes – estiment, à l'inverse, que les choses communes sont seulement inappropriées, et demeurent donc appropriables (...) Leur rareté ouvre donc la voie à une appropriation, possible car rien, dans la nature des choses communes, ne l'interdit* » : F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, op.cit., n° 20, p.57 ; Dans un sens similaire : « *la notion de chose commune porte en elle-même sa propre condamnation : la chose commune, lorsqu'elle n'est plus en quantité suffisante pour être laissée à la libre disposition de tous et lorsqu'au surplus son utilisation privative revêt un intérêt certain, tend naturellement à se transformer en bien* », J. Barale, « Le régime juridique de l'eau, richesse nationale (Loi du 16 décembre 1964) », *RDP*, 1965, p.615.



seule possibilité réside donc dans une modification des critères de qualification, nécessitant dès lors une approche renouvelée de la notion.

## **β) La redéfinition normative des choses communes**

**220. Le caractère normatif de la redéfinition.** La redéfinition doctrinale de la catégorie des choses communes fut impulsée par la raréfaction de certaines ressources naturelles, afin de pouvoir les faire jouir du régime de l'antique notion. Ici, il s'agit d'opérer une redéfinition des critères de qualification en déterminant les choses communes comme étant « *l'application et la compréhension en tant qu'éléments que le droit entendrait délibérément exclure de l'appropriation, pour les soumettre à un régime de non-appropriation ainsi que d'un usage ouvert et partagé* »<sup>709</sup>. Par cette approche, les choses communes ne seraient pas définies par des critères d'ordre naturaliste, mais d'ordre normatif. L'idée a ceci de séduisante en ce qu'elle permet donc, à partir du constat d'une nécessité de protection, de pouvoir soumettre un bien au régime des choses communes et ainsi la soumettre à l'inappropriation.

**221. Le régime des choses communes.** Dans cette approche renouvelée de la notion, la volonté du législateur pourrait donc faire entrer des biens dans la catégorie des choses communes et ainsi leur appliquer le régime de l'article 714 du Code civil. De ce dernier, il est possible de soustraire certains éléments quant au régime applicable. En effet, ce dernier dispose qu'il « *est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* ». Afin de déterminer l'intérêt d'un tel régime potentiellement applicable aux biens concernés par les logiques de protection, il convient d'étudier si le régime serait à même de leur garantir une protection effective. Si l'on se fonde sur la première affirmation de l'article 714, à savoir l'inappropriabilité des choses communes, la réponse semble être positive. Effectivement, en substituant le régime de la propriété par celui des choses communes et donc de l'inappropriabilité, les facultés de disposition et de mésusage disparaissent, en même temps que l'appropriation. Dès lors, la substance de la chose, au même titre que l'utilité, serait protégée. La réponse ne peut être complète qu'en opérant la coordination de la première affirmation avec la seconde, celle qui garantit un « *usage commun à tous* ». Si la question de la nature de cet usage s'est prêtée au débat doctrinal<sup>710</sup>, il conviendra plutôt, dans notre cas, de

---

<sup>709</sup> J.Rochfeld, « Chose commune (approche juridique) », in *Dictionnaires des biens communs*, op.cit., p.178 sqq.

<sup>710</sup> L'analyse la plus courante en doctrine considère « l'usage commun » prévu à l'article 714 du Code civil comme étant le fait de pouvoir tirer parti des utilités de la chose, les caractéristiques générales de cet usage se

s'intéresser à un élément inhérent à son régime, celui de la soustraitibilité d'une part sur le tout. En effet, l'usage commun des choses communes a toujours été caractérisé par la possibilité, pour les usagers, de soustraire une partie du tout, rendant cette dernière appropriable<sup>711</sup>. Dès lors, la protection ne saurait être assurée, puisque dans chaque usager résiderait un potentiel propriétaire. Afin d'éviter une telle situation, certains auteurs ont proposé d'établir un principe de « *responsabilité, collective ou individuelle, pour abus d'usage des choses communes* »<sup>712</sup>. Dès lors, et cela est notamment le cas pour les biens environnementaux, l'abus d'usage pourrait être condamné pénalement. Si cela ne saurait apporter une garantie effective de la protection substantielle et utilitaire de ces nouvelles choses communes, le principe de responsabilité, pénale ou civile, s'inscrirait dans une logique d'incitation agissant dans le sens de la protection. La protection des biens environnementaux serait alors garantie par un double phénomène, celui de l'inappropriabilité, d'une part, et de la responsabilisation de l'usage, d'autre part.

Cependant, il ne saurait s'agir que d'une tentative prospective, la construction étant d'ordre purement doctrinale, elle est encore peu performative<sup>713</sup>. Les choses communes restent, pour l'instant, dans le giron traditionnel, ce qui ne saurait garantir une protection adéquate. Désormais revivifiée, la notion pourrait un outil nécessaire en vue de la protection de certaines ressources naturelles. Pourtant, est-ce une forme d'usage partagé ? Avec les choses communes, l'usage est, par définition, commun. L'innappropriabilité, qui est inhérente à la

---

trouvant dans un exercice individuel, libre, égal et gratuit. Sur ces différents points, voir : M.-A. Chardeaux, *op.cit.*, p.313 et s.

<sup>711</sup> Dans l'approche naturaliste de la notion consacrée par l'article 714 du Code civil, les choses communes le sont grâce à l'insaisissabilité engendrée par les qualités intrinsèques de ces choses. Il y a donc un usage commun de la chose prise dans son entièreté. Seulement, le régime ne s'oppose en rien à l'appropriation d'une partie du tout, du moment que cette dernière est saisissable. Ainsi, s'il n'est pas possible de s'approprier l'eau, il est possible de s'approprier de l'eau. Loin d'être une question de sémantique, cette appropriabilité d'une partie du tout vient extraire cette dernière de la catégorie des choses communes pour l'intégrer dans celle des *res nullius*. Cette analyse est notamment décrite par Martine Rémond-Gouilloud pour qui « *les rapports de la res nullius à la res communis, ressource naturelle commune, sont ceux de la partie et du tout. La res nullius, le fragment, peut faire l'objet d'un prélèvement, tandis que le milieu naturel, écosystème ou espèce, ne se prête pas à une telle opération. En somme, la res nullius est la parcelle de la res communis, qui peut physiquement en être détachée* », M. Rémond-Gouilloud, « Ressources naturelles et choses sans maîtres », *D.*, 1985, p.27.

<sup>712</sup> J. Rochfeld, « Chose commune (approche juridique) », *op.cit.*, p.176 *sqq.* : La définition proposée est particulièrement intéressante en ce qu'elle offre une synthèse complète des récents travaux sur la notion. Voir également : M. A. Chardeaux, *Les choses communes*, *op.cit.*, n°340 et n°397 ; A. Sériaux, « Modes d'acquisition de la propriété. Choses communes », article 714, *JurisClasseur civil*, 2011 ; S. Drapier, « La biodiversité, une chose commune », *RRJ*, n° 4, 2010 p.2213 *sqq.* ; Du même auteur, « Quel régime de responsabilité civile pour les choses communes endommagées ? », *RJE*, 2016, p.695 *sqq.*

<sup>713</sup> « *Cette conception renouvelée a-t-elle pour autant pénétré le droit positif ou n'est-elle que prospective ? L'évolution réelle peut sembler mince au premier abord. Au titre des ressources matérielles, le droit actuel (français) ne saisit comme choses communes « que » les eaux courantes non domaniales et la haute mer, l'air et l'eau de mer* », J. Rochfeld, « Chose commune (approche juridique) » *op.cit.*, p.178. Ici, on peut voir que les choses communes reconnues positivement paraissent toujours s'inscrire dans une logique naturaliste.

notion, ne peut permettre l'usage partagé d'un bien, elle permet l'usage commun d'une chose. Dans le cadre de notre étude, elle a cependant le mérite de rendre compte de la dimension collective de la logique protection d'une chose, notamment dans une approche environnementaliste.

### c) Les communautés positives, des patrimoines communs aux Communs

**222. Définition.** Toujours en se fondant sur les travaux de Judith Rochfeld, les communautés positives sont définies comme « un ensemble de personnes, strictement délimité (...), disposant de droits divers sur un même bien ou un ensemble de biens. Cette délimitation se fonderait ainsi sur la qualité de titulaire d'un droit, qu'il soit de propriété, d'usage, ou autre et sur l'affectation du bien, toujours à cette communauté »<sup>714</sup>. La définition donnée par l'auteure permet de déduire des caractéristiques nécessaires à la formation d'une communauté positive. À la lecture, il serait possible d'en déceler deux : des titulaires de droits divers sur un même bien et une affectation<sup>715</sup> du bien. Continuant son travail de délimitation de la notion, Judith Rochfeld va ensuite rechercher quelles seraient les qualifications qui pourraient, potentiellement, entrer dans la catégorie. Si nous avons vu que le terme d'usage commun est souvent réductible à celui de choses communes, le terme même de « commun » est consubstantiel à deux autres qualifications : les patrimoines communs et les communs.

**223. Exclusion des patrimoines communs.** S'il est vrai que la notion de patrimoine commun (qu'il soit de l'Humanité, de la Nation ou de l'Union Européenne) fut porteuse d'espoir, d'aucun évoque aujourd'hui, avec une certaine ironie<sup>716</sup>, la « *tragédie des patrimoines communs* »<sup>717</sup>. En effet, bien que le concept de patrimoine commun face partie

---

<sup>714</sup> J. Rochfeld, « Communauté négative, positive, diffuse », *op.cit.*, p.243

<sup>715</sup> Pour une approche complète de la technique de l'affectation comme caractéristique essentielle à l'usage partagé des biens, voir *infra* n° 308 *sqq.*

<sup>716</sup> L'expression utilisée n'est pas sans rappeler le titre du célèbre article d'Hardin sur les « communs », G. Hardin, « *The Tragedy of Commons* », *op.cit.*

<sup>717</sup> L'expression est utilisée ici pour la notion de patrimoine commun de l'Humanité, voir : S.J. Shakerford, « The Tragedy of the Common Heritage of Mankind », *Stanford Environmental Law Journal*, vol. 27, 2008. Cependant, il est possible d'opérer un rapprochement avec la notion de patrimoine commun de la Nation : « *En définitive, le patrimoine commun de la Nation est le droit positif mais ne joue pas le rôle d'une qualification juridique à part entière puisqu'il n'emporte pas l'application d'un régime juridique précis* », M. Deffairi, « Le patrimoine commun de la Nation », in *Dictionnaire des biens communs*, *op.cit.*, p.896. Ici le terme n'est pas à entendre comme sous la plume d'Hardin, la tragédie étant liée au manque d'effectivité de la notion, et donc à sa difficulté de s'inscrire pleinement comme une technique de protection de l'environnement.

intégrante du droit positif<sup>718</sup>, il semble souffrir d'un cruel manque d'effectivité, ce qui en fait aujourd'hui une qualification de moins en moins utilisée, pour ne pas dire désuète. Cet argument semble être repris par l'auteure, au point d'en faire un critère d'exclusion de la catégorie des communautés positives. Ainsi, la notion est considérée comme « trompeuse »<sup>719</sup>, dans le sens où elle semble accorder des droits aux différents titulaires des patrimoines communs, alors qu'en réalité la reconnaissance de droits d'usage sur les patrimoines communs n'est, pour l'heure, qu'une proposition doctrinale<sup>720</sup>. Dès lors, la notion se caractériserait davantage comme « un régime de protection et d'affectation spécifiques »<sup>721</sup>, sans que les droits reconnus aux titulaires soient dotés d'une quelconque effectivité. À ce titre, les concepts de « patrimoines communs » ne sauraient être compris comme formant des communautés positives, la communauté ne pouvant se constituer dans une absence de droits reconnus à ses membres. Aussi, si la notion de patrimoine commun pourrait être comprise dans le cadre des logiques de protection, l'objectif assumé étant de protéger certains biens afin d'en assurer la transmission et un usage transgénérationnel, le manque d'effectivité de la notion semble être un frein à son avenir au point de la cantonner au simple symbole. Ainsi, la notion de « patrimoine commun » a le mérite de pouvoir rendre compte de la dimension collective<sup>722</sup> de la protection des choses liées à l'environnement, à défaut d'instaurer une communauté d'usagers bénéficiant de droits sur les choses comprises dans la catégorie.

**224. Les communs, archétype des communautés positives.** Comme nous l'avons étudié dans le précédent chapitre, la notion de commun se fonde sur celle d'une communauté<sup>723</sup> dont les membres sont détenteurs de droits<sup>724</sup>, la communauté étant consubstantiellement liée à un « bien-ressource ». Ainsi, il n'est pas nécessaire de revenir sur la première caractéristique des

---

<sup>718</sup> Pour exemple, l'article L.110-1 du Code de l'environnement, I : « *Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation* ».

<sup>719</sup> J. Rochfeld, « Communauté négative, positive, diffuse », *op. cit.*, p.243.

<sup>720</sup> Voir sur ce point : M. Deffairi, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, *op.cit.*

<sup>721</sup> J. Rochfeld, « Communauté négative, positive, diffuse », *op. cit.*, p.243. .

<sup>722</sup> Cette dimension collective a notamment été reconnue par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire dite du naufrage de l'Erika. Dans cette décision, les juges ont ainsi reconnu un préjudice « *objectif et autonome (...) qui est sans répercussion sur un intérêt humain particulier mais affecte un intérêt collectif légitime* » (CA Paris, 30 mars 2010, n°08/02278). Il convient de préciser que les juges d'appel fondent notamment leurs décisions sur l'article L.110-1 du Code de l'environnement qui fait directement mention, en son I, à la notion du patrimoine commun de la Nation. Il s'agit cependant est la première (et la seule) utilisation de la notion par les juridictions françaises. Toutefois, il paraît aujourd'hui improbable que la notion soit de nouveau utilisée par les juges dans des cas de préjudices environnementaux, puisque la notion de « préjudice écologique » a été consacré par la loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

<sup>723</sup> Voir *Supra* n° 187 à 190.

<sup>724</sup> Voir *Supra* n° 203.

communautés positives, celle-ci étant parfaitement remplie. De même, la question de « l'affectation de la ressource à un usage particulier »<sup>725</sup>, considérée comme un élément constitutif de la communauté positive, ne semble pas être absente de la notion de commun. En effet, que l'on soit dans le cadre d'un commun dit « naturel » ou « informationnel », le commun se fonde sur une triple caractéristique. Il faut d'abord une ressource<sup>726</sup>, une communauté dont les membres jouissent de droits particuliers sur cette dernière<sup>727</sup>, et un mode de gouvernance qui va permettre la coordination entre les différents titulaires de ces droits<sup>728</sup>. Cependant, cela ne prouve en rien l'affectation de la ressource ; pour cela, il convient d'analyser plus particulièrement le cas de la gouvernance.

**225.** Comme le souligne Olivier Weinstein, dans la conception Ostromienne des communs, la gouvernance prend une place primordiale comme élément de définition, en ce qu'elle détermine « la manière dont sont organisés son usage [de la ressource], sa préservation ou sa production »<sup>729</sup>. Ici, deux conclusions peuvent être tirées. La première est directement en lien avec le critère de l'affectation décelé par Judith Rochfeld. En effet, le mode de gouvernance des communs ne serait finalement que la mise en place de droits et d'obligations permettant la réalisation de l'affectation du bien. C'est en cela qu'Olivier Weinstein précise que le mode de gouvernance va ainsi s'inscrire dans une logique permettant de préserver le bien (dans le cadre des communs naturels) ou de production (dans le cadre des communs informationnels). À ce titre, les communs de type Ostromien peuvent être qualifiés de communautés positives. La seconde conclusion réside dans l'intérêt de la notion de commun dans le cadre des logiques de protection. En effet, nous avons vu que les études empiriques d'Ostrom reposent sur les *common pool resources*<sup>730</sup> ; ces dernières se caractérisant par une volonté de préservation de la ressource mais également de soustraction de cette dernière, la seconde étant garantie temporellement par la réussite de la première. Il y a donc une volonté d'inscrire le bien dans une durabilité, tout en l'exploitant.

---

<sup>725</sup> J. Rochfeld, « Communauté négative, positive, diffuse », *op. cit.*, p.243

<sup>726</sup> Voir *Supra* n° 187 à 190.

<sup>727</sup> Voir *Supra* n° 187 à 190.

<sup>728</sup> Voir *Supra* n° 192 à 194.

<sup>729</sup> O. Weinstein, « Gouvernance », in *Dictionnaire des biens communs*, *op.cit.*, p.604. Pour une approche plus complète de la question : O. Weinstein, « Comment comprendre les « communs » : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle », *Revue de la régulation*, 14 | 2<sup>ème</sup> semestre/ Autumn 2013.

<sup>730</sup> Voir *Supra* n° 173 à 185.

Cependant, les communs fonciers peuvent tout à fait se concevoir en dehors de ces *CPR*, et notamment dans une approche de protection environnementale<sup>731</sup>. Le mode de gouvernance aura donc pour finalité de pouvoir déterminer les droits et obligations de chaque membre de la communauté sur le bien, opérant alors un système ayant pour unique finalité la protection du bien tout en garantissant, structurellement, le partage des usages de la ressource concernée. Cela étant, l'usage partagé du bien est nécessairement lié à la nature objective de la chose, de son caractère rival ou non, mais aussi de sa propension à l'excluabilité<sup>732</sup>. Dans le cas des biens soumis aux logiques de protection, la potentielle rivalité des biens concernés nécessite des communautés de natures plus restreintes que celle des biens non-rivaux de type commun informationnel. Restreinte dans l'usage partagé effectif, la communauté peut se comprendre dans un sens beaucoup plus large, dans une dynamique transgénérationnelle.

#### **d) Les communautés diffuses, la tentation de la "transpropriation"**

**226. Définition.** Dernière technique qui pourrait s'inscrire dans les logiques de protection tout en reconnaissant la dimension collective du rapport d'appropriation des biens environnementaux, le concept de « transpropriation ». D'essence doctrinale, c'est à François Ost que nous devons de l'avoir théorisé. Pour reprendre les mots de l'auteur, la transpropriation se définirait comme étant une « *concession d'usages multiples à une multiplicité de titulaires* »<sup>733</sup>, créant alors une « *superposition, à propos d'une même ressource, d'un même bien ou d'une même portion de territoire, de plusieurs régimes*

---

<sup>731</sup> Dans les écrits portant sur les communs, la dimension écologique de la catégorie est prégnante. Voir notamment : D.Misonne, « La définition juridique des communs environnementaux », *Annales des Mines – Responsabilité et environnement*, n° 92, 2018, p.5 *sqq.* ; A. Chaigneau, « Une propriété affectée au commun », in *Fonctions de la propriété et commun, regards comparatistes*, A. Chaigneau (dir.), Société de Législation Comparée, 2017, p.57 *sqq.* ; De manière plus diffuse, en établissant un lien entre une propriété qui s'instrumentalise au profit d'une protection environnementale et la théorie américaine des faisceaux de droits : B. Grimonprez, « Le droit de propriété à l'heure du changement climatique », in *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?*, M. Hautereau-Boutenet et S. Porchy-Simon (dir.), Dalloz, coll. Thème et commentaire, 2019, 243 *sqq.*

Il faut cependant se garder du syncrétisme de la notion, et ne pas donner à la notion une dimension trop large. Par exemple Mathilde Hautereau-Boutonet reconnaît une approche "large" de la notion : « *Si l'usage d'une chose peut être conditionnée par le respect de l'environnement et des utilités qu'il procure à autrui, il peut aussi être affecté à une cause environnementale dans l'intérêt collectif. Ces techniques montrent que l'environnement comme "commun" peut être compris dans un sens plus large et complet* » : M. Hautereau-Boutenet, « Le modèle des communs pour l'environnement : regard vers les droits étrangers », in *Fonctions de la propriété et commun, regards comparatistes, op.cit.*, p.107 *sqq.*, spéc., p.109.

<sup>732</sup> Le terme d'excluabilité, propre au langage économique, détermine la faculté de chaque bien à être « excluable ». Sur ce concept, voir *Supra* n° 175.

<sup>733</sup> F. Ost, « Transpropriation », in *Dictionnaire des biens communs, op.cit.*, p.1175. S'il s'agit ici des derniers développements de l'auteur sur la notion, sa genèse est à trouver dans : F. Ost, *La Nature hors la loi, L'écologie à l'épreuve du droit, op.cit.*

*juridiques distincts* »<sup>734</sup>. Le concept viendrait alors créer une « *logique complexe qui prend en compte les usages multiples que permettent les espaces et les ressources, et met en place des réseaux de droits d'accès, d'usage et de contrôle débordant les découpages issus de la propriété privée autant que de la souveraineté publique* »<sup>735</sup>. Ainsi conçu, le concept de transpropriation pourrait traduire le fait que, sur un même bien, coexistent un droit de propriété et des droits d'usages, qu'ils soient reconnus dans le cadre d'un patrimoine commun (de la Nation notamment) ou qu'ils soient créés de manière autonome. Dans le cadre de notre étude, il semblerait que le cas le plus intéressant soit le second, la notion de patrimoine commun semblant condamnée, pour l'heure, à l'ineffectivité<sup>736</sup>. Nous resterons donc, pour la suite de nos développements, dans un type de transpropriation faisant coexister, sur un même bien, une propriété classique et son propriétaire avec des tiers bénéficiant de droits d'usage.

**227. Transpropriation et logique de protection.** En premier lieu, il convient de revenir sur l'élaboration de la notion. Si nous avons précisé son origine doctrinale, il ne faut pas pour autant y voir une notion purement prospective créée *ex-nihilo*. La construction notionnelle ne serait que la traduction théorique et générale de régimes d'appropriation particuliers existant en droit positif<sup>737</sup>. Dès lors, si le terme même de « transpropriation » n'est pas reconnu en droit positif, son contenu ne lui est pas inconnu. De plus, le concept jouit d'une certaine aura notamment chez les auteurs<sup>738</sup> travaillant sur les logiques de protection. Ce travail prospectif a d'ailleurs été évoqué en 2014 par la « Mission économie de la diversité », qui voit dans le concept de transpropriation des perspectives encourageantes pour la protection de l'environnement<sup>739</sup>.

---

<sup>734</sup> F. Ost, « Transpropriation », *op.cit.*, p. 1175.

<sup>735</sup> F. Ost, « Transpropriation », *op.cit.*, p. 1175.

<sup>736</sup> Voir *Supra* n° 223.

<sup>737</sup> Le régime qui sert de fondement à la construction est celui des monuments historiques, sur ce point : voir *Infra* n° 291.

<sup>738</sup> À ce titre, l'auteur cite notamment l'appétence de Judith Rochfeld sur la notion. Sur ce point, voir : J. Rochfeld, « Quel modèle pour construire les communs ? », *Repenser les biens communs, op.cit.* ; *Ibid.*, « Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français », *Le Retour des communs, op.cit.* ; *Ibid.* « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ? », *op.cit.*

<sup>739</sup> « *Mais elle est bien riche de promesses en ce sens qu'elle offre tout de même, pour renouveler la protection de l'environnement, la perspective d'une méthode consistant à relire l'existant avec un regard renouvelé. Il s'agirait d'examiner l'opportunité d'adapter des outils existants, témoignant déjà d'une transpropriation, au domaine environnemental et plus précisément à la protection de tels ou tels éléments naturels que l'on souhaiterait préserver - par exemple le maintien ou la restauration d'un service écosystémique, comme l'épuration des eaux à l'échelle d'un bassin versant.* » : Mission économique de la biodiversité, « Droits réels au profit de la biodiversité : comment le droit peut-il contribuer à la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux ? ». (Consultable sur : <http://www.mission-economie-biodiversite.com/wp>).

Il est vrai que la technique de la superposition de droits sur un même bien, qu'ils soient de nature différentes ou non, a déjà fait ses preuves en tant que garantie de la préservation des biens naturels, les propriétés simultanées<sup>740</sup> médiévale étant le modèle archétypale de ce genre de technique. Ainsi, dans le cadre d'une transpropriation reconnaissant une propriété classique et des droits d'usages, la multiplicité des titulaires de droits sur le bien viendrait, *de facto*, limiter les prérogatives du propriétaire. Le propriétaire initial se verrait ainsi contraint de composer avec les différents droits d'accès et/ou d'usage reconnus aux tiers, voyant « *son utilité individuelle (...) transcendée par celle collective* »<sup>741</sup> que représenterait la communauté des usagers. Évidemment, concevoir que des droits puissent être reconnus à des tiers suppose, en préalable, la reconnaissance du statut particulier du bien qui tendrait à être « transproprié ». Autrement dit que le bien soit destiné à une finalité particulière, en l'occurrence de protection, dont la reconnaissance de droit d'usage permettrait la réalisation. Comme le souligne François Ost, la notion de « transpropriation » se conçoit avant tout comme « *un principe général de gestion du patrimoine* »<sup>742</sup>, une notion qui pourrait, à terme, devenir un modèle pour les logiques de protection.

**228. Transpropriation et usage partagé.** Si la force du concept de « transpropriation » est donc de pouvoir s'inscrire pleinement dans une logique de protection, c'est notamment par sa faculté à concilier des intérêts individuels et collectifs sur un même bien. En effet, la « transpropriation » se conçoit comme un phénomène « *d'articulation de la propriété et de destinations collectives* »<sup>743</sup>. Le principe de la « transpropriation » est donc bien de reconnaître, à certains tiers, l'usage du bien « transproprié ». La question essentielle est alors de pouvoir en délimiter les frontières. Ici, la réponse se trouve dans la recherche de la communauté concernée et, concomitamment, dans le mode d'allocation des droits d'usage. Si l'on suit la typologie des différentes communautés dressée par Judith Rochfeld, le concept de « transpropriation » entrerait dans la catégorie des communautés dites « diffuses »<sup>744</sup>. L'auteur va ainsi donner une définition de ce nouveau type de communauté en la distinguant

---

<sup>740</sup> *Supra* n° 79 à 90.

<sup>741</sup> J. Rochfeld, « Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français », in *Le retour des Communs, op.cit.*, p.103.

<sup>742</sup> F. Ost, « Transpropriation », in *Dictionnaire des biens communs, op.cit.*, p.1175.

<sup>743</sup> J. Rochfeld, « Quel modèle pour construire les communs ? », , *op.cit.*, p. 124. .

<sup>744</sup> Sur ce point, voir : J. Rochfeld, « Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français », in *Le retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire*, B. Coriat (dir.), L.L.L., Paris, 2015, p. 90 ; J. Rochfeld, « Communauté négative, positive, diffuse », in *Le Dictionnaire des biens communs, op.cit.* ; J. Rochfeld, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », *RIDE*, T.28, 2014, p. 351 *sqq.*



des deux autres, positives et négatives. Ainsi, une communauté « diffuse » se distinguerait d'une communauté positive dans le sens où l'intérêt commun qui présiderait dans la seconde serait absent de la première. Dès lors, la mise en place d'un mode de gouvernance n'est pas une étape nécessaire à la création d'une communauté « diffuse ». Dans le même ordre d'idée, les types de droits reconnus sur le bien peuvent non seulement être de natures différentes mais également concurrents. Sur ce point, la technique n'est pas sans rappeler celle des « *bundle of rights* » décrite par Ostrom et Schlager<sup>745</sup>. À partir de cette observation, la différence avec les communautés négatives est frappante. Là où la catégorie des choses communes vient garantir un usage commun par le principe de l'inappropriation, le concept de transpropriation n'exclut pas la propriété, il retranscrit un phénomène d'usage partagé.

**229. Une notion prospective et analytique.** La notion prend une dimension éminemment prospective à propos du mode d'allocation des usages reconnus sur le bien. Pour François Ost, « *la qualification juridique d'intérêt l'emporte sur celle de droit subjectif* »<sup>746</sup>. La distinction est loin d'être anodine. En évinçant la catégorie des « droits subjectifs », l'auteur évoque l'incompatibilité philosophique de cohésion des deux notions. Pour l'auteur, si la notion de droits subjectifs se caractérise comme une « *appartenance-maitrise exclusive* »<sup>747</sup>, la transpropriation « *vise les différents intérêts que l'usage de la ressource peut affecter où dont elle-même peut être l'enjeu* »<sup>748</sup>. Ainsi, la notion de transpropriation traduirait une communauté dite diffuse puisqu'elle est une communauté composée d'intérêts eux-mêmes diffus. Cette notion a notamment une grande vertu analytique, celle de démontrer que certains biens peuvent être le réceptacle de multiples intérêts tout en réalisant un usage partagé du bien, à des degrés divers. En cela, la notion démontre qu'il peut exister des systèmes d'appropriation hybrides, composés de droits mixtes, tous portant sur un même bien<sup>749</sup>. La conciliation entre l'usage partagé d'un bien et la propriété paraît se rapprocher.

---

<sup>745</sup> Sur ce point : *Supra* n° 201.

<sup>746</sup> F. Ost, « Transpropriation », in *Dictionnaire des biens communs, op.cit.*, p.1176.

<sup>747</sup> *Ibid.*

<sup>748</sup> *Ibid.*

<sup>749</sup> En ce sens, la notion peut être mise en relation avec celle de « semi-commun ». Sur cette notion, voir : *Infra* n° 278 *sqq.*

## II/ Les logiques d'accès

« *L'immatériel, porte ouverte sur un autre droit des biens* »<sup>750</sup>, dans un article consacré à la relation entre « *bien et immatériel en France* », Mme Mallet-Bricout interroge un mouvement qui prend de l'ampleur en France et plus généralement dans le monde depuis quelques décennies. Ce mouvement, héritier de la lutte contre la propriétérisation du monde de l'immatériel<sup>751</sup>, s'inscrit à rebours de la logique propriétaire. Loin de voir dans le modèle propriétaire la solution idoine, il prône une libéralisation de l'usage de ces biens par la garantie d'un accès diffus<sup>752</sup>. L'exemple le plus célèbre à l'évocation de cette logique nouvelle semble être le phénomène du logiciel libre ; toutefois, il semblerait inopportun de réduire le mouvement à ce seul objet, ses ramifications étant élargies. Aussi, afin de rendre compte du phénomène, il convient tout d'abord de décrire le mouvement (A) avant de pouvoir en comprendre la logique (B).

### A. Décrire le mouvement : la liberté comme vecteur

À l'instar de l'étude sur la logique de protection, vouloir appréhender la logique de l'accès nécessite d'apporter un éclairage sur un élément qui en constitue sa principale caractéristique, la liberté. Aussi, afin d'appréhender les contours de la notion, il conviendra d'abord d'en comprendre les origines (1) avant d'en étudier les techniques (2).

#### 1. Le fondement du mouvement, la liberté

**230. Au départ, le phénomène du logiciel libre.** Dans son ouvrage consacré à la renaissance des communs<sup>753</sup>, David Bollier évoque ce qu'il appelle « *l'essor des*

---

<sup>750</sup> B. Mallet-Bricout, « Biens et immatériel en France », in *L'immatériel* (Journée internationale association H. Capitant), Bruylant, Tome LXIV, 2014, p. 149.

<sup>751</sup> Voir *Supra* n° 158 à 161, L. Pfister, « Histoire du droit d'auteur », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1110, 2010.

<sup>752</sup> Sur ce point, l'œuvre de l'auteur américain Lawrence Lessig est particulièrement foisonnante. Inscrit dans une démarche militante (il sera notamment à l'origine des licences *Creative Commons*), l'auteur prône une libéralisation des œuvres numériques, leur préférant un accès diffus et partagé au modèle classique de la propriété intellectuelle et notamment du *Copyright*. Voir notamment : L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New-York, 1999 ; L. Lessig, *The future of Ideas : The Fate of the Commons in a Connected World*, Random House, New-York, 2001.

<sup>753</sup> D. Bollier, *La renaissance des communs, pour une société de coopération et de partage*, Trad. O. Petitjean, Éd. Mayer, 2014.

*communs numériques* » et qui trouverait son origine dans le phénomène des logiciels libres<sup>754</sup>. Ainsi, pour comprendre en quoi la liberté est le fondement du mouvement du libre, il nous faut nous replonger aux racines du monde du numérique et plus particulièrement des logiciels, d'où naquit le phénomène.

Le mouvement des logiciels libres est né en réaction aux *enclosures* qui jalonnèrent le monde du numérique et plus généralement des créations intellectuelles à l'orée des années 1980<sup>755</sup>. Afin de contrer ce processus, un informaticien du MIT, Richard Stallman, développa une contre-idéologie, celle du logiciel libre. Pour lui, le processus juridique qui plaça le logiciel et le code source lié à ce dernier sous l'égide de la propriété intellectuelle était contre nature. En effet, les logiciels avaient toujours été laissés dans une logique de partage<sup>756</sup>, inscrits dans une communauté d'informaticiens qui œuvraient, grâce à l'accès au code du logiciel, au développement informatique et à la libre diffusion des *softwares*. Or, la logique nouvelle imposée par la propriété intellectuelle vient scléroser les conditions d'accès aux codes et brider les anciennes communautés scientifiques qui opéraient de manière collaborative. Ainsi, Richard Stallman s'est inscrit dans une volonté de libéraliser les logiciels afin de revenir à leur nature originelle. Pour ce faire, il va créer la *Free Software Foundation* afin d'étendre le contre-modèle, celui des logiciels dits libres. De façon plus pratique, il mettra également en place le projet GNU<sup>757</sup> dont l'objectif principal était la mise en place d'un système d'exploitation permettant d'autoriser l'accès au code source du logiciel à autrui. En conclusion, il semble que le mouvement du logiciel libre se fonde sur un principe majeur : celui d'un refus du modèle propriétaire, combiné à une volonté de garantir le partage de l'usage des codes sources des logiciels.

**231. La diffusion de la logique du libre.** Si la logique du libre s'était cantonnée au seul objet qu'est le logiciel, elle n'aurait pas dépassé le champ de la marginalité. Comme nous l'avons étudié précédemment, le mouvement des « *secondes enclosures* » décrit par James

---

<sup>754</sup> D. Bollier, *La renaissance des communs, pour une société de coopération et de partage*, op.cit., p.122 sq.

<sup>755</sup> Sur la question des enclosures numériques : Voir *Supra* n° 158 à 161.

<sup>756</sup> « Une notion aussi ancienne que les premiers ordinateurs, tout comme on partage des recettes depuis les débuts de la cuisine » : R.M. Stallman, « Le système d'exploitation du projet GNU et le mouvement du logiciel libre », in *Open Source – Voices from the Open Source Revolution*, Trad. S. Blondeel, 1999, ([www.linux-france.org](http://www.linux-france.org)) ; « Le logiciel, une valeur d'usage transformée en marchandise » : P.-A. Mangolte, « Le commun du logiciel libre : Première partie : La naissance du commun, le cadre institutionnel », in *Propriété intellectuelle, Communs et Exclusivité. Les nouvelles frontières de l'accès et de l'innovation partagée*, ANR Propice, 2010, p.4.

<sup>757</sup> Pour un exposé de son créateur : R.M. Stallman, « The GNU project », in *Open Sources – Voices from the Open Source Revolution*, O'reilly & Associates, CA, 1999. .

Boyle a touché de nombreux domaines des créations intellectuelles<sup>758</sup>. Aussi, la volonté de libérer, et ainsi soustraire certaines créations du champ de la logique de réservation propre aux régimes de propriété intellectuelle, s'est largement étendue. À titre d'exemple, on pense aux Encyclopédies libres dont la plus célèbre reste Wikipédia<sup>759</sup>. Au fur et à mesure, le mouvement s'est affranchi du monde du numérique, c'est ainsi que les années 2000 virent certains artistes se rallier à la logique du libre<sup>760</sup>. De même, et il s'agit ici d'une question bien antérieure à la création du numérique, les recherches scientifiques<sup>761</sup> et plus généralement ce qui provient du savoir<sup>762</sup> ont également fait l'objet d'une véritable volonté de partage. Il convient de préciser que ces exemples ne sauraient être pris pour une liste exhaustive de l'extension du mouvement. Comme le souligne Mélanie Clément-Fontaine, le mouvement est bien né avec les logiciels libres « *puis il s'est étendu à toutes les œuvres protégeables par le droit d'auteur* »<sup>763</sup>. Le libre est donc fondé sur une volonté de partager le monde du savoir et de la connaissance, afin de le rendre accessible au plus grand nombre et de permettre parfois aux usagers de pouvoir compléter, modifier, copier et donc participer activement au processus

---

<sup>758</sup> Sur ce point, voir : *Supra* n° 158 à 161, voir notamment : Boyle (J.), « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Law and Contemporary Problems*, n°66, 2003, p.33 *sqq.*

<sup>759</sup> A contrario d'une Encyclopédie classique, Wikipédia est non seulement libre d'accès mais chaque usager peut également participer à la rédaction des articles. Comme le souligne Mélanie Clément-Fontaine, le système de Wikipédia est fondé sur le principe du Wiki, lui-même défini comme étant un mode de création collaborative fondé sur plusieurs principes : « *simplifier l'accès, la modification, la structure du document (liens et rétroliens), le suivi de évolutions du document, et d'autres part de conserver toutes les étapes de la construction* », M. Clément-Fontaine, *L'œuvre libre*, Larcier, 2014, p.17.

<sup>760</sup> A. Moreau, « Le copyleft, du logiciel libre à l'art contemporain », *Le journal des arts*, n°136, 2001 ; du même auteur « Copyleft Attitude : une communauté invouable ? », *Plastik*, n°4, 2004, pour une étude complète du phénomène : Du même auteur ; *Le copyleft appliqué à la création hors logiciel, une reformulation des données culturelles*, Thèse, Nice, 2011.

<sup>761</sup> L'idée d'un « communisme de la science » a largement été défendue par des auteurs à partir du XIX<sup>ème</sup> siècle et jusqu'à aujourd'hui. C'est ainsi que Renouard défendait l'idée que si « *le communisme relatif aux choses matérielles est une doctrine insensée, le communisme intellectuel est la loi de l'humanité* », A.-C.. Renouard, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes de droit civil sur les personnes et sur les choses*, éd. Guillaumin, 1860, p.211. Dans une approche moins théorique, il est également possible de citer les avancées de la « loi n°2016-1321 pour une République numérique » du 7 octobre 2016 » en son article 30 : « *Lorsqu'un écrit scientifique issu d'une activité de recherche financée au moins pour moitié par des dotations de l'Etat, des collectivités territoriales ou des établissements publics, par des subventions d'agences de financement nationales ou par des fonds de l'Union européenne est publié dans un périodique paraissant au moins une fois par an, son auteur dispose, même après avoir accordé des droits exclusifs à un éditeur, du droit de mettre à disposition gratuitement dans un format ouvert, par voie numérique, sous réserve de l'accord des éventuels coauteurs, la version finale de son manuscrit acceptée pour publication, dès lors que l'éditeur met lui-même celle-ci gratuitement à disposition par voie numérique ou, à défaut, à l'expiration d'un délai courant à compter de la date de la première publication* » ; plus généralement, pour une analyse de la loi, voir : C. Caron, « République numérique rime avec exceptions et limitations au droit d'auteur », *CCE*, n°11, 2016, p.28 *sqq* ; A. Robin, « Les données scientifiques au prisme du dispositif *open data* », *CCE*, n°9, 2017, p.8 *sqq.*

<sup>762</sup> Voir sur ce point : D. Bollier, *La renaissance des communs, pour une société de coopération et de partage*, *op.cit.*, p.126 *sqq.*

<sup>763</sup> M. Clément-Fontaine, « Un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels », in *Les modèles propriétaires, Actes du colloque international organisé par le CECOJI, LGDJ*, 2012, p.63.

de création de l'œuvre<sup>764</sup>. Cependant, cette volonté, que l'on pourrait aisément qualifier de philosophie du libre, ne peut être possible que *via* la mise en place de techniques juridiques qui vont permettre sa réalisation. La liberté doit alors se traduire juridiquement.

## 2. La réalisation du libre par la technique juridique

Cette approche juridique du libre a été définie dans la thèse de doctorat de Mélanie Clément-Fontaine : « *Les œuvres libres étant, au départ, des œuvres imaginées par la pratique (...) Elle consiste (cette pratique)<sup>765</sup> à organiser le libre usage de l'œuvre par les licences dites libres* »<sup>766</sup>. Toutefois, avant de pouvoir déterminer si les licences libres permettent d'organiser le libre usage de l'œuvre (b), il convient de rendre compte du processus d'appropriation de la propriété intellectuelle (a).

### a) La réservation, modèle propriétaire du droit d'auteur ?

**232.** La doctrine intellectualiste a parfois considéré le droit d'auteur comme une matière qui ne devait pas être étudiée à travers le prisme du droit des biens<sup>767</sup>. Cependant, il n'est pas considéré comme étant un droit autarcique, surtout depuis que le Conseil Constitutionnel l'a définitivement inscrit comme une évolution du droit de propriété civiliste<sup>768</sup>. Une propriété que l'on pourrait qualifier de spéciale puisque le droit d'auteur génère des droits qui sont certes patrimoniaux, mais également moraux. Toutefois, cette spécialité ne pourrait empêcher de dresser des ponts entre le droit d'auteur et le droit des biens<sup>769</sup>. Ainsi, il convient

---

<sup>764</sup> Dans un livre consacré à « l'avenir des idées », Lawrence Lessig résume parfaitement le questionnement qui sous-tend le mouvement du libre tout en déterminant l'importance du rôle du droit dans ce domaine : « *L'objectif de ce livre est de montrer que toujours et partout les ressources libres ont été déterminantes pour l'innovation et la créativité, et que sans elles la créativité serait paralysée. Ainsi, spécialement à l'ère du numérique, la principale question qui se pose à nous n'est pas de savoir si elles doivent être réglementées par le privé ou le public, mais de savoir si elles doivent être réglementées ou rester libres* ». L. Lessig, *L'avenir des idées*, Presses Universitaires de Lyon, 2005, p.19.

<sup>765</sup> Nous rajoutons.

<sup>766</sup> M. Clément-Fontaine, *L'Œuvre libre*, Larcier, 2014, p. 193.

<sup>767</sup> Sur ce point, voir la description qui en est faite par : J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois*, Litec, 1990.

<sup>768</sup> « *Les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; (...) parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins* » : Conseil Constitutionnel, 29 juillet 2004, Considérant 15, Décision n°2004-498. Sur cette décision et plus généralement sur le lien entre droit d'auteur et propriété : M. Vivant, « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », *Propriétés intellectuelles*, n°23, Avril 2007, p.193 sqq.

<sup>769</sup> C. Caron, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G*, 2004, n° 39, Septembre 2004, doct. 162 ; C. Simler *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, 2010 ; Bruguière (J.-M.), Mallet-Pujot (N.), Robin (A.) (dir.), *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, Coll. Institut de Droit des Affaires, 2007.

d'appréhender le processus qui permet au créateur de l'œuvre de devenir titulaire des droits inhérents au régime du droit d'auteur pour ensuite déterminer comment l'appréhension juridique du libre se construit.

Comme le souligne Mélanie Clément-Fontaine « *La revendication du modèle libre de la diffusion des œuvres devient nécessaire à l'heure où, en principe, la création est l'objet d'une réservation. En effet, l'œuvre est dès sa naissance l'objet d'une réservation, car, dès lors que l'œuvre remplit les critères de protection par le droit d'auteur, les droits naissent au fur et à mesure de la création* »<sup>770</sup>. À travers ces quelques lignes, l'auteur décrit parfaitement la naissance des droits liés au droit d'auteur. Une naissance qui ne provient pas d'un acte formel, pas plus que d'un acte de volonté, mais du qualificatif « d'œuvre de l'esprit ». Ainsi, comme le souligne Séverine Dusollier : « *Quand bien même il souhaiterait ne pas être protégé, le créateur n'a aucun moyen d'échapper au modèle juridique de la protection exclusive* »<sup>771</sup>. La titularité des droits est un phénomène spontané qui ne dépend que des conditions définies par le Code de la propriété intellectuelle.

**233.** La première des conditions réside dans la qualification d'œuvre de l'esprit puisque celle-ci est protégée par la propriété littéraire et artistique<sup>772</sup>. Il reste à définir quels sont les éléments constitutifs d'une œuvre de l'esprit. Le Code de la propriété intellectuelle ne donne pas de définition précise de ce qui pourrait être qualifié d'œuvre de l'esprit, l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle restant volontairement vague : « *Les dispositions du présent code protègent les droits d'auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite et la destination* ». Cependant, l'article L. 112-2 même code apporte une liste non exhaustive de ce qui peut être considéré comme œuvre de l'esprit<sup>773</sup>. Au regard des différents types de biens qui semblent entrer dans

---

<sup>770</sup> M. Clément-Fontaine, *L'œuvre libre*, op.cit., p.18.

<sup>771</sup> S. Dusollier, « Pour un régime positif du domaine public », in *Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire*, L.L.L, Paris, 2015, p.242.

<sup>772</sup> Article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle : « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres I<sup>er</sup> et III du présent code* ».

<sup>773</sup> Article L.112-2 du Code de la propriété intellectuelle : « *Sont considérés notamment comme œuvre de l'esprit au sens du présent code :*

1° **Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ; (nous surlignons)**

2° *Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ;*

3° *Les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ;*

4° *Les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en oeuvre est fixée par écrit ou autrement ;*

le champ du mouvement du libre, tous sont ici cités. Ils sont donc tous, dès le départ, potentiellement soumis au droit d'auteur. Toutefois, afin d'être protégé par le droit d'auteur, une condition *sine qua non* vient s'ajouter à la qualification d'œuvre de l'esprit : son originalité.

**234.** L'originalité est la condition qui fera passer une création dans le champ des œuvres de l'esprit protégées par le droit d'auteur. Dans le silence du Code de la propriété intellectuelle<sup>774</sup>, la condition d'originalité a cependant été déterminée comme « *pièce angulaire du droit d'auteur* »<sup>775</sup> ; la Cour de cassation précisant également son importance fondamentale<sup>776</sup>. Mais qu'entend-t-on exactement par originalité ? En l'absence de définition légale, c'est donc aux juges du Quai de l'horloge que revint la tâche de définir la notion<sup>777</sup>.

La notion a ainsi fluctué à travers le temps et en fonction des objets auxquels elle pouvait être rattachée. Traditionnellement, la conception dite personnaliste a toujours dominé les esprits. À travers ce prisme, l'originalité n'était pas assimilée à la question de la nouveauté mais à « *l'empreinte* »<sup>778</sup> de l'auteur. Il ne s'agit donc pas d'un critère objectif mais subjectif. Dès lors, pour que l'œuvre soit qualifiée d'originale, il faut qu'elle soit une émanation de la personnalité de l'auteur. Le cas du logiciel est encore une fois particulier ; en effet, la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière va tout d'abord définir l'originalité du logiciel comme

---

5° *Les compositions musicales avec ou sans paroles ;*

6° *Les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ;*

7° *Les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ;*

8° *Les œuvres graphiques et typographiques ;*

9° *Les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ;*

10° *Les œuvres des arts appliqués ;*

11° *Les illustrations, les cartes géographiques ;*

12° *Les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ;*

13° **Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ; (nous surlignons)**

14° *Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement ».*

<sup>774</sup> L'article L.112-4 l'évoque mais sans y apposer de définition : « Le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même ».

<sup>775</sup> M Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droit voisins*, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2019, n°261.

<sup>776</sup> C. cass., Crim. 7 octobre 1998 n° 97-83243, Bull. Crim. n° 248.

<sup>777</sup> La majorité des auteurs relève la dimension insaisissable de la notion, sujette aux nombreuses interprétations doctrinales. En ce sens : V.-L. Benabou, « L'originalité, un janus juridique, regards sur la naissance d'une notion autonome en droit de l'union », in *Mélange en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p.17 : « *Le concept d'originalité est paradoxal : à la fois insaisissable et essentiel) la protection des œuvres de l'esprit, il semble déjouer toute possibilité de définition univoque et stable* ».

<sup>778</sup> C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 13 novembre 1973, n° 71-14469 : « *Que certains traits des œuvres ainsi exécutées portaient l'empreinte de son talent créateur personnel* ».

étant le résultat d'un « *effort personnalisé* »<sup>779</sup> de l'auteur. Cette définition sera précisée par la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation en déterminant l'originalité comme « *l'existence d'un apport intellectuel propre et d'un effort personnalisé* »<sup>780</sup>, les arrêts suivants iront dans ce sens<sup>781</sup> alors que certains iront jusqu'à préciser que la condition d'originalité n'équivaut pas à celle de nouveauté<sup>782</sup>.

**235. Les protections issues du droit d'auteur.** Une création, qualifiée d'œuvre de l'esprit originale, rentre donc dans le champ de protection du droit d'auteur. Ici, ce n'est pas tant l'œuvre qui se voit protégée que l'auteur en lui-même, de par les droits qui lui sont reconnus sur son œuvre. Le droit français vient ainsi reconnaître deux sortes de droit à l'auteur sur son œuvre : le droit moral et les droits patrimoniaux<sup>783</sup>.

**236.** Le droit moral est régi par les articles L.121-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Sa définition légale repose sur un principe, celui de l'attachement de ce droit à la personnalité de l'auteur, dès lors, il est un droit « *perpétuel, inaliénable et imprescriptible* »<sup>784</sup>. Ainsi, le droit moral ne peut être exercé que par l'auteur lui-même ou ses ayants droit, le droit ne pouvant être cédé à autrui. Le droit moral, pris dans son ensemble, garantit plusieurs droits à l'auteur :

- le droit de divulgation<sup>785</sup> : droit de communiquer l'œuvre au public
- le droit de paternité<sup>786</sup> : garantie du respect de filiation entre l'auteur et son œuvre

---

<sup>779</sup> C. cass., Ass. Plén., 7 mars 1986, n° 83-10477, Bull. AP, n° 3 : « *Attendu, en second lieu, qu'ayant recherché, comme ils y étaient tenus, si les logiciels élaborés par M. Pachot étaient originaux, les juges du fond ont souverainement estimé que leur auteur avait fait preuve d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante et que la matérialisation de cet effort résidait dans une structure individualisée ; qu'en l'état de ces énonciations et constatations, et abstraction faite des motifs ci-dessus cités, critiqués par le pourvoi, la cour d'appel, qui a ainsi retenu que les logiciels conçus par M. Pachot portaient la marque de son apport intellectuel, a légalement justifié sa décision de ce chef* ».

<sup>780</sup> C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 22 septembre 2011, n° 09-71337.

<sup>781</sup> C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 17 octobre 2012, n° 11-21641.

<sup>782</sup> C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 14 novembre 2013, n° 12-20687.

<sup>783</sup> Article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle : « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres Ier et III du présent code.* »

<sup>784</sup> Article L.121-1 du CPI : « *L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires.* »

<sup>785</sup> Article L.121-2 du CPI al.1 : « *L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci* ».

<sup>786</sup> Article L.113-1 du CPI : « *La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ».



- le droit au respect de l'œuvre<sup>787</sup> : modification de l'œuvre interdite sans l'accord de l'auteur
- le droit de repentir<sup>788</sup> : même si la divulgation est réalisée, l'auteur peut retirer son œuvre du circuit commercial.

**237.** Deuxième volet des règles de protection, l'auteur va également bénéficier de droits dits patrimoniaux. Comme le souligne Messieurs Vivant et Bruguière, les droits patrimoniaux représentent « *le pouvoir juridique de l'auteur sur son œuvre (pouvoir qui présente tous les traits du droit de propriété)* »<sup>789</sup>. Ainsi, selon ces auteurs, la vocation des droits patrimoniaux serait de « *tirer profit de toutes les utilités économiques de la création* »<sup>790</sup>. Aussi, pour garantir cet objectif, le pouvoir juridique que représenteraient les droits patrimoniaux se décompose en plusieurs droits :

- le droit de reproduction<sup>791</sup> : droit de copie de l'œuvre (dans son entier ou en partie) sur un support matériel.
- le droit de représentation<sup>792</sup> : droit de communiquer l'œuvre au public via un procédé quelconque.

---

<sup>787</sup> Combinaison des articles L.121-1 et L.121-5 du CPI : « *L'œuvre audiovisuelle est réputée achevée lorsque la version définitive a été établie d'un commun accord entre, d'une part, le réalisateur ou, éventuellement, les coauteurs et, d'autre part, le producteur.*

*Il est interdit de détruire la matrice de cette version.*

*Toute modification de cette version par addition, suppression ou changement d'un élément quelconque exige l'accord des personnes mentionnées au premier alinéa. Tout transfert de l'œuvre audiovisuelle sur un autre type de support en vue d'un autre mode d'exploitation doit être précédé de la consultation du réalisateur.*

*Les droits propres des auteurs, tels qu'ils sont définis à l'article L. 121-1, ne peuvent être exercés par eux que sur l'œuvre audiovisuelle achevée ».*

<sup>788</sup> Article L.121-4 du CPI : « *Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer. Lorsque, postérieurement à l'exercice de son droit de repentir ou de retrait, l'auteur décide de faire publier son œuvre, il est tenu d'offrir par priorité ses droits d'exploitation au cessionnaire qu'il avait originellement choisi et aux conditions originellement déterminées ».*

<sup>789</sup> M.Vivant et J.-M. Bruguière, *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Coll. Précis, 3<sup>ème</sup> éd., p.459.

<sup>790</sup> *Ibid.*, p.460.

<sup>791</sup> Article L.122-3 du CPI : « *La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte.*

*Elle peut s'effectuer notamment par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique.*

*Pour les œuvres d'architecture, la reproduction consiste également dans l'exécution répétée d'un plan ou d'un projet type ».*

<sup>792</sup> Article L. 122-2 du CPI : « *La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque, et notamment :*

*1° Par récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique, projection publique et transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée ;*

*2° Par télédiffusion.*

*La télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature.*

- le droit de suite<sup>793</sup> : droit à une participation économique dans le cadre d'une revente de l'œuvre sur le marché de l'art.

**238.** Dès lors, en combinant les protections issues du droit d'auteur, il est possible de voir dans celui-ci un *ersatz* du droit de propriété. Ce décalque d'un concept sur l'autre a pourtant été contesté, la réalité décrite étant plus complexe. Telle était notamment la pensée de Renouard, théoricien intellectualiste du XIX<sup>ème</sup> siècle, pour qui le rapprochement entre propriété civiliste et droit d'auteur n'était pas opportun<sup>794</sup>. Ainsi, pour Renouard, le rapprochement entre le droit de propriété et le droit d'auteur ne pourrait être réalisé. Le droit d'auteur devrait être perçu pour ce qu'il est réellement : une réservation de jouissance dont les traits saillants seraient d'être une appropriation « *fictive* » et « *temporaire* ». Plus encore, Renouard dresse un parallèle intéressant entre le droit d'auteur et la saisine médiévale. Deux arguments principaux appuient son analyse. Premièrement, le droit d'auteur ne porte pas sur la chose en elle-même mais sur ses utilités économiques, en l'occurrence les droits patrimoniaux de l'auteur. Cette appréhension de l'objet par ses utilités est une spécificité médiévale, l'éloignement avec la propriété civiliste, qui détermine la chose par sa corporéité, est alors marqué<sup>795</sup>. Secondement, le droit d'auteur est considéré comme une propriété temporaire et donc non perpétuelle. Certes, la perpétuité ne s'entend pas dans son sens le plus classique, à travers l'idée d'imprescriptibilité<sup>796</sup>, mais comme un droit qui ne peut s'éteindre

---

*Est assimilée à une représentation l'émission d'une œuvre vers un satellite ».*

<sup>793</sup> Article L122-8 du CPI : « *Les auteurs d'œuvres originales graphiques et plastiques ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen bénéficient d'un droit de suite, qui est un droit inaliénable de participation au produit de toute vente d'une œuvre après la première cession opérée par l'auteur ou par ses ayants droit, lorsque intervient en tant que vendeur, acheteur ou intermédiaire un professionnel du marché de l'art. Par dérogation, ce droit ne s'applique pas lorsque le vendeur a acquis l'œuvre directement de l'auteur moins de trois ans avant cette vente et que le prix de vente ne dépasse pas 10 000 euros* ».

<sup>794</sup> A.-C.. Renouard, « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », *Revue de législation et de jurisprudence*, T.V, 1836, p.241 *sqq.* La pensée de Renouard a été longuement analysée par Mikhaïl Xifaras qui, dans sa thèse de doctorat, détermine la vision de Renouard du droit d'auteur comme un modèle propriétaire dit du « domaine réservé ». Sur cette analyse : M. Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit*, P.U.F, 2004, p. 343 *sqq.* ; voir également : M. Xifaras, « Comment rendre le passé contemporain ? », in *Penser l'ancien droit privé*, X. Prévost et N. Laurent-Bonne (dir.), LGDJ, 2018, p. 13 *sqq.*, spéc. p. 27 *sq.*

<sup>795</sup> Cette spécificité a été relevée par plusieurs auteurs. En ce sens : R. Boffa, « L'ordre public des biens au XXI<sup>ème</sup> siècle », in *Liberté contractuelle et droits des biens*, Institut Universitaire Varenne, Coll. Colloque & Essai, 2017, p. 289 : « *Nous pensons que le morcellement des utilités de la chose, qui est contraire à l'esprit du code civil, lequel ne connaît que la notion de bien, devrait être prévu par le législateur. Il l'est en matière (...) d'œuvres de l'esprit, pour lesquelles le Code de la propriété intellectuelle distingue selon les types d'exploitation des œuvres : reproduction, représentation* ».

<sup>796</sup> Sur la question de l'imprescriptibilité du droit de propriété, voir : F. Terré, P. Simler, *Les biens*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., Coll. Précis, 2018, n° 150 ; W. Dross, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 79-1 ; P. Berlioz, *Droit des biens*, Ellipses, Coll. Cours magistral, 2014, n° 293 ; C. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Les biens, droits réels principaux*, T.II, 6<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 250.

pas l'écoulement du temps<sup>797</sup>. En effet, le droit d'auteur est attaché à la personne de l'auteur ; à la mort de ce dernier, ses droits seront alors transférés à ces ayants droit, mais seulement pour une durée de 70 ans<sup>798</sup>. On retrouve une caractéristique de la saisine médiévale, celle d'une limitation dans le temps. C'est en ce sens que Mikhail Xifaras décrira le droit d'auteur comme un « *monopole temporaire d'exploitation* »<sup>799</sup> et donc, *in fine*, une réservation temporaire des utilités de l'œuvre. Cette analyse est intéressante d'un point de vue théorique, elle a le mérite de soulever les spécificités du droit d'auteur, ce qui permettra de mieux comprendre les mécanismes à l'œuvre dans le phénomène du libre. Cependant, nous ne serons pas aussi tranchés que pouvait l'être Renouard. L'exclusivisme est inhérent au droit d'auteur, en cela, il est une propriété temporaire portant sur les utilités d'une œuvre. En conclusion, le droit d'auteur est une forme de propriété-jouissance exclusive et temporaire.

## **b) La remise en cause du modèle par la liberté**

L'exclusivisme étant au cœur du droit d'auteur, il entraîne donc la possibilité, pour l'auteur, d'exclure quiconque viendrait faire un usage concurrent de ces droits patrimoniaux. Par exemple, la copie non privée d'une œuvre cinématographique protégée par le droit d'auteur par un simple usager, donc non titulaire du droit de copie<sup>800</sup>, peut être poursuivie pour contrefaçon par l'auteur<sup>801</sup>. C'est donc dans ce cadre que le "libre" va intervenir, en permettant aux usagers d'une œuvre de pouvoir accéder aux droits patrimoniaux normalement attribués à l'auteur ; ainsi, les usagers auront la possibilité d'utiliser, de copier, de modifier ou même de diffuser l'œuvre. Il s'agit donc bien d'un contre-modèle dont l'objectif n'est plus d'assurer la réservation exclusive des droits sur l'œuvre, mais bien de garantir son libre usage au plus grand nombre.

---

<sup>797</sup> Cette approche de la perpétuité de la propriété est le simple reflet de son objet. Ainsi, la durée de la propriété serait alignée sur son objet. En ce sens : C. Pourquier, *Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété*, PUAM, 2000, n° 241 *sq.*

<sup>798</sup> Article L123-1 du Code de la propriété intellectuelle : « *L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent* ».

<sup>799</sup> M. Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit, op.cit.*, p.411

<sup>800</sup> Hors exception de copie privée.

<sup>801</sup> Article L.335-2 du Code de la propriété intellectuelle : « *Toute édition d'écrit, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre protection, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit* ».

**239. La liberté, entre renonciation aux droits et modèle contractuel.** Si l'objectif du mouvement du libre est donc de garantir le libre usage de l'œuvre notamment en garantissant les droits traditionnellement réservés à l'auteur aux usagers, il convient de se demander quelle serait la technique permettant d'arriver à ce résultat. À ce titre, deux solutions pourraient être envisagées : l'affranchissement totale des droits ou, au contraire, l'utilisation de ces droits afin de garantir l'usage libre de l'œuvre. Concrètement, cela se traduirait dans un premier cas par la renonciation de l'auteur à ses droits, et dans le second cas par la mise en place d'une technique contractuelle, la licence, permettant de déterminer l'allocation des droits normalement réservés. Étudions successivement les deux possibilités.

**240. Le rejet de la renonciation.** Le cas de la renonciation aux droits d'auteur est particulièrement intéressant. Il s'analyserait comme un rejet total du modèle, l'œuvre se situant en dehors de toute protection, aucun monopole d'exploitation ne viendrait contraindre l'usage qui pourrait en être fait. De manière théorique, il serait donc possible de dire que la liberté juridique serait synonyme d'absence de droit. Ainsi, l'œuvre de l'esprit deviendrait non protégée, intégrant dès lors le domaine public<sup>802</sup>. Même si l'analogie mérite d'être détaillée<sup>803</sup>, les œuvres seraient ainsi assimilables à des choses communes tel que le conçoit le droit civil. Cependant, la renonciation n'est pas, aujourd'hui, le modèle dominant dans le cadre du mouvement du libre. En effet, deux obstacles majeurs viennent limiter son efficacité juridique. Tout d'abord, le domaine public ne protège pas l'œuvre qui y est placée<sup>804</sup>, la réappropriation partielle des œuvres étant possible<sup>805</sup>. Ensuite, et c'est peut-être là l'essentiel, le domaine public, de par son absence de régime déterminé, ne semble pas être en mesure de pouvoir assurer une pérennité de la liberté, ni même garantir aux différents usagers la possibilité du travail collaboratif. Tel est le prix d'un " *no man's land* " juridique. Dès lors, c'est la technique des licences libres qui sera, le plus souvent, utilisée.

---

<sup>802</sup> Le domaine public ne dispose pas de définition légale, il est cependant largement explicité par la doctrine : « *Le domaine public ainsi constitué l'est par la négative. Ce sont les espaces non occupés par le droit intellectuel qu'il remplit, par défaut en quelque sorte, comme un négatif de la propriété intellectuelle* », cet espace de non-droit permettant ainsi une « *liberté d'utilisation des œuvres qui le composent* » ; sur ce point : S. Dusollier, « Pour un régime positif du domaine public », in *Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire*, L.L.L., 2015, p. 234 *sqq.*

<sup>803</sup> Sur ce point : *Infra* n° 423.

<sup>804</sup> Sur ce point : *Infra* n° 425.

<sup>805</sup> Stéphanie Choisy développe l'idée que la réappropriation des œuvres composant le domaine public serait une sorte de « *reconstitution indirecte de la propriété* » : S. Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, 2002, n°433 *sqq.*

Voir également, M. Clément-Fontaine, *L'œuvre libre*, *op.cit.*, p.324 *sqq.*

**241. La relation entre licence libre et le droit d'auteur.** D'un point de vue étymologique, le mot « licence » provient du latin *licentia* signifiant « liberté, permission »<sup>806</sup> ; le terme licence libre serait donc redondant. Pour autant, cela démontre bien le fonctionnement de la licence qui est un régime d'autorisation. Cependant, afin de déterminer la méthode mise en place pour que le libre se dote d'une effectivité juridique et soit à même de perdurer en tant que technique, il nous faut prendre un exemple. Ici, celui qui semble convenir le mieux, parce que le plus célèbre et le plus symptomatique, est celui de licences dites *Copyleft*<sup>807</sup>. Selon le site de la *GNU*, licence libre soutenue par la *Free Software Foundation*, le *copyleft* se définit comme : « une méthode générale pour rendre libre un programme (ou tout autre œuvre) et obliger toutes les versions modifiées ou étendues de ce programme à être libres également »<sup>808</sup>. Le terme même du *Copyleft* n'est pas anodin, il est un jeu de mots ayant pour but de symboliser son opposition au système du *Copyright* américain. Le système *Copyleft* se caractérise donc par la mise en place, via la technique des licences, d'un régime d'autorisation (et d'obligations) vis-à-vis des droits patrimoniaux traditionnellement garantis par le droit d'auteur classique. Pour qu'un logiciel soit considéré comme libre, il faut que la licence accorde aux utilisateurs quatre types de libertés<sup>809</sup>:

- « • la liberté d'exécuter le programme comme vous voulez, pour n'importe quel usage (liberté 0) ;
- la liberté d'étudier le fonctionnement du programme, et de le modifier pour qu'il effectue vos tâches informatiques comme vous le souhaitez (liberté 1) ; l'accès au code source est une condition nécessaire ;
- la liberté de redistribuer des copies, donc d'aider votre voisin (liberté 2) ;
- la liberté de distribuer aux autres des copies de vos versions modifiées (liberté 3) ; en faisant cela, vous donnez à toute la communauté une possibilité de profiter de vos changements ; l'accès au code source est une condition nécessaire. »

Dès lors que ces quatre libertés viennent à être garanties par une licence, celle-ci peut être considérée comme libre. Toutefois, il convient de préciser que cela ne saurait suffire à l'inscrire dans le champ du *Copyleft*. En effet, le principe du *Copyleft* veut qu'il repose sur les quatre libertés, mais également sur un principe obligationnel, celui « d'exclure la possibilité

---

<sup>806</sup> *Dictionnaire Gaffiot Latin/Français*, Hachette, Paris, 1934, p.909.

<sup>807</sup> Les licences *Copyleft* ont, par un arrêt de la Cour d'appel de Paris, été reconnues comme valides en droit français : CA Paris, 16 septembre 2009, n°04/24298.

<sup>808</sup> [www.gnu.org/copyleft/](http://www.gnu.org/copyleft/)

<sup>809</sup> Les quatre libertés sont directement reprises de: <https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>

*d'exclusion* »<sup>810</sup>. En d'autres termes, l'utilisateur qui viendrait apporter des modifications au logiciel ne peut les diffuser qu'en garantissant également les quatre autres libertés ; ainsi, il ne peut exclure les tiers du logiciel modifié. Ici, le principe du libre se voit conjugué avec une protection qui permet d'éviter le risque majeur du système de la renonciation des droits et du domaine public : la possibilité de réappropriation. Il s'agit alors, selon le vocable utilisé par Mélanie Clément-Fontaine, d'une « *liberté pérenne* »<sup>811</sup>, puisque préservée dans la durée. Cependant, il ne faudrait pas penser que le mouvement du libre se cantonne au simple modèle du *Copyleft*. Il existe d'autres types de licence qui ne s'inscrivent pas dans la logique du *Copyleft* puisqu'aucune obligation n'y est inscrite, la seule condition du libre restant la garantie des quatre libertés<sup>812</sup>.

**242.** Ainsi, le système des licences libres diffère de celui de la renonciation. En premier lieu, il s'inscrit dans une logique juridique, et non dans l'affranchissement des droits. Cet argument pourrait paraître purement théorique ; cependant, il relève un aspect pratique fondamental. En inscrivant le libre dans la logique des licences, et donc dans la logique contractuelle, il est possible d'autoriser mais également d'obliger. Ainsi, le *Copyleft*, en obligeant l'utilisateur à réaliser une diffusion de l'œuvre sous la même licence, vient apporter une protection juridique, protection qui ne pourrait être assurée par le mécanisme de la renonciation. Ainsi, là où la technique de la renonciation s'inscrit à rebours des mécanismes de la propriété intellectuelle en optant pour une sorte de « *déréliction* »<sup>813</sup>, la technique contractuelle, par la licence, va organiser le libre autour du droit d'auteur. La technique du *Copyleft*<sup>814</sup> ne se fonde pas sur l'abandon des droits de l'auteur, mais sur l'utilisation détournée de ses droits<sup>815</sup>. Ainsi, c'est parce qu'il est titulaire de droits que l'auteur peut décider, par l'acte volontaire de la licence, de pouvoir allouer ses droits au public. Mikhail

---

<sup>810</sup> M. Xifaras, « Le copyleft et la théorie de la propriété », *Multitudes*, 2010, p.55.

<sup>811</sup> M. Clément-Fontaine, *L'œuvre libre, op.cit.*, pp.72-77.

<sup>812</sup> Il existe aujourd'hui une grande diversité des licences dites libres. Celles-ci varient en fonction des droits qui sont reconnus aux licenciés. Il est ainsi possible de distinguer entre deux types de licences, celles avec une clause de *Copyleft* (Licence GNU GPL, Licence publique Mozilla, Licence CeCill, Licence de documentation libre GNU, etc.) et celle sans clause de *Copyleft* (Licence Apache, Licence BSD, Licence CeCill B, etc.). En définitive, il est possible de distinguer les licences par rapport à la présence de la clause *Copyleft*.

<sup>813</sup> M. Xifaras, *op.cit.*, p.59.

<sup>814</sup> Il paraît possible d'y joindre l'ensemble des licences libres.

<sup>815</sup> « *Il n'est donc pas possible d'envisager le copyleft simplement comme une alternative politique à la propriété intellectuelle, ou comme son " dépassement " , puisqu'il tire sa force normative d'un droit de propriété (sauf le nom), entendu comme privilège exclusif reconnu aux créateurs sur leurs créations.* » M. Xifaras, *op.cit.*, p.58.

Xifaras ira même plus loin : c'est par l'exclusivisme qui lui est reconnu sur ses droits qu'il peut se décider à exclure l'exclusivisme<sup>816</sup>.

## **B. Comprendre le mouvement, de l'accès à l'usage partagé**

Le mouvement du libre se fonde donc sur une idée simple : celle de la liberté. Que cela soit d'un point de vue philosophique ou juridique, la liberté s'entend comme la volonté d'extraire l'œuvre ou, dans un langage plus économique, la ressource informationnelle, du champ de la réservation exclusive que procure le droit d'auteur. Cependant, la réalisation de la liberté semble s'axer sur deux éléments qui, *de facto*, prennent une place fondamentale dans cette nouvelle logique : l'accès et l'usage. Participant toutes deux au même phénomène, elles sont interdépendantes, la première permettant la réalisation de la seconde. Ainsi, si l'usage libre et partagé semble pouvoir être défini comme la finalité de la liberté juridique (2), le libre accès à la ressource demeure, en amont, une condition nécessaire (1).

### **1. L'accès, condition préalable de l'usage partagé**

Le mouvement de libre, et nous l'envisageons ici dans ses diverses formes, s'inscrit clairement dans une logique d'accès. Cependant, si l'on vient à parler de logique d'accès, encore faut-il savoir de quoi parle-t-on. Autrement dit, il apparaît nécessaire d'en dresser les caractéristiques et d'en délimiter les frontières. Pour ce faire, deux questions doivent être posées : celle de l'assiette de l'accès (a) et celle de ses bénéficiaires (b).

#### **a) Un accès, quel accès ?**

**243.** La question de l'assiette de l'accès est fondamentale, elle permet de pouvoir déterminer son étendue mais également, de manière plus pragmatique, ce qui est concerné par l'accès. Dans le cadre des logiciels libres, il est possible de déceler deux accès différents : l'un matériel, l'autre purement juridique. Dans le cadre d'un logiciel, l'accès matériel peut être considéré comme étant l'accès au programme en lui-même afin de l'exécuter ou, si l'on

---

<sup>816</sup> « Le Copyleft utilise l'arme de la propriété comprise comme exclusivité pour exclure l'exclusion. On se prend à songer à une « subversion », puisqu'il s'agit de faire produire au Copyright les effets opposés à ceux qu'on entend ordinairement » : M. Xifaras, « Le copyleft et la théorie de la propriété », *op.cit.*, p.58.

souhaite le modifier, l'accès au code source<sup>817</sup>. D'un point de vue juridique, l'accès serait recentré sur les libertés reconnues par la licence et donc, *in fine*, les droits de distribution, de copie, de modification etc. En réalité, les deux types d'accès sont totalement interdépendants, la possibilité qui est offerte de modifier le logiciel n'étant possible qu'à la condition d'avoir accès au code source de ce dernier. Or, il convient de souligner que le code source est lui aussi protégé par le droit d'auteur<sup>818</sup>. De la sorte, les licences commerciales traditionnelles viennent verrouiller le code source d'un programme en interdisant sa copie<sup>819</sup> et sa modification. De même, des mesures techniques de protection peuvent venir limiter l'accès à l'œuvre ; elles sont des *enclosures* techniques permettant de brider l'usage partagé du bien. Bien que protégé par le droit, elles restent des limites techniques à l'accès matériel à l'œuvre. En ce sens, l'accès matériel est nécessaire à l'usage partagé. Cependant, le seul accès matériel serait insuffisant, l'usage libre étant conditionné par l'accès juridique aux droits patrimoniaux de l'auteur que reconnaissent les licences libres. Le mouvement se fonde donc sur une dualité d'accès, tant matériel que juridique.

## **b) L'accès libre, un accès gratuit ?**

**244.** La détermination de la potentialité de bénéficiaire de l'accès ne peut se définir qu'à travers la question des éventuelles barrières qui viendraient, de fait, en limiter les effets. Ainsi, c'est bien l'éventuelle gratuité qu'il convient de déterminer. Dans le cadre du mouvement du libre, et *a fortiori* des logiciels libres, la gratuité a toujours pris un rôle central. Cette interrogation sur la potentielle gratuité des logiciels libres provient, au départ, du terme anglais qui les désignait : *Free Software*. En effet, le terme « free » est amphibologique, il peut être compris dans le sens de « liberté » mais également dans le sens de « gratuit ». Le fondateur du mouvement, Richard Stallman, répondra que dans le cas du logiciel, le terme est

---

<sup>817</sup> « Le concept du logiciel libre (...) est en rapport direct avec la licence (...) En pratique, cela signifie qu'il faut non seulement pouvoir accéder au code source, mais pouvoir aussi le redistribuer à sa guise, modifié ou non. Sans ce droit, cette liberté, il n'y a en effet aucune possibilité de partage et de mise en commun, et aucune coopération possible entre programmeurs pour le développement d'un programme. », P.-A. Mangolte, « Les communs du logiciel libre, Première partie : La naissance du commun, le cadre institutionnel », *op.cit.*, 2010, p.16.

<sup>818</sup> Les juridictions du fond ont largement reconnu la protection du code source par les mécanismes du droit d'auteur : Tribunal de commerce de Paris, 15 octobre 2004, *Conex c/ Traning serveur* : « Les programmes sources sont pareillement protégés par le code de la propriété intellectuelle, ainsi que les codes sources, dans la mesure où ils sont la matérialisation d'un effort intellectuel dans une structuration individualisée ».

<sup>819</sup> Les juridictions du fond ont ainsi analysé les copies de code source (en l'espèce d'un site internet) comme étant une contrefaçon des droits d'auteurs : TGI Paris, 3<sup>ème</sup> chambre, 3<sup>ème</sup> section, 5 mars 2008, n° 05-18627.



à entendre comme ayant le sens de liberté<sup>820</sup>. Dès lors, peut-on en conclure que la gratuité n'est pas une condition du libre et que dès lors l'accès est par nature limité puisque dépendant d'une logique marchande ? Il semblerait que la situation soit plus nuancée qu'il n'y paraît : la gratuité d'un logiciel ne signifiant pas nécessairement qu'il soit libre et la liberté d'un logiciel n'est pas conditionnée à sa gratuité. Il convient donc, sur ce point, d'apporter quelques précisions.

Premièrement, la gratuité n'est pas réductible au phénomène du libre, il existe ainsi de nombreux logiciels gratuits non libres, c'est-à-dire dont l'usage libre n'est pas garanti. En effet, si l'on regarde l'économie des logiciels, la part du gratuit a crû avec l'essor et l'accès généralisé à l'internet. Le logiciel gratuit, dit « graticiel », n'est donc pas une image d'Épinal, il est pleinement intégré dans l'économie du logiciel. À titre d'exemple, les navigateurs sont aujourd'hui tous sous la forme de « graticiel » (Internet Explorer, Safari) sans qu'ils ne puissent être considérés comme des logiciels libres, à l'exception de Mozilla Firefox<sup>821</sup>. Hormis ce dernier exemple, il est donc impossible d'accéder au code source des différents navigateurs, seule leur exécution étant favorisée par un accès gratuit au programme. Il s'agit donc de logiciels qualifiés de « propriétaires », mais qui ne sont pas pour autant commerciaux. La gratuité n'induit donc pas le libre. Cependant, le libre induit-il la gratuité ?

Ici, il convient d'opérer une distinction entre d'une part les droits qui vont permettre l'usage libre de l'œuvre et l'ensemble des éléments qui composent ou gravitent autour de la figure du logiciel. En effet, il existe une économie autour des logiciels libres de nature marchande. À ce titre, la gratuité n'est pas inhérente aux logiciels libres. Ainsi, les libertés nécessaires à la qualification du libre n'évoquent en aucun cas la gratuité, dès lors, rien n'empêche que la distribution, ou la redistribution, soit payante<sup>822</sup>. L'essor d'internet a largement favorisé le développement des logiciels libres sous formes de graticiels au point de devenir presque

---

<sup>820</sup> « *Free software is a matter of liberty, not price. To understand the concept, you should think of free as in free speech, not as in free beer* », R.M. Stalman, *Free Software Philosophy*, <https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.en.html>

<sup>821</sup> Mozilla Firefox est un navigateur fondé sur une licence libre dite Mozilla Public Licence (MPL) (Voir notamment : [www.mozilla.org](http://www.mozilla.org))

<sup>822</sup> P.-A. Mangolte, « Les communs du logiciel libre, Deuxième partie : la vie du commun », in *Propriété intellectuelle, Communs et Exclusivité. Les nouvelles frontières de l'accès et de l'innovation partagée*, ANR Propice, 2012, p.5 : « *Il n'y a rien dans la définition du free software ou du logiciel open source qui impose une quelconque gratuité en matière de distribution ou redistribution, qu'il s'agisse du code source ou des versions binaires* », l'auteur précisant d'ailleurs le non-sens économique d'une situation où la gratuité serait imposée dans ces cas là « *Imposer la gratuité serait d'ailleurs absurde, car un tel principe interdirait toute vente éventuelle du code et toute distribution commerciale, ce qui limiterait fortement les possibilités de diffusion* ».

paradigmatique ; cependant, dans le cas où le logiciel serait distribué *via* un support matériel, la logique de la gratuité ne saurait être imposée. Il en est de même avec l'ensemble des services qui peuvent venir accompagner le logiciel tels que les aides à l'installation, la maintenance ou la formation<sup>823</sup>. En définitive, la gratuité, dans le cadre des œuvres libres, n'est pas un phénomène englobant. Pour autant, il n'en demeure pas moins que sa place reste centrale puisqu'agissant de prime abord quant à l'accès aux droits permettant l'usage libre de l'œuvre. Ainsi, comme le souligne Mélanie Clément-Fontaine « *la liberté d'accès d'une œuvre suppose que celle-ci soit accessible et utilisable gratuitement, car toute exigence de prix constituerait un obstacle à la libre disposition de l'œuvre* »<sup>824</sup>, l'auteur précisant par la suite qu'il convient de distinguer entre la distribution et « *la mise à disposition de l'œuvre de l'esprit découlant des engagements de la licence libre elle-même* »<sup>825</sup>.

Ainsi, si gratuité et libre ne sont pas synonymes, il existe cependant un lien qui les unit. Ce lien se matérialise dans l'accès, un accès à l'œuvre afin de pouvoir jouir des libertés reconnues dans les licences dites libres. Dans cette approche, là où le prix viendrait limiter les bénéficiaires de l'accès, la gratuité vient au contraire en assurer un accès plus généralisé. La potentialité de ses bénéficiaires est donc illimitée, la seule contrainte imposée étant de posséder l'outillage informatique adéquat.

## **2. L'usage, clef de voûte du "libre"**

L'idée de liberté portée par le mouvement du libre vient s'inscrire dans une logique différente de l'approche classique de la propriété intellectuelle. Sans remettre techniquement en cause le modèle, les licences libres vont ainsi faire un usage détourné du droit d'auteur dans un but : assurer l'usage libre de l'œuvre. Ainsi, c'est par la conjugaison d'un accès diffus à l'œuvre et par le mécanisme des licences libres que l'usage libre peut être effectif. L'usage ne s'inscrit donc pas comme une mesure purement technique, mais comme la finalité du mouvement, son dessein théorique. L'accès est donc le préalable nécessaire à l'usage libre, ils sont les deux faces d'une même médaille. Cependant, il reste à définir les particularismes de cet usage dit

---

<sup>823</sup> Si nous prenons ici le cas du logiciel, la logique est similaire pour les autres œuvres concernées par le mouvement. Sur ce point, voir : M. DeLong de Rosnay, « Le partage créatif, un système de gouvernance de la distribution d'œuvre en ligne. À propos des *Creative Commons* », *RLDI*, 2005, n°59, p.35..

<sup>824</sup> M. Clément-Fontaine, *L'œuvre libre, op.cit.*, p.53.

<sup>825</sup> *Ibid.* p.54.

« libre ». Dès lors, plusieurs points doivent être explorés : l'usage « libre » pouvant se définir comme étant un usage partagé (a) et égalitaire (b), pouvant être pérennisé (c).

#### **a) Un usage partagé**

**245. Usage partagé et licences libres.** Comme le soulignait le créateur du mouvement, Richard Stallman, le but des logiciels libres, et plus généralement de toute œuvre soumise à une licence libre, est de reconstituer des communautés d'utilisateurs qui vont œuvrer ensemble dans un but d'invention et d'innovation collective<sup>826</sup>. Il convient néanmoins de déterminer ce qui est ici compris lorsqu'il est question de « collectif ». Si la licence libre va distribuer les droits patrimoniaux de l'auteur, ils n'en sont pas propriétaires. Il ne saurait s'agir, en reprenant le modèle des communaux médiévaux, d'une propriété collective. Les utilisateurs sont des usagers, titulaires d'un droit personnel sur la chose. La licence va donc conférer la jouissance de certaines utilités de l'œuvre aux licenciés. Chaque usager va donc pouvoir, sur la même œuvre, user, modifier, copier ou distribuer cette dernière. Il est donc possible de dire qu'il s'agit d'un usage partagé puisqu'il y aura un usage simultané des utilités de l'œuvre.. Cette possibilité d'offrir un usage partagé est notamment rendue possible par les caractéristiques naturelles du bien. Comme nous l'avons expliqué<sup>827</sup>, les œuvres de l'esprit peuvent être qualifiées de biens informationnels, des biens qui sont intrinsèquement ubiquistes et non-rivaux. Ainsi, un usage simultané de l'œuvre est parfaitement possible et ce sans que les usages soient concurrents.

#### **b) Un usage égalitaire**

Si l'usage des œuvres libres est donc d'essence collective, encore faut-il déterminer comment le partage des utilités de l'œuvre. Ici, c'est donc la question de la répartition des libertés reconnues par la licence qui importe. Autrement dit, ces libertés sont-elles garanties à tout usager d'une licence libre ?

---

<sup>826</sup> Sur ce point, voir l'étude de Pierre-André Mangolte, ce dernier explicite le contexte général qui a servi à l'élaboration du libre : P.-A. Mangolte, « Les communs du logiciel libre. Première partie : La naissance du commun, le cadre institutionnel », *op.cit.*

<sup>827</sup> Sur la distinction entre biens rivaux et non rivaux : *Supra* n° 176.

**246.** Juridiquement<sup>828</sup>, la situation paraît claire. Le principe des licences libres est de reconnaître des libertés, et ce pour l'ensemble des usagers. Chacun aura donc le droit d'user, de copier, modifier et redistribuer l'œuvre<sup>829</sup>, le principe de liberté ne saurait ici être restreint par une hiérarchie juridique. Si la solution n'est pas surprenante entre des usagers bénéficiant d'une même licence, un cas doit être traité : celui de l'auteur initial. Malgré sa volonté d'inscrire son œuvre dans le cadre du libre, ce dernier ne reste-t-il pas, du fait qu'il s'agisse d'une licence et non d'une renonciation, toujours titulaire de prérogatives qui échapperaient aux autres usagers ? La question mérite d'être posée, il ne faudrait pas omettre le fait que le principe de la licence ne vient en aucun cas abolir la propriété de l'auteur sur son œuvre, mais simplement permettre l'usage partagé de l'œuvre. Ainsi, il convient de préciser que les licences libres ne reconnaissent pas de droits différents entre les usagers et l'auteur initial. Ce dernier, en offrant les libertés reconnues par le principe de la licence libre, réalise un usage égalitaire avec les usagers. Il s'est donc, par un acte de pure volonté, inscrit dans un état d'égalité avec l'ensemble des autres usagers et ce, malgré le fait qu'il reste, en soit, propriétaire de l'œuvre. Subséquemment, l'auteur initial ne possède ni plus, ni moins, de droits que l'ensemble des autres usagers, l'usage de l'œuvre par les membres de la communauté est donc égalitaire. Cette conclusion doit cependant être nuancée sur un point. L'usage est égalitaire à propos des droits qui sont distribués, autrement dit des qui ne peuvent être que patrimoniaux, les droits moraux étant incessibles<sup>830</sup>.

### **c) La pérennisation de l'usage partagé**

Si l'usage est partagé et égalitaire, une dernière caractéristique doit être évoquée afin de rendre compte du phénomène dans son entier : c'est ce que nous appelons « la pérennisation » de l'usage partagé. Ce terme n'est pas choisi au hasard, il dénote une tendance importante au cœur du mouvement du libre : celui de garantir la pérennité de l'usage partagé. Ainsi, avant

---

<sup>828</sup> Pratiquement et techniquement, l'usage ne saurait être égalitaire, les usages que les usagers font de telle ou telle œuvre n'étant que le reflet de leurs qualités intrinsèques. L'exemple du logiciel est encore une fois symptomatique. C'est ainsi que certains usagers ne vont rechercher dans le logiciel libre que son utilité première, autrement dit la simple exécution du programme, alors que d'autres, du fait de compétences techniques particulières, vont pouvoir modifier le code source du logiciel. De même, rien n'obligerait un informaticien ayant des compétences de développeur à en user pour modifier le code source du logiciel, ce dernier n'usant des libertés qu'en fonction de ses envies propres. Les libertés sont donc, pratiquement et techniquement, affaire de qualités et de volontés.

<sup>829</sup> P.-A.Mangolte, « *Les licences mettent cependant tous les utilisateurs du logiciel sur le même plan. Ils ont les mêmes droits sur le logiciel* », *op.cit.*, p.5.

<sup>830</sup> Sur ce point : *Supra* n° 236.

même de déterminer comment la sécurisation de l'usage peut se mettre en place, il convient de se demander pourquoi celle-ci peut s'avérer nécessaire.

**247. Le principe, l'absence de sécurisation.** Comme nous l'avons précisé, le mouvement du libre repose sur la garantie des quatre libertés : user, copier, modifier, distribuer. Dans son principe, les licences libres ne contiennent pas d'obligation particulière, l'usage garanti aux différents usagers étant parfaitement libre. De plus, la licence libre étant affiliée à une œuvre précise, la garantie des libertés ne vaut que pour l'œuvre *per se*. Une question se pose alors : quand est-il pour les œuvres qui pourrait naître d'une modification de l'œuvre libre<sup>831</sup> ? Doit-elle être considérée comme libre ou peut-elle faire l'objet d'une réservation ? Dans ce cas-là, tout dépendra de la nature de la modification. En effet, si la condition de l'originalité venait à être respectée, alors l'œuvre modifiée serait considérée comme une œuvre dérivée soumise au droit d'auteur. De la même façon que pour le processus de création originel, l'œuvre serait protégée par le droit d'auteur et retomberait sous le carcan de la réservation exclusive. Dès lors, si l'œuvre originelle est libre, la modification de cette dernière peut être qualifiée d'œuvre originale et donc être un objet d'appropriation. L'usage libre n'est alors pas sécurisé puisque les modifications de l'œuvre peuvent être réservées.

**248. La sécurisation de l'usage partagé, le *Copyleft*.** Face à cette menace que constitue l'appropriation future des modifications de l'œuvre, une réponse peut se trouver dans les licences ayant une clause dite de *Copyleft*. Le principe du *Copyleft* a pour but de sécuriser l'usage libre de l'œuvre en apportant une obligation en plus des quatre libertés traditionnelles : l'obligation de redistribution dans les mêmes conditions, c'est-à-dire sous une licence *Copyleftée*. Cette obligation de redistribution sous la même licence va donc annihiler toute tentation propriétaire, la possibilité de pouvoir créer une œuvre dérivée est ici rendue impossible par une clause contractuelle qui impose la redistribution de l'œuvre modifiée dans les mêmes conditions que l'œuvre soumise à la licence dite *Copyleft*. Ce faisant, cette obligation pérennise l'usage partagé réalisé par la licence. Pour ces détracteurs, cette clause a souvent été définie comme une clause de "viralité", elle serait « *un cancer qui s'accroche, en terme de propriété intellectuelle, à tout ce qu'il touche* »<sup>832</sup>. Ce qualificatif paraît cependant

---

<sup>831</sup> Il convient de préciser que l'œuvre originale, bien que protégée par la licence libre, peut également retomber dans une logique de réservation. Un seul cas semble ici possible, celui où l'œuvre serait publiée « *dans un recueil dont la reproduction est interdite* » : M. Clément-Fontaine, *L'œuvre libre*, op.cit., p.85.

<sup>832</sup> S. Balmer, *Chicaco Sun-Times*, Juin 2001 (cité par S. Broca, « *Copyleft* », in *Dictionnaire des biens communs*, op.cit., p. 322).

abusif, la clause de *Copyleft* n'ayant pas à propager à des œuvres qui ne seraient pas soumises originellement à ce type de licence<sup>833</sup>. La clause de *Copyleft* est donc un élément de pérennisation de l'usage partagé de l'œuvre<sup>834</sup>.

\*\*\*\*\*

**249. Les logiques de protection et d'accès, entre similarité et dépassement des "communs".** À regarder les logiques ici étudiées, les similitudes avec le mouvement des communs sont présentes. Que cela soit dans le cadre des communs fonciers ou informationnels, les finalités se recoupent avec celles des logiques de protection et d'accès. Les communs fonciers ont pour finalité d'instaurer une gestion durable d'une ressource naturelle, ce qui s'inscrit dans une logique de protection. Les communs informationnels sont quant à eux tournés autour de l'idée d'une amélioration du bien, ce qui nécessite un accès élargi à la ressource informationnelle. Pourtant, les logiques étudiées reflètent une réalité plus large, elles peuvent inclure les différents communs tout en les dépassant. La mise en place d'un système de gouvernance, nécessaire à la constitution d'un commun, n'est pas inhérente à l'ensemble des cas où un bien serait inscrit dans une finalité de protection et d'accès.

**250. Les logiques de protection et d'accès, l'usage partagé comme caractéristique commune.** Malgré des finalités différentes, les logiques de protection et d'accès puisent dans l'usage partagé une solution commune. C'est ainsi que l'usage partagé peut devenir un élément permettant la protection d'un bien, tout autant qu'une finalité de transmission transgénérationnelle. Dans le cadre de la logique d'accès, l'usage partagé est l'outil nécessaire au partage de la connaissance et à l'innovation partagée. Dans un cas, comme dans l'autre, les logiques se caractérisent par une dimension collective qui peut s'établir autour du partage des utilités d'une chose appropriée. Une fois ce constat établi, il convient de ne plus scléroser la question de l'usage partagé d'un bien dans l'une ou l'autre des logiques étudiées mais d'étudier le phénomène *per se*. La spécificité de l'usage partagé apparaît notamment au regard de ses sources, si nous avons vu qu'il pouvait être imposé au propriétaire par les lois ou les règlements, il peut également initier par la volonté du propriétaire. Dès lors, en partageant les

---

<sup>833</sup> Sur ce point : F. Pellegrini, S. Canevet, *Droit des logiciels, logiciels privatifs et logiciels libres*, P.U.F, 2013, p. 363 *sqq.*

<sup>834</sup> Voir : *infra* n° 434 et 435.

utilités du bien entre plusieurs titulaires, la propriété présente une dimension relationnelle nouvelle, c'est d'être inclusive.

## **Section 2 : Le concept d'inclusion : vers une conciliation de l'usage partagé et de la propriété**

Si les auteurs sont nombreux à voir dans l'exclusivisme l'un des caractères principaux de la propriété, il a également été exposé qu'il en serait le plus puissant des trois, la clef de voûte de la propriété moderne, rendant à cette dernière sa dimension relationnelle<sup>835</sup>. Où que l'on place l'exclusivisme, ce dernier trouve toujours, en doctrine, une place matricielle. L'exclusivisme participe de la définition de la propriété, il est la garantie de la maîtrise individuelle du propriétaire sur son bien<sup>836</sup>. Il semble cependant qu'un mouvement de fond sape les racines de la modernité, emportant avec lui une approche renouvelée du rapport d'appropriation. À ce titre, les logiques de protection et d'accès participent pleinement à ce bouleversement. Si cela pourrait être analysé comme des phénomènes externes à la notion de propriété, il apparaît plutôt qu'il agit directement sur elle. Nombreux sont aujourd'hui à traduire ce phénomène par une possible consécration d'un droit à l'accès<sup>837</sup>, ou un droit à l'inclusion<sup>838</sup>. L'inclusion pourrait alors être perçue comme un concept nouveau, catalyseur des logiques de protection et d'accès et donc potentialité nouvelle du rapport d'appropriation, un concept qu'il convient d'explorer (I). Ce faisant, le concept d'inclusion pourrait être un élément permettant la conciliation entre usage partagé et propriété (II).

---

<sup>835</sup> Il a été permis une analyse relationnelle de la notion, la propriété étant conçue comme le pouvoir d'une personne d'imposer son exclusivisme sur son bien. Sur ce point, voir : F. Zenati-Castaing, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ*, 1993, p.305, spéc. p.315 *sqq* ; F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, P.U.F, 3<sup>ème</sup> éd., Coll. Droit fondamental, 2008, p.315 *sqq* ;

<sup>836</sup> Pour Jean Carbonnier, l'exclusivisme, bien qu'absent de la lettre de l'article 544, découle de la propriété même : « *On critique toujours la définition de l'a. 544 comme incomplète, parce qu'elle ne mentionnerait pas l'exclusivité comme caractère essentiel de la propriété, à côté de l'absolutisme. A la vérité, ce trait est impliqué dans le mot même de la propriété* » ; J. Carbonnier, *Droit civil – Les biens – Les obligations*, 1<sup>ère</sup> éd., P.U.F, coll. Quadrige, 2004, n°730, p.1641 ; P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, 7<sup>ème</sup> éd., LGDJ, coll. Droit civil, 2017, n°456, p.152 : « *L'exclusivisme du droit de propriété signifie que seul le propriétaire peut user de la chose ou ne pas en user, et a donc le droit d'en exclure toute autre personne : tout empiètement d'un tiers permet au propriétaire d'agir en justice même s'il ne lui cause aucun préjudice* » ;

<sup>837</sup> J. Rifkin, *L'âge de l'accès, La nouvelle culture du capitalisme*, trad. M. Saint-Upéry, La découverte, 2000. ; P. Crétois, « La propriété repensée par l'accès », *RIDE*, T.28, n°3, 2014, p.319 *sqq*.

<sup>838</sup> « *La propriété (...) n'a pas besoin d'être limitée, comme le fait la théorie libérale, au droit d'exclure les autres de l'usage ou de la jouissance de certains biens, mais elle peut également consister en un droit individuel à ne pas être exclu par les autres de l'usage ou de la jouissance de certains biens* », C. Macpherson, « Liberal-democracy and property », in *Property : Mainstream and Critical Positions*, University of Toronto Press, 1978, p.201 (cité par : J. Rochfeld, « Accès (enjeux théoriques) », in *Dictionnaire des biens commun.*, *op.cit.*, p.7).

## I/ L'inclusion comme potentialité du rapport d'appropriation

**251.** De manière générale, le terme « inclusion » se définit par rapport à la notion d'accès. Que ces termes traduisent-ils et comment doit-on les utiliser ? Dans le langage courant, le terme d'accès se définit comme « *l'action, ou la possibilité, d'accéder* »<sup>839</sup> ; l'inclusion étant quant à elle définie comme « *l'action d'inclure* »<sup>840</sup>. Si l'on applique ces définitions au cas des biens, l'accès serait donc l'action ou la possibilité d'accéder à un bien et à ses utilités<sup>841</sup>. L'inclusion, en revanche, serait l'action d'inclure un tiers dans un rapport à un bien existant, l'action pouvant être le fait du propriétaire ou lui être imposée par une volonté extérieure. Dès lors, les deux termes semblent décrire un phénomène similaire (celui de la dimension collective de l'usage d'un bien à travers le partage de ses utilités), tout en s'inscrivant dans deux approches différentes de ce phénomène. Effectivement, si l'on prend comme prisme le rapport d'appropriation, l'accès peut alors être perçu comme externe, c'est l'action du tiers à entrer dans le rapport ; à l'inverse, l'inclusion peut être perçue comme interne, puisqu'il s'agit alors d'inclure autrui dans le rapport. La différence de sémantique ne paraît pas ici déterminante ; les deux termes peuvent être utilisés pour décrire un phénomène similaire. Toutefois, nous préférons le terme d'inclusion à celui d'accès pour deux raisons. D'une part, il est intéressant car il se place comme une opposition sémantique au terme d'exclusion ; en cela, il est doté d'une symbolique forte. D'autre part, il semble s'inscrire davantage dans le rapport étudié, celui de mieux rendre compte du lien pouvant exister entre usage partagé et propriété. En effet, là où l'accès peut être garanti par l'inappropriabilité<sup>842</sup>, l'inclusion nécessite, en revanche, un propriétaire initial<sup>843</sup>.

Ce concept émergent qu'est l'inclusion se retrouve avec force chez de nombreux auteurs.<sup>844</sup> Parce qu'il suggère la reconnaissance l'accès d'un tiers – ou plusieurs – à certaines utilités de

---

<sup>839</sup> *Dictionnaire CNRTL*, Entrée « accès » (en ligne)

<sup>840</sup> *Ibid.*

<sup>841</sup> « *Il peut paraître surprenant d'invoquer une notion d'accès aux biens en tant que telle. Plus précisément d'ailleurs, il faudrait parler d'accès aux utilités des biens.* » : J. Rochfeld, « Accès (enjeux théoriques) », in *Dictionnaire des biens communs, op.cit.*, p.7.

<sup>842</sup> Le cas des choses communes est ici topique. En effet, l'inappropriabilité de ces dernières n'empêche pas de reconnaître un accès généralisé aux utilités des choses grâce à l'usage commun.

<sup>843</sup> Le phénomène d'inclusion nécessite un propriétaire et ne peut se contenir dans une chose inappropriée. La définition de l'inclusion suggère une action d'inclure, action ne pouvant être réalisée que si son opposé est également possible, à savoir l'exclusion.

<sup>844</sup> La notion d'inclusion a beaucoup été travaillée par Judith Rochfeld, parfois en collaboration avec Séverine Dusollier voir : J. Rochfeld, S. Dusollier, « Propriété inclusive », in *Dictionnaire des biens communs, op.cit.*,



la chose, il se meut en élément central du phénomène d'usage partagé du bien. Il est, pour ainsi dire, sa porte d'entrée ; celui qui va permettre sa réalisation. Cependant, avant de pouvoir déterminer si ce concept pourrait être un élément permettant une conciliation entre usage partagé et propriété, il convient d'éclairer les raisons de son éclosion. À ce titre, il se pourrait que le concept d'inclusion résulte d'une nouvelle façon de concevoir l'appropriation (A). Plus encore, il semblerait que le concept puisse s'analyser à travers le prisme de la postmodernité, ce changement d'ère, qui relativise les perceptions modernes, et permet l'éclosion d'autres (B).

### **A. L'inclusion, nouvelle perception du rapport d'appropriation ?**

Concevoir l'inclusion d'autrui dans le rapport d'appropriation comme une perception nouvelle du rapport d'appropriation nécessite d'en révéler les fondements. L'inclusion peut se déduire de nouveaux modes de consommation et d'une économie changeante (1). Ce faisant, l'inclusion opère un renversement dans la manière de concevoir le lien entre propriété et liberté (2).

#### **1. L'inclusion, reflet de changements économiques**

**252.** Deux économistes politiques Nord-américains, Crawford MacPherson et Jeremy Rifkin, ont révélé une mutation profonde du rapport d'appropriation. Selon le premier auteur, nous serions inscrits dans une relativité nouvelle qui imposerait la reconnaissance, pour chacun, d'un « *droit individuel de ne pas être exclu de l'usage ou la jouissance des ressources productives accumulées par toute la société* »<sup>845</sup>. Cette thèse sera par la suite

---

p.983 *sqq.* ; J. Rochfeld, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux communs ? », *RIDE*, T.28, 2014, p.365 *sqq.* ; J. Rochfeld, « Quel modèle pour construire des « communs ? », in *Repenser les biens communs*, B. Parance et J. de Saint Victor (dir.), CNRS éd., p.103 *sqq.*, J. Rochfeld, « Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français », *Le Retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire*, B. Coriat (dir.), L.L.L., 2015, p. 90 *sqq.* ; J. Rochfeld, « Quel(s) modèle(s) juridique(s) pour les communs ? Entre élargissement du cercle des propriétaires et dépassement de la propriété », in *Propriété et communs, Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés*, ANR Propice, 2013.

G. Ottimofiore, *Le droit de propriété, un droit fondamental entre inclusion et exclusion*, Schulthess, coll. Travaux de la faculté de droit de l'Université de Fribourg, Genève, 2012.

<sup>845</sup> C. MacPherson, *Democratic Theory : Essays in Retrieval*, Clarendon, Oxford, 1973, p.125.

systematisée dans les ouvrages de Jeremy Rifkin<sup>846</sup> autour d'un paradigme nouveau qu'est celui de l'accès<sup>847</sup>.

**253.** Selon les travaux de cet auteur, cet « *âge de l'accès* » serait le fruit des évolutions et des progrès technologiques, la réunion de ces éléments créant une « *troisième révolution industrielle* »<sup>848</sup>. Dans la pensée de l'essayiste américain, les périodes économiques proviennent toutes d'un bouleversement technologique profond modifiant les modes de consommation et les techniques de production. À ce titre, le XXI<sup>e</sup> siècle naissant serait le témoin d'une profonde transformation économique, l'économie capitaliste serait désormais inscrite dans un processus irrémédiable qui, sans pour autant causer sa destruction, l'entraînerait dans un rôle secondaire. Un nouveau paradigme économique serait donc en marche, celui d'une « *société au coût marginal zéro* », un monde non plus construit sur l'individualisme triomphant mais sur les communaux collaboratifs<sup>849</sup>. Cet affaiblissement de l'économie capitaliste proviendrait notamment de phénomènes récents s'inscrivant à rebours de la logique marchande. Il est ainsi permis de penser à l'expansion de l'économie collaborative ou encore au développement des imprimantes dites 3D<sup>850</sup>, viendraient créer une catégorie nouvelle de consommateurs : les consommateurs-producteurs. Ainsi, dans la pensée de Rifkin, cette nouvelle donne économique serait la résultante d'une avancée technologique majeure qu'est Internet. Selon l'auteur, la logique capitaliste repose sur l'idée de marché, en revanche, la croissance exponentielle d'internet est à la source d'une nouvelle manière de consommer<sup>851</sup>. Pour ce faire, l'auteur prend l'exemple de la consommation de musique : « *Beaucoup de vendeurs et d'acheteurs ont disparu, remplacés par des fournisseurs et des usagers. La propriété des CD a cédé la place à l'accès aux bibliothèques musicales en ligne. Les marchés ont succombé aux communaux en réseau. Une industrie à intégration verticale*

---

<sup>846</sup> Sur ce point, voir : J. Rifkin, *L'âge de l'accès. La nouvelle culture du capitalisme*, trad. M.Saint-Upéry, La découverte, 2000 ; J. Rifkin, *La nouvelle société au coût marginal zéro (L'internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme)*, Trad. F. Chelma et .P Chelma, L.L.L, 2014. .

<sup>847</sup> Le chapitre 13 de son ouvrage « *La nouvelle société au coût marginal zéro* » possède un titre qui résume une partie de la pensée de l'auteur, à savoir « *Passer de la propriété à l'accès* » : J.Rifkin, *La nouvelle société au coût marginal zéro (L'internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme)*, *op.cit.*, p.337 *sq.*

<sup>848</sup> J. Rifkin, *La troisième révolution industrielle. Comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, Trad. P. Chelma, L.L.L, 2012.

<sup>849</sup> J. Rifkin, *La nouvelle société au coût marginal zéro (L'internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme)*, *op.cit.*, 2014, p.233 *sq.*

<sup>850</sup> *Ibid.*, p.135 *sq.*

<sup>851</sup> Pour un avis concomitant : C. Castats-Renard, « Des biens aux services numériques : de l'ère de la propriété à l'âge de l'accès », in *Les biens numériques*, E. Netter et A. Chaigneau (dir.), CEPRISCA, coll. Colloques, p.203 *sqq.*

*contrôlée par une poignée de majors a plié sous le poids collectif de millions de clients qui avaient opté pour la démarche collaborative pair à pair »<sup>852</sup>.*

**254.** Faut-il en conclure la fin de la propriété ? Rien n'est moins sûr, et ce même si l'auteur prophétise le remplacement de la propriété par l'accès et l'usage grâce à l'émergence du tout connecté et de l'internet des objets. En revanche, il dresse un portrait intéressant des modes de consommation et semble dépeindre le passage d'une économie capitaliste reposant sur le droit de propriété individuel et exclusif à une économie dite « *de la fonctionnalité* »<sup>853</sup>, plaçant l'usage en son cœur<sup>854</sup>. Dans cette approche, il est reconnu que les consommateurs ne passent plus forcément par le truchement de la propriété afin de d'assouvir leurs désirs. La vente de biens et le transfert de propriété ne seraient donc plus le modèle recherché, la valeur se trouvant dans l'usage du produit, l'ensemble pouvant s'inscrire dans une volonté de préservation des ressources<sup>855</sup>. C'est à ce titre que la location est aujourd'hui un mode économique de consommation recherché, parce que temporaire et maximisant la valeur d'usage du bien, *a contrario* d'une propriété qui serait vue comme potentiellement encombrante. C'est d'ailleurs dans cette logique que l'économie dite « collaborative » se place, en s'extirpant de la logique de marchandisation et en prônant un rapport économique plaçant l'entraide et les communautés au cœur des échanges.

Ce petit détour par l'économie de la fonctionnalité et l'économie « collaborative » n'est pas sans enseignements. En effet, il s'agit d'une relativisation du mode de consommation fondée sur l'appropriation individuelle et exclusive d'un bien au profit d'une recherche de l'usage partagé de ce dernier. Dès lors, s'il n'est pas possible d'opérer une assimilation franche entre ces formes émergentes d'économie et les logiques de protection et d'accès<sup>856</sup>, il est cependant

---

<sup>852</sup> J. Rifkin, *La nouvelle société au coût marginal zéro (L'internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme)*, p.347.

<sup>853</sup> L'économie de la fonctionnalité « *consiste à produire une solution intégrée de biens et de services, basée sur la vente d'une performance d'usage, permettant de prendre en charge des externalités environnementales et sociales* » : Définition donnée par la Club économie de la fonctionnalité et développement durable ([www/club-economie-fonctionnalite.fr/](http://www/club-economie-fonctionnalite.fr/)).

<sup>854</sup> B. Perret, « De la propriété à l'usage. Vers la dématérialisation ? », *Esprit*, n°7, 2015, p.30 *sqq.*

<sup>855</sup> « *Encore une fois ce qui est très clair, ce que l'on vise avec ce genre de stratégie (l'auteur évoque l'économie de la fonctionnalité), c'est de découpler la production de valeurs et de richesses d'un côté de la consommation de ressources de l'autre, et par là même diminuer toutes les externalités environnementales qui sont en général négatives. En découle une modification importante du rapport au marché. L'offre consiste en services contractualisés ce qui n'est pas toujours simple en lieu et place des services traditionnels.* » : D. Bourg, « L'économie de la fonctionnalité, une solution pour combattre la dégradation environnementale de la planète ? », *Observatoire du management alternatif*, HEC Paris, Conférence (en ligne), 2008, p.7.

<sup>856</sup> Le processus d'assimilation ne paraît pas pouvoir être appliqué ici. En effet, il existe des formes de protection collective qui ne s'inscrivent pas dans une logique économique. Cependant, comme le souligne Pierre Crétois,

possible d'y voir des dynamiques communes. En effet, de l'ensemble des cas, il est possible de voir que l'accès aux utilités et à l'usage partagé prennent une dimension centrale. Il y aurait donc un changement, si ce n'est de paradigme, du moins de comportement, chez des personnes qui préfèrent avoir accès à certaines utilités du bien plutôt qu'à la maîtrise de la totalité de ses utilités. Cette logique reposerait davantage sur une volonté d'être inclus dans un rapport aux choses plutôt que d'avoir un pouvoir exclusif sur ce rapport.

## **2. Le renversement de logique, la liberté au cœur du débat**

S'il nous a été donné de décrire la propension nouvelle à l'idée d'inclusion en économie, l'inclusion opère un changement dans la philosophie du rapport d'appropriation à travers la notion de liberté. Une liberté qui, dans le cadre de la propriété moderne, trouva dans l'exclusivisme sa garantie (a) mais qui semble aujourd'hui s'inscrire également dans l'inclusion (b), facteur qui paraît se retrouver, tant dans les logiques de protection que d'accès.

### **a) L'exclusivisme propriétaire, garant de la liberté moderne**

**255.** Les notions de liberté et de propriété demeurent indubitablement liées, la seconde étant souvent désignée comme une garantie de la première. La question est une antienne de la littérature juridique et politique, nous devons toutefois préciser quel est l'objet étudié. En effet, la question de la liberté s'est souvent inscrite dans le discours de légitimation de la propriété. Cependant, dans ce cadre-là, la liberté du propriétaire se définit par rapport au pouvoir politique. Aussi, devant le nombre des auteurs qui ont traité de la question, nous ne retiendrons, pour l'exemple, qu'un seul d'entre eux, Proudhon. Si l'auteur bisontin est resté dans les mémoires pour son célèbre « *La propriété, c'est le vol* »<sup>857</sup>, sa reconnaissance de la propriété comme institution garantissant aux citoyens la liberté ne doit pas être oubliée. Ainsi, pour l'auteur : « *La propriété est la plus grande force révolutionnaire qui existe et qui se puisse opposer au pouvoir (...) La propriété moderne peut être considérée comme le triomphe*

---

les différents phénomènes peuvent certainement être compris comme participant d'un mouvement plus général : « *En outre, l'idée de penser une nouvelle économie non comme acquisition de ressources matérielles sur un marché, mais comme simple acquisition d'un accès aux expériences ou aux fonctionnalités dont elles sont vectrices, ouvre la possibilité d'un monde de partage susceptible d'être articulé avec l'utopie des communs* » : P. Crétois, « La propriété repensée par l'accès », *op.cit.*, p.320.

<sup>857</sup> P.-J. Proudhon, *Œuvres complètes*, T.I, Bruxelles, 1877, p. 14.

de la liberté »<sup>858</sup>. Dans cette vision, la propriété est donc garante de la liberté politique du citoyen face à l'État. Néanmoins, si ce point est indéniable, le lien qui unit la propriété et la liberté ne s'applique pas seulement à la relation existante entre pouvoir politique et citoyen, elle demeure également dans les rapports privés.

**256. Le double sens de liberté.** La propriété moderne, et c'est une différence de taille avec la majorité des formes d'appropriation prémodernes, vient assurer au propriétaire une autonomie vis-à-vis des tiers, il est parfaitement indépendant, jouissant d'un pouvoir plénipotentiaire sur son bien. La propriété crée donc, pour le propriétaire, un espace de liberté sur la chose appropriée. En cela, liberté et propriété sont consubstantielles.

Pour aller plus loin, la liberté se décline sous deux aspects. Premièrement, il existe une liberté de jouissance, le propriétaire pouvant jouir de son bien de la manière la plus absolue, cette liberté se traduisant comme la relation entre le propriétaire et son bien. Secondement, il existe une liberté relationnelle. Dans ce cadre-ci, la liberté se traduit comme la faculté offerte au propriétaire de pouvoir exclure autrui de sa relation d'appropriation, la liberté se trouve alors dans la relation qui unit le propriétaire aux tiers. La liberté propre à la propriété est donc tant matérielle que relationnelle, elle se trouve dans l'absolutisme autant que dans l'exclusivisme. Puisqu'il est notre objet direct, celui qui pourrait s'opposer à l'inclusion, regardons de plus près le lien qui unit exclusivisme et liberté.

**257. Le pouvoir d'exclure, symbole de la liberté moderne.** Pour Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, si « *la propriété sort des entrailles de la communauté* »<sup>859</sup>, son éclosion tient alors du pouvoir de propriétaire. Or, pour pouvoir s'extraire du commun et devenir propre, encore faut-il pouvoir exclure autrui du rapport d'appropriation. C'est l'exclusion qui permet l'autonomie et, *in fine*, la liberté. C'est le propriétaire terrien qui, sous l'égide de l'article 647 du Code civil, clôt son champ, c'est l'indivisaire qui provoque le partage et évince la propriété plurale.

La liberté moderne ne rimerait-elle pas, dès lors, avec une forme d'individualisme exacerbé ? La modernité est, en soi, le sacre de l'individu. Elle se construit sur une volonté de dépassement des différentes communautés qui structurent la société de l'époque pré-moderne. Avec la modernité, c'est l'individu qui cherche à s'émanciper. En cela, l'exclusivité de la

---

<sup>858</sup> P.-J. Proudhon, *Théorie de la propriété*, 1862, p. 137 et 144.

<sup>859</sup> F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, *op.cit.*, n°193, p. 315.

propriété sera une garantie de sa liberté nouvellement acquise. La liberté moderne se construit donc par le pouvoir d'exclure, notamment parce que celui-ci assure l'autonomie dans le rapport aux biens.

## **b) L'inclusion ou la nouvelle relativité de la liberté**

**258.** Si la modernité s'est retranscrite à travers le triptyque « liberté – exclusivisme – autonomie », il semblerait que l'on puisse déceler les prémices d'une nouvelle trinité : « liberté – inclusion – connectivité ». Pour étayer cette affirmation, nous reprendrons les travaux de Jeremy Rifkin concernant l'âge de l'accès<sup>860</sup>. Dans son ouvrage, l'auteur s'essaye à l'étude anthropologique. Dans notre cas, ses conclusions sont particulièrement éclairantes. Selon l'auteur, la propriété moderne viendrait confondre les notions d'être et d'avoir, l'autonomie garantie par la propriété viendrait ainsi déterminer l'individu dans ses relations sociales. Ce fut le temps de l'individualisme triomphant où l'homme se réalisait par ses biens. Désormais, l'autonomie ne serait plus le vecteur déterminant qui conditionnerait le rapport d'appropriation. Un élément serait la cause de ce changement : le développement technologique. Aussi, l'âge de l'accès et l'économie de réseau ne seraient que les conséquences du développement de l'informatique et plus particulièrement d'Internet ; l'outil digital venant alors apporter à l'individu une « *conscience relationnelle* » tout en créant un être interconnecté. Comme le souligne Judith Rochfeld, l'autonomie disparaîtrait au profit de la connectivité<sup>861</sup>. Dès lors, la réalisation de l'individu ne passerait plus forcément par les biens dont il serait propriétaire, mais plutôt par son inclusion dans les différentes communautés nées des réseaux<sup>862</sup>. Dans une telle approche, ce n'est plus la possibilité d'exclure autrui d'un rapport d'appropriation qui viendrait garantir à l'individu la liberté,

---

<sup>860</sup> J. Rifkin, *L'âge de l'accès*, op.cit., p.241 et s.

<sup>861</sup> J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 2<sup>ème</sup> éd., P.U.F, coll. Thémis, 2013, p.316 : « *La propriété conçue comme un droit d'exclure autrui ne serait plus adaptée à un monde interconnecté et interdépendant où les aspirations dominantes tiendraient en l'accès et en l'inclusion, non plus en l'isolement et en l'exclusivité. Dans cet univers, la finalité la plus importante du droit de propriété ne serait plus, comme elle le fut dans la pensée du XVIIIème siècle, d'assurer l'autonomie des personnes mais deviendrait l'instauration d'un "droit individuel de ne pas être exclu de l'usage ou de la jouissance des ressources productives accumulées par toute la société". La signification de la liberté serait aujourd'hui à revisiter et, avec elle et au vu de leurs liens anciens, celle de la propriété* ».

<sup>862</sup> « *Le droit de ne pas être exclu – le droit à l'accès – prend une importance croissante dans un monde qui repose de plus en plus sur des réseaux sociaux et commerciaux informatisés. À partir du moment où l'interaction quotidienne entre les individus, ainsi qu'une bonne partie de leur expérience vécue passent de plus en plus par l'univers virtuel du cyberspace, la question de l'accès devient centrale et le droit de ne pas être exclu acquiert une importance cruciale* » : J. Rifkin, *L'âge de l'accès*, op.cit., p.308.

mais bien le fait de ne pas en être exclu. Ainsi, la liberté ne rimerait plus avec autonomie et exclusivisme, mais plutôt avec inclusion et connectivité<sup>863</sup>.

Si cette analyse renouvelée de la liberté est éclairante pour les liens qu'elle tisse avec la notion d'inclusion, elle nous paraît cependant trop attachée aux considérations technologiques. Ceci étant dit, nous pensons qu'il est permis d'élargir le prisme d'analyse et de raisonner à travers la notion de liberté prise dans ses acceptations modernes et anciennes<sup>864</sup>. Pour les modernes, la liberté se caractériserait comme une protection de la sphère privée et d'une « *sécurité dans les jouissances privées* »<sup>865</sup>. Dès lors, la propriété moderne vient garantir cette liberté, notamment par le truchement de l'exclusivisme. À l'inverse, la propriété des anciens se caractériserait davantage comme « *la participation active et constante au pouvoir collectif* »<sup>866</sup>. Si la dimension politique est forte chez Constant, il est cependant possible de voir les deux types de liberté en rapport direct avec l'appropriation. C'est ainsi que François Ost<sup>867</sup> perçoit, dans la dimension moderne de la liberté, une « *anthropologie individualiste* », alors que la liberté des anciens serait communautaire et s'inscrirait dans une « *conception plus participative du lien social* ». Cette approche de la liberté, dite des « anciens », se retrouve pleinement dans l'expérience des communs, et plus largement encore dans les logiques de protection et d'accès.

### c) Exemples d'accès

**259. Exemples (bien informationnels).** Les biens que nous avons étudié dans le cadre des logiques d'accès s'inscrivent parfaitement dans l'idée de l'inclusion, ils en sont les exemples idoines. En effet, que cela soit pour les logiciels libres, les recherches scientifiques ou plus généralement toutes œuvres pouvant être qualifiées de libres, le succès grandissant de ces formes spécifiques de relations aux biens intellectuels démontre la volonté du public de ne pas

---

<sup>863</sup> « Dans une économie de prestataire et d'utilisateurs fonctionnant en réseau et où l'interdépendance est le principe structurant toute activité, la notion de liberté prend une toute autre signification. Ce sont les droits d'inclusion et d'accès, plus que l'autonomie de la propriété, qui définissent fondamentalement la liberté. La liberté devient la mesure de la capacité d'un individu de nouer des relations, de forger des alliances et de s'impliquer dans des réseaux d'intérêts communs. Être connecté, c'est être libre. » : J. Rifkin, *L'âge de l'accès*, p.309.

<sup>864</sup> La distinction entre les deux types de liberté a notamment été analysée, sous un prisme résolument moderne, par Benjamin Constant : B. Constant, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris, 1819.

<sup>865</sup> *Ibid.*

<sup>866</sup> *Ibid.*

<sup>867</sup> F. Ost, « Transpropriation », in *Dictionnaire des biens communs*, op.cit., p. 1775 sqq., spéc. p.1177.

être exclu de ceux-ci afin de pouvoir en user et, le cas échéant, de les modifier. Il est d'ailleurs possible de pousser la logique à toute activité qui reposerait sur des pratiques fondées sur le partage. En reprenant une fois de plus l'exemple du logiciel libre, il est intéressant de voir qu'il s'agit bien d'une forme d'appropriation spécifique où l'usage des utilités du logiciel est mis en commun et autour duquel se forme une communauté épistémique<sup>868</sup>. Quoi qu'il en soit, la formation de ces communautés s'opère par la réunion de deux processus : une volonté d'accès des tiers aux utilités de l'œuvre et la mise en place d'un mécanisme d'inclusion.

**260. Exemples (bien environnementaux).** Dans le cadre des logiques de protection, les biens concernés sont liés principalement aux préoccupations environnementales et, à la marge, à des biens qui nécessitent une protection spécifique en raison d'une valeur collective reconnue. La finalité est donc de sauvegarder le bien, tant dans sa substance que dans l'usage qui peut en être soustrait. Nonobstant cette finalité protectionniste, il apparaît que la question de l'accès n'est pas exclue de cette logique. Il faut pourtant se garder de tout esprit d'unification dans ce domaine, les qualités intrinsèques des différents biens ne pouvant offrir des solutions qui seraient identiques pour tous les cas. En effet, la nature rivale des biens environnementaux ne pourrait permettre une inclusion aussi généralisée que dans le cadre des biens informationnels. C'est ainsi que la majeure partie des phénomènes d'inclusion se caractérise par des communautés de tailles restreintes ou intermédiaires, qui s'inscriront dans une logique de protection du bien. L'usage partagé est alors direct. Au delà de cet usage partagé immédiat, deux formes d'inclusions plus élargies peuvent se dessiner, deux inclusions inscrites différemment dans le temps.

La première forme d'inclusion qui pourrait être soulevée serait une inclusion de nature intergénérationnelle, alors que la seconde serait d'ordre transgénérationnelle et définie comme une inclusion d'anticipation. En effet, au regard de l'étude de la logique de protection, il a été relevé que la protection de certains biens et la garantie de leurs usages s'inscrivaient dans un objectif de durabilité et de transmission aux générations futures.

**261.** La seconde forme d'inclusion élargie se trouve être particulière en ce qu'elle ne constitue pas un accès aux utilités du bien et donc, *in fine*, un usage du bien. Il s'agit de

---

<sup>868</sup> M. Clément-Fontaine, « Communauté épistémique (numérique) (approche juridique) », in *Dictionnaire des biens communs*, op.cit., p.237 sqq.



l'accès à l'information en droit de l'environnement. Selon Delphine Misonne, l'accès à l'information se définit comme « *le droit d'accéder librement à l'information détenue par les pouvoirs publics* »<sup>869</sup>. Appliquée à la matière environnementale, l'information va porter sur « *l'état d'éléments de l'environnement (air, eau, sols, biodiversité, etc., ainsi que l'interaction entre ces éléments), sur les facteurs, activités ou mesures susceptibles de lui porter atteinte ou de le protéger, mais aussi sur l'état de la santé de l'homme et sur l'état des sites culturels dans la mesure où ils sont ou risquent d'être altérés par l'état de l'environnement* »<sup>870</sup>. L'idée que l'accès à l'information environnementale puisse être un élément actif des logiques de protection pourrait paraître incongrue. En effet, il ne s'agit pas, à première vue, d'une technique qui va permettre une protection effective du bien tendant à être protégé puisqu'aucune action, qu'elle soit positive ou négative, ne découlera directement de l'accès à l'information environnementale. En réalité, la protection est ici indirecte, l'accès aux situations actuelles de certains biens environnementaux permettant une prise de conscience qui peut influencer, par la suite, sur une mise en action de techniques de protection. De plus, l'accès à l'information est considéré comme un élément participant au « principe de participation » prévu à l'article 7 de la Charte de l'environnement. Ainsi, si certains ont pu qualifier cet accès à l'information de « *communs informationnels* »<sup>871</sup>, il est également possible d'y percevoir une technique d'accès à un bien informationnel mis au service de la protection environnementale.

L'idée d'inclusion est donc inhérente aux logiques de protection, puisqu'elle ne vaut que dans un but : protéger l'ensemble des biens nécessitant une protection particulière afin que leurs usages puissent être garantis à tous, que cela soit aujourd'hui ou demain. Ici encore, la liberté se confond avec l'inclusion. Une conception de la liberté qui n'est pas sans rappeler la conception dite des « anciens ».

## **B. L'inclusion, un phénomène lié à la postmodernité ?**

Après avoir tenté de démontrer que l'inclusion pouvait se comprendre en tant que concept émergent, il apparaît nécessaire de prendre un peu de hauteur sur le sujet. En effet, afin de rendre compte pleinement du phénomène et des changements qui s'opèrent, le concept

---

<sup>869</sup> D. Misonne, « Accès à l'information (en droit de l'environnement) », in *Dictionnaire des biens communs*, *op.cit.*, p.17.

<sup>870</sup> D. Misonne, « Accès à l'information (en droit de l'environnement) », p. 19.

<sup>871</sup> *Ibid.*, p.19.

d'inclusion ne doit pas être analysé de manière autonome, mais doit être replacé dans son contexte général. Ainsi, dans notre début de millénaire, nombreux sont les auteurs à percevoir les derniers soubresauts d'une modernité à l'agonie et les premiers frémissements d'une postmodernité naissante. Aussi, c'est cette hypothèse qu'il nous faut vérifier, celle de savoir si l'éclosion de l'inclusion s'inscrit dans processus de changement d'ère. Pour cela, il faudra dans un premier temps tenter de déceler quels seraient les traits saillants de la postmodernité dans le cadre du droit des biens (1) avant de pouvoir déterminer si la figure de l'inclusion y participe (2).

## 1. Vers un droit des biens postmoderne ?

**262.** Évoquer le cas de la postmodernité nécessite de faire preuve de prudence. Il n'existe aucune définition reconnue de la notion. Un auteur précisa, en grossissant volontairement le trait, qu'il y a « *autant de postmodernité juridique que de penseurs de la postmodernité juridique* »<sup>872</sup>. La postmodernité est par nature évanescence, fuyante, tant les ramifications du concept sont diffuses. En effet, par le postmodernisme, c'est l'ontologie du droit moderne qui a été bouleversée. Pour André-Jean Arnaud<sup>873</sup>, les éléments les plus significatifs du droit dit postmoderne seraient la complexité et la pluralité. *A contrario* d'un droit moderne fondé sur le monolithisme et où la production de normes reste le monopole du prince, le droit postmoderne se caractériserait par une plus forte propension des acteurs à participer à ce processus. Cela n'est pas sans rappeler le constat que dressait Paolo Grossi sur la différence existante entre les ordres juridiques médiéval et moderne<sup>874</sup>, la production normative législative s'opposant à la norme coutumière. Il ne s'agirait ici qu'une des nombreuses accointances entre tendance postmoderniste et particularismes pré-modernes. Si ce petit

---

<sup>872</sup> B. Barraud, « La science et la doctrine juridique à l'épreuve de la polysémie des concepts », *RIEJ*, Vol.76, 2016, p. 5 *sqq.*, spéc. §38.

<sup>873</sup> A.-J. Arnaud, « Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le droit postmoderne », *Droit et société*, n°17, 1991, p.38 *sqq.* Il convient de préciser que cette réflexion est largement partagée, pour exemple : « *Mais il faut souligner l'apparition d'acteurs privés parmi les sources du droit – des entreprises, des associations, voire des particuliers, qui attestent la vitalité et même la revendication de la société en ce qui concerne sa participation à l'établissement des règles destinées à régir les comportements de ses membres. Il y a donc désormais une pluralité des sources du droit, y compris en ce qui concerne la production des normes macro-sociales* » : P. Maisani, F. Wiener, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et société*, n°27, 1994, p. 443 *sqq.* Spéc. p.446. ; Sur ce point, le renouveau des sources du droit serait un phénomène caractéristique de la post-modernité et, plus précisément, par le développement des sources *infra-étatiques*. Pour exemple d'une source *infra-étatique* : P. Deumier, « La pratique et les sources du droit », in *Les sources du droit revisitées*, vol.3, I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Anthemis, 2012, p.111. De manière plus générale, voir : J. Chevallier, *L'État postmoderne*, LGDJ, 5ème éd., 2017 ; du même auteur, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998 p. 669 *sqq.*

<sup>874</sup> P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Coll. Storica, 2014.

détour par les sources du droit pourrait paraître en dehors de notre champ d'étude, il permet cependant de déceler des caractéristiques qui transparaîtraient également dans ce que pourrait être le postmodernisme appliqué au droit des biens.

Dans un article aux accents crépusculaires, Frédéric Zenati-Castaing vient dresser un premier constat, celui d'un droit des biens, et par là la notion de propriété, emporté par le tumulte postmoderne<sup>875</sup>. Pour l'auteur de l'essai sur la nature juridique de la propriété, le postmodernisme se révèle par son opposition aux caractéristiques de la modernité<sup>876</sup>.

**263.** D'abord, le monolithisme. En effet, la propriété moderne se caractérise comme étant un modèle unique, bien loin de la multiplicité des formes d'appropriation pré-modernes. La notion de propriété étant abstraite et conçue comme la clef de voûte du système des biens, elle « *peut être utilisée pour s'approprier n'importe quelle forme de chose* »<sup>877</sup>. Or, le postmodernisme présenterait plutôt les traits du pluralisme. En effet, la multiplication des formes de biens a ainsi créé, dans son sillon, une typologie variée de propriété(s), ces dernières se caractérisant par leurs objets d'appropriation. C'est ainsi qu'est né, par exemple, la propriété littéraire et artistique. L'universalisme si cher à la modernité s'effrite et, avec lui, une certaine conception du droit conçue à travers l'esprit de système<sup>878</sup>.

**264.** Ensuite, l'exclusivisme. Si son importance dans le cadre de la propriété moderne n'est plus à démontrer, il apparaît que la postmodernité s'inscrit à rebours de ce dernier. Pour Frédéric Zenati-Castaing, la cause directe serait le retour de l'esprit communautaire, lequel trouve pleinement à s'exprimer dans les revendications environnementales et informationnelles. L'auteur dresse un constat limpide : une multiplication des formes d'appropriations qui seraient en parfaites inadéquations avec le modèle moderne de la propriété. Plus que cela, elles en prendraient le parfait contre-pied. Tout d'abord en faisant

---

<sup>875</sup> F. Zenati-Castaing, « Le crépuscule de la propriété moderne, essai de synthèse des modèles propriétaires », in *Les modèles propriétaires, Actes du colloque international organisé par le CECOJI*, LGDJ, 2012, p. 225 *sqq.*

<sup>876</sup> « *La postmodernité est, en tout cas, ce qui suit la modernité, et surtout ce qui la contredit* » : *Ibid.* p.231.

<sup>877</sup> *Ibid.* p.227.

<sup>878</sup> « *En voulant embrasser l'intégralité de la réalité, la propriété n'a pu que révéler son incapacité à l'êtreindre vraiment, de sorte que chaque forme de propriété tend à devenir un régime autarcique, qui dénie au droit commun toute prétention à le gouverner* » : *Ibid.* p.230. La multiplication des types de propriété est un phénomène connu et commenté, il irrigue le droit des biens depuis quelques décennies. On n'évoque plus, de nos jours, la propriété appliquée à tel objet, mais la propriété de tel objet. Pour exemple, dans l'université d'été de la faculté de droit de Poitiers, un colloque prend comme sujet « Les propriétés » ; il sera alors évoqué le cas de la propriété agricole ou de la propriété du logement du couple : *Les propriétés*, M. Boudot et D. Veillon (dir.), Presses Universitaires Juridiques de Poitiers – LGDJ, 2016.

renaître de leurs cendres les communautés que la modernité avait pourtant réussi, dans leurs grandes majorités, à faire entrer dans le champ de l'histoire. L'esprit communautaire insufflé par les logiques de protection et d'accès ne peut être participatif de l'évolution de la modernité, il en est la négation<sup>879</sup>. Ensuite, en modifiant la logique du rapport entre homme et chose. En effet, la propriété moderne retranscrit, à travers la notion d'exclusivisme, le pouvoir plénipotentiaire du propriétaire sur ses biens, un pouvoir monopolistique, les tiers étant exclus du rapport d'appropriation<sup>880</sup>. Dans les formes nouvelles de relations aux choses, la logique est renversée. L'individu est replacé à un rôle plus modeste, loin du monarque propriétaire, il devient (ou redevient) un membre, parmi d'autres, des communautés. Dès lors, l'exclusivisme perd son rôle de matrice, l'appropriation se déclinant désormais au collectif. L'auteur verra d'ailleurs dans le phénomène des logiciels libres et spécifiquement du *Copyleft*<sup>881</sup>, « *la manifestation la plus exacerbée de la conception postmoderne des rapports entre les hommes et les choses* »<sup>882</sup>. Car ici, et plus qu'ailleurs, l'exclusivisme propriétaire se voit condamné, impossible à conjuguer au futur, alors que l'usage partagé devient pérenne.

**265.** Enfin, la liberté de jouissance. Dans la conception moderne de la propriété, le propriétaire peut jouir des utilités offertes par les choses comme bon lui semble, les seules limites pouvant réduire cette liberté d'action étant externes à sa volonté. Dans la relativité émergente du postmodernisme, il apparaît que cette liberté d'user, mais également de mésuser, soit restreinte par l'essor de la fonctionnalisation de la propriété<sup>883</sup>. Le fait même

---

<sup>879</sup> À propos de la logique des biens environnementaux, et plus spécifiquement des patrimoines communs : « *C'est ailleurs que dans le patrimoine* (l'auteur évoque alors les patrimoines communs),  *dans le prédicat commun qu'il faut rechercher la propriété : c'est lui qui recèle le paradigme communautaire qui est en train de déstabiliser la pensée juridique* » : F. Zenati-Castaing, « Le crépuscule de la propriété moderne, essai de synthèse des modèles propriétaires », *op.cit.*, p.233 ; mais également quant à la logique d'accès des biens informationnels « *Le développement des technologies de l'information et de la communication a fait réapparaître des pratiques communautaires qu'on croyait révolues, pratiques qui sont en train de révolutionner le monde dans tous les domaines* » : *Ibid.* p.234.

<sup>880</sup> Ici, il est également possible de voir une limite à l'absolutisme propriétaire. Avec ce retour au collectif, c'est le « dogme de la propriété » qui s'effrite. Sur les raisons et l'établissement du « dogme propriétaire » : *Supra* n° 131.

<sup>881</sup> L'auteur ne cite pas directement le nom du *Copyleft* mais en dresse les caractéristiques générales : « *certains créateurs, non seulement ne revendiquent pas l'exclusivité de leurs logiciels, mais encore en interdisent l'appropriation par autrui, inaugurant une chaîne d'usagers qui peuvent transformer la chose qui leur est commune sans jamais se l'approprier* » : F. Zenati-Castaing, « Le crépuscule de la propriété moderne, essai de synthèse des modèles propriétaires », *op.cit.*, p.234.

<sup>882</sup> *Ibid.*

<sup>883</sup> « *Une propriété non pas omnipotente mais fonctionnelle et instrumentalisée, autant de caractères qui remettent en cause l'exclusivisme et l'individualisme de la propriété moderne* » *Ibid.* p.235. L'auteur poursuivra cette pensée dans un autre écrit, plus spécifique encore : F. Zenati-Castaing, « L'affectation Québécoise, un malentendu porteur d'avenir », *RJTUM*, n° 48, 2014, p. 623 *sqq.* Voir également : B. Mallet-Bricout, « Propriété, affectation, destination – Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *RJTUM*, n° 48, 2014, p. 537 *sqq.*

d'avoir décelé des logiques de protection ou d'accès en est une preuve. En effet, derrière le principe même d'une logique se dresse une finalité : finalité de protection dans un cas, finalité d'accès libre dans l'autre. Subséquemment, ces finalités vont guider l'appropriation vers un but à atteindre, ce qui vient *de facto* limiter la liberté d'action du propriétaire<sup>884</sup>. Dès lors, si le mésusage est une potentialité offerte au propriétaire par la modernité – bien que son immoralité puisse être retenue – il se voit désormais restreint par la finalité déterminée du rapport d'appropriation<sup>885</sup>.

Telles seraient donc les causes du chant du cygne de la propriété moderne. Faut-il pour autant y voir les prémices d'une disparition future de l'institution ? Rien n'est moins certain. Il semble plutôt que la notion subit un mouvement général qui dépasse largement ses frontières. Ce ne serait donc pas une disparition dont il est question, mais plutôt d'une acculturation qui s'opérerait notamment par un changement de fonction de la propriété. Une conception postmoderne de la propriété où l'usage partagé de certaines choses ferait office de vecteur et où l'inclusion s'inscrirait en matrice.

## **2. Inclusion et postmodernité, des destins liés ?**

Le déchiffrement de la postmodernité en droit des biens établi par Frédéric Zenati-Castaing doit nous servir de point d'ancrage pour répondre à la question de savoir si l'inclusion répond à cette logique nouvelle. Sur ce point, l'essentiel du travail a déjà été réalisé recherchant les critères de la postmodernité, à savoir : la fin du monolithisme propriétaire (a), la contestation de l'exclusivisme (b), et la fonctionnalisation de la propriété (c). À ce titre, il convient alors de percevoir si l'approche inclusive de l'appropriation peut être considérée comme étant une représentation du postmodernisme.

---

<sup>884</sup> « Dans un ordre d'idées voisin, l'instrumentalisation de la propriété, autre aspect du nouveau paradigme, se fraye aussi un chemin, non sans résistance, en droit français, avec le triomphe de la propriété fonction, laquelle utilise la technique de la propriété dans un autre but que d'affirmer la souveraineté d'une personne sur une chose, celui de garantir, de transmettre, notamment ». F. Zenati-Castaing, « Le crépuscule de la propriété moderne, essai de synthèse des modèles propriétaires », *op.cit.*, p.236.

<sup>885</sup> « Surtout, le principe de la propriété affectée jure avec la puissance de la propriété moderne et avec le pouvoir de disposer du propriétaire. » *Ibid.* p.236.

### **a) Inclusion et monolithisme propriétaire**

Tout d'abord, le phénomène d'inclusion semble bien s'inscrire dans une logique qui ferait du monolithisme propriétaire une conception passéiste. Les racines philosophiques de la propriété moderne imposent une conception unique de la propriété, de par la consubstantialité qu'elle entretient avec la notion de personnalité juridique<sup>886</sup>, et parce qu'elle est l'archétypique d'une conception naturaliste du droit<sup>887</sup>.

**266.** Le cas de l'inclusion est différent, ses raisons ne sont pas à rechercher dans le droit naturel mais sont plutôt le résultat de considérations pragmatiques et, plus globalement, sociologiques. L'inclusion procède d'une manière spécifique d'envisager le rapport entre homme et chose. Comme nous l'avons vu, le monolithisme propriétaire s'est effondré et, avec lui, une certaine manière de concevoir la propriété par l'uniformité. À ce titre, l'inclusion peut se percevoir comme une nouvelle manière de concevoir la propriété. Est-ce à dire que la propriété individuelle, exclusive et unitaire est vouée à disparaître, et qu'un monolithisme se substituera à un autre ? Nous ne le pensons pas. L'inclusion n'a pas vocation à embrasser, comme la propriété moderne, l'ensemble des relations d'appropriation. Son empire est limité par les objets qu'il appréhende et par une volonté (qu'elle soit législative, réglementaire ou propriétaire) de rendre le rapport d'appropriation inclusif. Les meubles corporels, comme ils l'ont toujours été<sup>888</sup>, n'ont pas vocation à quitter le giron de la propriété classique. L'inclusion n'est donc pas, nous semble-t-il, le nouveau paradigme du rapport d'appropriation. Il est, en revanche, une représentation de la postmodernité naissante. Un droit qui, rappelons le, est dépeint par sa complexité et sa pluralité. Un droit qui, dès lors, peut concevoir plusieurs types de propriétés ; parfois exclusive et unitaire ; parfois inclusive et partagée. En cela, l'inclusion ne se conçoit pas comme un nouveau monolithisme.

### **b) Inclusion et exclusivisme**

Deuxième caractéristique relevée, celle du déclin de l'exclusivisme conçu comme matrice du rapport d'appropriation. Incontestablement, le phénomène d'inclusion participe au processus

---

<sup>886</sup> F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Lyon 3, 1981, n° 541 *sqq.* p.737 *sqq.*

<sup>887</sup> M.-F. Renoux-Zagamé, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Librairie Droz, coll. Travaux de sciences sociales, 1987.

<sup>888</sup> A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F, coll. Droit fondamental, 1989, n°232 *sqq.*

de déclin de l'exclusivisme. Pis encore, il en constitue sa parfaite antithèse. L'opposition apparaît frontale. L'exclusivisme se conjugue au singulier, la notion traduisant le pouvoir d'exclusion du propriétaire sur les tiers. C'est ainsi que la propriété garantit l'individualité du rapport d'appropriation, et ce même dans le cadre de la propriété plurale<sup>889</sup>. La propriété moderne consacrait la liberté dans l'exclusivisme, avec pour finalité une autonomie du propriétaire sur la chose appropriée.

**267.** L'inclusion, au contraire, se conjugue au pluriel, en se fondant sur le fait d'inclure autrui dans un rapport d'appropriation et en permettant des jouissances simultanées d'usage de la chose appropriée. Comme le retour des communs nous le rappelle, les communautés, honnies par la modernité, trouvent ici une nouvelle forme d'expression<sup>890</sup>. L'exclusivisme, gardien de la propriété individuelle, serait en déclin dans la postmodernité ; nul doute que l'inclusion y participe. Pourtant, si l'inclusion semble être en opposition totale avec l'exclusivisme, les deux notions relatent un phénomène similaire : l'explication du caractère relationnel de l'appropriation. Pour chaque cas, ce n'est pas la relation sujet/objet qui est traduit, mais une relation sujet/tiers. Ainsi, il est permis de se demander si l'inclusion ne serait pas, comme l'exclusivisme l'était pour la propriété moderne, la dimension relationnelle des nouvelles formes d'appropriations postmodernes.

### **c) Inclusion et fonctionnalisation**

**268.** Enfin, la fonctionnalisation de la propriété. Ici, plus que jamais, les termes d'usage et d'inclusion se confondent puisque la seconde est garantie par une fonctionnalisation du premier. Nous savons que dans le cadre de la propriété moderne, l'usage du bien par le propriétaire ne connaît de limite que par un encadrement légal ou réglementaire. La liberté du propriétaire se conçoit alors comme un absolu, c'est-à-dire par la faculté offerte à ce dernier d'user de son bien comme bon lui semble, au point même de pouvoir en mésuser<sup>891</sup>. Dès lors, c'est le dogme propriétaire qui ressurgit, celui du propriétaire élevé au rang de despote de la chose appropriée. En ce sens, la propriété n'est que le reflet de la volonté du propriétaire, elle se caractérise par une neutralité axiologique. Dans cet ordre idée, la justification juridique du

---

<sup>889</sup> Voir *Supra* n° 17.

<sup>890</sup> Voir *Supra* n° 187 à 190.

<sup>891</sup> Voir *Supra* n° 106.

mésusage est parfaitement justifiée : il est la représentation du pouvoir du propriétaire sur la chose.

Dans le cadre des logiques étudiées, qu'elles soient dites de protection ou d'accès, la propriété se défait de cette neutralité axiologique. Au contraire, elle s'inscrit dans un rapport d'appropriation qui se finalise et se détermine. La propriété va alors se fonctionnaliser, voire s'instrumentaliser, afin de répondre à un objectif précis. Ce phénomène provient d'une supériorité retrouvée de l'intérêt collectif – la sauvegarde de l'environnement, le partage des connaissances – sur l'intérêt particulier des propriétaires. Loin du propriétaire souverain magnifié par certains exégètes, la détermination d'une finalité particulière au rapport d'appropriation va obérer les usages de la chose en réalisant une fonctionnalisation du rapport d'appropriation. Conjuguée à ce phénomène, l'inclusion apporte une pierre supplémentaire à l'édifice de relativisation de la propriété moderne. En cela, elle est une émanation de la postmodernité.

*In fine*, l'inclusion paraît s'exprimer pleinement dans les caractéristiques du postmodernisme émergent. En inscrivant le rapport d'appropriation dans un rapport collectif axé sur la distribution des utilités du bien, l'inclusion est une digne représentation du retour évoqué des communautés qui se crée autour des choses. L'individualisme possessif, mis en exergue par une conception moderne et pleinement exclusive de la propriété, s'étiolé. Conjointement, l'intérêt collectif – et parfois général – guide le rapport d'appropriation. Celui-ci n'est plus alors compris comme une liberté définie par l'absolue, mais dans une liberté plus sociale, inclusive et parfois responsable<sup>892</sup>. L'inclusion n'est peut-être, alors, qu'une caractéristique d'une nouvelle rationalité. Dès lors convient-il de s'interroger sur la manière de l'appréhender.

### **II/ Usage partagé d'un bien et propriété : les stratégies de conciliation**

Le concept d'inclusion se révèle comme une potentialité, celle d'être un vecteur de conciliation entre les notions de propriété et d'usage partagé. Encore faut-il, à présent,

---

<sup>892</sup> Le phénomène de relativisation de la propriété n'est pas sans rappeler la critique de la propriété moderne professée par Michel Villey. Pour l'auteur « *le tort des penseurs modernes a été de faire abstraction de la dimension sociale de l'homme (...) il est nécessaire que le droit, tout en constituant des "propriétés", leur trace des "limites" ; les pose comme relativement stables, mais non "inviolables"* » : M. Villey, *Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais*, Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2009, p.198.



rechercher les "stratégies" qui pourraient permettre d'y parvenir. La première *stratégie* trouve un certain écho en doctrine, celle d'une conception de la propriété conçue comme un « *Bundle of rights* ». D'essence américaine et réaliste, cette tentation étrangère permettrait d'épouser une approche instrumentale et non-dogmatique de la propriété, permettant ainsi de concevoir une approche distributive des utilités du bien entre plusieurs titulaires (A). Il apparaît cependant qu'on puisse se passer d'une nouvelle théorisation de la propriété pour concilier usage partagé d'un bien et propriété. Pour ce faire, il est alors nécessaire de prendre acte de l'existence, en droit positif, de systèmes mixtes d'appropriation, c'est-à-dire mêlant à la fois propriété et droits reconnus aux tiers sur le même bien. Ce faisant, la "stratégie" consistera à reconnaître que la propriété peut être moduler afin de faire coexister usage partagé et propriété sur un même bien (B).

### **A. La solution étrangère, la propriété conçue comme un « *Bundle of Rights* »**

Avec le retour de la théorie des communs, un certain attrait pour le modèle américain de la propriété est apparu<sup>893</sup>. À ce titre, les travaux d'Ostrom et Schlager sur le régime de propriété des communs ont permis aux juristes et économistes français de se familiariser avec la représentation de la propriété comme « *Bundle of Rights* ». Cette approche de la propriété opère un changement de structure profond, du moins en apparence, avec le modèle civiliste. Aussi, la volonté de certains auteurs de prendre cette théorie comme nouveau référencement relève de deux tentations.

En considérant que la propriété se compose de plusieurs droits, qu'elle se définit uniquement par une dimension relationnelle, l'approche américaine permet d'opérer un partage des utilités du bien, et permet l'usage partagé du bien (1). Pour que cela soit envisageable, une lecture

---

<sup>893</sup> Il convient de préciser que, dans la plupart des cas, cet attrait pour la théorie de la propriété conçue comme « *bundle of rights* » provient de l'interprétation de cette théorie par Ostrom et Schlager. C'est donc, à travers elle, toute la mouvance des communs qui se voit consacrée. Cette mouvance est particulièrement représentée par l'économiste Fabienne Orsi. Voir notamment : F. Orsi, « Faisceau de droits (*Bundle of rights*) », in *Dictionnaire des biens communs*, op.cit., p.547 sqq. ; De la même auteure : « Réhabiliter la propriété comme bundle of rights : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », *RIDE*, T.28, 2014, p.371 sqq. ; « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », *Revue de la régulation*, n° 14, 2013, (en ligne) ; « La propriété comme faisceau de droits : quels enjeux pour les communs ? », in *Propriété et communs, Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés* ANR Propice, 2012 (en ligne) ; « Penser la propriété commune. Un nécessaire changement de cadre d'analyse », in *Propriété et communs, Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés*, ANR Propice, 2012 (en ligne) ; F. Orsi, « Revisiter la propriété pour construire les communs », in *Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire*, B. Coriat (dir.), LLL, 2015, p.51. Voir également, S. Vanuxem, *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, PUAM, 2015. ; F. Girard, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux. Repenser la propriété à partir du bundle of rights », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, n°6, 2016, p. 185.

Pour une approche plus distanciée de la théorie des communs : J.-P.Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *RTD civ*, 2014, p. 763.

non-dogmatique de la propriété est nécessaire, permettant ainsi une transcription socialisante et inclusive de la propriété (2). La tentation est donc double : non seulement cette théorie permettrait de rendre compte du réel, et donc de dépasser le dogme du propriétaire souverain, tout en permettant, par sa structure, d'envisager l'usage partagé du bien. Pour autant, il conviendra de s'interroger sur une telle entreprise et, dans notre cas, de la rejeter aux motifs qu'elle demeure ontologiquement liée au système américain qui l'a vu naître (3).

### **1. La structure de la propriété comme « *Bundle of rights* », technique de partage des utilités du bien**

**269. Une propriété relationnelle.** Premier point de séduction, la représentation de la propriété comme un « faisceau de droits » permettrait une lecture relationnelle de la propriété. Ici, il conviendra d'opérer une distinction entre la théorie « classique » et la théorie renouvelée – ou originale<sup>894</sup> – de la propriété comme « faisceau de droits ». Pour la doctrine réaliste américaine la propriété se caractérise par des relations intersubjectives. Ainsi la propriété n'est pas un droit, mais une somme d'intérêts, de rapports juridiques entre des personnes différentes. La propriété n'est donc pas un droit sur la chose<sup>895</sup>, mais une relation entre sujets de droit<sup>896</sup>. Dans cette conception – hors cas d'exceptions – « *nul ne dispose du droit complet d'user, de posséder, de jouir ou de disposer* »<sup>897</sup>.

Pour autant, cette approche réaliste de la propriété sera largement oubliée au milieu du XXème siècle. Ici, si la propriété repose toujours sur une dimension relationnelle, c'est pour mieux asseoir l'exclusivisme comme fondement de la propriété. La propriété est alors une relation d'exclusivité, qui implique une obligation, pour les tiers, de ne pas interagir avec la chose appropriée. Le droit d'exclure, composante du faisceau, est alors perçu comme le fer de

---

<sup>894</sup> L'approche de la théorie de la propriété comme « faisceau de droits » d'Ostrom et Schlager peut s'analyser comme une approche renouvelée en ce qu'elle diffère de la vision majoritaire de la théorie. Pour autant, en ce fondant sur les travaux de John Commons, premier théoricien du « faisceau », les auteurs opèrent un retour aux sources de la théorie, cette approche peut donc être qualifiée d' « originale ».

<sup>895</sup> C. Donahue, « The Future of the Concept of Property Predicted from its Past », *Nomos*, 1980, p.30 : « *Although the relationship of a person to a thing may have meaning in philosophical discourse, it does not in legal discourse, because a thing cannot bring or defend a lawsuit* ».

<sup>896</sup> W.N. Hohfeld, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *The Yale Law Journal*, vol.23, n° 1, 1913, p.16 *sqq.* ; Pour une explication de l'apport de Hohfeld à la théorie américaine de la propriété, voir : D.R. Johnson, « Reflections on the bundle of rights », *Vermont Law Review*, vol. 32, 2007, p.247 *sqq.*, spé. p.251 *sq.*

<sup>897</sup> G.S Alexander, *Commodity & Propriety: Competing Visions of Property in American Legal Thought, 1776-1970*, University of Chicago Press, Chicago, 1997, p.323 (Cité et traduit par : P. Crétois, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux. Repenser la propriété à partir du bundle of rights », *op.cit.*, p.11).

lance du faisceau<sup>898</sup>. Pour le juriste français, la théorie ne paraît pas exotique, et rappelle les grandes heures de la théorie personnaliste<sup>899</sup>. La propriété comme « faisceau de droits », définie ainsi, soutient une vision pleinement exclusiviste de la propriété, mais également unitaire. Le propriétaire est alors titulaire de l'ensemble des droits qui composent le faisceau, dont le droit d'exclure et d'aliéner le bien. Dans cette approche, la théorie du *bundle of rights* converge avec la conception civiliste de la propriété<sup>900</sup>.

Tel n'est pas l'intérêt que porte aujourd'hui une certaine doctrine pour la théorie du « faisceau de droits », elle s'inscrit davantage dans la lignée des premiers auteurs réalistes, et dans les travaux récents d'Ostrom et Schlager. Dans l'approche renouvelée du faisceau de droit, la dimension relationnelle est perçue différemment. Il convient de préciser, en guise de rappel,<sup>901</sup> que cette approche s'inscrit dans la filiation du précurseur de la notion qu'est Commons<sup>902</sup>, et qui présentait sa théorie en ces mots : « *La propriété n'est pas un droit unique et absolu, mais un faisceau de droits. Les différents droits qui la composent peuvent être distribués entre les individus et la société, certains d'entre eux sont publics, d'autres privés, certains sont définis, une partie restant indéfinie* »<sup>903</sup>. Cette approche sera alors reprise par Ostrom, qui, en se fondant sur une étude empirique, démontre que le système d'appropriation des communs fonciers peut s'analyser sur une pluralité de droits distribués entre les différents *commoners*, chacun d'entre eux pouvant avoir accès à plusieurs de ces droits.

---

<sup>898</sup> « *Whatever others sticks may exist in a property owner's bundle of rights in any given context, these other rights are purely contingent in terms of whatever we speak of the bundle as property. The right to exclude is in this sense fundamental to the concept of property* » : T.W. Merrill, « The Property and the Right to Exclude », *Nebraska Law Review*, n° 77, 1998, p.730 *sqq.*, spéc. p.731 ; Dans un sens similaire : R.A. Epstein, « A Clair View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules », *The Yale Law Journal*, vol.106, n° 7, 1997, p.2091 *sqq.*

<sup>899</sup> Cette approche relationnelle de la propriété n'est pas sans rappeler l'obligation passive universelle théorisée par Planiol. Voir : M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil*, 2<sup>ème</sup> éd., t. 3, 1952, n° 662.

<sup>900</sup> Sur ce point, l'étude transsystémique de la propriété est éclairante. Voir notamment : Y. Emerich, « Regard civiliste sur le droit des biens de la *common law* : pour une conception transsystémique de la propriété », *Revue générale de droit*, Vol. 38, n°2, 2008, p.339 *sqq.* ; Y. Emerich, *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, éd. Yvon Blais, Montréal, 2017.

<sup>901</sup> Pour plus de détail : *Supra* n° 196.

<sup>902</sup> Sur l'influence de cet auteur dans la doctrine américaine : K.V.W. Stone, « John R. Commons and the Origins of Legal Realism ; or, the Other Tragedy of the Commons », in *Transformations in American legal history : essays in honor of Professor Monrton J. Horwitz*, vol. II, Harvard Law School, Cambridge, 2010, p.326 *sqq.*

<sup>903</sup> J.R. Commons, *The distribution of Wealth*, Macmillan and Co, Londres, 1893, p.84 (cité et traduit par F. Orsi in « Réhabiliter la propriété commune comme *Bundle of Rights* : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà », *op.cit.*, p.377).

**270. Une propriété relative et potentiellement partagée.** Conséquence directe de cette potentielle distribution des droits qui compensent le faisceau, la propriété ne peut être perçue comme absolue mais plutôt, du fait qu'elle représente l'ensemble des intérêts, comme étant relative<sup>904</sup>. Passer de l'absolutisme au relativisme, le pas est grand, on ne saurait le nier. Cependant, il paraît être le chemin nécessaire afin de rendre compte de la potentielle superposition d'intérêts différents (privé, collectif, étatique) qui peut exister sur un même bien<sup>905</sup>. Le faisceau de droits a donc cet intérêt, celui de démontrer le caractère nécessairement social – et non socialisant – du droit de propriété, loin du mythe du propriétaire souverain absolu de son bien.<sup>906</sup> Ce processus de relativisation a pu, pour certains auteurs américains, être perçu comme étant un « *program of dethroning of property* »<sup>907</sup>. Il est vrai qu'en embrassant cette dimension relative, on reconnaît nécessairement que, sur une chose donnée, une multiplicité d'intérêts peut être reconnue, induisant une conception collective du rapport d'appropriation.

**271. Faisceau de droits et stratégie de conciliation.** À ce titre, il est vrai que la tentation est grande ; décrire la propriété comme un faisceau de droits pouvant être distribués permettrait une conciliation évidente entre usage partagé du bien et propriété. Plus que cela, il ne s'agirait pas d'une conciliation, mais d'une fusion. Dans cette perspective, le phénomène d'inclusion est fondu dans la propriété même ; elle est, structurellement, inclusive. Il ne serait alors plus question d'un usage partagé reconnu sur une chose appropriée par des droits reconnus, mais d'une propriété composée de plusieurs droits distribués.

---

<sup>904</sup> F. Orsi, « Faisceau de droits (*Bundle of rights*) », in *Le Dictionnaire des biens communs, op.cit.*, p.547 sqq.

<sup>905</sup> La dimension relationnelle de la propriété est la clef de voûte de la notion. Pour T.W. Merrill et H.E. Smith, la conception en « faisceau de droit », à son origine, se définit ainsi, « *Property is a composite of legal relations that holds between persons and only secondarily or incidentally involves a 'thing'* » : T.W. Merrill, H.E. Smith, « What happened to Property in Law and Economic ? », *The Yale Law Journal*, vol. 111, n° 2, 2001, p.358 ; Voir également, S.R. Munzer, « *Property as Social Relations* », in *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, S.R. Munzer (dir.), Cambridge University Press, 2001, p.36 : « *property is best seen as social relations among persons with respect to things* ».

<sup>906</sup> Rompant avec la théorie naturaliste du juriste Blackstone, Commons a décrit la propriété comme étant une institution instituée par l'État : J.R. Commons, *op.cit.*, spé. p.109-110.

<sup>907</sup> T.W. Merrill, H.E. Smith, « What happened to Property in Law and Economic ? », *The Yale Law Journal*, vol. 111, n°2, 2001, p.365.

## 2. La théorie de la propriété comme « faisceaux de droits », vers une approche de la propriété non-dogmatique

**272. Le dogmatisme, ou « l'interdiction de penser le réel »<sup>908</sup>.** Second point de séduction de la notion, elle traduirait une vision pragmatique de l'appropriation. En effet, l'une des critiques récentes faites aux différentes théories de la propriété se fonde sur leur caractère dogmatique. Qu'ils l'assument ou non, les auteurs français, confrontés à la question de la propriété et de sa nature, répondent par une construction dogmatique. Il ne faut cependant pas confondre ce que nous avons dénommé le « dogme propriétaire »<sup>909</sup>, qui installe autour de la notion une chape de plomb, et ce qu'il convient de désigner comme une « construction dogmatique », modèle traditionnel français des constructions notionnelles<sup>910</sup>. Ainsi, selon l'analyse de Mikhaïl Xifaras sur la *verita juris* chez Saleilles<sup>911</sup>, la dogmatique correspond bien à un système de production notionnelle et non à une référence indépassable comme le serait un dogme théologique<sup>912</sup>. Une production dogmatique répondrait alors à plusieurs exigences<sup>913</sup>: expressivité, complexité, unicité, systématisme (conceptuelle et normative) et élégance. À titre d'exemple, l'auteur désignera la théorie de la propriété de Frédéric Zenati-Castaing comme répondant à chacun des critères, opérant une dichotomie entre le dogmatisme faible et le dogmatisme fort, et rattachant l'auteur lyonnais à cette seconde catégorie<sup>914</sup>.

---

<sup>908</sup> Nous reprenons volontairement ici le sous-titre de l'article de J.-P. Chazal « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel ». Ce titre possède, selon nous, des accents subversifs. En effet, il assimile le principe de la dogmatique juridique à une construction hors-sol, purement théorique. Dès lors, la construction dogmatique ne prendrait pas en compte les réalités économiques et sociales de l'instant, et s'inscrirait nécessairement dans une approche libérale héritière du Code civil. Dès lors, afin de comprendre le caractère pragmatique et réaliste de l'approche américaine de la propriété, il fallait, en premier lieu, rendre compte de la critique faite au modèle français, celle de son dogmatisme. Voir, J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *RTD civ*, 2014, p.763 *sqq.*

<sup>909</sup> Voir *supra* n° 131.

<sup>910</sup> Sur ce point : V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, p.75 *sqq.*

<sup>911</sup> M. Xifaras, « La *verita iuris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme », *Droits*, n° 47, 2008, p.77.

<sup>912</sup> « On peut en conclure que Saleilles est un penseur à la fois dogmatique et antidogmatique : il est antidogmatique parce que, selon lui, dans le domaine de l'activité scientifique, aucune idée juridique ne devrait être soustraite à la critique rationnelle, mais il est dogmatique parce qu'il reconduit fidèlement la fonction dogmatique que la science remplit dans la pratique juridique, celle de produire et de certifier des quasi-dogmes, ou – pour parler comme Kant – les dogmes sur le mode du comme si », *Ibid.*, p.90.

<sup>913</sup> *Ibid.* p.91 *sqq.*

<sup>914</sup> M. Xifaras, « La propriété entre dogmatisme et modélisation », in *Les modèles propriétaires au 21<sup>ème</sup> siècle, op.cit.*, (contribution non reproduite) : Selon l'auteur, toute construction dogmatique peut être qualifiée de « faible » ou de « forte ». La première voudrait que la construction dogmatique doit être révisée en fonction de la réception de la vérité affichée par les acteurs du droit (législateur, juges). Ainsi, dans une approche dite dogmatique « faible », la vérité n'est que scientifique, temporelle et non métaphysique. À l'inverse, l'approche

Face à cela, Jean-Pascal Chazal appose une critique générale : celle de la logique même du dogmatisme. Pour lui, la dogmatique juridique assure « *une fonction d'essentialisation des notions et concepts* »<sup>915</sup>, ce qui viendrait en modifier « *le statut épistémologique : de simple instrument, elle devient la substance du droit* »<sup>916</sup>. Dès lors, cette fonction dogmatique ne pourrait rendre compte des réalités, qu'elles soient sociales ou économiques, et ainsi s'adapter. Cela proviendrait du fait que, malgré des différences techniques entre les théories<sup>917</sup>, toutes reposent sur un « *consensus dogmatique* »<sup>918</sup> dans lequel se retrouve l'idée d'une propriété absolutiste, exclusiviste et unitaire. En reconnaissant ces qualités à la propriété, ce serait ainsi sa philosophie générale, celle du propriétaire-souverain<sup>919</sup>, que les auteurs accepteraient, les différences ne pouvant n'être alors que technique.

**273. La propriété américaine : une notion pragmatique et sociale.** Parée de nombreux défauts, la théorisation dogmatique est contraire à une approche socialisante de la propriété. Pourtant, de grands auteurs français ont professé des théories qui se voulaient plus sociales que l'approche classique de la propriété. On pense évidemment à la conception de la propriété comme fonction sociale de Duguit<sup>920</sup> ou encore à la fonction sociale des droits, dont celui de propriété, chez Josserand<sup>921</sup>. Pourtant, que ce soit par rejet des autres auteurs ou par volonté de ne pas heurter de plein fouet le dogme, ces théories auraient subi une sorte de « *refoulement* »<sup>922</sup>. Face à cela, c'est donc vers la conception américaine de la propriété que Jean-Pascal Chazal se tourne, voyant dans cette dernière la victoire du pragmatisme, ce qui permettrait de rendre compte de la dimension sociale de la notion. On ne saurait nier la

---

« forte » correspond à une vérité immuable parce que métaphysique, elle joue donc, envers les acteurs du droit, une fonction prosélyte.

<sup>915</sup> J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *op.cit.*, p.767.

<sup>916</sup> *Ibid.*

<sup>917</sup> *Ibid.*, p.766 sq.

<sup>918</sup> *Ibid.*, p.767.

<sup>919</sup> « *C'est en partant de ce paradoxe que je voudrais montrer que les principales conceptions doctrinales de la propriété exposées dans les manuels, qui procèdent toutes plus ou moins de la théorie individualiste et libérale, exacerbent la dimension technique, occultent les enjeux politiques (notamment la question de la répartition des richesses entre les citoyens) et, sous prétexte de neutralité du discours, sclérose toute évolution conceptuelle en essentialisant la figure du propriétaire-souverain* » : J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *op.cit.*, p.768.

<sup>920</sup> L'expression même de « fonction sociale » provient d'une conférence qui fut donné par Duguit au sein de la Faculté de droit de Buenos Aires en 1911. Cette conférences, et les autres qu'il donna en ce même lieu, furent compilées au sein d'un ouvrage : L. Duguit, *Les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, éd. F.Alcan, Paris, 1912.

<sup>921</sup> L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, T.I, Recueil Sirey, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, 1938.

<sup>922</sup> J.-P. Chazal, *op.cit.*, p.767.

dimension pragmatique qui présuppose le « faisceau de droits ». Cela est notamment dû au fait que la notion a connu un processus d'élaboration qui s'inscrit dans la mouvance du réalisme américain<sup>923</sup>, la théorisation est alors conçue comme un « *instrument au service du politique* »<sup>924</sup>. Aussi, la représentation de la propriété en tant que « faisceau de droits » est un instrument analytique permettant de rendre compte du réel en décrivant la propriété comme un complexe de droits potentiellement distribués entre des titulaires différents. Cette lecture analytique du phénomène d'appropriation confine au pragmatisme : la propriété n'ayant plus d'essence propre, vidée de toute substance, elle peut ainsi se modeler en fonction de l'objet étudié mais également des soubassements politiques des auteurs.<sup>925</sup> Jean-Pascal Chazal, à l'instar d'Ostrom, établi un retour aux sources de la notion, du moins dans sa dimension politique. C'est la tendance actuelle en doctrine, le faisceau de droit, purgé de son détournement néolibéral, retrouverait sa fonction initiale : une notion pragmatique qui, en excluant tout processus d'essentialisation, permettrait embrasser pleinement le réel.

**274. Faisceau de droits et stratégie de conciliation.** La dimension pragmatique du « faisceau de droit » permettrait d'avoir une lecture souple du rapport d'appropriation. Il serait ainsi possible de scruter avec attention les différentes formes d'appropriations afin de pouvoir dresser des faisceaux types. Ceux-ci prendraient alors le rapport d'appropriation sur un type de bien précis, avec toute sa complexité, pour rendre compte des différents intérêts qui se construisent autour de l'objet étudié. Cette démarche n'est pas inconnue, c'est notamment ce qu'a réalisé Ostrom, sur les communs naturels et sur les communs informationnels<sup>926</sup>. Il serait alors possible d'élaborer des faisceaux pour des types d'appropriations particuliers comme pour la biodiversité, les œuvres, les monuments historiques, etc. La conciliation, ou la fusion comme nous l'évoquions en amont, serait donc totale. Non seulement le faisceau de droits permettrait d'explicitier les rapports collectifs où les usages d'une chose se voient partagés, tout en permettant de se départir du terreau idéologique propre à la propriété moderne. Dans une propriété sans essence, au contenu variant selon les objets étudiés, il serait possible de concevoir un rapport d'appropriation multiple sur le bien. L'usage partagé d'un bien ne serait alors plus compris en opposition à la

---

<sup>923</sup> Voir *Supra* n° 197.

<sup>924</sup> J.-P. Chazal, *op.cit.*, p.767.

<sup>925</sup> Nous avons ainsi soulevé les différentes appréhensions de la lecture de la propriété à travers le faisceau de droit : parfois socialisante, parfois néolibérale.

<sup>926</sup> Voir *Supra* n° 199 à 203.

notion de propriété – ni même comme devant être concilié avec elle – mais comme la simple traduction du réel.

### 3. Le rejet de la tentation américaine

**275.** S'il est un élément indéniable, c'est le caractère subversif<sup>927</sup> de la réception de la théorie américaine de la propriété par la doctrine française. Elle oblige en effet à repenser la propriété dans une conception relative et pragmatique. Si cela donne à penser, faut-il pour autant passer d'un phénomène de questionnement à celui de volonté d'importation de la notion en droit français ou, à tout le moins, d'une volonté d'opération de théorisation de la propriété. Si nous avons vu que Jean-Pascal Chazal s'inscrit dans ce cheminement, il n'est aujourd'hui pas le seul. C'est ainsi que dans le cadre des recherches des « communs », l'économiste Fabienne Orsi, ou Pierre Crétois, se sont prononcés en faveur de la technique des « faisceaux de droits » comme outil de théorisation, ce qui fut également le cas, dans une moindre mesure, pour Benjamin Coriat et Sébastien Broca<sup>928</sup>, ou encore Sarah Vanuxem<sup>929</sup>. Le travail d'Ostrom, reconnu comme une source d'inspiration, n'est jamais pris *per se*, la plupart des auteurs regrettant la présence de l'exclusivisme dans la composition du faisceau de droit des communs naturels<sup>930</sup>. Ici, la théorie du « *bundle of rights* » est donc un outil qui, tel un compas, pourrait guider le processus de (re)théorisation de la propriété.

---

<sup>927</sup> Si nous appliquons ce caractère à la propriété, il se doit d'être appliqué à tout exercice de droit comparé, le qualificatif lui étant inhérent. Effectivement, le fait même de comparer des institutions provenant de droits et de systèmes différents invite le comparatiste à s'écarter du « juridicentrisme » dans lequel il pourrait se scléroser. C'est en cela qu'il est subversif, par les propositions – ou les critiques – qui pourraient naître de l'exercice. Sur ce point, voir : M.-W. Horatia, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, vol.52, n° 3, 2000, p.503 *sqq.*

<sup>928</sup> Si l'auteur n'évoque pas directement la volonté d'utiliser des « faisceaux de droit » comme outil de théorisation de la propriété, il démontre l'utilité de la notion pour la mise en place de « *démarches visant à établir de nouvelles formes de propriété, débarrassées de la doxa et du dogme de l'exclusivisme* » : B. Coriat, S. Broca, « Le logiciel libre et les communs, deux formes de résistance et d'alternative à l'exclusivisme propriétaire », *RIDE*, n° 3, 2015, n° 39.

<sup>929</sup> Voir notamment : *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, S. Vanuxem et C. Guibet-Lafaye (dir.), PUAM, 2015 ; plus spécifiquement, au sein de l'ouvrage, l'introduction du Chapitre 2 : « Des propriétés simultanées », *Ibid.*, p.55 *sqq.*

<sup>930</sup> Fabienne Orsi, par exemple, évoquera « *ce dérangent droit d'exclure* » : F. Orsi, « Faisceau de droits (*bundle of rights*) », in *Dictionnaire des biens communs*, *op.cit.*, p.550 ; Une auteure, évoquant l'analyse d'Ostrom sur le régime de propriété des communs, regrettera que : « *d'un point de vue juridique, elle paraît se fonder sur le droit d'exclure, ce qui n'est ni original ni opportun, puisque l'exclusion créée automatiquement des tensions entre les différents propriétaires* » : M. Rolain, « Les mécanismes de la propriété instrumentale ou comment repenser le droit de propriété per ses limitations », in *Fonctions de la propriété et communs, regards comparatistes*, A. Chaigneau (dir.), Société de législation comparée, 2017, p.87 *sqq.* spé. p. 89.



**276. L'utopie d'un « transplant juridique ».** Cependant, malgré les attraits de la notion, il ne nous paraît opportun de s'inscrire dans ce cheminement qui nécessiterait l'importation d'une notion de *Common Law* dans un système romano-germaniste. Classique de la littérature comparatiste, la question de la possibilité d'importer abruptement une notion de *Common Law* dans un système de droit civil se doit d'être posée. Aussi, au lieu de se demander si l'importation serait un apport séminal, il convient d'interroger l'opération en elle-même. De prime abord, elle apparaît délicate, chaque système s'inscrit dans une ontologie qui lui est propre, avec ses particularismes et son histoire. Si certains auteurs ont ainsi évoqué le fait qu'il puisse exister des « *transplants juridiques* »<sup>931</sup> directs, la thèse a largement été combattue, la transplantation ne pouvant passer outre les différences systémiques, du moins sans procéder à un processus d'adaptation. Dans le cadre de la propriété, la réponse paraît limpide : sa place cardinale dans l'ordonnement juridique français ne pourrait souffrir d'une transplantation juridique issue de la *Common Law* sans que l'ensemble des règles innervant le droit des biens ne soit touché et, au-delà, la *summa divisio* entre droit public et droit privé. Dès lors, toute volonté de transplantation juridique, du moins pour la propriété, apparaît utopique<sup>932</sup>.

**277. Des enseignements pour concevoir la conciliation de l'usage partagé et de la propriété.** À l'inverse, il serait vain que de nier l'influence<sup>933</sup> que peuvent avoir certaines institutions étrangères sur le droit national, que cela soit dans sa législation, dans la jurisprudence ou pour la doctrine. Si les exemples sont nombreux<sup>934</sup> et touchent diverses branches du droit, l'exemple le plus récent en droit des biens reste le cas de la fiducie, dont la filiation (éloignée) se retrouve dans la figure anglo-saxonne du Trust<sup>935</sup>. Conçue comme un outil au service de la connaissance et de l'amélioration du droit, l'étude des institutions

---

<sup>931</sup> A. Watson, *Legal Transplants : An Approach to Comparative Law*, Scottish Academy Press, 1974, p.21 ; D. Nelken, « Legal transplants and beyond : of disciplines and metaphors », in *Comparative Law in the 21st Century*, A. Harding, E. Özücü (dir.), Kluwer Law International, 2002, page 19 sq. .

<sup>932</sup> Cette inadéquation entre conception américaine et française de la propriété a déjà été soulignée. En ce sens, voir : V. R. Bates, « La propriété comme préalable à la prévention de la pollution de l'eau », in *Droits de propriété et environnement*, Dalloz, 1997, p.263 sqq, spé. p.266 : « tenter de transposer la *Common Law* dans un autre système juridique ne conduirait pas nécessairement au succès ».

<sup>933</sup> Voir notamment : R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, p.21.

<sup>934</sup> « Les actions sans droit de vote, la direction des sociétés anonymes avec un directoire et un conseil de surveillance, les stocks options, le crédit-bail, la clause de réserve de propriété, l'agent de sûretés ne sont que quelques exemples, biens connus, d'institution dont la France a trouvé le modèle dans certaines lois étrangères » : R. David, C. Jauffret-Spinozi, M. Goré, *Les grands systèmes de droits contemporains*, Dalloz, coll. Précis, 12<sup>ème</sup> éd., Paris, 2016, p.5.

<sup>935</sup> Sur le lien entre *Trust* et fiducie, voir notamment : F. Barrière, *La réception du Trust au travers de la fiducie*, Paris, Litec, 2004.

étrangères peut s'avérer être une étape nécessaire de questionnement. Dès lors, il ne serait pas non plus souhaitable d'établir une rupture radicale et totale avec la conception américaine de la propriété. Surtout, dans le cadre du retour de l'usage que nous avons décrits, la notion apparaît utile en ce qu'elle permet de repenser la question de la distribution des utilités d'un bien entre une pluralité d'utilisateurs différents sans pour autant rompre définitivement avec la notion de propriété. Aussi, la bonne méthode serait peut être de se focaliser sur le substrat de la notion, de prendre en compte ses enseignements, sans pour autant vouloir en épouser sa construction propre ou sa sémantique. À ce titre, deux éléments apparaissent avec force. D'une part, la propriété conçue comme faisceau de droit, par son renouveau doctrinal et son pragmatisme, invite à penser la fin d'un mythe, et d'un obstacle épistémologique majeur<sup>936</sup>, celui du « dogme propriétaire ». Le dépassement de la figure du propriétaire souverain amène à concevoir le rapport d'appropriation – où, plus exactement, certains rapports d'appropriation – dans une approche ou l'usage partagé d'un bien, et l'inclusion, côtoient la propriété et son exclusivisme. En soit, l'approche étrangère des faisceaux de droits, en ce qu'elle peut être perçue comme instrumentale et non-dogmatique, permet de penser cette alliance, qui se retrouve dans les logiques de protection et d'accès. Elle permet, alors, d'envisager une hybridation de la propriété, une propriété mâtinée d'usage partagé, avec ses techniques de mises en place.

## **B. La solution interne, une appropriation hybride fondée sur la modulation de la propriété**

Concevoir l'existence d'un système hybride d'appropriation, c'est envisager le rapport d'appropriation dans sa globalité, en prenant l'objet approprié pour référence. Les systèmes hybrides d'appropriation se conçoivent comme pouvant mêler, sur un même bien, un droit de propriété et des droits conférant des usages de ce bien à des tiers. Certaines analyses prennent ainsi les systèmes hybrides pour référence, et s'inscrivent comme des outils analytiques envisageant une lecture conciliante des notions de propriété et d'usage partagé (1). Avec l'appui de cette approche, il conviendra de rechercher le mécanisme générale qui puisse faire coexister, autour d'un même bien, propriété et usage partagé ; celui qui permette d'inclure autrui dans une relation privative d'appropriation. Il conviendra alors de relever la potentialité d'un mécanisme interne, celui de la modulation de la propriété (2).

---

<sup>936</sup> Voir *Supra* n° 133.

## 1. Lecture analytique des systèmes hybrides d'appropriation : les *semi-commons*<sup>937</sup>

**278. Les *semi-communs*, une définition doctrinale.** Utilisée pour la première fois par Henry Smith, la notion de *semi-communs* est un descriptif d'un mode spécifique d'appropriation qui mêle, sur un même bien, appropriation privative et "communs". Dans son premier article sur les *semi-communs*<sup>938</sup>, Henry Smith va donner pour exemple le cas de la vaine pâture anglaise comme l'exemple archétypale de cette catégorie. Tout d'abord, les *semi-communs* seraient fondés sur un système hybride – ou mixte – d'appropriation.

**279. La coexistence d'un droit de propriété et d'usage commun.** Il convient de rappeler, à ce titre, la nature de l'appropriation des vaines pâtures<sup>939</sup>. Parfois qualifiée de propriété simultanée coutumière<sup>940</sup>, la vaine pâture permettait à des habitants d'un village de pouvoir faire paître leur troupeau sur un terrain cultivé privativement, après les moissons. Il y a donc, sur le même fond, une appropriation individuelle (celle du cultivateur) et un droit collectif reconnu (celui de vaine pâture)<sup>941</sup>. L'appellation de *semi-communs* va alors permettre de rendre compte de l'hybridation de la propriété et des communs. Il s'agit du premier point d'entrée de la notion de *semi-commun*.

**280. Une interaction dynamique des droits.** Cette représentation statique du système hybride d'appropriation se complète d'une analyse sur le dynamisme opérant entre les différents droits reconnus. Ainsi, pour que le *semi-commun* existe – et ne contente pas d'une simple articulation de la propriété autour d'un usage partagé – l'interaction des droits doit constituer un intérêt pour chacun des titulaires<sup>942</sup>. En reprenant l'exemple de la vaine pâture,

---

<sup>937</sup> Le terme peut aisément être traduit par « semicommons ». En France, la réception de cette notion est encore confidentielle ; il convient, sur ce point, de relever l'importance des écrits de Séverine Dusollier. Voir : S. Dusollier, « Semicommons », in *Dictionnaire des biens communs*, *op.cit.*, p.1099.

<sup>938</sup> H.E. Smith, « Semicommon Property Rights and Scattering in the Open Fields », *The Journal of Legal Studies*, vol. 29, n°1, 2000, p.131 *sqq.*

<sup>939</sup> L'auteur évoque ici le modèle anglais. Si les notions anglaise et française diffèrent, elles ont pourtant un point commun qu'est leur système d'appropriation. Sur ce point : K.N. Neeson, « Les terres en jouissance collective en Angleterre, 1700-1850 », in M.-D. Demelas, N. Vivier (dir.), *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914)*, Rennes, PUR, 2003 p. 39 *sqq.*

<sup>940</sup> A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, *op.cit.*, n°

<sup>941</sup> Ici, le droit de vaine pâture n'entraîne pas une simultanéité constante des usages, elle opère un usage partagé saisonnier.

<sup>942</sup> «In a semicommons, a resource is owned and used in common for one major purpose, but, with respect to some other major purpose, individual economic units-individuals, families, or firms-have property rights to separate pieces of the commons. Most property mixes elements of common and private ownership, but one or the other dominates.... In what I am calling a semicommons, both common and private uses are important and

l'auteur va démontrer que le propriétaire du champ va trouver, dans ce droit, un intérêt substantiel par l'apport de l'engrais. Les bénéficiaires du droit de vaine pâture, quant à eux, s'économiseront l'achat ou l'entretien d'un fond dédié à l'activité pastorale.

Cet exemple des vaines pâtures, aujourd'hui désuet, sert pour l'auteur de plan architectural à la notion. Son intérêt n'est pas historique mais analytique : en décrivant cette catégorie de *semi-commun*, Henry Smith raffine la théorie (américaine) de la propriété. Il paraît faire la jonction entre la théorie classique de la propriété et l'appropriation commune des ressources par Ostrom et rend compte, ainsi, d'un entre-deux possible. Ce faisant, l'auteur permet de mieux appréhender des systèmes d'appropriation mixtes et parfois complexes<sup>943</sup>.

**281. Les semi-communs, de multiples exemples.** Pour la doctrine étasunienne, la catégorie des *semi-communs* a permis de qualifier certains systèmes d'appropriation existant en dehors des qualifications classiques. Pour Henry Smith tout d'abord, la qualification de *semi-commun* conviendrait à l'eau<sup>944</sup>, l'information<sup>945</sup>, les *joint ventures*<sup>946</sup>. Pour d'autres, les logiciels sous *copyleft* pourraient être analysés comme des *semi-communs*<sup>947</sup>, de même qu'Internet<sup>948</sup>, ou certaines ressources génétiques agricoles<sup>949</sup>. La catégorie paraît donc

---

*impact significantly on each other* » : H. E. Smith, « Semicommon Property Rights and Scattering in the Open Fields », *op.cit.*, p.132.

<sup>943</sup> Pour certains auteurs, le système de propriété que décrit Ostrom à propos des « *Common Pool Ressources* » peut – et doit – s'analyser comme un système mixte et plus spécifiquement un *semi-commun* : L.A. Fennell, « Ostrom's Law : Property Rights in the Commons », *International Journal of the Commons*, vol. 5, n°1, 2011, p.9 *sqq.*

<sup>944</sup> H.E. Smith, « Governing Water : The Semicommons of Fluid Property Rights », *Arizona Law review*, vol. 50, n°2, 2008, p.475 : « *In combining exclusion with governance, as in both of the regimes discussed above, water law is typical of the rest of property law, but the fugitive nature of water causes water law to tend in the direction of a semicommons* ».

<sup>945</sup> H.E. Smith, « Intellectual Property as Property : Delineating Entitlements in Information », *The Yale Law Journal*, vol. 116, n°8, 2007, p.1742 *sqq.* ; Voir également : R. Heverly, « The Information Semi-commons », *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 18, n°4, 2003, p. 1127 *sqq.*, spéc. p 1189. : « *The antagonistic duality between private and common use is not reflective of the reality of information ownership. The semicommons is.* » : M.J. Madison, B.M. Frischman, K.J. Strandburg, « *Constructing commons in the Cultural Environment* », *Cornell Law Review*, vol. 95, n°4, 2010, p. 657. (Cité par S. Dusollier, *op.cit.*, p.1099).

<sup>946</sup> H.E. Smith, « Exclusion versus Governance : Two Strategies for Delineating Property Rights », *The Journal of Legal Studies*, vol.31, n°4, Article 6, 2002.

<sup>947</sup> L.P. Loren, « Building a Reliable Semicommons of Creative Works : Enforcement of Creative Commons Licences and Limited Abandonment of Copyright », *George Mason Law Review*, vol. 14, 2007, p.271 *sqq.*, spéc. p. 294 : « *Creative Commons tools, however, clearly seek to establish significant public use rights and thus to provide a means for authors to signify works that should be treated as semicommons property* ».

<sup>948</sup> J. Grimmelmann, « The Internet is a Semicommons », *Fordham Law Review*, vol. 78, 2010, p.2799 *sqq.* spé. p.2842 : « *In addition to its analytical virtues in explaining why some Internet systems thrive and others fail, semicommons theory also speaks to these debates. It reminds us not to take the seeming schism between "private" and "common" too seriously. The greatest commons the world has ever seen is built out of private property; the highest, best, and most profitable use of that property is to create a commons. Private and*

embrasser un champ extrêmement vaste, des biens fonciers comme informationnels. Il convient cependant de se garder du syncrétisme, au risque de dénaturer la notion<sup>950</sup>.

**282. L'intérêt des *semi-communs*.** Dans le cadre de notre étude, l'intérêt de la notion est grand. Il permet, dans un premier temps, de résoudre l'épineuse question de la conciliation des notions de propriété et d'usage partagé. Il démontre que des formes d'appropriation particulières reposent sur une mixité de droits et qu'elles peuvent être étudiées *per se*, sans passer par une théorisation de la propriété. Certes, une telle approche nécessite de faire le deuil du « dogme propriétaire » et, dans un temps second, de reconnaître que le rapport d'appropriation peut s'exprimer en dehors de la seule propriété exclusive et absolue. Pour autant, l'exclusivisme n'est pas ici aboli, il est relativisé, de fait, par l'existence de droits reconnus aux tiers sur le même bien.

**283. Une notion qui s'inscrit en reflet avec l'histoire.** Cette notion trouve également un intérêt en ce qu'elle rappelle notre histoire. Le choix de la vaine pâture, par Henry Smith, comme modèle archétypal de *semi-communs* n'est pas une coïncidence, les formes pré-modernes d'appropriation reposant sur une jouissance partagée du bien. Pour Henry Smith, le système d'appropriation est mixte, l'auteur y perçoit un partage de la jouissance du bien par une pluralité de droits portant sur ce bien, dont le droit de propriété. Elle permet de démontrer qu'il existe entre les *semi-communs* et les formes d'appropriations pré-modernes un point commun : la jouissance partagée de certaines utilités de la chose. Une jouissance qui ne nécessite pas la mise en place d'une propriété collective mais peut se concevoir comme la superposition de droits sur la chose.

**284. Limites des *semi-communs*.** Si l'attrait pour les *semi-communs* est grand, il faut pourtant se garder de voir dans cette notion la clef de voûte autour de laquelle s'articuleraient toutes les facettes des formes hybrides d'appropriation. Certes, la mixité des droits est ici

---

*common need each other, and we need them both on the Internet. Our task is not to choose between them but to find ways to make them work well together. »*

<sup>949</sup> T. Dedeurwaerdere, « Microbial Commons : Overview of the Gouvernance Considerations : A Framework for Discussion », in *Designing the Microbial Resarch Commons : Proceedings of an International Symposium*, P. Uhlir (dir.), National Academy Press, 2011, Washington. (Cité par S.Dussolier, *op.cit.*, p.109).

<sup>950</sup> Séverine Dussolier reconnaît une tendance à dénaturer la notion. Deux causes à cela : tout d'abord certains auteurs appliqueraient la théorie des semicommuns à deux biens distincts, ne pensant n'en traiter qu'un seul ; ensuite, d'autres auteurs ne recherchaient que la condition d'hybridation, occultant la dimension « dynamique » de la notion. Voir, S. Dusollier, « Semicommuns », *op.cit.*, p. 1100 sq.

essentielle – comme dans la notion de « transpropriation »<sup>951</sup> – mais insuffisante, le semi-commun nécessitant un certain dynamisme entre les différents droits présents. De cette dernière caractéristique, une limite doit être reconnue, du moins pour notre objet d'étude, le phénomène de l'usage partagé d'un bien n'étant pas réductible à cette condition. En ce sens, tous les *semi-communs* sont, par définition, une forme d'usage partagé d'un bien, mais toutes les formes d'usage partagé d'un bien ne sont pas des *semi-communs*. Une autre limite, cette fois méthodologique, doit être soulevée. L'étude des *semi-communs* prend pour objet le rapport d'appropriation hybride une fois ce dernier institué. Elle prend donc, pour ainsi dire, les formes hybrides d'appropriation en tant qu'objet "fini". Dans le cadre de cette étude, le cheminement est inversé.

Dès lors, après avoir rendu compte qu'une conciliation entre usage partagé et propriété est possible à partir d'une reconnaissance des systèmes hybrides d'appropriation, nous proposons d'analyser et d'extraire les moyens et techniques qui permettent une vie commune entre deux notions que tout, au départ, paraissaient opposer. Il convient, dès lors, de dépasser la catégorie des *semi-communs* et de rechercher le fondement technique de l'hybridité.

## **2. Le fondement technique des systèmes hybrides d'appropriation : la modulation de la propriété**

**285. Qu'est ce que la modulation ?** La modulation n'est pas un terme juridique précis<sup>952</sup>. Pour comprendre ce qu'il faut entendre par modulation, il faut nous reporter à sa définition profane et saisir sa potentialité théorique. La modulation est tout d'abord l'action de moduler, c'est à dire de créer des variations dans un ensemble cohérent. Le terme de modulation trouve notamment application dans le domaine musical où il s'agit « *d'un changement de ton à un autre et/ou d'un mode à un autre à l'intérieur d'une même composition musicale, conformément aux règles de l'harmonie* »<sup>953</sup>. Ainsi, moduler c'est apporter une variation d'un des éléments constitutif d'une entité déterminée.

---

<sup>951</sup> La notion de « transpropriation » traduit également une forme hybride d'appropriation. En ce sens : *Supra* n° 226 à 229.

<sup>952</sup> Voir cependant : F. Lafay, *La modulation du droit par le juge, étude de droit privé et de sciences criminelles*, PUAM, 2006. Le terme se retrouve également dans le cadre de la modulation du temps de travail, qui est une des formes possibles d'aménagement du temps de travail.

<sup>953</sup> Dictionnaire CNRTL (Centre national de ressources textuelles et lexicales), « Modulation », (en ligne).

**286. Modulation et droit de propriété.** Appliquée à la propriété, la modulation apparaît parfois comme la variation des limitations que la propriété pourrait subir<sup>954</sup>. De manière générale, la modulation du droit de propriété nécessite la mise en place de techniques qui vont permettre cette modulation. C'est ainsi que les notions d'affectation et de destination ont pu être perçues comme ayant un effet modulateur sur les attributs du propriétaire<sup>955</sup>. De même, la propriété fiduciaire avait pu être analysée, avant l'apport du patrimoine d'affectation, comme une forme extrême de modulation de la propriété<sup>956</sup>. La modulation de la propriété peut donc se comprendre comme la variation de ses caractères, le « *changement de ton* » des éléments qui participent à sa définition. Moduler la propriété, c'est donc faire varier, à l'intérieur de la notion, son exclusivisme, son absolutisme ou sa perpétuité. Dans le cadre de l'usage partagé d'un bien, la modulation de la propriété peut favoriser l'inclusion d'autrui(s) dans le rapport d'appropriation. C'est alors la dimension relationnelle de la propriété qui est modulée. Dans ce cas, il est également possible de finaliser son propre usage, ou celui des autres, sur le bien. Ce faisant, c'est la dimension matérielle de la propriété qui sera modulée.

Si elle peut donc permettre l'inclusion d'autrui(s) dans le rapport d'appropriation, la modulation de la propriété se dessine comme une source duale : de manière traditionnelle, la modulation peut être imposée au propriétaire, par la loi et les règlements, entraînant alors une inclusion des tiers par l'extérieur (b). De manière plus originale, la modulation peut provenir de la volonté du propriétaire, l'inclusion sera alors interne à la propriété (a)<sup>957</sup>.

---

<sup>954</sup> M. Rolain, *Les limitations au droit de propriété en matière immobilière*, Thèse, Nice, 2015, p.32 : « *Pourtant, la définition du droit de propriété diffère d'une époque à l'autre, en raison des facteurs économiques et sociaux qui vont moduler sa portée. Cette modulation s'effectue par l'augmentation ou la diminution des limitations au droit de propriété* ».

<sup>955</sup> B. Mallet-Bricout, « Propriété, affectation, destination – Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *RJTUM*, n° 48, 2014, p. 537 *sqq.*, spéc. p. 550 : « *Si l'on s'en tient aux effets de l'affectation et de la destination en relation avec le droit de propriété, il faut souligner d'une part, la modulation des attributs du propriétaire* ».

<sup>956</sup> F. Barrière, *La réception du Trust au travers de la fiducie*, Litec, 2004. § 432 et 434 : « *La modulation que réalise la fiducie est originale, en ce sens qu'elle est la modulation la plus complète qui puisse être. Le droit du fiduciaire est en effet en principe un droit qui ne contient aucune prérogative devant être utilisée pour son bénéfice. Ce n'est pas pour autant un droit vide, puisque des prérogatives sont conférées au fiduciaire et puisque celui-ci a nécessairement un intérêt à détenir ces droits. Simplement la titularité du droit et l'appropriation du résultat de l'exploitation du droit sont dissociées : le bénéfice résultant de l'exercice des prérogatives attachées aux droits fiduciaires n'est pas attribué personnellement au fiduciaire (...) la propriété fiduciaire n'est pas aussi pleine et entière que la propriété ordinaire, (...) la propriété fiduciaire est une propriété imparfaite et amoindrie. Il n'en demeure pas moins que la propriété fiduciaire est une propriété* ».

<sup>957</sup> Cette dualité de source a été décrite par Judith Rochfeld à propos de l'accès. Selon l'auteure, l'accès pourrait être « choisi » par le propriétaire. L'accès pourrait également être subi par le propriétaire, c'est alors le législateur, l'administration où le juge qui imposerait l'accès à des tiers sur le bien. Voir : J. Rochfeld, « Accès (enjeux théoriques) », in *Dictionnaire des biens communs*, *op.cit.*, p.7 *sqq.*

## a) La modulation volontaire ou l'inclusion interne à la propriété

Concevoir l'inclusion comme une potentialité interne à la propriété nécessite de rechercher les techniques qui vont permettre de faire entrer un tiers dans le rapport d'appropriation et permettre la jouissance du bien. Naturellement, c'est donc vers les droits de jouissance qu'il vient de se tourner alors. Deux techniques principales semblent se distinguer, en fonction de l'objet sujet à l'inclusion : les droits réels ( $\alpha$ ) et les droits personnels ( $\beta$ ).

### $\alpha$ . L'inclusion par les droits réels

**287. Droit réel et modulation.** Dans notre appareillage dogmatique, les droits réels permettent d'octroyer la jouissance temporaire de certaines utilités d'un bien à un tiers. Plus que les droits personnels, les droits réels sont souvent perçus comme une institution limitatrice de la toute puissance du propriétaire<sup>958</sup>, au point de percevoir certains d'entre eux comme « *subversifs* »<sup>959</sup>. Les droits réels permettent une modulation de la propriété en opérant une distribution des utilités du bien grevé entre la propriété et le titulaire du droit réel. Le propriétaire a la faculté de transférer des utilités de son bien à un tiers, précision étant faite que ce transfert n'est pas conditionné à une « *prestation active* »<sup>960</sup> du tiers intéressé. Comme le soulignent Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet : « *La technique du droit réel repose sur un transfert d'utilité. Plutôt que de se réserver les utilités de sa chose, le propriétaire en concède le bénéfice à autrui* »<sup>961</sup>. Le droit réel va réaliser un démembrement des utilités de la chose appropriée. En cela, la technique des droits réels est vectrice d'accès aux utilités du bien, elle est, en ce sens, vectrice d'inclusion. Ce phénomène reste néanmoins l'apanage du propriétaire, lui seul pouvant décider de permettre à un tiers d'accéder aux utilités du bien. Il convient néanmoins de préciser que tous les droits réels ne peuvent être mis sur le même plan.

---

<sup>958</sup> R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », in *Le code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, p.351 : « la catégorie est intervenue en 1804 pour servir de contrepois à une propriété exclusive, capable de déséquilibrer toute l'organisation foncière existante ; mais si ces droits réels sauvaient le principe des saisines médiévales en les recyclant dans une construction juridique nouvelle, ils menaçaient aussi bien l'exclusivisme de la propriété de l'article 544, où s'incarnait pourtant l'idéologie libérale et individualiste du Code. »

<sup>959</sup> R. Boffa, « Quel avenir pour les droits réels », in *L'avenir du droit des biens*, Actes du colloque organisé à Lille le 7 mars 2014, R.Boffa (dir.), LGDJ, Coll. Grands colloques, 2016, p.83 *sqq.*, spé. p.89.

<sup>960</sup> « Dans ce cas, il s'opère un transfère d'utilité qui constitue lui-même un service. La prestation fournie par le propriétaire consiste à renoncer à exercer son pouvoir exclusif sur tout ou parties des utilités de son bien au bénéfice d'une personne déterminée. Nul n'est besoin, pour que celle-ci reçoive un service de la chose, qu'il fournisse une prestation active, il suffit qu'il s'interdise de faire obstacle au prélèvement par le titulaire du droit réel les utilités dont la jouissance lui a été accordée » F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, *op.cit.*, p.455.

<sup>961</sup> F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, *op.cit.*, p.457.



En effet, il est de coutume de distinguer entre les droits réels dits principaux et les droits réels accessoires et de voir une affectation de la valeur d'usage de la chose dans les premiers, tandis que la valeur d'échange serait affectée dans les seconds<sup>962</sup>. Si l'on reprend cette distinction, l'accès aux utilités ne concernerait que les démembrements de la valeur d'usage, celle qui représente « *la finalité propre de la chose, en en saisissant les qualités intrinsèques et particulières* »<sup>963</sup>, c'est-à-dire les droits réels principaux.

**288. Vers une modulation plus forte du droit propriété ?** La modulation de la propriété par les droits réels est en réalité classique et ne jure en rien avec l'ordre civil établi en 1804. Le Code civil lui offre cependant une faible portée, les modèles de droits réels prévus par ce corpus étant limités<sup>964</sup>. Telle était, du moins, la situation pendant plus de deux siècles. Aujourd'hui, la donne pourrait avoir changé. En reconnaissant qu'il est désormais possible de créer des droits réels en dehors des cas cités par l'article 543 du Code civil, il apparaît désormais possible de constituer des droits réels sur des utilités extrêmement précises du bien. À concevoir que le propriétaire peut multiplier ces droits réels spécifiques sur son bien et c'est les potentialités modulatoires de la propriété qui se verraient renforcées. Le chemin des possibles pourrait être tracé et, avec lui, la possibilité de concevoir pleinement la conciliation entre propriété et usage partagé d'un bien<sup>965</sup>.

## β) L'inclusion par les droits personnels

**289. Mécanisme de licence et modulation.** Loin de ces considérations théoriques portant sur les questions de conciliation entre usage partagé et propriété, la pratique a réussi à développer, dans le cadre de la propriété intellectuelle, une forte modulation de la propriété par les licences libres. Si nous avons déjà étudié les caractéristiques principales de ces licences<sup>966</sup>, il convient d'apporter un éclairage sur les relations qu'elles entretiennent avec la notion de propriété. Parce que l'auteur est le propriétaire temporaire de l'œuvre, il peut en déterminer qui pourra jouir de ses utilités. Dès lors, rien n'interdit à l'auteur de préférer un mode d'appropriation inclusif plutôt qu'exclusif. La licence libre est, en cela, une modulation de la propriété caractérisée par des droits personnels reconnus aux licenciés<sup>967</sup>. Ici, comme

---

<sup>962</sup> W. Dross, *Les choses*, *op.cit.*, n° 116 *sqq.* p.229 *sqq.*. Cette célèbre distinction se trouve, à l'origine dans la philosophie Aristotélicienne, on la trouve en premier dans l'*Ethique à Eudème* (III, 4, 1231 b 39 *sq.*) puis dans la *Politique* (I, 9, 1257 a 5 *sq.*).

<sup>963</sup> W. Dross, *op.cit.*, p.13.

<sup>964</sup> Sur la théorie dite de *numerus clausus* des droits réels, voir : *Supra* n° 134 à 137.

<sup>965</sup> L'importance de ces nouveaux droits réels est telle qu'ils feront l'objet du dernier titre de cette étude.

pour les droits réels, l'inclusion est volontaire. C'est bien la propriété, en ce qu'elle garantit la liberté d'user de son bien, qui va permettre d'inclure autrui dans son propre rapport d'appropriation et ainsi réaliser une jouissance partagée des utilités de l'œuvre.

Comparée aux droits réels, la modulation est ici plus forte. Plus que d'autoriser la simple jouissance de l'œuvre, le propriétaire va renoncer, *de facto*, à l'exclusivité des droits patrimoniaux compris dans la licence<sup>968</sup>, sans pour autant que cela constitue un abandon des droits<sup>969</sup>. Grâce à l'outil contractuel, le propriétaire va pouvoir mettre en place des droits et obligations à l'égard des usagers et réaliser la distribution des utilités de l'œuvre<sup>970</sup>. La licence dite *Copyleft* va, quant à elle, encore plus loin en imposant à tout auteur d'une œuvre dérivée de la diffuser également sous une licence *Copyleft*. Pour reprendre les mots de Mikhail Xifaras, les licences *Copyleft* utilisent « *l'arme de la propriété comprise comme exclusivité pour exclure l'exclusion* »<sup>971</sup>.

En conclusion, il est donc possible de voir dans la propriété une technique qui est véritablement vectrice d'inclusion et d'usage partagé. Que cela soit par le modèle des licences *Copyleft* ou par les droits réels, l'usage partagé du bien se réalise par la volonté du propriétaire. À ce titre, il s'agit bien d'accès choisi. Ainsi, loin de condamner la propriété, il semblerait plutôt que chaque propriétaire possède la possibilité de la détourner de sa philosophie initiale en opérant une modulation de ses prérogatives. Aussi, lorsqu'on inscrit ce processus dans une logique particulière, qu'elle soit de protection ou d'accès, les techniques d'inclusion décrites participent à un phénomène de fonctionnalisation de la propriété<sup>972</sup>.

---

<sup>966</sup> Voir *Supra* n° 241 et 242.

<sup>967</sup> Sur le contenu de ces droits : voir *Supra* n° 241.

<sup>968</sup> Pour une décision du fond qui retient que personne ne peut se faire reconnaître l'exclusivité d'un logiciel libre (licence GNU GPL dite « *copyleft* ») : TGI Chambéry, 15 novembre 2007.

<sup>969</sup> L'outil contractuel qu'est la licence démontre que les droits ne sont pas abandonnés, un tel cas signifierait que l'œuvre tombe dans le domaine public.

<sup>970</sup> En ce sens : N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., Coll. Manuel, 2018, n°1135 : « *Ces modèles contractuelles marquent la vitalité de la créativité contractuelle en propriété intellectuelle, la possibilité de modeler la convention en fonction d'un but recherché. Loin d'être un aveu de faiblesse de la propriété intellectuelle, ces licences sont la marque d'un droit de propriété fort soutenant la liberté contractuelle* ».

<sup>971</sup> M. Xifaras, « Le *Copyleft* et la théorie de la propriété », *Multitudes*, n°41, 2010.

<sup>972</sup> Nous rappelons, sur ce point, que la fonctionnalisation de la propriété a été décrite comme l'un des éléments caractéristiques de l'évolution postmoderne de la propriété : *Supra* n° 268.

## **b) La modulation imposée ou l'inclusion externe à la propriété**

**290. Une modulation d'origine légale ou administrative.** Seconde source de modulation de la propriété, l'inclusion dite externe impose au propriétaire d'inclure un tiers dans le rapport d'appropriation. L'usage partagé de la chose ne découle alors plus d'un acte de volonté, mais d'une imposition légale ou, parfois, administrative. Selon Judith Rochfeld, la technique serait encore plus corrosive que l'inclusion propriétaire et s'inscrirait « *à rebours de la conception moderne de la propriété* »<sup>973</sup>. Ici, les caractères de la propriété sont fourvoyés deux fois, dans sa phase interne en privant le propriétaire d'un pouvoir d'ensemble sur les utilités du bien et dans sa phase externe en ne pouvant s'opposer à l'intrusion de tiers dans le rapport d'appropriation. L'auteure vient cependant préciser que la technique n'a pas vocation « *à nier la propriété existante sur la ressource considérée mais de décréter légitime une jouissance – limitée – en durée et en substance – de certaines personnes* »<sup>974</sup>. Le mécanisme de l'accès « subi » se distingue donc par sa provenance, mais également par le fait qu'il nécessite, en amont, la reconnaissance d'un intérêt déterminé – souvent général – qui légitime l'accès des tiers aux utilités de ce bien. En ce sens, les formes d'inclusions externes dépendent majoritairement des logiques de protection et d'accès que nous avons auparavant explicitées. À partir de ces deux logiques, prenons deux exemples de modulation imposée.

**291. L'exemple des monuments historiques.** Institués par une loi du 13 décembre 1913<sup>975</sup>, puis modifiée par une loi de 1996 et plus récemment par celle du 7 juillet 2016, les biens classés en tant que monuments historiques possèdent un régime de protection spécifique<sup>976</sup>. Dans son principe, la loi de 1913 est claire, elle souhaite « *restreindre les pouvoirs du propriétaire sur sa chose au nom d'un intérêt public* »<sup>977</sup>. La logique est alors d'instaurer un régime de protection autour du bien concerné afin qu'il ne subisse pas des modifications qui pourraient en altérer la substance historique. Cela passe donc naturellement par une limitation des pouvoirs inhérents au propriétaire du bien. Techniquement, cela se concrétise par la mise en place d'une obligation positive de conservation ou par l'obtention d'une autorisation administrative pour toute réparation ou modification du bien. Pour certains

---

<sup>973</sup> J. Rochfeld, « Accès (enjeux théoriques) », in *Dictionnaire des biens communs*, op.cit., p.10.

<sup>974</sup> *Idid.* p.11.

<sup>975</sup> Sur ce point, voir : *Genèse d'une loi sur les monuments historiques*, La Documentation française, 2013.

<sup>976</sup> Pour plus de détails sur les spécificités du régime de protection des biens classés monuments historiques : *Infra* n° 373 à 376.

<sup>977</sup> Citation extraite la loi de 1913, citée par : M. Cornu, J.-M. Leniaud, « Monument historique (approche historique de l'art et approche juridique) », in *Dictionnaires des biens communs*, op.cit., p.814.

auteurs, le propriétaire du bien est relégué à un rôle de « *dépositaire* »<sup>978</sup>, un propriétaire « *sous tutelle* »<sup>979</sup>. Ainsi, le régime des monuments historiques vient clairement limiter l'exclusivisme propriétaire, d'une part en imposant la présence des autorités publiques dans le rapport d'appropriation et, d'autre part, en sclérosant les pouvoirs du propriétaire sur son bien. Ici, la propriété est alors modulée par une limitation du pouvoir d'action du propriétaire sur son bien.

Peut-on néanmoins parler d'une modulation qui permette l'inclusion ? La question est légitime, puisqu'aucun droit spécifique ne permet d'inclure un tiers dans le rapport d'appropriation. Toutefois, en œuvrant à la conservation de biens composant le patrimoine culturel français, il est possible percevoir une inclusion indirecte dont les bénéficiaires seront les générations futures. L'inclusion est alors transgénérationnelle. De manière plus directe, des incitations fiscales<sup>980</sup> sont prévues afin que les propriétaires favorisent l'accès des monuments historiques au public ou aux communautés scientifiques. Ici, la volonté du propriétaire est alors nécessaire, l'inclusion est donc interne et permettra un usage partagé direct au bien. Dans l'ensemble, le phénomène d'inclusion peut être qualifié de mixte, c'est-à-dire tant imposé que volontaire.

**292. L'exemple des exceptions au droit d'auteur.** Nous avons vu que la logique de l'accès repose avant tout sur la volonté de l'auteur. Pourtant, le législateur a également reconnu des formes d'accès à des utilités spécifiques d'un bien intellectuel. Ainsi, le droit d'auteur, mais également le droit des brevets<sup>981</sup>, connaissent certaines exceptions légales qui peuvent participer de la logique d'accès décrite et réalisent une forme d'usage partagé du bien. Nous avons déjà évoqué l'existence, en droit d'auteur, d'une exception dite de copie privée<sup>982</sup>. Celle-ci n'est pas isolée, les différentes exceptions au droit d'auteur étant

---

<sup>978</sup> J. Rochfeld, « Quel modèle pour construire les communs ? », in *Repenser les biens communs*, op.cit., p.126

<sup>979</sup> M. Cornu, J.-M. Leniaud, op.cit.

<sup>980</sup> Article 795 A du Code général des impôts : « Sont exonérés des droits de mutation à titre gratuit les biens immeubles par nature ou par destination qui sont, pour l'essentiel, classés ou inscrits sur l'inventaire supplémentaire des monuments historiques, ainsi que les biens meubles qui en constituent le complément historique ou artistique, dès lors que les héritiers, les donataires ou les légataires ont souscrit avec les ministres chargés de la culture et des finances une convention à durée indéterminée prévoyant le maintien dans l'immeuble des meubles exonérés et leurs conditions de présentation, les modalités d'accès du public ainsi que les conditions d'entretien des biens exonérés, conformément à des dispositions types approuvées par décret. »

<sup>981</sup> Afin de rester le plus pédagogique possible, nous nous contenterons ici uniquement sur le principe des exceptions en droit d'auteur. Par la suite, nous procéderons à une étude plus approfondie de ces différentes exceptions : *Infra* n° 407 à 415.

<sup>982</sup> Voir *Supra* n° 165.

plurielles<sup>983</sup>. Aussi, pour comprendre en quoi consiste une exception, il convient de revenir sur son principe même. Nous avons vu que le droit d'auteur conférait une forme de propriété temporaire sur l'œuvre et, qu'à ce titre, l'auteur était titulaire de droits exclusifs pouvant être défendus, le cas échéant, par une action en contrefaçon. Les exceptions au droit d'auteur sont justement une limitation à ce principe. Le législateur a ainsi établi que certaines utilités de l'œuvre ne peuvent être pleinement réservées. L'auteur voit donc cette utilité être partagée avec des tiers dont la qualité sera déterminée par la loi. Il s'agit donc d'exceptions à l'exclusivité des droits patrimoniaux et participent plus largement à une logique d'accès<sup>984</sup>. L'accès est alors « subi », puisqu'imposé à l'auteur par des dispositions du Code de la propriété intellectuelle. Certains auteurs, cherchant une qualification commune à ces exceptions au droit d'auteur, y ont vu des servitudes<sup>985</sup>, des formes spécifiques d'expropriation<sup>986</sup>, ou encore une forme de « *réquisition d'usage* »<sup>987</sup>. Quoi qu'il en soit, la logique est limpide, l'œuvre reste bien soumise au droit d'auteur et à son exclusivisme mais certaines de ses utilités sont rendues accessibles à un groupe déterminé. Avec les exceptions au droit d'auteur, le législateur fait primer l'intérêt général sur les intérêts privés. La modulation de la propriété, ici imposée par la loi, touche directement la dimension exclusiviste de la propriété intellectuelle et forme, autour de l'œuvre, un patchwork où la propriété de l'auteur cohabite avec l'usage partagé de certaines utilités de l'œuvre. La modulation, ici imposée, permet donc une inclusion. Il ne sera pas étonnant, que certains

---

<sup>983</sup> Les exceptions reconnues en droit d'auteurs sont prévues par l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, on y retrouve la copie privée, la représentation privée, le droit de citation, de caricature, de postiche, le droit d'utiliser une œuvre dans le cadre de l'enseignement universitaire, dans les bibliothèques ou les musées. De même, certaines activités professionnelles sont visées, ainsi la reproduction d'une œuvre dans un catalogue de vente est également autorisée. Les logiciels sont également visés par des exceptions prévues par l'article L. 122-6-1 du Code de la propriété intellectuelle, il s'agit alors de l'exception de copie de sauvegarde, de décompilation ou de reproduction pour l'étude technique du logiciel.

<sup>984</sup> Pour un auteur, ces exceptions seraient des « *expropriations, mais qui sont réalisées à des fins privées* » : C. Caron, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G*, 2004, doctr. 162 *sqq*, spéc. n° 3. Cette analyse peut cependant être contestée, l'auteur n'est pas exproprié de son utilité, il en a toujours la jouissance, cette dernière est seulement partagée avec d'autres que lui. La propriété emportant la jouissance du bien, il apparaît difficilement soutenable qu'il puisse s'agir d'une expropriation.

<sup>985</sup> P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 11<sup>ème</sup> éd., P.U.F, Coll. Classique, 2019, n°333 : « *On pourrait rapprocher ces exceptions de la servitude, traduisant en droit civil les inconvénients qu'un propriétaire doit supporter sur son bien, dans l'intérêt d'autrui* ».

<sup>986</sup> C. Caron, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G*, 2004, I, p.162 *sqq*. n°3.

<sup>987</sup> C. Simler, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, Coll. du CEIPI, 2010., n°127 : « *Ces exceptions ne permettent pas à leur bénéficiaire de se comporter comme un véritable titulaire des droits. Elles n'organisent qu'une réquisition de l'usage de l'œuvre* ».

auteurs américains perçoivent, notamment grâce à l'exception dite du *faire use*, des formes de *semi-communs*<sup>988</sup>.

\*\*\*\*\*

Les techniques de modulation de la propriété étudiées permettent de conclure à la formalisation de deux ordres d'inclusion. Lorsque le fait d'inclure des tiers dans un rapport d'appropriation déterminé ne provient pas de la volonté du propriétaire, mais s'impose à lui, le législateur réalise une inclusion externe. À l'inverse, lorsque l'inclusion procède de la volonté du propriétaire même, c'est alors un droit d'inclusion consubstantiel à la propriété qui se cristallise.

**293. L'inclusion imposée.** Dans cette hypothèse, l'inclusion prend la forme d'une limite à la propriété. Ce faisant, le législateur, reconnaît indirectement la nécessité d'inclure autrui dans le rapport d'appropriation. Évidemment, ces reconnaissances sont diverses et dépendent tant du type de bien concerné que de l'intérêt qu'il représente. C'est ainsi que l'exception de copie privée peut être analysée comme une inclusion imposée à l'auteur. L'inclusion est alors limitée à une utilité particulière – celle du droit de reproduction de l'auteur – et encore spécifiée par une condition : que son usage soit strictement réservé à la sphère privée. Ce faisant, le législateur procède à une modulation de la propriété conférée aux auteurs, en limitant l'exclusivisme de ceux-ci. C'est ainsi qu'ils ne pourront opposer aux usagers de cette exception une action en contrefaçon, traduction intellectualiste de l'action en revendication<sup>989</sup>. Par rapport à la propriété, il s'agit d'une limite externe à la notion. En somme, le droit à l'inclusion n'est peut-être qu'une émanation de la deuxième partie de l'article 544 du Code civil.

**294. L'inclusion interne à la propriété ou le droit d'inclusion.** Arguer d'une formalisation d'un droit d'inclusion inhérent à la propriété n'a rien d'orthodoxe. Plus encore, cela s'opposerait frontalement à la philosophie moderne de la propriété qui voit dans le pouvoir d'exclure autrui le fondement de la notion. Pourtant, inclure un tiers dans son propre rapport d'appropriation n'a rien d'exotique, les droits réels et personnels de jouissance d'un

---

<sup>988</sup> R.A. Herverly, « The Information Semicommons », *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 18, Issue 4, 2003, p.1127 *sqq.*

<sup>989</sup> Sur ce point, voir : C. Simler, *op.cit.*, n°153 *sqq.*, p.122 *sqq.*

bien approprié par un tiers sont nombreux et demeurent des mécanismes juridiques essentiels. Par l'utilisation de certains mécanismes qui opèrent une modulation de la propriété, il est parfaitement envisageable, pour un propriétaire, de pouvoir administrer les usages du bien. Ce droit d'inclusion, formalisé par certains auteurs<sup>990</sup>, peut être compris comme le pendant de l'exclusivisme. Puisque le propriétaire peut, au nom de ce droit d'exclusion, décider d'avoir un rapport pleinement individuel sur son bien ; pourquoi ne pourrait-il pas, à l'inverse, choisir un modèle plus inclusif ? La possibilité d'inclure autrui dans son rapport d'appropriation ne dépend que de la volonté du propriétaire et des techniques qui en viennent à l'appui. Contrairement à l'inclusion imposée au propriétaire, le droit d'inclusion n'est pas une limite de la propriété, mais une potentialité. Si la propriété est le droit de jouir des choses de la façon la plus absolue, elle est avant tout une sphère de liberté qui permet au propriétaire d'administrer les usages du bien selon sa volonté. C'est ainsi qu'il peut décider d'avoir une main mise sur la totalité des utilités de la chose ou choisir de distribuer ces utilités, et moduler la propriété dans une direction plus inclusive. Comme l'a souligné Phillippe Jestaz « *la propriété, souvent définie comme le droit d'exclure autrui, a néanmoins une constante vocation à inclure plusieurs titulaires* »<sup>991</sup>.

## Conclusion du chapitre II

**295. Les logiques de protection et d'accès.** À partir de l'étude sur la théorie des communs, il a été possible de percevoir deux mouvements qui viennent bouleverser le rapport classique d'appropriation, une logique visant à protéger les biens et les inclure dans un processus de gestion pérenne et une autre fondée sur l'idée d'un accès direct au bien en vue de son amélioration et plus généralement, du partage des connaissances. Ces logiques étudiées se fondent au départ sur un intérêt collectif qui va venir transcender les intérêts individuels et qui sera appuyé par des techniques juridiques qui permettront sa réalisation.

**296. La place centrale de l'usage partagé.** De ces logiques, l'usage partagé semble ressortir comme un élément commun. Que cela soit pour les logiques de protection ou dans les logiques d'accès, l'usage partagé va être au cœur des éléments qui permettent la

---

<sup>990</sup> Le droit d'inclure a notamment été théorisé et éprouvé dans un article Daniel B. Kelly : D.B. Kelly, « The Right to Include », *Emory Law Journal*, vol. 63, 2014, p.857 *sqq.* L'auteur opère ainsi une distinction entre l'inclusion volontaire et l'inclusion involontaire. La distinction entre l'une et l'autre des formes d'inclusion se fonde sur la source de l'inclusion, c'est-à-dire légale ou propriétaire.

<sup>991</sup> P. Jestaz, « L'atemporalité et l'autonomie des grands concepts et principes en droit privé », *Penser l'ancien droit privé*, X. Prévost et N. Laurent-Bonne (dir.), LGDJ, 2018, p. 57

réalisation de leur finalité. Tel est notamment l'enseignement principal de l'étude de ces logiques, celui d'une fonctionnalisation du rapport d'appropriation. La propriété est alors instrumentalisée afin de pouvoir répondre à un objectif déterminé. L'usage partagé est ainsi un élément déterminant de cette approche, permettant à la fois d'être un outil de réalisation du but déterminé tout en étant le reflet de l'intérêt collectif qui guide ces logiques. En cela, l'usage partagé d'un bien interroge la notion de propriété, il pourrait être perçu comme l'un des prémices d'un droit des biens postmoderne.

**297. L'usage partagé, reflet d'une propriété inclusive.** Aussi, nous concluons en disant que l'usage partagé ne doit pas être perçu comme une notion concurrente de la propriété mais plutôt comme une finalité potentielle du rapport d'appropriation. Une forme d'appropriation qui fait primer l'inclusion sur l'exclusion et qui se revêt d'une dimension collective organisée autour de la distribution des utilités du bien. Cette inclusion peut alors prendre deux formes : instituée par la loi et les règlements ou réalisée par la volonté du propriétaire. Dans un cas, comme dans l'autre, la réalisation de l'usage partagé des utilités du bien nécessitera de moduler les prérogatives du propriétaire. En somme, le propriétaire pourrait ainsi, au départ, déterminer le modèle d'appropriation qu'il veut suivre : un modèle exclusif, individuel et unitaire ou, au contraire, un modèle inclusif, collectif et partagé.



## Conclusion du Titre

**298. Le « retour » de l'usage partagé.** Étudier les notions à travers leur dynamisme permet d'évoquer l'idée d'un retour. Le postulat historique de départ, celui d'un antagonisme des notions, avait pourtant été réceptionné par un certain discours économique au XX<sup>ème</sup> siècle. Avec le renouveau des communs, c'est la possibilité de concevoir une propriété fondée sur une communauté, distributive des utilités du bien, et inscrite dans une finalité particulière qui s'entrouve. De façon plus générale, des logiques collectives fondées sur la protection d'un bien ou sur l'accès à celui-ci signent le retour de l'usage partagé comme une relativité nouvelle, un réel à prendre en compte.

**299. Les finalités de la propriété.** Ces logiques collectives instrumentalisent la propriété. Celle-ci s'éloigne de sa vocation première qui est de permettre au propriétaire de jouir du bien de la manière la plus absolue. La protection environnementale en donne le parfait exemple. La propriété moderne permet de mésuser du bien, ouvrant ainsi la possibilité de le détruire. Lorsque la propriété s'inscrit dans une logique de protection du bien, c'est la finalité de la propriété qui s'en voit bouleversée, elle change alors de vocation. Il s'en suit une instrumentalisation des usages du bien, voire du partage de ceux-ci entre plusieurs titulaires qui vont œuvrer à la réalisation de cette logique. La propriété devient un instrument dédié à la réalisation d'une logique déterminée.

**300. La conciliation des notions, la propriété modulateur et inclusive.** L'inclusion est une traduction de l'usage partagé du bien. De manière traditionnelle, cette inclusion pourra se réaliser par le législateur, ou l'administration. Le propriétaire se voit alors imposé un usage partagé de son bien par la collectivisation d'une ou plusieurs de ses utilités. L'inclusion lui est alors imposée. Pourtant, le propriétaire peut, par lui-même, inclure autrui dans son rapport d'appropriation, distribué certaines des utilités de son bien, et décider d'instrumentaliser sa propriété dans un but précis. L'inclusion révèle alors une potentialité de la propriété.



## Conclusion de la Première Partie

**301.** En choisissant comme présupposé méthodologique une étude dynamique des notions, il a été possible d'étudier les oppositions, tant théoriques qu'historiques, mais également les liens que l'usage partagé d'un bien et de la propriété peuvent nouer. Deux mouvements généraux ont pu être analysés. Le premier, fondamentalement antagoniste, n'est que le reflet de l'histoire. Le second, plus conciliateur, semble être l'écho de problématiques contemporaines.

**302.** Prises dans leur dimension historique, les notions ne peuvent que s'opposer. Elles s'inscrivent toutes deux comme le paradigme d'un âge différent, répondant alors aux nécessités de leur temps autant qu'à la perception que se fait l'homme du monde qui l'entoure. Dans l'époque pré-moderne, les choses ont une centralité, l'homme s'inscrit parmi elles, dans un rapport d'horizontalité. Le système d'appropriation médiéval semble en être la juste traduction. Que cela soit par la notion de saisine ou par des droits d'usage coutumiers, les droits portant sur la chose se superposent et s'imbriquent, créant autour d'elle une relation plurielle. Les utilités de la chose sont ainsi partagées. L'époque moderne, quant à elle, construira le rapport d'appropriation à l'image d'un homme nouveau, pouvant dominer les choses et leur matière. Le rapport entre homme et chose s'est verticalisé, emportant avec lui une nécessité nouvelle, celle de pouvoir établir un rapport exclusif et totalisant à la chose, ce qui se traduira par la propriété moderne. Historiquement, l'usage partagé et la propriété se comprennent par opposition.

**303.** Dans la réalité contemporaine, les notions ne paraissent plus si opposées, elles s'entremêlent au vu de considérations nouvelles, souvent porteuses d'un intérêt collectif. Le développement de la théorie des « communs » et, plus généralement, des logiques collectives placent le partage de l'usage de la chose comme une réalité émergente de notre droit. La propriété, pourtant rétive à ce phénomène, est-elle mise en péril ? Il semble plutôt que le cheminement soit inversé, la propriété, contredite dans ses fondements modernes, s'adapte<sup>992</sup>. C'est ainsi que certains auteurs feront une utilisation dérivée de leur droit de propriété, en permettant à des tiers de jouir des droits patrimoniaux qui lui sont initialement réservés.

---

<sup>992</sup> Nous rejoignons, ici, la position de Marie-France Renoux-Zagamé : « *si la propriété n'en finit pas de mourir, c'est peut-être aussi qu'elle ne cesse de ressusciter, ou de se survivre, ou de se transformer* » : M.-F. Renoux-Zagamé, « Définir le droit naturel de propriété », in *Histoire de la justice*, n°19, 2009, p. 321.

Lorsqu'elle est confrontée à ces logiques, la propriété apparaît s'instrumentaliser et s'inscrire dans une finalité particulière. Elle n'est plus la traduction du seul intérêt du propriétaire, mais devient le réceptacle d'intérêt supérieur, lui donnant une fonction particulière. La propriété, dans ce cas, n'est plus seulement exclusive, mais devient inclusive, par suite, elle n'est plus le reflet de l'approche dogmatique du propriétaire souverain. Quelle que soit la source de cette inclusion, la propriété se module, dans son absolutisme par une limitation substantielle des pouvoirs du propriétaire sur son bien, mais également dans son exclusivisme, par une reconnaissance de plusieurs titulaires de droits différents sur le bien. Plus tout à fait moderne, la propriété subit un processus d'hybridation, auquel l'usage partagé du bien participe. À ce titre, l'inclusion se révèle comme une potentialité de la propriété, appuyée par des techniques qui en permettent la réalisation. Les droits réels d'abord, en ce qu'ils permettent la jouissance de la chose d'autrui, mais également les droits personnels, notamment dans le cadre de la propriété intellectuelle. Cependant, l'usage partagé du bien ne sera rarement institué avec, pour seule vocation, qu'une distribution des utilités de la chose appropriée. Il s'inscrit, majoritairement, comme la traduction d'une logique collective, elle-même guidée par un intérêt collectif. Il participe d'une instrumentation de la propriété. Ces potentialités méritent d'être explorées.

## Seconde Partie

### Usage et propriété : les techniques de conciliation

**304.** Concevoir la conciliation entre l'usage partagé et la propriété nécessite d'appréhender les techniques qui permettent de moduler la propriété, c'est-à-dire d'en faire varier les caractères. Les logiques collectives précédemment étudiées permettent d'appréhender ce qui devra être recherché. Que cela soit dans le cadre d'une logique de protection ou d'une logique d'accès, la propriété se finalise, elle devient un outil permettant d'atteindre une finalité précise à laquelle l'usage partagé du bien participe. Ce faisant, la propriété se fonctionnalise et le rapport d'appropriation prend une dimension collective. Ce phénomène, commun aux différentes formes d'usage partagé étudiées, se révèle comme étant une technique transversale qui, *in fine*, permet de rendre la propriété inclusive. Les mécanismes qui, en droit positif, en permettent la réalisation, devront alors être révélés (Titre I).

Cette première étape achevée, la détermination des techniques permettant de concilier la propriété à l'usage partagé s'éclaircira. Il sera alors possible de rendre compte des moyens, comme des manques, aux outils juridiques actuels qui permettent de fonctionnaliser collectivement le rapport d'appropriation. En conséquence, il sera nécessaire d'étudier les potentialités d'une technique renouvelée du droit des biens, celle des droits portant sur les utilités de la chose d'autrui, laquelle pourrait également permettre de concilier l'usage partagé et la propriété (Titre II).

**Titre I : La fonctionnalisation collective du rapport d'appropriation : technique transversale**

**Titre II : Les droits sur les utilités de la chose : technique renouvelée**



## TITRE I

### La fonctionnalisation collective du rapport d'appropriation : technique transversale

**305. Définition de la fonctionnalisation.** Le choix du terme « fonctionnalisation » ne doit rien au hasard, il nous paraît traduire parfaitement le processus qui est à l'œuvre dans les logiques de protection et d'accès que nous avons étudiées, un phénomène d'instrumentalisation du rapport d'appropriation. En effet, à regarder sa définition profane, la fonctionnalisation est un processus ayant pour finalité de « *rendre fonctionnel, adapter parfaitement à une fonction déterminée, à un but spécifique* »<sup>993</sup>. Appliquée au rapport d'appropriation, la fonctionnalisation équivaut donc à donner à la propriété une fonction déterminée ou un but spécifique tout en devant l'adapter à la réalisation de ce rapport. La perception d'un double mouvement est ici aisée, la détermination d'une finalité devant être accompagnée d'une mise en place de moyens techniques qui pourront permettre son accomplissement. Le terme de fonctionnalisation porte donc une dimension tant théorique que technique.

**306. La dimension théorique de la fonctionnalisation.** Le terme de fonctionnalisation n'est pas inconnu du droit des biens. Il renvoie indubitablement à la théorie de la fonction sociale de la propriété<sup>994</sup> de Duguit et plus largement à l'idée de propriété fonctionnelle. Cette assignation d'une fonction déterminée à la propriété n'est d'ailleurs pas propre à l'auteur bordelais puisque certains auteurs évoquent, aujourd'hui, la possibilité d'une « *fonction*

---

<sup>993</sup> Dictionnaire Universalis, en ligne : <https://www.universalis.fr/dictionnaire/fonctionnalisation/> (Consulté le 7/05/18)

<sup>994</sup> Jean-Louis Halpérin souligne d'ailleurs l'importance du « fonctionnalisme » et notamment son double aspect théorique et pratique dans la théorie de la fonction sociale chez Duguit : « *L'appréhension de la propriété comme fonction sociale servait de la sorte à promouvoir les associations et même les fondations (« l'autonomie de tout patrimoine collectif ») constituées dans un but social. Comme Saleilles, Duguit utilisait l'idée (venue du patrimoine d'affectation de Brinz) pour justifier les solutions jurisprudentielles issues de la séparation des Églises et de l'État. L'affectation aux fidèles et aux ministres du culte (autorisés par la hiérarchie) des églises devait l'emporter sur les droits du propriétaire, la commune ne pouvant désigner un ministre du culte « schismatique ». Il y avait une part de « fonctionnalisme », pour servir plusieurs causes de nature théorie et pratique, dans la conception de la propriété, fonction sociale chez Duguit* » : J.-L. Halpérin, « Fonction sociale de la propriété », in *Dictionnaire des biens communs, op.cit.*, p.559 sqq., spéc. p.561.

*environnementale* »<sup>995</sup> de la propriété. C'est ainsi que les logiques d'accès et de protection s'inscrivent dans une dimension fonctionnelle de la propriété. En effet, que cela soit le fruit de la volonté du propriétaire ou que cela lui soit imposé de façon externe, ces logiques vont venir fonctionnaliser la propriété en la détournant de ses fins originelles – autrement dit le seul intérêt du propriétaire – vers des fins d'essences plus collectives. Il peut s'agir, alors, d'une " fonctionnalisation collective ".

**307. Dimension technique de la fonctionnalisation.** Après avoir démontré que l'inclusion reposait sur une fonctionnalisation du rapport d'appropriation, il convient désormais d'en extraire le volet technique. Ici, ce sont les mécanismes qui vont permettre de moduler la propriété, et ainsi garantir la réalisation de la fonctionnalisation collective, qui seront recherchés. Pour ce faire, il conviendra d'opérer en deux temps. D'abord, la recherche de l'aspect technique de la fonctionnalisation collective sera effectuée à travers des mécanismes présents dans notre droit civil afin d'en tirer une substance commune (Chapitre I). Cette première étape réalisée, il conviendra de rechercher la présence de ces mécanismes de fonctionnalisation à travers les objets des logiques de protection et d'accès (Chapitre II). Ainsi, nous pourrons éprouver notre hypothèse de départ : la fonctionnalisation est un mécanisme qui module la propriété et peut permettre l'usage partagé d'un bien approprié.

---

<sup>995</sup> B. Grimonprez, « La fonction environnementale de la propriété », *RTD civ*, 2015, p.539 *sqq.*



## **Chapitre I**

### **Destination et affectation, mécanismes de fonctionnalisation collective**

En dehors de certaines évocations doctrinales, le terme de fonctionnalisation n'est pas présent dans notre Code civil. Pourtant, en droit civil, deux notions, celle de destination et d'affectation, sont consubstantiellement liées à l'idée de finalité et de but. Prises en tant que telles, les notions ne jouissent d'aucune définition légale ou jurisprudentielle, laissant le champ libre à la construction doctrinale. Dès lors, pour percevoir en quoi ces mécanismes participent au processus de fonctionnalisation collectif qui semble être à l'œuvre dans les logiques étudiées, il convient d'abord d'étudier leurs points de ressemblance et de dissonance. Ainsi, en recherchant les caractéristiques qui leurs sont communes, il sera possible de dresser un premier portrait, certes très général, des mécanismes de fonctionnalisation (Section 1).

Une fois ce premier travail effectué, le spectre d'analyse devra être réduit. La généralité de départ laissera alors la place à une recherche plus spécifique, celle de la potentialité collective de ces mécanismes (Section 2). Ainsi, si notre hypothèse se vérifie, nous verrons que les notions de destination et d'affectation, prises dans leurs caractères communs, ne sont pas étrangères aux logiques collectives et constituent une technique essentielle de l'usage partagé d'un bien.

#### **Section 1 : Les caractères communs des mécanismes de fonctionnalisation**

L'étude des mécanismes de fonctionnalisation nécessite, en préliminaire, la recherche de leurs caractères communs. À ce titre, les notions de destination et d'affectation ont fait l'objet d'études doctrinales complètes qui ont permis tantôt de les rapprocher, tantôt de les assimiler ou encore de les différencier. Pourtant, les notions de destination et d'affectation paraissent proches. Toutes deux liées à la détermination d'un but, elles paraissent tant se confondre que se compléter. Il convient donc, dans un premier temps, d'aborder la définition des notions, d'en étudier les domaines et les applications, afin de pouvoir réduire notre prisme d'analyse à un objet commun (I). Une fois les notions réduites à un cadre similaire, il sera alors possible d'analyser leur substance, c'est à dire la mise en place d'une forme de fonctionnalisation (II).

## I/ Destination et affectation, des notions similaires ?

**308.** Si les notions de destination et d'affectation ont toutes deux fait l'objet de nombreuses études en doctrine, la plupart d'entre elles se sont résolues à les étudier soit à travers leurs applications à un objet précis<sup>996</sup> soit par le prisme de l'influence<sup>997</sup>/ du rôle<sup>998</sup> qu'elles génèrent. De ces études spécialisées, qui ne prennent pas pour sujet la notion de destination et d'affectation, mais l'objet sur lequel l'une ou l'autre notion va se greffer, il est délicat de tirer un substrat. Comme l'a soulevé un auteur : « *l'affectation est devenue (...) une notion tellement polysémique et floue qu'elle devient capable de tout expliquer, c'est-à-dire, en réalité, de ne plus rien expliquer du tout* »<sup>999</sup>. Pour la destination, le constat pourrait être similaire.

Les études strictement notionnelles ne sont pourtant pas absentes du paysage doctrinal et ont permis de dégager des définitions propres, tout en redorant le blason de notions qui semblaient vivre en marge du droit privé des biens<sup>1000</sup>. À ce titre, deux thèses de doctorat en particulier méritent d'être citées, celle de Serge Guinchard portant sur la notion d'affectation,<sup>1001</sup> et celle de Romain Boffa sur la destination<sup>1002</sup>. Ces travaux demeurent, aujourd'hui encore, les deux principales études fondamentales et exhaustives des notions. Si

---

<sup>996</sup> Pour exemples, voir : J. Séchier-Dechevrens, *Essai sur la notion d'immobilisation par destination*, Thèse Lyon, 2005 ; P. Gulphe, *L'immobilisation par destination*, Thèse, Paris, 1943 ; C. Dreveau, *L'affectation de l'immeuble : étude de droits des biens et de droits des contrats*, Thèse, Nantes, 2008 ; L. Belfanti, *La notion de destination de l'immeuble en copropriété*, Thèse, Montpellier I, 1999. Plus généralement : G. Barbier, *La subjectivisation des choses en droit privé*, Thèse, Bordeaux, 2016. La notion d'affectation fut notamment largement étudiée avec l'apparition de la technique de la fiducie en droit français, et du patrimoine d'affectation. Sur ce point, voir notamment : A. Arsac, *La propriété fiduciaire : nature et régime*, LGDJ, Coll. Droit des affaires, 2015 ; *Les patrimoines affectés*, J. Julien et M. Rebourg (dir.), Presses de l'Université de Toulouse I Capitole – LGDJ – Lextenso, Coll. Actes du colloque de l'IFR, 2013 ; voir également : M.-C. Aubry, *Le patrimoine d'affectation*, Thèse, Paris 13, 2010.

<sup>997</sup> R. Garron, « Influence de la destination sur le régime juridique des droits », *D.*1965, p.191 *sq.*

<sup>998</sup> J.-P. Storck, *Recherche sur le rôle de la destination des biens en droit privé*, Thèse, Strasbourg, 1979.

<sup>999</sup> F. Masson, *La propriété commune*, Thèse, Paris I, 2016, p.211.

<sup>1000</sup> En effet, le prestige de la notion d'affectation en droit public des biens n'est plus à démontrer puisqu'elle joue un rôle cardinal dans la détermination du domaine public. Sur ce point, voir notamment : H. Saugez, *L'affectation des biens à l'utilité publique : Contribution à la théorie générale du domaine public*, Thèse, Orléans, 2012. De même, l'affectation joue également un rôle majeur dans la notion de « biens publics » puisque le régime de ces derniers, comme en dispose l'article L.211-1 du CGPPP « *Le domaine public d'une personne publique (...) est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de services public* ». La littérature portant sur le lien existant entre affectation et propriété publique, et donc biens publics, est grande. Pour une étude complète de la question : P. Yolka, *La propriété publique : éléments pour une théorie*, LGDJ, 1997.

<sup>1001</sup> S. Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé*, LGDJ, 1976.

<sup>1002</sup> R. Boffa, *La destination de la chose*, Defrénois, 2008.

la pensée des auteurs est éminemment subjective, chacun d'eux a procédé à un travail de classification et d'essentialisation des notions. Dans nos futurs développements, ces deux études nous seront d'une grande aide. En reprenant les contours des notions qu'elles ont tracés, elles nous permettront d'appréhender celles-ci, d'en saisir les domaines d'application et donc, à terme, de pouvoir leur appliquer le prisme spécifique de l'usage partagé d'un bien. En complément de ces deux études, des récents travaux<sup>1003</sup> – tout autant fondamentaux – nous aideront à révéler les liens consubstantiels qui semblent unir les notions à celles de volonté et de finalité. Tous ces savoirs feront office de guides, ils nous permettront d'abord d'opérer un travail de définition à travers une étude commune des notions d'affectation et de destination (A). Cela nous permettra, ensuite, de pouvoir déterminer leur domaine d'application et, surtout, de saisir celui qui est applicable aux cas ici étudiés (B). Réduite à un champ d'application spécifique, il nous sera alors possible de conclure à une nature commune des notions, celle de mécanisme de fonctionnalisation.

#### **A. Affectation et destination, des notions interdépendantes**

À première vue, il serait aisé d'opérer une dichotomie entre les définitions proposées pour la notion d'affectation et celles de destination. Cependant, en raison de la polysémie dont les notions font preuves, nous préférons procéder en définissant les notions l'une par rapport à l'autre, cela nous permettra d'embrasser l'ensemble du champ juridique qu'elles couvrent et de découvrir si les notions se conçoivent dans l'altérité, la complémentarité ou la similarité. À ce titre, deux approches doctrinales sont généralement soutenues : ou les notions sont assimilées (2), ou les notions sont distinguées (1). En étudiant successivement les deux positions, nous verrons qu'elles ne sont pas si éloignées, et que les auteurs qui distinguent ces notions les inscrivent dans un mouvement plus général, dans une forme de complémentarité. Il conviendra, dès lors, de déterminer si les deux notions peuvent être envisagées par une interdépendance commune.

---

<sup>1003</sup> La notion d'affectation a notamment fait l'objet d'études comparatives importantes, spécialement en comparant la notion en droit français et en droit québécois. À ce titre, un colloque s'est proposé de réfléchir à la notion même d'affectation, se plaçant alors dans une volonté de recherche fondamentale de la notion. Comme les études de Serge Guinchard et Romain Boffa, ces recherches nous seront d'une grande aide pour appréhender la notion. Voir : « Colloque du centre Paul-André Crépeau de McGill portant réflexions sur l'affectation », publié à *RJTUM*, n°48, 2014.

## 1. La distinction de l'affectation et de la destination

Saisir la quintessence des notions d'affectation et de destination n'est pas chose aisée, les notions paraissent se confondre et leurs singularités ne s'observent qu'avec difficulté. Dans ce travail, le recours à l'étymologie des mots peut être d'une aide précieuse.

**309. Etymologie.** Le terme de destination trouve ses origines au XII<sup>ème</sup> siècle dans le cadre d'une bulle papale de Grégoire et prendrait comme sens le « *choix prédestiné de Dieu* »<sup>1004</sup>. Il se retrouve également plus tard, au XV<sup>ème</sup> siècle, comme « *l'emploi auquel une chose est destinée* »<sup>1005</sup>. Aussi, le terme même de destination serait une construction linguistique provenant à l'origine du latin *destinatio* qui signifierait « *fixer* », et de *destinare*, traduisible par « *fixé par le destin* »<sup>1006</sup>. Pour sa part, le terme d'affectation proviendrait du latin *affectus*, terme que l'on retrouve au II<sup>ème</sup> siècle de notre ère sous la plume de Gaius et qui signifie « *l'acte de volonté par lequel on se fixe un but* »<sup>1007</sup>, mais qui pourrait également se traduire comme la « *destination à un usage déterminé* »<sup>1008</sup>. Le lien qui unit les deux termes est donc aisément perceptible en ce qu'ils traduisent tous deux l'idée d'une finalité déterminée, le différentiel pouvant se trouver dans l'origine de la détermination (Dieu, la nature, la volonté).

Le premier critère de distinction pourrait alors être lié à la source des notions. La destination serait intrinsèque aux choses, et en cela objective. L'affectation serait extrinsèque aux choses, et en cela subjective. Pour autant, rien n'indique que ces termes doivent se concevoir dans une altérité. La volonté, rappelons-le, peut être guidée par les choses, par la congénialité propre à chaque chose. Dès lors, l'objectif et le subjectif ne s'opposent pas, ils se complètent. En substance, il est indéniable que les termes de destination et d'affectation provoquent un sentiment de confusion. S'il est possible d'en saisir le sens général, il paraît délicat de pouvoir dresser une frontière hermétique entre les notions tant elles semblent proches. Il convient donc de nous tourner vers les principales distinctions doctrinales.

---

<sup>1004</sup> Dictionnaire étymologique CNRTL (en ligne).

<sup>1005</sup> *Ibid.*

<sup>1006</sup> Eneas, 1130, *Nouveau dictionnaire étymologique et historique*, Librairie Larousse, 1971, p.231 : cité par R. Boffa, *op.cit.*, n° 5, p.3.

<sup>1007</sup> Dictionnaire Latin-Français, entrée : « *Affectus* » (www.dicolatin.com).

<sup>1008</sup> Cité par B. Mallet-Bricout, « Propriété, affectation, destination – Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *RJTUM*, n° 48, 2014, p. 537 *sqq.*, spéc. p.539.

**310. Distinction entre affectation et finalité.** La première se retrouve sous la plume de Romain Garron<sup>1009</sup> et se fonde sur un critère objectif, l'auteur opère alors une distinction quant aux objets sur lesquels portent les notions : la destination serait spécifique aux droits, ce serait la finalité des droits, tandis que l'affectation ne concernerait que les choses. Cependant, au regard des nouvelles évolutions du droit, cette proposition ne saurait convaincre. Comme l'ont souligné Messieurs Zenati-Castaing et Revet, l'affectation ne peut être cantonnée aux seules choses, puisque les cas de la propriété fiduciaire et de la propriété réservée connaissent toutes deux un phénomène d'affectation qui se caractérise par une affectation de la propriété elle-même<sup>1010</sup>. Dès lors, la distinction ne saurait être retenue. Au-delà du bien-fondé de cette distinction, il est possible de tirer une conclusion quant au critère utilisé. En distinguant les notions uniquement à travers la question de l'objet, l'auteur reconnaît que l'affectation et la destination participent à un mécanisme similaire, mais dont les applications rejaillissent sur des objets différents.

**311. Distinction fondée sur les critères de moyens et de finalité.** Pour Blandine Mallet-Bricout, la distinction entre affectation et destination existe et se caractériserait par la différenciation entre les moyens et le résultat ; la notion de destination est ici cantonnée à l'usage déterminé alors que l'affectation est synonyme de but et de finalité de cet usage<sup>1011</sup>. Ainsi, bien que les deux notions s'inscrivent toutes deux dans un lien de consubstantialité avec celle d'usage, elles diffèrent quant à son appréhension : la destination serait alors comprise comme un usage déterminé alors que l'affectation serait plutôt un usage finalisé<sup>1012</sup>. Cette approche pourrait être rapprochée de celle de Monsieur Storck<sup>1013</sup> qui va, inversement, rattacher la notion de destination au but recherché alors que l'affectation serait la mise en place de techniques pour y parvenir. À notre sens, ces deux propositions doctrinales peuvent être analysées comme une dissociation de notions participant à un phénomène plus global.

---

<sup>1009</sup> R. Garron, « Influence de la destination sur le régime juridique des droits », *D.*, 1965, p.191 *sqq.*, n° 5.

<sup>1010</sup> F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens, op.cit.*, n° 237 *sqq.*

<sup>1011</sup> B. Mallet-Bricout, « Propriété, affectation, destination – Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *op.cit.*, p.541 : « Ainsi, on peut considérer que la destination renvoie à l'usage déterminé d'une chose et que l'affectation renvoie à la finalité qui est donnée à cet usage. L'autonomie des deux concepts est donc relative, ils ont clairement à voir l'un avec l'autre. Mais les deux ne se confondent pas : l'usage d'une même chose peut avoir plusieurs finalités et la finalité conférée à une chose peut se concrétiser par divers usages. C'est en ce sens que nous trancherons le débat sémantique, ce qui permettra d'éclairer les propos qui vont suivre de la distinction essentielle entre l'usage et la finalité de l'usage ».

<sup>1012</sup> En ce sens, également : A. Gaillard, *Le fondement du droit des sépultures*, Institut Universitaire Varenne, Coll. Thèses, 2017, n° 250 *sqq.*

<sup>1013</sup> J.-P. Storck, *Recherches sur le rôle de la destination des biens en droit positif français*, thèse Strasbourg, 1979. Cette approche se retrouve également chez d'autres auteurs. Par exemple, pour Yannick Trémorin, la destination « désigne moins l'acte, la décision, que le résultat, l'utilisation déterminée qui est faite du bien » : Y. Trémorin, *L'immobilisation par destination*, Thèse, Potiers, 2000, p.2.

Ainsi, que l'affectation soit considérée comme la finalité ou les moyens de mise en œuvre de celle-ci, elle doit être complétée par la notion de destination. Affectation et destination seraient donc, nous semble-t-il, les deux faces d'une même médaille, celle de la fonctionnalisation.

**312. Distinction temporelle.** Enfin, Romain Boffa propose quant à lui une distinction des notions en prenant pour critère la temporalité<sup>1014</sup>. L'affectation correspondrait à un acte de volonté qui viendrait « *soumettre une chose à un usage déterminé* »<sup>1015</sup> alors que la destination serait tant « *la réalisation de cette soumission* » que « *le résultat permanent vers lequel l'usage de la chose doit tendre* »<sup>1016</sup>. Avec cette distinction temporelle, l'affectation serait l'acte en tant que tel alors que la destination serait la finalité « *durable et permanente du bien* »<sup>1017</sup>. Surtout, l'auteur va établir une hiérarchisation des notions en intégrant l'affectation en tant que composante de la destination. L'affectation n'étant comprise que comme un acte de pure volonté, elle ne pourrait exprimer une finalité inscrite dans le temps sans que des éléments objectifs ne viennent la compléter. En conséquence, « *la volonté de soumettre un bien à un usage déterminé ne peut fixer durablement le sort de la chose qu'en venant se lier à des éléments objectifs* »<sup>1018</sup>. On retrouve, peu ou prou, la différence qu'il peut exister entre la finalité et les moyens de sa mise en œuvre.

En définitive, une partie de la doctrine a poussé le raffinement intellectuel en procédant à des distinctions entre les notions d'affectation et de destination. Au delà du bien fondé de ces distinctions, elles ont un mérite clair, celui de rendre compte de deux éléments qui composent les notions : la détermination d'une finalité et les moyens qui en permettent la réalisation. Dès lors, il convient de nous tourner vers une autre tendance doctrinale, celui de l'assimilation des notions de destination et d'affectation.

## **2. L'assimilation des notions d'affectation et de destination**

**313. La position "assimilationniste".** La position que nous dénommons « assimilationniste » se propose de ne pas distinguer entre les notions d'affectation et de

---

<sup>1014</sup> Dans un sens similaire : F. Masson, *La propriété commune*, Thèse, Paris I, 2016, n° 343, p.225.

<sup>1015</sup> R. Boffa, *op.cit.*, p.12 : l'auteur opère un renvoi à la définition donnée de l'affectation par Serge Guichard.

<sup>1016</sup> *Ibid.*

<sup>1017</sup> *Ibid.* : « *l'affectation exprime ce qui est, la destination ce qui doit être* ».

<sup>1018</sup> *Ibid.*

destination. Cette position est majoritaire en doctrine, elle se retrouve sous la plume de Serge Guinchard<sup>1019</sup>, de William Dross<sup>1020</sup>, ou encore de Caroline Cassagnabère<sup>1021</sup>. Pour ces auteurs, les notions doivent être tenues pour synonymes, les conséquences juridiques d'une distinction n'étant pas perceptibles. Au final, il est possible de voir non pas un contre argumentaire venant prouver que les notions sont assimilées, mais plutôt un manque d'intérêt à la distinction, celle-ci se révélant comme étant avant tout un débat sémantique. Dans cette logique, une fois les caractères de l'affectation (ou de la destination) déterminés, il est possible d'évoquer l'un ou l'autre terme.

**314. Rattachement à cette position.** Nous nous rattachons à cette position en ne prenant pas pour acquis l'existence ou la nécessité d'une distinction. Les notions d'affectation et de destination, dans leurs mécanismes respectifs, semblent pouvoir être comprises de manière identique.

Il est d'ailleurs intéressant de voir que, dans les distinctions opérées par les auteurs, les notions d'affectation et de destination paraissent se compléter et participer d'un mécanisme similaire. Pour exemple, la distinction donnée par Monsieur Storck s'inscrit dans un mécanisme dont la finalité serait la destination et où l'affectation se caractériserait comme les moyens de sa réalisation. De même, il est possible de voir chez Romain Boffa un constat similaire, puisque malgré les différences établies, « *l'affectation est donc une composante de la destination* »<sup>1022</sup>. On retrouve ici la hiérarchie mise en place par l'auteur, mais les notions participent bien à un phénomène commun. Dès lors, une éventuelle distinction va apporter une nuance, mais sans que celle-ci soit indispensable à la compréhension des notions. L'affectation et la destination se fondent donc sur l'idée d'une détermination d'une finalité particulière, complétée par les moyens juridiques qui en permettent la réalisation. Il nous semble, à ce titre, que la définition donnée par Aurore Chaigneau soit pleinement représentative d'une lecture commune des notions : « *On évoquera tantôt la destination de la chose, tantôt son affectation à telle ou telle activité pour signifier un régime de droits et d'usages contraints par une finalité à atteindre* »<sup>1023</sup>. Cette première étape terminée, il

---

<sup>1019</sup> S. Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976, n° 39-43, p.42 *sqq.*

<sup>1020</sup> W. Dross, *Les choses*, *op.cit.*, n° 413-1, p.763.

<sup>1021</sup> C. Cassagnabère, « Définir l'affectation ? Réflexion sur la notion d'affectation sous le prisme de la volonté et de l'intérêt », *RJO*, 2013, n° 2, p.159 *sqq.*, spéc. p.174 : « Conformément à l'usage qu'en font le législateur français et le législateur québécois, affectation et destination peuvent être considérés comme synonymes ».

<sup>1022</sup> R. Boffa, *La destination de la chose*, *op.cit.*, n° 11, p.12.

<sup>1023</sup> A. Chaigneau, « Une propriété affectée au commun », in *Fonctions de la propriété et communs, regards comparatistes*, Société de Législation Comparée, 2017, p.65.

convient de s'intéresser au domaine d'application des notions, et ainsi réduire notre prisme d'étude.

## **B. La nécessaire réduction du domaine des notions**

**315.** Face à ce premier constat, il convient d'apporter une réponse quant à l'objet que nous allons devoir étudier. La recherche des mécanismes de fonctionnalisation dans les notions d'affectation et de destination nécessite de dresser les contours de notre axe de recherche, les notions pouvant s'appliquer à de nombreux cas. Dans la précédente partie, nous avons vu que deux logiques particulières venaient perturber le paysage classique du droit des biens. L'axe de ces dernières s'inscrit dans une finalité particulière, celle de la protection de certains biens dans une forme d'accès libre pour d'autres<sup>1024</sup>. Ces logiques viennent troubler la conception classique de la propriété notamment en plaçant l'usage partagé de ces biens au cœur du rapport d'appropriation, incluant alors une forme d'inclusion et de partage d'utilité(s). Dès lors, les finalités inhérentes aux logiques étudiées nous ont montrées qu'elles étaient génératrices de régimes particuliers fondés sur la réussite de cette finalité par la mise en place de normes d'usage spécifiques. C'est ainsi que le pouvoir de disposition d'un propriétaire peut se voir restreint, afin d'assurer la protection de biens environnementaux, ou que certaines prérogatives classiquement dévolues à l'auteur d'une œuvre se voient partagées avec tout bénéficiaire d'une licence libre. Quoi qu'il en soit, il est possible de voir dans ces phénomènes les prémices d'une forme d'affectation ou de destination. Cependant, avant de pouvoir vérifier cette hypothèse et de l'analyser de manière approfondie, il convient de voir si les logiques étudiées peuvent entrer dans le domaine des notions d'affectation et de destination. Dans un premier temps, il apparaît nécessaire de réduire le champ d'investigation. La réalisation de cette démarche procède alors d'une réduction du domaine des notions aux objets étudiés. De la sorte, l'aide des classifications qui ont pu être révélées par la doctrine sera précieuse. Dans un premier temps, les études exhaustives de Serge Guichard et de Romain Boffa nous seront utiles. Parce que ces études ont étudié les notions à travers leurs diverses représentations en droit positif, elles ont permis de dégager une distinction fondamentale prenant pour critère la valeur affectée. Deux cas seront alors distingués : ou la valeur affectée est la valeur d'usage de la chose, ou elle est sa valeur d'échange (1). Ensuite, la distinction réalisée par Messieurs Zenati-Castaing et Revet entre affectation des biens et

---

<sup>1024</sup> Voir Partie I, Titre II, chap. II, Section 1.



affectation de la propriété devra être exposée (2). Ces classifications ne sont pas antinomiques, mais se complètent. Nous verrons, par exemple, qu'une affectation de la valeur d'échange du bien peut se comprendre comme une affectation de la propriété. Grâce à ces classifications, nous pourrions dresser les grandes lignes de l'affectation ayant pour finalité l'usage partagé des utilités du bien.

## **1. Distinction entre l'affectation de la valeur d'échange et l'affectation de la valeur d'usage**

**316. La catégorie générale : les affectations réelles.** La première des distinctions fut réalisée par Serge Guinchard. L'auteur se propose de distinguer les affectations dites « *personnelles* », qui s'inscrivent comme un élément de « *protection du titulaire d'un droit ou d'un tiers* »<sup>1025</sup>, des affectations réelles, qui sont des « *instruments d'exploitation des biens* »<sup>1026</sup>. Le critère de distinction est donc ici celui de la finalité. La question de l'objet n'est pas ici prise en compte, les biens pouvant tant être affectés personnellement que réellement. Ce qui compte, en revanche, c'est la finalité imprimée à l'affectation. Comme le souligne Romain Boffa, les affectations personnelles participent à un mécanisme général de protection personnelle ou de certains tiers via le rattachement d'un bien ou d'un droit à une entité particulière. C'est ainsi que l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel peut être considérée comme une affectation purement personnelle<sup>1027</sup>, alors que l'affectation de certains biens à la réserve héréditaire se conçoit comme une affectation personnelle visant la protection de certains tiers. Il va de soi que les affectations dites personnelles ne seront pas prises en compte dans notre étude. Que cela soit pour les logiques de protection ou d'accès, et plus généralement encore pour toute logique fondée sur un partage des utilités d'un bien, la finalité est éminemment réelle. Ces logiques prennent la chose pour référencement : soit la chose a vocation à être protégée – dans sa substance, ses utilités, etc. – soit elle a vocation à un partage immédiat de certaines de ses utilités. Dès lors, les affectations qui nous intéressent au premier plan sont les affectations réelles.

**317. Subdivision des affectations réelles : affectation de la valeur d'usage et affectation de la valeur d'échange.** Les affectations réelles seraient donc des « *instruments*

---

<sup>1025</sup> S. Guinchard, *op.cit.*, n° 42, p.44.

<sup>1026</sup> S. Guinchard, *op.cit.*, n° 96 *sq.*, p.99 *sq.*

<sup>1027</sup> Voir article L.526-1 du Code de commerce ; Voir également, J. Rochfeld, « Du patrimoine de dignité », *RTD civ.*, 2003, p.743 *sqq.*

*d'exploitation des biens* »<sup>1028</sup>. Au sein même de cette catégorie, Serge Guinchard, repris par Romain Boffa, vont utiliser une nouvelle subdivision. Il existerait une « *affectation d'un bien à un autre bien* »<sup>1029</sup> et celles qui réalisent « *en elles-mêmes une fonction d'exploitation* »<sup>1030</sup>. Il y a aurait, dans la catégorie des affectations réelles, deux mécanismes différents ; la seconde viendrait ainsi « *soumettre la chose à un usage déterminé* »<sup>1031</sup>, ce qui ne serait pas le cas de la première. Dans ce cadre d'analyse, l'élément qui va permettre de distinguer entre les deux types d'affectations réelles se situe dans la détermination de la valeur affectée. Pour déterminer la valeur affectée, les auteurs vont rechercher dans la chose, en elle-même, les utilités qu'elle peut générer. C'est ainsi qu'ils vont reprendre l'antique distinction aristotélicienne entre *valeur d'usage* et *valeur d'échange*<sup>1032</sup>. La valeur d'usage porte alors sur utilités offertes au monde par la chose alors que la valeur d'échange ne serait que la représentation pécuniaire de la chose dans le commerce juridique. À partir de là, Romain Boffa va exemplifier cette dichotomie grâce au cas de la sûreté réelle, celle-ci venant affecter la valeur marchande de la chose, puisque l'affectation a lieu dans le cadre d'un éventuel recouvrement d'une créance. Ainsi, si un immeuble venait à être affecté à une créance en tant que sûreté réelle, la détermination de l'affectation se ferait en recherchant la valeur affectée. En l'espèce, la sûreté réelle ne va pas affecter la valeur d'usage de l'immeuble, le propriétaire pouvant toujours jouir de ses utilités, mais sa valeur d'échange puisque la valeur pécuniaire du bien sera affectée en tant que garantie d'une créance. À l'inverse, dans le cadre d'une immobilisation par destination, c'est bien la valeur d'usage qui sera affectée à un autre bien et non sa valeur d'échange.

### **318. L'affectation dans le cadre de l'usage partagé, une affection de la valeur d'usage.**

À l'instar des affectations personnelles, la catégorie des affectations portant sur la valeur d'usage n'entre pas dans notre champ d'étude. Dans le cadre du droit positif, l'affectation de la valeur d'échange d'une chose procède essentiellement des mécanismes de garantie, comme les sûretés réelles ou la clause de réserve de propriété<sup>1033</sup>. En effet, le principe de la sûreté

<sup>1028</sup> S. Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé français*, *op.cit.*, n° 96 sq., p. 99 sq.

<sup>1029</sup> *Ibid.*, n° 59 sq., p.59.

<sup>1030</sup> *Ibid.*, n° 82 sq., p.85.

<sup>1031</sup> R. Boffa, *La destination de la chose*, *op.cit.*, p.10.

<sup>1032</sup> Il est à noter que Romain Boffa n'utilise pas directement le terme de valeur « *d'échange* » mais de valeur « *marchande* ». Il nous semble que les expressions doivent être tenues pour synonymes. Cette assimilation est d'ailleurs assez fréquente, pour exemple : « *Au contraire, la valeur d'échange est étrangère à la substance même de la chose. Elle n'est que l'expression d'une relation qui l'unit aux autres marchandises et n'apparaît qu'accidentellement* » W. Dross, *Les choses*, *op.cit.*, n° 9-1, p.13.

<sup>1033</sup> R. Boffa, *La destination de la chose*, *op.cit.*, p.11 : « *L'effet principal de l'affectation demeure dans la prérogative qui est octroyée au créancier sur la valeur marchande de la chose, afin d'obtenir un paiement*

réelle repose sur l'affectation de la valeur du bien au droit du créancier, droit qui se matérialise notamment par la garantie d'un paiement préférentiel. La valeur d'usage n'est quant à elle pas affectée, Romain Boffa précisant que, même en cas de dépossession du bien, le créancier est considéré comme un simple dépositaire<sup>1034</sup>. L'affectation de la valeur marchande d'un bien n'a donc que peu à voir avec les phénomènes qui se manifestent dans les cadres de logique de protection ou d'accès. Dans ces derniers, la question essentielle réside dans l'usage qui est fait de ces biens, afin de répondre à la finalité spécifique désirée, mais également à la dimension collective de cet usage. Imaginons, que, par considération environnementaliste, l'on décide d'affecter un bien afin d'en assurer sa protection. Alors, des normes d'usage seront déterminées afin de guider les comportements (du propriétaire et des tiers) vers la réalisation de cette finalité. On pourrait ainsi imaginer la restriction de procéder à une coupe blanche de l'ensemble des arbres composant une forêt ou imposer la mise en jachère d'une terre, etc. Dans ce cadre, c'est bien la valeur d'usage du bien qui est affectée et non sa valeur pécuniaire. En revanche, il convient de préciser que l'affectation de la valeur d'usage peut avoir des conséquences, positives ou négatives, sur la valeur pécuniaire du bien et donc, *in fine*, sur la potentielle affectation de sa valeur d'échange. Par exemple, il est possible de considérer qu'un monument historique classé, parce qu'il est sujet à une affectation culturelle<sup>1035</sup> limitant le propriétaire dans sa volonté d'effectuer des travaux ou des rénovations comme il le souhaite, subit une perte de la valeur pécuniaire de son bien. Il nous semble donc, que les logiques de protection et d'accès s'inscrivent dans une forme d'affectation de la valeur d'usage du bien. Afin de parfaire ce travail de classification, nous devons désormais nous tourner vers la distinction opérée entre affectation des biens et affectation de la propriété.

---

*préférentiel (...) Il ressort très clairement de cette évolution que le droit du créancier porte sur la valeur monétaire de la chose, pas sur sa valeur d'usage. Ce constat vaut même en cas de propriété réservée* ». On pourra remarquer que Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet constatent également cette affectation de la valeur d'échange du bien dans le cadre de la propriété réservée (et bien qu'il ne se fonde pas sur ce type de distinction) : « *La propriété réservée régie par le Code civil est l'affectation d'un bien à la garantie du paiement de la créance du prix d'acquisition du même bien. Cette affectation est établie par une combinaison de droits et de devoirs spécifiques à l'égard du bien, d'où résulte l'affectation de sa valeur à la garantie du paiement de la créance* » F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens, op.cit.*, p.391.

<sup>1034</sup> R. Boffa, *La destination de la chose, op.cit.*, p.11.

<sup>1035</sup> Sur ce point, voir *Supra* n° 291 et *Infra* n° 375.

## 2. Distinction entre l'affectation des biens et l'affectation de la propriété

**319. Critères de distinction.** Pour Messieurs Zenati-Castaing et Revet<sup>1036</sup>, il existe une distinction entre l'affectation des biens et l'affectation de la propriété. Dans le cas présent, il n'est plus question de rechercher la valeur affectée, ni même la finalité de l'affectation, mais de raisonner à partir de l'objet affecté<sup>1037</sup>. Autrement dit, les auteurs opèrent une distinction entre le fait d'affecter seulement un bien à un usage déterminé et le fait d'affecter la propriété en elle-même. Pour comprendre cette distinction, il faut s'inscrire dans la pensée des auteurs et ne plus concevoir la chose de manière aristotélicienne mais y voir une dualité de qualités : la qualité d'être propre et la qualité d'être utile. À l'aune de cette nouvelle distinction, la notion d'affectation va donc se scinder en deux, en fonction de la qualité affectée : c'est ainsi qu'affecter la qualité d'être utile du bien revient à affecter le bien lui-même alors qu'affecter la qualité d'être propre revient à affecter la propriété en tant que telle, c'est à dire son exclusivité<sup>1038</sup>. Pour exemple, l'affectation des biens se retrouverait dans des « *institutions juridiques multiples et variées, telles que le gage, (...), l'hypothèque, l'immeuble par destination, (...), les patrimoines d'affectation* »<sup>1039</sup> alors que les cas d'affectation de la propriété seraient plus restreints et se caractériseraient surtout par les cas de la propriété réservée<sup>1040</sup> et de la propriété fiduciaire<sup>1041</sup>. Dans un cas, comme dans l'autre, c'est bien la qualité d'être propre de la propriété, son exclusivité, qui sera affectée.

**320. Définition retenue.** En définitive, les notions d'affectation et de destination ne se livrent pas avec facilité. Nous avons vu qu'elles possèdent un domaine large, qui ne saurait être entièrement pris en compte. Réduite à notre objet d'étude, les notions semblent se caractériser par la détermination d'une finalité spécifique d'un bien et d'une mise en place de

---

<sup>1036</sup> F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, op.cit., n° 236-237, p.383 sqq.

<sup>1037</sup> « L'affectation de la propriété consiste dans le même acte que l'affectation des biens, mais cet acte n'a pas le même objet », *Ibid.*, n° 237, p.384. Cette distinction sera également reprise par Blandine Mallet-Bricout : B. Mallet-Bricout, « Propriété, affectation, destination – Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », op.cit., n° 18 sqq.

<sup>1038</sup> « La propriété affectée ne consiste pas simplement à assigner un emploi déterminé à un bien, elle est une affectation de la propriété elle-même –stricto sensu, c'est-à-dire une affectation de l'exclusivité, son emploi à un usage déterminé » : F. Zenati-Castaing, « L'affectation Québécoise, un malentendu porteur d'avenir », *RJTUM*, n° 48, 2014, p.653. Il convient cependant de préciser ce que sous-tend, pour ces auteurs, l'exclusivité, le terme n'étant pas synonyme d'exclusivisme. En se fondant sur l'analyse de Pothier de la propriété, l'exclusivisme renverrait à la dimension subjective de la propriété (le pouvoir exclusif du propriétaire) alors que l'exclusivité renverrait à la dimension objective de la propriété, c'est-à-dire « la qualité qu'à un bien d'appartenir à une personne ». Sur ce point : F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, op.cit., n° 163.

<sup>1039</sup>*Ibid.*, n° 236.

<sup>1040</sup>*Ibid.*, n° 238 sq.

<sup>1041</sup>*Ibid.*, n° 252 sq.

moyens juridiques afin de la réaliser. Il y a donc, derrière les notions d'affectation et de destination, l'idée d'une norme comportementale dictée par un but. En cela, il convient d'aller plus avant dans la recherche des notions afin de regarder la substance commune aux notions : la fonctionnalisation. Dès lors, il nous sera possible de conclure à une vraie similarité des notions, celles d'être des mécanismes de fonctionnalisation.

## **II/ La substance commune aux deux notions : la fonctionnalisation**

Les deux éléments qui se rattachent aux notions de destination et d'affectation – l'idée de finalité et d'usage déterminé – pourraient se distinguer aisément. D'un côté la mise en place d'une finalité particulière, d'un but choisi ; de l'autre, la mise en place de normes d'usage. En réalité, il semble plutôt que les deux éléments se complètent, le second n'étant que la conséquence du premier. Ils sont interdépendants. C'est à ce titre que nous parlons de fonctionnalisation puisque le rapport d'appropriation va être orienté vers une finalité particulière qui guidera également les actions qui pourront être réalisées – ou devront être réalisées – sur le bien. Dès lors, l'appréhension du phénomène de fonctionnalisation repose sur la recherche de ses origines (A) avant de pouvoir expliciter son caractère normatif (B).

### **A. Les origines de la fonctionnalisation**

La volonté de rechercher les origines de la fonctionnalisation pourrait être perçue comme une recherche vaine qui n'intéresserait qu'en second plan la substance des notions. En réalité, cela nous permettra de répondre à un questionnement essentiel, celui de la naissance des notions d'affectation et de destination. Il s'agit alors de pouvoir déterminer quels sont les éléments qui font que ces notions peuvent naître dans le paysage juridique. Pour cela, il convient de procéder d'abord par la recherche de son fondement (1) avant de s'intéresser plus spécifiquement aux sources qui en permettent l'éclosion (2).

#### **1. L'origine fondamentale de la fonctionnalisation, une volonté « objectivée »**

**321.** À l'instar des définitions doctrinales des notions d'affectation et de destination, il n'existe pas de consensus sur leurs origines respectives. Cela apparaît comme parfaitement logique étant donné que la détermination subjective ou objective d'une notion est un élément de sa définition. Cependant, afin de clarifier notre objet d'étude, le terme « objectivisme »

doit être précisé. En effet, la polysémie du mot pourrait renvoyer à ce qui est le fruit du « droit objectif ». Conçu ainsi, les termes d'objectivisme et de subjectivisme s'opposent quant à la source de la norme et sa matérialisation. Ainsi, la norme peut provenir d'un acte de volonté d'une personne privée (l'origine de la norme sera alors subjective) ou, à l'inverse, des lois ou règlements (l'origine de la norme sera alors objective). Cette question est centrale dans la recherche des origines de la fonctionnalisation, mais ne vient, à notre avis, que dans un second temps.

Auparavant, il convient de rechercher l'origine fondamentale de la norme, c'est à dire non pas la source de sa matérialisation, mais plutôt son inspiration, le terreau dans lequel elle puise. Pour ce faire, il convient d'interroger l'origine même de la fonctionnalisation, c'est-à-dire si son origine se trouve dans la volonté du propriétaire du bien ou si cette dernière est guidée, en amont, par les choses. Or, la détermination du caractère subjectif ou objectif d'une institution juridique n'est pas une entreprise aisée puisque le sujet renvoie nécessairement à des postulats philosophiques qui guident le discours. Surtout, il s'inscrit dans une longue tradition de savantes querelles. En effet, le fait que la finalité intrinsèque des choses soit perçue comme génératrice de droit opposa d'abord les anciens aux modernes<sup>1042</sup>, avant de rejaillir avec passion dans la pensée juridique allemande post-savignienne<sup>1043</sup>. Aussi, c'est avec une collision proche de ces questions que le débat se fige.

---

<sup>1042</sup> L'opposition entre le droit naturel classique et la pensée moderne sur la question de la finalité des choses est exposée par Michel Villey. Pour l'auteur, les pensées thomistes et aristotéliennes se caractérisaient par une « union, qu'exprimait le mot de nature, entre ce qui est et ce qui doit être ; la valeur résidait dans l'Être (...) ; dans le réel on puisait le droit (...) » : M. Villey, préface de la thèse de N. ar. Poulantzas, *Nature des choses et droit, essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, LGDJ, Bibl. de philosophie du droit, 1965, p.VIII. Michel Villey va également expliciter la pensée thomiste en précisant que l'être se confond avec le devoir-être, la finalité des choses se retrouvant alors dans leur nature propre, « et savoir l'essence d'une chose serait déjà connaître sa fin. L'être d'une chose, que poursuit l'intelligence spéculative, est son devoir-être, son bien. » : M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, P.U.F, Coll. Léviathan, Paris, 2003, p.158. À l'inverse, la pensée moderne se caractérise par une prééminence de la philosophie Kantienne qui perçoit la nature des choses « comme inerte, sans cause finale ni valeur » à l'opposé de l'esprit et de son émanation qu'est la volonté : M. Villey, préface de la thèse de N. ar. Poulantzas, *op.cit.*

<sup>1043</sup> Dans l'Allemagne du XIX<sup>ème</sup> siècle, l'une des plus célèbres querelles opposa Savigny à Ihering quant au rôle de la volonté dans le droit. S'il n'est nul besoin de reprendre les arguments du débat, il est intéressant de voir la ligne de fracture qui oppose les deux auteurs. En effet, si le volontarisme Savignien va placer la volonté au centre du droit et du processus d'élaboration d'une finalité, la réplique de Ihering se fera plus objectiviste. Sur ce point, Frédéric Zenati-Castaing a parfaitement décrit la situation : « Cette doctrine (...) repose sur une vision objectiviste du droit dans laquelle les choses dictent les solutions par leur vocation intrinsèque, que cette vocation soit envisagée comme un élément de leur nature ou de la manière dont elles ont été hominisées, c'est-à-dire de l'utilité qu'elles peuvent avoir pour les hommes » : F. Zenati-Castaing, « L'affectation québécoise, un malentendu porteur d'avenir. Réflexions de synthèse », *op.cit.*, p.648.

**322. La fonctionnalisation, la consécration d'une volonté guidée par les choses.** Il est possible de percevoir, dès le départ, une différenciation entre la notion d'affectation et celle de destination. La première, assimilée à l'idée de finalité et de but, serait le résultat d'un acte de volonté et se construirait sur une base subjective. Cette approche se retrouve notamment sous la plume de Blandine Mallet-Bricout pour qui « *la volonté du propriétaire constitue traditionnellement le vecteur de ce lien ancré dans la réalité entre propriété, affectation et destination, par la détermination d'une finalité associée à l'usage* »<sup>1044</sup>. Pour l'auteure, la volonté se trouve à l'épicentre de la relation qui va unir les notions de propriété, d'affectation et de destination. Cependant, l'influence de la nature de la chose ne saurait être totalement exclue<sup>1045</sup>, elle va déterminer le champ d'action de la volonté, celle-ci s'exprimant alors pleinement dans les frontières inhérentes à la chose. Ce type de raisonnement se retrouve également chez Romain Boffa mais de manière différente. Ici, la destination est rattachée à la finalité et prend le pas, via l'idée de permanence<sup>1046</sup>, sur une affectation réduite à la mise en place d'un usage déterminé et ponctuel d'une chose. Quoiqu'il en soit, l'appréhension de l'ensemble se caractérise par une nuance de subjectivisme et d'objectivisme. En effet, la notion d'affectation – en ce qu'elle est épurée de lien avec la finalité – se réduit à un acte de pure volonté. À l'inverse, la notion de destination se construit sur un double aspect, subjectif et objectif. Objectif d'abord, puisque si l'auteur se fonde sur le concept hégélien de « pauvreté essentielle » des choses<sup>1047</sup>, niant ainsi la reconnaissance d'une finalité propre à celles-ci, il reconnaît cependant que la nature des choses peut guider la destination<sup>1048</sup>. Ainsi, les qualités intrinsèques des choses vont, *de facto*, venir conditionner et limiter la détermination des finalités et usages du bien.

Dans l'ensemble, il nous faut donner du crédit aux thèses qui ont une approche fondée sur une dimension objective et subjective<sup>1049</sup>. Il semble en effet impensable que le fait de déterminer

---

<sup>1044</sup> B. Mallet-Bricout, « Propriété, affectation, destination – Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité – », *op.cit.*, p.543.

<sup>1045</sup> « *Il semble difficile d'écarter tout élément objectif des mécanismes d'affectation ou de destination, du moins dans le contexte spécifique du droit des biens. En effet, chaque chose a une utilité « naturelle », qui découle de la nécessité même de sa création : l'Homme s'est attaché à imaginer et à fabriquer des choses utiles, aptes à répondre à un besoin prédéterminé. Toute chose porte ainsi en elle-même la nécessité de son existence, cette 'utilité originelle' qui peut certes par la suite être détournée, mais que l'on ne peut totalement ignorer dans bien des hypothèses : les tapis ne volent pas, les boulets de canon ne flottent pas. Chaque objet porte ainsi en lui les limites de son usage et, conséquemment, les limites objectives de son affectation.* » : *Ibid.*

<sup>1046</sup> Voir *Infra* n° 331.

<sup>1047</sup> R. Boffa, *La destination de la chose*, *op.cit.*, n° 29, p.26.

<sup>1048</sup> *Ibid.*, n° 31 *sqq.*, p.28 *sqq.*

<sup>1049</sup> *Contra* : J. Sechier-Dechevrens, *Essai sur la notion d'immobilisation par destination*, Thèse Lyon 3, 2005, p. 161 : « *La construction de la notion d'immobilisation par destination ici envisagée rejette toute idée*

une finalité particulière à l'usage d'une chose puisse se passer d'une dimension objective. Suivant l'avis de Frédéric Zenati-Castaing, il est possible d'envisager une approche objective de la volonté. L'auteur vient relever que dans le cadre de l'affectation, la volonté n'est pas juridique mais pragmatique et matérielle<sup>1050</sup>. *In fine*, le résultat prime sur les moyens. De plus, cette volonté objectivée le serait d'autant plus qu'elle serait nécessairement guidée par la nature des choses. Ainsi, selon l'auteur, « *l'acte d'affecter révèle plus qu'il n'impose* »<sup>1051</sup>.

**323. Synthèse.** En définitive, il nous semble que la dimension objective de la finalité, notion centrale des mécanismes de fonctionnalisation, ne peut être écartée au profit de la seule volonté. À l'inverse, toute prétention d'une finalité purement objective doit être également relativisée. Ainsi, la nature des choses va nécessairement venir guider la volonté en lui offrant les possibilités de définir la finalité, mais également en lui imposant des limites, la volonté du propriétaire pouvant alors agir librement en celles-ci. Il serait possible de dire que la volonté du propriétaire s'inscrit dans les choses, elle en découvre ses potentialités.

## **2. Les sources juridiques de la fonctionnalisation**

Après avoir décelé la dimension à la fois objective et subjective de la notion de finalité, il convient d'aborder le sujet des sources des mécanismes de fonctionnalisation. Dans un premier temps, nous aborderons le cas des sources subjectives de fonctionnalisation, c'est-à-dire l'émanation de l'affectation par le sujet de droit (a) avant d'en évoquer les sources objectives, c'est-à-dire l'émanation de l'affectation par la loi (b).

### **a) La source subjective : la volonté du propriétaire**

**324. La genèse, la volonté propriétaire.** La détermination d'une finalité assignée à un bien et la mise en place de normes d'usage spécifiques ressort de la volonté du propriétaire de ce bien. Ainsi, comme le souligne Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, « *affecter un bien,*

---

*d'objectivisme qui s'impose à la volonté lors de l'émergence de la destination. La destination n'existe que parce que l'individu a fait accéder une chose à la vie juridique en lui assignant une finalité* ».

<sup>1050</sup> « *La volonté des acteurs du droit n'est pas une volonté juridique, mais une volonté tout court. Elle n'est pas tendue vers un résultat juridique, mais vers un résultat pratique, utilitaire. Telle est la signification du but que l'école d'Ihering assigne à la volonté.* » : F. Zenati-Castaing, « L'affectation québécoise, un malentendu porteur d'avenir », *op.cit.*, p.650.

<sup>1051</sup> *Ibid.*



*c'est en disposer* »<sup>1052</sup> ; le propriétaire, en affectant ou en destinant, ne fait donc que jouir de l'un des attributs liés au droit de propriété. Il convient de préciser ici ce qui est entendu par la notion de « disposer ». Il est classiquement soutenu que le propriétaire peut disposer matériellement de sa chose, comme nous l'avons vu avec la faculté de mésuser de son bien<sup>1053</sup>, mais également de son droit, c'est à dire disposer juridiquement de son droit. Ces facultés du propriétaire sont alors considérées comme la traduction de l'*abusus*, ici assimilé au *jus abutendi*<sup>1054</sup>. En revanche, pour Messieurs Zenati-Castaing et Revet, l'*abusus* n'est pas assimilable à la disposition. L'*abusus* est une utilité de la chose alors que la disposition est un attribut de la propriété, il est le pouvoir de disposer. Pour reprendre les mots des auteurs « *la disposition est le pouvoir de vouloir mettre dans une situation juridique nouvelle le bien dont on est propriétaire* »<sup>1055</sup>. Ainsi, affecter ne résulte pas de la jouissance d'une utilité du bien, il s'agit d'un acte inhérent à la propriété même. Pour reprendre la terminologie classique, l'affectation se conçoit dans la disposition juridique et non matérielle<sup>1056</sup>. Ainsi, puisque l'affectation résulte du pouvoir du propriétaire, il résulte nécessairement d'un acte de volonté de ce dernier. Ce lien existant entre les notions de propriété, d'affectation et de destination a parfaitement été révélé par Blandine Mallet-Bricout lorsqu'est évoqué le rôle génésiaque de la « *volonté propriétaire* »<sup>1057</sup>. Ce postulat peut d'ailleurs être confirmé par la double lecture des articles 544 et 537<sup>1058</sup> du Code civil, le premier incluant le droit de disposer comme inhérent à la propriété et le second reconnaissant la libre disposition des biens qui appartiennent aux particuliers. Ainsi, en reconnaissant que le choix d'une finalité spécifique à son bien, c'est une manière d'en disposer juridiquement, cela inclut le fait qu'il s'agit d'un acte émanant du propriétaire.

---

<sup>1052</sup> F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens, op.cit.*, n° 236, p.383.

<sup>1053</sup> Voir *Supra* n° 105.

<sup>1054</sup> En ce sens : C. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Traité de droit civil : Les biens, droits réels principaux*, Economica, T.II, Coll. Corpusdroitprivé, 2019, n° 244, p.133. Dans un sens similaire : P. Berlioz, *Droit des biens*, Ellipses, Coll. Cours magistral, 2014, n° 5 ; J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, P.U.F, Quadriges, T.II, 1<sup>ère</sup> éd., 2004, n° 730, p.1640.

<sup>1055</sup> F. Zenati-Castaing, T.Revet, *op.cit.*, n° 210, p.335. C'est ainsi que les actes de disposition ou d'administration résulte du pouvoir de disposition du propriétaire ; le pouvoir de disposition n'est pas simplement réduit à l'aliénation du droit.

<sup>1056</sup> En ce sens, Pierre Berlioz, *op.cit.* : « *Au titre de son droit de disposition, le propriétaire peut même, dans une certaine mesure, altérer les caractéristiques juridiques de la chose. C'est ce qu'illustre le mécanisme de l'immobilisation par destination. Certes, la seule volonté du propriétaire n'est pas suffisante, il faut aussi une concrétisation matérielle. Mais il suffit que le propriétaire ait affecté les choses au service ou à l'exploitation d'un fonds ; il faut donc uniquement un acte du propriétaire pour qu'un meuble soit considéré comme un immeuble, et que son régime juridique en soit modifié.* »

<sup>1057</sup> B.Mallet-Bricout, « Propriété, affectation, destination – Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité – », *op.cit.*, p.544.

<sup>1058</sup> Cette analyse est notamment portée par Serge Guinchard, pour qui affecter c'est exercer « *son pouvoir de libre disposition que lui reconnaît l'article 537 du Code civil* » : S. Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé, op.cit.*, n° 423, p.363 ; Dans un sens similaire : R. Boffa, *La destination de la chose, op.cit.*, n° 39, p.34.

**325. La nécessaire extériorisation de la volonté propriétaire.** Dès lors, ce postulat étant posé, il convient de s'intéresser à l'émergence du phénomène et de sa rencontre avec les tiers. En effet, un propriétaire qui choisirait de faire un usage particulier d'un de ses biens sans que cela engendre de conséquences pour autrui n'aurait nul besoin des notions étudiées, ni même, de manière plus générale, du droit. En cela, il instaurerait une situation de fait entre lui et sa chose n'ayant aucune conséquence juridique. À l'inverse, les notions prennent tout leur sens lorsque le propriétaire va déterminer une finalité particulière qui s'imposera aux tiers. Autrement dit, ce sont aux différents cas d'extériorisation de « *la volonté propriétaire* » qu'il faut s'intéresser. L'extériorisation d'une volonté, qu'elle soit propriétaire ou non, établie dans le but de produire des effets juridiques, ressemble traits pour traits à la définition classique de l'acte juridique<sup>1059</sup>. En effet, dans sa thèse de doctorat, Romain Boffa va dresser une typologie des différentes manières dont les mécanismes de fonctionnalisation<sup>1060</sup> peuvent s'extérioriser. L'analyse de l'auteur est particulièrement intéressante en ce qu'elle va dresser une distinction entre réceptions « *interne* »<sup>1061</sup> et « *externe* »<sup>1062</sup> du phénomène.

**326. Réception « interne ».** Premièrement, la réception est dite « *interne* » en ce qu'elle se fonde sur le mécanisme contractuel et la rencontre des volontés. C'est donc le consentement mutuel qui va permettre l'extériorisation de la volonté et donner une effectivité au mécanisme de fonctionnalisation. Dans ce contexte, ce sont les parties au contrat qui seront directement obligées. À ce titre, les modes d'extériorisation peuvent prendre plusieurs formes : stipulation écrite<sup>1063</sup>, information du cocontractant<sup>1064</sup>, etc. Dès lors, sont concernés par cette « réception interne » des cas aussi divers que le contrat de bail, l'usufruit, la copropriété ou les servitudes conventionnelles. L'auteur vient également préciser qu'en l'absence d'extériorisation de la volonté, une « *destination naturelle* »<sup>1065</sup> pourrait être reconnue. On retrouve ici un aspect

---

<sup>1059</sup> L'acte juridique peut être défini comme un « *acte de volonté destiné (dans la pensée de son ou de ses auteurs) à produire des effets de droit* » : *Vocabulaire juridique*, G.Cornu (dir.), P.U.F, 12<sup>ème</sup> éd., 2018, V° « acte juridique ». Dans un même sens, l'acte juridique se définit également comme une « *manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit* » : *Lexique des termes juridiques*, S. Guinchard et T. Debard (dir.), Dalloz, 27<sup>ème</sup> éd., 2019, V° : « acte juridique ». Pour une étude complète sur le sujet, voir : J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1971.

<sup>1060</sup> Nous rappelons, afin de ne pas trahir la pensée de l'auteur, que son étude porte sur la notion de destination.

<sup>1061</sup> R. Boffa, *La destination de la chose*, Defrénois, 2008, p.69 *sqq.*

<sup>1062</sup> *Ibid.*, p.95 *sqq.*

<sup>1063</sup> R. Boffa, *La destination de la chose*, *op.cit.*, p.76 *sqq.*

<sup>1064</sup> *Ibid.*, p.85 *sqq.*

<sup>1065</sup> Prenant exemple sur certains types de contrats (bail, prêt à usage, vente), Romain Boffa va reconnaître qu'une forme de destination naturelle peut être présente sans que celle-ci soit explicitée dans la convention. Pour reprendre les mots de l'auteur : « *la finalité dévolue à la chose peut entrer dans le champ conventionnel de*

important, celle d'une destination – ou d'une affectation – qui se construit tant dans le subjectivisme que dans l'objectivisme.

**327. Réception « externe ».** Deuxièmement, la réception est dite « externe » en ce que le mécanisme de fonctionnalisation ne va pas concerner les parties d'un contrat mais des tiers. Dans ce cadre précis, deux formes sont constatées : celles relevant d'un acte matériel, comme l'immobilisation par destination<sup>1066</sup> ou la servitude par destination du père de famille<sup>1067</sup>, et celles relevant d'actes formels tels que l'information du tiers concerné<sup>1068</sup> ou la publicité<sup>1069</sup>.

## **b) La source objective : la loi**

**328.** Les mécanismes de fonctionnalisation se retrouvent également dans une dimension plus collective par le truchement de la loi. En effet, le législateur va parfois agir afin d'imposer ou encourager la mise en place de normes d'usage spécifiques et de finalités particulières. Si nous reviendrons plus avant sur le fondement<sup>1070</sup> de ces cas spécifiques, et sur les conséquences générées en termes d'appropriation<sup>1071</sup>, il convient pour l'instant d'étudier ici les différentes formes de ces mécanismes de fonctionnalisation législatifs. Comme le souligne Romain Boffa, le législateur va opérer de manière incitative ou coercitive, afin de guider le processus de fonctionnalisation vers le résultat désiré. De plus, cette intervention peut opérer, sur les mécanismes de fonctionnalisation, de manière externe en imposant une destination et interne en incitant le propriétaire à destiner son bien à une finalité déterminée.

**329. La fonctionnalisation imposée.** D'un point de vue externe, l'arsenal législatif pourra agir sur la détermination du mécanisme de fonctionnalisation. Par exemple, les plans locaux d'urbanisme, dévolus aux communes et communautés de communes, vont non seulement pouvoir empêcher le propriétaire d'établir la finalité qu'il souhaite à son fonds mais également imposer une finalité particulière à ce même fonds. Dans ce cas, le caractère plénipotentiaire du droit de propriété se réduit à peau de chagrin ; il est limité dans son

---

*manière naturelle, sans existence nécessaire d'une forme ou stipulation particulière. Ceci est dû à l'objectivisme initial dont elle est parée, en ce qu'elle correspond à l'usage raisonnablement attendu de la chose eu égard à ses potentialités intrinsèques » : Ibid., pp.70-76 ; spéc. p.70.*

<sup>1066</sup> Ibid., p.96 sq.

<sup>1067</sup> R. Boffa, La destination de la chose, p.100 sq.

<sup>1068</sup> Ibid., p.103 sqq.

<sup>1069</sup> Ibid., p.105 sq.

<sup>1070</sup> Voir *Infra* n° 339 et 340.

<sup>1071</sup> Voir *Infra* n° 362.

exercice et doit supporter l'expression d'une volonté externe. C'est ainsi que la faculté de construire sur son fonds peut être limitée ou être tout bonnement interdite.<sup>1072</sup> De surcroît, le plan local d'urbanisme peut également fixer « *l'affectation des sols selon les usages principaux qui peuvent en être faits ou la nature des activités qui peuvent y être exercées* »<sup>1073</sup>, mais également « *définir, en fonction des situations locales, les règles concernant la destination et la nature des constructions autorisées* »<sup>1074</sup>.

**330. La fonctionnalisation encouragée.** De manière interne, le législateur peut également œuvrer non pas à la détermination d'un mécanisme de fonctionnalisation, mais dans le contenu de celui-ci. Comme le précise Romain Boffa, l'action de la loi est ici qualitative<sup>1075</sup> et cela de manière coercitive ou incitative. Prenons l'exemple des monuments historiques, nous avons vu en amont que ceux-ci étaient soumis à un régime protecteur depuis 1913, désormais réformé<sup>1076</sup>. Ce faisant, l'article 156 du Code général des impôts prévoit, pour le propriétaire et sous les conditions spécifiques de l'article 156 bis du même Code, de pouvoir déduire de son impôt sur le revenu le montant des sommes allouées aux travaux réalisés sur les monuments dits historiques. Ici, nous sommes dans un exemple topique d'une méthode incitative ayant pour objectif de réaliser la finalité de sauvegarde et de protection de ces biens particuliers.

En définitive, les mécanismes de fonctionnalisation sont le fruit d'une volonté, qui peut être la volonté du propriétaire ou celle de la représentation nationale, voire de l'administration. Cependant, la volonté n'est pas isolée et toute puissante, elle reste fondamentalement déterminée par la nature de la chose et, éventuellement, ses aspirations collectives. Ainsi, c'est l'extériorisation de cette volonté qui va embrasser le champ du droit

---

<sup>1072</sup> Article L.123-1-5 I du Code de l'urbanisme : « *Le règlement fixe, en cohérence avec le projet d'aménagement et de développement durables, les règles générales et les servitudes d'utilisation des sols permettant d'atteindre les objectifs mentionnés à l'article L. 121-1, qui peuvent notamment comporter l'interdiction de construire, délimite les zones urbaines ou à urbaniser et les zones naturelles ou agricoles et forestières à protéger et définit, en fonction des circonstances locales, les règles concernant l'implantation des constructions.* »

<sup>1073</sup> Article L.121-5-1 II du Code de l'urbanisme.

<sup>1074</sup> *Ibid.*

<sup>1075</sup> R. Boffa, *La destination de la chose*, *op.cit.*, n° 79 *sqq.*, p.58 *sqq.*

<sup>1076</sup> Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine. Cette loi accroît la protection des immeubles historiques en apportant une protection, autrefois absente, pour les meubles qui les garnissent. Sur ce point, voir : A. Denizot, « Protection des ensembles mixtes : enfin la loi ! », *RTD civ*, 2016, p.953 *sqq.*

Ordonnance n° 2017-651 du 27 avril 2017 relative aux immeubles et objets mobiliers classés ou inscrits au titre de monuments historiques. Le but affiché de cette ordonnance est de réduire au possible les différentiels existants en terme de protection entre les immeubles classés et les immeubles inscrits. Sur ce point, voir : A. Denizot, « Le surclassement des immeubles inscrits », *RTD civ*, 2017, p.737 *sqq.*

et lui conférer la juridicité nécessaire à sa réalisation. Néanmoins, si la juridicité est ici reconnue, encore faut-il s'interroger sur la normativité de ces mécanismes de fonctionnalisation.

## **B. La normativité de la fonctionnalisation**

La question des sources de la fonctionnalisation ne peut servir, à elle seule, à déterminer si ces mécanismes sont dotés d'un caractère normatif. S'il n'est pas question ici de débattre de ce qu'est la normativité – le débat paraît inépuisable et fut traité par les plus grands esprits – il conviendra surtout de s'attacher à démontrer la dimension normative des mécanismes de fonctionnalisation. Pour ce faire, il convient d'en retenir une définition de ce que pourrait être la normativité. Si l'on s'en tient à une définition générale : est normatif ce « *qui énonce une règle, qui est porteur d'une norme* »<sup>1077</sup>. Dès lors, encore faut-il pouvoir expliciter le terme de normes. La règle, c'est ce qui guide les comportements, la règle de droit est plus classiquement rattaché à la loi. À l'inverse, la norme serait dotée d'une plus grande souplesse, dépassant le cadre légaliste et épousant les sources génératrices des règles qui guident le comportement<sup>1078</sup>. Aussi, comme ces définitions le suggèrent, il ne sera pas question de s'interroger sur la normativité en fonction des sources des mécanismes de fonctionnalisation, la loi et le contrat étant reconnus comme des sources normatives<sup>1079</sup>. Cependant, le caractère de la normativité ne pourrait se déduire que de la seule origine de la règle<sup>1080</sup> ; celui-ci doit être également recherché dans ce qui permet l'effectivité de la norme.

---

<sup>1077</sup> Vocabulaire juridique, *op.cit.*, V° « normatif ».

<sup>1078</sup> Voir : P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., Coll. Manuel, 2019, n° 8.

<sup>1079</sup> Sur ce point, voir : H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *APD*, Sirey, 1940, p.33 *sqq.* : L'auteur verra dans le contrat une norme de droit objectif, contrairement aux civilistes qui l'instituent comme norme subjective. Pour un commentaire de l'approche Kelsenienne de la normativité du contrat : R.E de Munagorri, « Kelsen et la théorie générale du contrat », *in Actualité de Kelsen en France*, C.M. Herrera (dir.), LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2001, p. 109 *sqq.* ; pour une approche plus classique : D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, éd. Odile Jacob, 1997 ; pour les contrats : p. 24, 29, 50, 51, 178, 208 ; P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ*, 1999, p. 771 *sqq.* ; Pour la loi : D. de Béchillon, *op.cit.*, p. 20, 21, 41 *sqq.*

<sup>1080</sup> Le Conseil constitutionnel, à de nombreuses reprises, a dû étudier la question de la normativité de certaines dispositions législatives. À ce titre, il a reconnu que certaines d'entre elles ne disposaient pas des « caractères » de la normativité (Déc. n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, *Rec.* 211), de portée normative (Déc. n° 2000-435, 7 déc. 2000, *Rec.* 164.) ou même de valeur normative (Déc. n° 2002-460 DC, 22 août 2002, *Rec.* 198.). Ainsi, la seule origine de la règle de droit ne saurait prévaloir de sa normativité. Pour un étude des questions de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : V. Champeil-Desplats, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de la normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21 (Dossier : la normativité), Janvier 2007, En ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-21/n-est-pas-normatif-qui-peut-l-exigence-de-normativite-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel.50553.html> (Consulté le 21/01/18).

Deux critères paraissent ici nécessaires : d'une part la stabilité de la norme<sup>1081</sup> et, d'autre part, les moyens juridiques visant à guider les comportements et ainsi faire respecter le contenu de la norme établie. À partir de ces deux caractères, il conviendra de voir si les mécanismes de fonctionnalisation peuvent être définis comme normatifs. Ici, deux éléments viendront appuyer notre raisonnement. Il sera question de rechercher l'inscription de la finalité dans le temps (1) avant de s'interroger sur la mise en place de moyens de réalisation de cette finalité (2).

## 1. L'inscription de la finalité dans le temps

**331.** Affecter l'utilité d'un bien conduit à lui fixer un but, à déterminer une finalité. Or, au-delà de la question de son émergence et de ses sources, il apparaît plus que nécessaire de pouvoir déterminer comment cette dernière se matérialise. Sur ce point, l'un des aspects les plus importants se trouve dans la possibilité d'assurer une pérennité à la finalité choisie, qu'elle soit un guide des comportements. Cette stabilité de la finalité est inhérente aux logiques de protection et d'accès. Cette idée est notamment traitée par Romain Boffa à propos de la destination<sup>1082</sup>, l'auteur précisant : « *La destination, une fois son émergence consacrée juridiquement, n'est pas vouée à l'éphémère. Elle se voit conférer une certaine permanence, et vise à régir de manière durable l'usage de la chose* »<sup>1083</sup>. Dès lors, derrière l'idée de finalité spécifique, ou de but déterminé, réside, selon l'auteur celle de permanence. Cette idée de permanence, qui traduit l'inscription dans le temps de la finalité déterminée, est propre, selon nous, à l'idée même de fonctionnalisation.

Nous avons vu que la fonctionnalisation, initialement, est le produit d'une volonté, parfois individuelle, parfois légale. L'affectation et la destination, en tant que mécanismes de fonctionnalisation, doivent ainsi permettre d'assurer à cette finalité déterminée son effectivité juridique. Évidemment, la difficulté est moindre lorsque la fonctionnalisation est légale ; la

---

<sup>1081</sup> Le caractère de stabilité est récemment décrit comme un des caractères de la normativité : F. Brunet, *La normativité du droit*, éd. Mare & Martin, 2011, p.200 *sq.* : « *L'autre dimension de l'objectivité de la normativité tient à une certaine stabilité et une certaine continuité des normes, qui s'imposent dès lors qu'il est admis que, s'adressant à la conscience des individus, la normativité juridique entretient un certain rapport à la durée (...) En tant que la norme n'est pas autre chose qu'un devoir-être, elle est par là même toujours en retrait (ou en retard) quant à sa réalisation effective, quand bien même elle viserait son effectuation.* » ; Voir également, P. Deumier, *Introduction générale au droit*, *op.cit.*, n° 13 : « *Pour pouvoir aligner son comportement sur un modèle, encore faut-il que celui-ci présente une certaine permanence et stabilité permettant de s'y fier.* ».

<sup>1082</sup> Pour un exposé de la conception de destination chez Romain Boffa, voir : *Supra* n° 312.

<sup>1083</sup> R. Boffa, *La destination de la chose*, *op.cit.*, n° 163, p.113.

stabilité est alors assurée par la loi elle-même, de son entrée en vigueur à son abrogation. Dans le cadre d'une fonctionnalisation propriétaire, la difficulté est plus prégnante. Pour s'en rendre compte, nous nous appuyerons sur la recherche de la normativité de la destination par Romain Boffa. Pour l'auteur, la notion de destination se caractérise comme une subtile alliance d'influences subjectivistes et objectivistes. Ainsi, si la finalité est souvent l'apanage de la volonté individuelle du propriétaire, celle-ci ne pourrait s'épanouir sans l'apport des règles légales. L'auteur vient donc proposer une permanence de la finalité sous deux angles, subjectif et objectif. La dimension subjective de la destination se retrouve tant dans la formation<sup>1084</sup> de l'acte juridique en tant « *qu'élément de la cause subjective* »<sup>1085</sup> qu'au moment de son exécution<sup>1086</sup>. C'est notamment à ce moment précis que la permanence de la destination, et donc de la finalité, prend son sens le plus important. En effet, c'est dans l'exécution de l'acte juridique que la finalité rejaillit et, selon le vocable de l'auteur, se « *cristallise* », lui apportant une permanence. L'exemple le plus topique tient ici dans l'institution de la fiducie<sup>1087</sup>. Comme en dispose l'article 2029 du Code civil, « *Le contrat de fiducie prend fin par (...) la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme* ». La rédaction du texte est claire : la réalisation du but poursuivi est une cause d'extinction du contrat, et donc de désaffectation. Autrement dit, la finalité du contrat de fiducie va guider chaque étape de la vie du contrat de fiducie, de sa création à son extinction. Ici, plus que jamais, la finalité n'est pas un élément spontané cantonné à la simple expression d'une volonté qui viendrait rencontrer un consentement tiers, elle est le cœur de l'institution. Romain Boffa démontre également que la permanence de la finalité provient d'éléments objectifs qui viennent garantir une stabilité. Ce phénomène de pérennité se caractérise notamment par la mise en place d'entraves à la volonté des parties ou de conditions particulières afin de limiter le changement de la destination. Pour s'en rendre compte, l'auteur

---

<sup>1084</sup> *Ibid.*, n° 169 *sq.*, p.116 *sq.*. La thèse de Monsieur Boffa, écrite sous l'empire de l'ancien droit des obligations, fait état de l'insertion de la destination en tant qu'élément de la cause subjective. L'auteur vient aussi préciser que cela se retrouve dans des actes juridiques unilatéraux (ex : immobilisation par destination) ou conventionnels. Évidemment, ce n'est pas sans rappeler les termes du célèbre débat de la subjectivisation de la cause. C'est donc dans ce processus particulier qu'est celui de la subjectivisation de la cause que Romain Boffa inscrit le concept de destination.

<sup>1085</sup> *Ibid.*, p.115 *sqq.*

<sup>1086</sup> *Ibid.*, p.141 *sqq.*

<sup>1087</sup> Sur ce point, voir notamment : *Ibid.*, n° 230-2, p.151 ; A. Arsac, *La propriété fiduciaire : nature et régime*, Thèse, Paris I, 2013, p.362 *sq.* : le cas de la réalisation du but poursuivi est ici qualifié de « *dénouement naturel* ». L'emploi du terme n'est pas neutre, puisque l'auteur évoque aussi les hypothèses de « *dénouement accidentel* » ; or, l'emploi du terme « naturel » démontre bien que la finalité déterminée a un caractère de permanence puisque sa réalisation est une cause d'extinction du contrat.

va ainsi expliciter la rigidité des modes de changement de la destination<sup>1088</sup> et la présence de sanctions légales en cas de non respect et « *d'affectation contraire* » à la destination initiale<sup>1089</sup>.

**332.** L'analyse de Romain Boffa est particulièrement éclairante sur l'importance de la dimension temporelle de la notion de destination. En effet, son inscription dans le temps va consolider la finalité déterminée et la faire entrer dans le champ de la normativité<sup>1090</sup>. Pour appuyer son argumentation, l'auteur va notamment établir un parallèle entre la notion de destination et celle du « *devoir-être* »<sup>1091</sup> Kelsenien. Ainsi, en opérant une distinction entre finalité et norme d'usage, la destination, prise comme finalité et non comme un ensemble, se caractérise comme un « *devoir-être* » générateur de normes d'usage. En ce qu'il détermine une finalité durable, les mécanismes de fonctionnalisation vont donc guider les comportements. Ils épousent ainsi l'un des caractères de la normativité.

## 2. Les moyens de réalisation de la finalité

**333. Normativité et moyens.** Si nous avons vu que l'inscription temporelle de la finalité s'inscrit dans un processus de normativité, il convient de compléter le raisonnement. En effet, cette seule caractéristique ne peut suffire à désigner les mécanismes de fonctionnalisation comme étant des normes juridiques à part entière. Aussi, afin de pouvoir déterminer leur normativité, il convient de s'intéresser aux moyens mis en œuvre afin de réaliser la finalité.

---

<sup>1088</sup> Pour exemple, il est possible de citer les difficultés que représente la modification de la destination dans le cadre de l'usufruit. C'est ainsi que l'usufruit connaît, à l'article 578 du Code civil, une obligation de « *conserver la substance* » de la chose, substance que la Cour de cassation a analysée comme comprenant le fait de ne pas modifier la destination de la chose (C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 5 décembre 1968, Bull. civ. III, n° 532 : *D.*, 1969, 274). Comme le souligne Romain Boffa sur ce point, l'absence de modification unilatérale de la destination est une garantie de la permanence de la destination : R. Boffa, *La destination de la chose, op.cit.*, n° 250, p.164 sq.

<sup>1089</sup> Sur ce point, voir les exemples de sanctions, tant pénales que civiles, donnés par R. Boffa : *Ibid.*, n° 259 sq., p.170 sq.

<sup>1090</sup> « *Une fois l'acte juridique formé, l'usage dévolu à la chose n'est plus la représentation d'une réalité future. Elle devient une norme, une réalité permanente, que les parties doivent exécuter* » : *Ibid.*, n° 232, p.152.

<sup>1091</sup> « *La destination est une norme, parce qu'elle exprime un devoir-être : elle n'est pas l'utilisation effective de la chose, fluctuante, placée sous les contingences de la volonté individuelle mais celle qui a été projetée de manière initiale à l'occasion d'un acte juridique* » : R. Boffa, *La destination de la chose, op.cit.*, n° 310, p.207. ; *Contra* : « *En définitive, la destination ne signifie pas un devoir-être au sens ou l'entend Kelsen : si une conduite ou un comportement (Sein) peut tendre vers la destination (Sollen) mais sans jamais y parvenir, la relation entre l'être (Sein) et le devoir-être (Sollen) n'obéit pas au schéma présenté dans la "Théorie pure du droit". : S.Vanuxem, Les choses saisies par la propriété, IRJS éd, Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc, 2012, n° 104. Le débat ici établi est riche. Cependant, pour comprendre l'essence de la notion, la détermination de la destination comme d'un devoir-être au sens purement Kelsenien nous paraît contingent. En revanche, nous retenons que c'est la finalité qui se cristallise dans le temps et qui devient vectrice de normes particulières.*



Cette approche résulte de la dimension « *instrumentale* »<sup>1092</sup> de la normativité ; autrement dit, elle s'inscrit nécessairement dans un but précis ou une finalité particulière. Cependant, la normativité ne pourrait se contenter de fixer un cap, elle se doit aussi d'être complétée par les moyens adéquats permettant sa réalisation. Il est une chose de pointer l'horizon, il en est une autre de montrer le chemin pour y parvenir. De prime abord, il serait aisé d'opérer une assimilation entre finalité et normativité, la première étant un élément de la seconde. Cependant, tout mécanisme de fonctionnalisation qui viendrait déterminer une finalité particulière sans en donner les moyens de réalisation la condamnerait à l'ineffectivité<sup>1093</sup>. Pour ce faire, nous étudierons successivement les obligations<sup>1094</sup> qui peuvent découler des mécanismes de fonctionnalisation ; ces dernières, de par leur force contraignante, vont ainsi poser les jalons de la réalisation de la finalité.

**334. Obligation passive.** Dans le cadre des mécanismes de fonctionnalisation, l'obligation passive, ou obligation de ne pas faire, se traduit par le fait de devoir respecter la finalité exprimée et de ne pouvoir la modifier. C'est ainsi que, par exemple, la fonctionnalisation mise en place par les clauses d'habitation bourgeoise vient limiter le champ d'action d'un copropriétaire en ne permettant pas qu'il puisse y exercer une activité professionnelle<sup>1095</sup>. En cas de manque avéré, le rétablissement de la destination de départ pourra être demandé par le syndic de copropriété avec pour conséquence une possible remise en l'état des locaux qui auraient subi, par le changement de destination, des modifications substantielles. Avec cet exemple, il est possible de voir le caractère normatif de la clause d'habitation bourgeoise. La clause va déterminer une finalité particulière aux biens (celui de servir d'habitation) ce qui va se traduire par des conditions spécifiques de jouissance de ce bien (ne pas exercer d'activité

---

<sup>1092</sup> Selon François Brunet, la normativité juridique se caractérise par une fonction instrumentale. Ici, l'auteur dresse les contours de la normativité à travers les concepts de finalité et de moyens d'y parvenir. Aussi, il évoque la normativité juridique comme un modèle et un « *outil de référence dans l'opération d'évaluation en droit* » : F. Brunet, *La normativité du droit*, *op.cit.*, p.217 *sqq.*

<sup>1093</sup> Même si cela doit être nuancé, l'approche réaliste de l'effectivité du modèle de la norme pourrait être perçue comme une nouvelle condition de la normativité : *Ibid.*, p.210 *sqq.* Le débat de l'effectivité comme élément constitutif de la normativité est aujourd'hui central. Sur la question de la différence entre effectivité et effet juridique : S. Gerry-Vernières, *Les petites sources du droit, à propos des sources étatiques non contraignantes*, Economica, Paris, 2012, p.150 *sqq.*

<sup>1094</sup> Dans son étude, Romain Boffa analyse la normativité de la destination sous un double aspect : d'abord par les devoirs qu'elle impose mais aussi par les droits qu'elle génère. Dans notre cas, afin de déterminer la normativité des mécanismes de fonctionnalisation, la question des moyens mis en œuvre se limitera aux obligations qui en découlent. Pour la question des droits, voir : R. Boffa, *op.cit.*, n° 409 *sqq.*

<sup>1095</sup> Pour une application récente du principe : C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 25 février 2016, n° 15-13856 : Saintourens, *Bulletin Joly Sociétés*, 2016, 320. Pour une application limitée du principe (ne limitant l'exercice qu'aux seules activités commerciales, industrielles ou artisanales) : C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 9 décembre 1970, n° 69-10.779 ; Bull. civ., III, n° 69-10.779. Pour une reconnaissance d'une activité libérale : C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 13 novembre 1975, n° 74-12339, Bull. civ., III, n° 332..

professionnelle). Ainsi, la substance de la normativité de la fonctionnalisation se retrouve ici par l'obligation de respecter la destination du bien, autrement dit une obligation passive.

**335. Obligation active.** À l'inverse, les mécanismes de fonctionnalisation se distinguent également par la mise en place d'obligations actives c'est-à-dire des obligations de faire. Ces dernières se délimitent par la finalité exprimée et peuvent prendre des formes différentes. À ce titre, il est notamment possible d'en distinguer deux principales : l'obligation de conserver la substance de la chose<sup>1096</sup> ou l'obligation d'exploiter le bien en tant que tel. Pour comprendre le mécanisme de ces obligations actives, nous prendrons l'exemple des obligations d'exploitation. Selon Christophe Albiges<sup>1097</sup>, l'obligation d'exploiter un bien peut résulter de deux facteurs : la nature de la chose (l'obligation sera alors mise en place par la technique contractuelle) ou par détermination de la loi. Pour le premier cas, l'obligation d'exploitation résiderait dans la nature spécifique du bien, c'est ainsi que certains biens, notamment les fonds ruraux, commerciaux, ou les biens frugifères, ne se conçoivent que par leur exploitation. L'auteur évoquera en ce sens la « destination économique » de ces biens, une destination suscitant alors cette exploitation.

Pour le cas où l'exploitation serait le résultat d'une détermination de la loi, l'origine de celle-ci proviendrait d'une mise en balance des intérêts du propriétaire et de l'intérêt général. L'auteur y voit ici un rapprochement avec la fonction sociale de la propriété, une propriété finalisée. En réalité, il semble qu'ici aussi soit à l'œuvre un processus de fonctionnalisation. L'obligation d'exploitation du bien pouvant alors être traduite comme une des traductions techniques des moyens mis en place par le processus de fonctionnalisation afin de réaliser la finalité déterminée. De surcroît, il convient également de noter la possibilité de sanctions en cas de non respect de l'obligation d'exploitation, que cela soit d'une obligation d'origine contractuelle ou légale. Ainsi, pour exemple, il est possible de citer la faculté offerte au bailleur rural d'obtenir la résiliation du bail en cas de non respect de l'obligation d'exploitation de la part du preneur<sup>1098</sup>. En définitive, la normativité de l'obligation

---

<sup>1096</sup> Cette obligation fera l'objet de développements ultérieurs, voir : *Supra* n° 574 *sqq.*

<sup>1097</sup> C. Albiges, « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD civ*, 2016, p.795 *sqq.*

<sup>1098</sup> L'article L. 411-27 du Code rural dispose que les obligations du preneur à bail rural sont régies par les articles 1766 et 1767 du Code civil. L'article 1766 est particulièrement éclairant, et ce à double titre. Tout d'abord, l'article vient reconnaître l'obligation d'exploitation du preneur à bail (*Si le preneur d'un héritage rural ne le garnit pas des bestiaux et des ustensiles nécessaires à son exploitation, s'il abandonne la culture, s'il ne cultive pas raisonnablement*), ici, en liant ses éventuels manques à une possibilité de résiliation du bail (*celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail*), l'article inclut une obligation d'exploitation du bien. Ensuite, l'article vient reconnaître que le preneur doit respecter la destination du fonds (*s'il emploie la chose*

d'exploitation – mais cela vaut pour toutes obligations actives issues d'un mécanisme de fonctionnalisation – se caractérise par la mise en place de normes d'usage qui vont guider le comportement de l'obligé et accroître leur caractère obligataire par des sanctions en cas d'inexécution de l'obligation.

\*\*\*\*\*

**336.** Les notions de destination et d'affectation sont des mécanismes qui vont permettre de donner une finalité particulière à un bien ou, plus généralement, à son rapport d'appropriation. La finalité se révèle être l'essence de ces notions, laquelle sera complétée par des techniques permettant de guider l'usage du bien à la réalisation de cette finalité.

Autrement dit, les notions de destination et d'affectation peuvent être considérées comme des mécanismes de fonctionnalisation lorsqu'elles ne sont pas inscrites dans une optique de protection d'une personne ou d'un tiers et qu'elles prennent pour référentiel la valeur d'usage de la chose. À partir de ce constat, les mécanismes de fonctionnalisation peuvent prendre leurs racines dans la volonté du propriétaire – les notions de destination et d'affectation étant considérées comme des prérogatives liées au droit de propriété – mais également dans la volonté des pouvoirs publics. Dans un cas comme dans l'autre, deux critères viennent caractériser le phénomène de fonctionnalisation : le choix d'une finalité déterminée et l'émergence d'obligations inscrites dans l'objectif de sa réalisation. Surtout, et c'est là sa force principale, la fonctionnalisation est normative, c'est en cela qu'elle guide l'usage des choses.

Nous procédons donc à une assimilation des notions de destination et d'affectation sous une nouvelle dénomination, celle de « mécanismes de fonctionnalisation ». Cela nous permet de réduire les notions à une substance commune. De plus, en démontrant le caractère normatif du phénomène de fonctionnalisation, nous rendons compte de la potentialité de ces mécanismes, notamment dans le cas où le rapport d'appropriation se verrait finalisé et collectif.

---

*louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée*) ; l'article vient donc non seulement reconnaître la destination particulière du fonds mais également imposer, à côté de l'obligation d'exploitation du bien, une obligation passive de ne pas modifier la destination du bien, la sanction étant similaire pour les deux types d'obligations.

## **Section 2 : Les mécanismes de fonctionnalisation, outils pour la réalisation de l'usage partagé des biens**

**337.** Dans la première partie de notre étude, nous avons vu que les formes d'usage partagé de certains biens tendent à se multiplier. Si leurs raisons et leurs modes de manifestations divergent, nous avons rendu compte que certaines logiques permettaient d'inscrire certains biens dans un rapport finalisé, induisant non seulement un usage collectif mais également la mise en place de normes d'usage spécifiques axées sur la réalisation de cette finalité. Ainsi, finalité et normes d'usage semblent être des éléments communs aux différentes logiques étudiées. Or, comme nous venons de le voir, les notions de destination et d'affectation s'inscrivent autour de ces deux éléments. En effet, si nous tenons les termes pour synonymes, la finalité serait le fondement de ces mécanismes alors que les normes d'usage seraient les moyens techniques d'y parvenir.

Cette étape étant terminée, il convient de réduire le prisme d'analyse. Jusqu'à maintenant, nous avons étudié les mécanismes de fonctionnalisation de manière globale, afin de pouvoir en extraire leur substance principale. Les concepts ont été analysés à travers des exemples variés mais qui n'entrent pas initialement dans notre champ d'étude. C'est ainsi que les cas du contrat de bail ou de la clause d'habitation bourgeoise ont pu être cités dans le cadre d'une démarche explicative. Notre démonstration visant à rechercher les techniques de modulation de la propriété, il convient désormais de réduire notre analyse autour d'une focale plus étroite : celle des mécanismes de fonctionnalisation inscrits dans une dimension collective.

Dès lors, nous étudierons ici les mécanismes de fonctionnalisation lorsque ces derniers vont s'inscrire, via la notion de finalité, dans une démarche collective, et qu'ils concernent des biens appropriés privativement. Aussi, afin de pouvoir appréhender le phénomène, il conviendra d'abord d'interroger son processus d'élaboration, c'est-à-dire ses sources (I). Ensuite, il nous faudra analyser les conséquences qu'une fonctionnalisation collective pourrait engendrer sur le rapport d'appropriation (II).

### **I/ Les sources de la fonctionnalisation collective**

**338.** La détermination des sources de la fonctionnalisation est essentielle. En désignant les acteurs de la fonctionnalisation, cela permet de rendre compte que la modulation de la

propriété peut être autant imposée au propriétaire que déterminée par lui. Encore faut-il confronter cette hypothèse aux mécanismes de fonctionnalisation. À ce titre, nous avons vu que, de manière générale, ces mécanismes reposent sur une dualité de sources avec, en premier plan, la volonté individuelle, et, en second plan, l'intervention du législateur. Dans le cadre circonstancié de la fonctionnalisation collective, le cheminement est traditionnellement inversé, voire monolithique. Ainsi, c'est l'œuvre législative qui, guidée par l'intérêt général, serait la source quasi-exclusive des formes de fonctionnalisation collective (A). Cependant, il convient de s'interroger sur la possibilité de voir ces mécanismes naître de l'initiative privée, notamment lorsqu'elle agit au nom d'un intérêt collectif (B).

## **A. La conception classique : la loi et l'intérêt général**

L'approche classique de la fonctionnalisation collective se distingue par la reconnaissance d'une source unique, celle de la loi. C'est ainsi que le législateur peut, au nom de l'intérêt général (1), imposer aux propriétaires de certains biens une affectation collective du bien, entraînant un partage des utilités du bien (2).

### **1. Le fondement de la source, l'intérêt général**

Si la notion d'intérêt général est un pilier du droit public, son champ d'application s'est considérablement élargi dans le cadre du droit des biens et plus spécifiquement du droit de propriété (a) ; à ce titre, il est vecteur déterminant de ce que nous appelons la fonctionnalisation collective (b).

#### **a) L'intervention de l'intérêt général dans le cadre du droit des biens**

**339.** La notion d'intérêt général a pu être définie comme « *la pierre angulaire de l'action publique, dont il détermine la finalité et fonde la légitimité* »<sup>1099</sup>. Cette notion cardinale balaie largement le droit public des biens au point de devenir un élément de définition des biens publics<sup>1100</sup>. Cependant, l'aura de la notion ne se cantonne pas à la seule sphère publiciste. En

---

<sup>1099</sup> *Le Conseil d'État et la Juridiction administrative : Réflexion sur l'intérêt général*, Rapport public, 1999.

<sup>1100</sup> Si l'on suit l'avis de Caroline Chamard sur la question : « *Les biens publics peuvent alors être définis comme les biens qui appartiennent aux personnes morales de droit public et qui constituent, entre leurs mains, un instrument de réalisation de leurs missions, lesquelles relèvent toujours plus ou moins directement de l'intérêt*

effet, si le rôle de l'intérêt général dans le droit des contrats n'est plus à démontrer<sup>1101</sup>, son influence en droit des biens est également de premier ordre<sup>1102</sup>. En effet, la frontière traditionnelle entre le droit public et le droit privé ne paraît plus aussi hermétique qu'autrefois, le législateur n'hésitant pas à faire intervenir la notion d'intérêt général dans le cadre des biens appropriés par une personne privée. À ce titre, l'intérêt général est un fondement de la limitation de la propriété<sup>1103</sup>.

Ces interventions procèdent d'une volonté des pouvoirs publics de faire primer l'intérêt général sur les intérêts individuels des propriétaires. Cela présuppose la reconnaissance, sur un même bien, d'une pluralité d'intérêts ; le bien est alors compris comme le réceptacle d'une multiplicité d'intérêts qui seront mis en balance. C'est dans ce sens qu'il a été soutenu que : « *les entraves contemporaines aux pouvoirs du propriétaire sur sa chose découlent d'une appréhension nouvelle de la notion de bien, non plus envisagée isolément, mais en fonction de son utilité pour la collectivité (...) C'est ainsi qu'est apparu ce florilège de législations spéciales en dehors du droit commun des biens, droit de l'urbanisme, de l'environnement (...) qui viennent un peu plus limiter les prérogatives du propriétaire en raison de la fonction sociale du bien* »<sup>1104</sup>. Cette citation est intéressante sur plusieurs points : tout d'abord sur la conséquence qu'est la limitation des prérogatives traditionnellement dévolues au propriétaire<sup>1105</sup>, mais également sur l'origine de cette limitation que l'auteur trouve dans une « *fonction sociale du bien* ». Cette fonction sociale pourrait être rapprochée de la conception de la chose comme un « milieu » de Sarah Vanuxem<sup>1106</sup>. La conception de la chose-milieu vient rendre compte de la dimension sociale de l'immeuble en ce qu'il est un noyau d'utilité qui se caractérise comme étant le siège de nombreuses activités humaines<sup>1107</sup>.

---

général ». C. Chamard, *La distinction des biens publics et des biens privés, contribution à la définition de la notion de biens publics*, Dalloz, 2004, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, p. 669.

<sup>1101</sup> M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Coll. Thèses, 2004.

<sup>1102</sup> Voir notamment : J. Nory, *Le droit de propriété et l'intérêt général*, Thèse, Lille, 1923.

<sup>1103</sup> Sur ce point : M. Rolain, *Les limitations au droit de propriété en matière immobilière*, Thèse, Nice, 2015, p.56 sqq.

<sup>1104</sup> R. Boffa, *La destination de la chose*, op.cit., n° 60, p.46.

<sup>1105</sup> Voir *Infra* n° 361.

<sup>1106</sup> S. Vanuxem, *Les choses saisies par la propriété*, op.cit. ; S. Vanuxem, « Chose », in *Dictionnaire des biens communs*, op.cit., p.172 sqq.

<sup>1107</sup> R. Boffa, « biens destinés », in *Dictionnaire des biens communs*, op.cit., p.119 sqq.

## **b) Intérêt général et fonctionnalisation : l'exemple des servitudes d'utilité publique**

**340. Définition.** Si nous avons vu que la notion d'intérêt général est une donnée à prendre en compte dans le droit des biens, il convient d'aller plus avant et d'apposer un regard sur ses manifestations lorsqu'elles s'inscrivent dans une logique de fonctionnalisation. Nous prendrons, ici, l'exemple des servitudes d'utilité publique pour rendre compte du phénomène. Ces dernières, en effet, sont particulièrement intéressantes en ce qu'elles vont, parfois, permettre la protection d'un bien et, d'autres fois, permettre l'accès au bien grevé. Dans un cas, comme dans l'autre, elles peuvent être considérées comme des techniques permettant une inclusion directe ou indirecte des tiers dans le rapport d'appropriation<sup>1108</sup>. Généralement définies comme « *des charges d'origines légales pesant sur des fonds privés et caractérisées par le but d'intérêt général* »<sup>1109</sup>. À ce propos, nous précisons que les servitudes d'utilité publique seront entendus dans un sens élargi, en prenant les différentes sources qui les instituent<sup>1110</sup>.

**341. Servitudes d'utilité publique et servitudes civiles.** Le cas des servitudes d'utilité publique est tout à fait caractéristique d'une fonctionnalisation inscrite dans un objectif d'intérêt général. D'ailleurs, les termes d'intérêt général et d'utilité publique sont souvent perçus comme synonymes ou comme faisant partie d'un tout, l'intérêt général se ralliant à l'idée de finalité alors que l'utilité publique serait rattachée aux moyens<sup>1111</sup>. Quoiqu'il en soit, ces servitudes ne sont généralement pas assimilées aux servitudes classiques. Cette distinction provient du fait que les notions possèdent des natures et des régimes distincts. Ainsi le régime des servitudes d'utilité publique ne se conforme pas à celui des servitudes classiques<sup>1112</sup>, la

---

<sup>1108</sup> Pour rappel, nous envisageons l'inclusion indirecte des tiers par la fonction de transmission transgénérationnelle qu'opère la protection des biens environnementaux : voir *Supra* n° 260 et 261.

<sup>1109</sup> J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 388, p.441.

<sup>1110</sup> Classiquement, les servitudes d'utilité publique étaient prévues par l'article 649 du Code civil. Cependant, des servitudes d'utilité publique sont également nées dans les dispositions du Code de l'urbanisme, ou dans le Code de l'environnement. Nous garderons une unité de dénomination, et ce même si certains auteurs utilisent des dénominations différentes. Sur ce dernier point : M. Piquemal, *Le droit des servitudes administratives*, Berger-Levrault, 1967 (cité par F. Rolin, « Servitude d'utilité publique », in *Dictionnaire des biens communs, op.cit.*, p.1113).

<sup>1111</sup> Sur cette distinction, voir : M. Deguegue, « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015.

<sup>1112</sup> Il est par exemple notable que la non publication des servitudes d'utilité publique à la Conservation des hypothèques n'entraîne pas, *a contrario* des servitudes civiles classiques, la non opposabilité aux tiers (C.E, 22 novembre 1978, n° 05637, *Dr. adm.*, 1978, comm. 385 ; C.E, 29 janvier 1988, n° 65688, *Dr. adm.*, 1988, comm. 208). Il est également possible de citer la différence de sanction qui existe entre les deux types de servitudes puisque seules les servitudes d'utilité publique peuvent, par exemple, faire l'objet d'une protection pénale (voir sur ce point l'article L. 480-4 du Code de l'urbanisme) ; ou encore le fait qu'on ne puisse appliquer aux servitudes d'utilité publique la prescription pour non-usage (C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 18 décembre 2002, n°00-14176,

divergence de nature trouve son fondement dans la condition d'existence d'un fonds dominant<sup>1113</sup> des servitudes civiles. Il est vrai que la notion de servitude se fonde sur un rapport entre deux fonds, le fonds dominant et le fonds servant, les utilités du second étant alors au bénéfice du premier. Or, pour les servitudes d'utilité publique, la présence du rapport entre deux fonds n'est pas une condition nécessaire à leur constitution<sup>1114</sup>. Cela entraînerait, de fait, un maintien de la notion dans le cadre plus large des servitudes. Dès lors, il convient d'étudier plus spécifiquement deux éléments : d'abord la substitution du fonds dominant par la notion d'intérêt général et, ensuite, le rôle central que joue ici la notion d'affectation et donc, *in fine*, de fonctionnalisation.

**342. Servitudes d'utilité publique et intérêt général.** Les notions de servitudes d'utilité publique et d'intérêt général sont consubstantiellement liées. En effet, comme le souligne William Dross « *la plupart du temps*<sup>1115</sup>, *il est impossible d'identifier un quelconque fonds dominant. Si certaines utilités sont bel et bien retranchées des fonds privés, ce n'est pas au profit d'un immeuble public particulier mais dans l'intérêt général* »<sup>1116</sup> ou, comme le souligne Aurore Chaigneau, d'« *une communauté personnifiant un intérêt général* »<sup>1117</sup>. La Cour de cassation a d'ailleurs rappelé ce principe en précisant que « *la servitude administrative*<sup>1118</sup> *n'a pour effet que de contraindre à l'observation de règles d'utilité générale et non de servir un fonds dominant auquel la servitude n'est accordée qu'accessoirement, comme conséquence de l'intérêt public* »<sup>1119</sup>. Cette distanciation entre les servitudes d'utilité publique et les servitudes classiques quant aux rapports entre deux fonds paraît cependant parfaitement justifiée. En effet, comme le rappelle Éric Meiller, « *annexer la*

---

Bull. civ., III, n° 272 ; Bergel, *RDI*, 2003, 171 ; Reboul-Maupin, *D.*, 2003, 2048 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2003, 172..

<sup>1113</sup> « *Les limites apportées dans l'intérêt général aux droits des propriétaires sont généralement qualifiées de servitudes d'utilité publique. L'expression est discutable, car bien souvent, il ne s'agit pas techniquement de servitudes, faute de fonds dominant* », W. Dross, *Les choses*, n° 71, p.131.

<sup>1114</sup> C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 30 avril 1963, Bull. civ. I, n° 239 : « l'existence d'un fonds dominant et d'un fonds servant n'est pas essentielle à l'existence d'une servitude lorsque celle-ci est créée par la loi » ; Voir également : C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 11 décembre 1970 : n° 69-11322, Bull. civ. III, n° 250 ; C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 15 décembre 1999 : n° 97-22161, Bull. civ. III n° 250 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2000, 265 ; Bergel, *RDI*, 2000, 147 ; Atias, *Deprésnois*, 2000, 314.

<sup>1115</sup> L'auteur souligne également la présence de servitudes d'utilité publique qui répondent au schéma classique des servitudes, dans le sens où il existe un rapport entre un fonds dominant et un fonds servant : « *Reste que dans certains cas, c'est bien la contiguïté d'un fonds privé et du domaine public qui justifie qu'une utilité du premier soit annihilée ou affectée au profit du second* », W. Dross, *Les choses*, *op.cit.*, n° 71-1, p.131.

<sup>1116</sup> *Ibid.*

<sup>1117</sup> A. Chaigneau, « Des droits individuels sur des biens d'intérêts collectifs, à la recherche du commun », *RIDE*, T.28, 2014, p.335 *sqq.*, spéc. p.345.

<sup>1118</sup> La notion de servitude administrative est synonyme de servitude d'utilité publique.

<sup>1119</sup> C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 8 mai 1963 : Esmein, *JCP G*, 1963, 13314 ; Bredin, *RTD civ*, 1963, 760.



*servitude à un fonds dominant n'a de sens que pour organiser le rapport entre deux fonds appartenant à des particuliers. Lorsqu'il s'agit de prendre en compte l'intérêt collectif ou l'intérêt général, il convient de déroger au principe du fonds dominant. Ne pas le faire serait laisser l'intérêt général aux mains d'intérêts particuliers, ce qui serait contraire à l'objectif poursuivi »*<sup>1120</sup>. Dès lors, l'intérêt général peut se voir reconnaître comme faisant partie intégrante de la notion de servitude d'utilité publique, il est à la fois ce qui va entraîner sa création et conditionner son existence.

**343. Servitudes d'utilité publique et affectation.** La détermination de la consubstantialité entre servitude d'utilité publique et intérêt général va également de pair avec celle d'affectation. En effet, il a souvent été rappelé qu'« *elles (les servitudes d'utilité publique) ont nécessairement pour objet l'intérêt général puisque c'est lui qui fonde le pouvoir d'affectation de la personne publique »*<sup>1121</sup>. Cela démontre bien le lien qui relie les notions de servitudes d'utilité publique, d'intérêt général et d'affectation, les trois participant à un phénomène commun et étant nécessaires les unes aux autres.

**344. Conclusion.** Le cas des servitudes d'utilité publique est donc particulièrement révélateur puisqu'il démontre la force de la notion d'intérêt général, notion largement appuyée par une fonctionnalisation pouvant se traduire par l'affectation du bien à une utilité publique. Si nous verrons plus avant les conséquences de cette fonctionnalisation sur le rapport d'appropriation<sup>1122</sup>, la notion d'intérêt général prend une place significative en ce qu'il est le substitut abstrait du classique fonds dominant. Dès lors, l'affectation joue un rôle central, celui d'imposer une charge sur le fonds servant, une charge répondant à une finalité d'intérêt général. En droit public, l'affectation et l'intérêt général ont souvent des destins liés.

## **2. Les sources formelles, la loi et les règlements**

Dans le cadre de l'étude des sources de la fonctionnalisation, nous avons vu que celles-ci étaient duales : volontaire lorsqu'elle est une émanation de la volonté du propriétaire, autoritaire lorsqu'elle est une émanation du législateur. Il s'agit alors d'une fonctionnalisation verticale dans le sens où la fonctionnalisation va être imposée au propriétaire, la volonté

---

<sup>1120</sup> E. Meiller, *La notion de servitude*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2012, n° 308..

<sup>1121</sup> C. Logeat, *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, L'Harmattan, 2011, p.214.

<sup>1122</sup> Voir *Infra* n° 356 à 365.

souveraine primant la volonté du propriétaire. Dans ce cadre précis, la notion d'intérêt général va venir légitimer l'action du législateur alors que la fonctionnalisation ne sera que le volet technique de la mesure.

**345. Application du principe au cas de fonctionnalisation d'un bien privé.** Dans le strict cadre de notre étude, le lien existant entre intérêt général, fonctionnalisation et compétence du législateur ou du pouvoir réglementaire se révèle. Reprenons, pour exemple, le cas des servitudes d'utilité publique. Ici, les sources sont parfaitement claires. Premièrement, l'article 650 du Code civil vient prévoir que « *ce qui concerne cette espèce de servitude, est déterminé par des lois ou des règlements particuliers* ». Aussi, le Conseil constitutionnel<sup>1123</sup> a rappelé que les servitudes d'utilité publique étaient l'apanage du législateur, mais que ce dernier pouvait, dans le cadre des modalités de leur exécution, renvoyer au pouvoir réglementaire. Ici encore, la servitude d'utilité publique étant guidée par un motif d'intérêt général, la fonctionnalisation est autoritaire en ce qu'elle est l'émanation du législateur ou, de façon subsidiaire, du pouvoir réglementaire. De manière similaire, les formes de destination collective données par Romain Boffa sont toutes d'origine légale. En effet, l'auteur va distinguer entre les destinations légales qui sont soumises à l'intérêt familial<sup>1124</sup> et celles qui le sont à l'intérêt général<sup>1125</sup>. Dans le cadre de ces dernières, sont concernés au premier chef les immeubles<sup>1126</sup>, ceux-ci étant pris dans leur dimension sociale au travers des utilités qu'ils offrent. C'est ainsi que les plans locaux d'urbanisme s'inscrivent dans une logique de « *fixation de la destination des sols* »<sup>1127</sup> ou que les juridictions administratives et judiciaires vont encadrer la volonté du propriétaire, spécifiquement afin d'empêcher la modification de la destination de l'immeuble<sup>1128</sup>. Au vu de ces éléments, il est possible de voir dans les mécanismes de fonctionnalisation collectifs un mode d'expression de l'intérêt général, ces derniers étant mis en place par des dispositions législatives ou réglementaires. À ce titre,

---

<sup>1123</sup> Cons. Const., 13 décembre 1985, n° 85-198 DC, « *amendement Tour-Eiffel* » : Favoreu, *RDP*, n° 2, 395. .

<sup>1124</sup> R. Boffa, *La destination de la chose, op.cit.*, n° 41 *sqq.*, p.39 *sqq.*

<sup>1125</sup> *Ibid.*, n° 60 *sqq.*, p.45 *sqq.*

<sup>1126</sup> Il convient tout de même de préciser que si les immeubles sont les plus concernés en ce qu'ils sont le « *siège de l'habitation, de l'agriculture, du commerce ou de l'industrie* », il ne faut pas oublier de mentionner l'importance de certains meubles. À ce titre, les biens informationnels prennent une place prépondérante dans nos sociétés et dans la vie quotidienne de chacun. C'est ainsi qu'une « *valeur d'usage collective* » pourrait être reconnue aux œuvres, entraînant un encadrement de leurs destinations, voire une fonctionnalisation autoritaire de certaines de leurs utilités. Sur ce point, voir : R. Boffa, *les biens destinés, in Dictionnaire des biens communs, op.cit.* ; R. Boffa, *La destination de la chose, op.cit.*, n° 77, p.57 ; pour une approche substantielle de la question de la fonctionnalisation collective des œuvres par le législateur : voir *Infra* n° 407 à 412 et n° 416.

<sup>1127</sup> *Ibid.*, n° 69-2.

<sup>1128</sup> *Ibid.*, n° 73 *sqq.*

l'intérêt général va donc servir de vecteur à une fonctionnalisation collective, ce qui permettra l'émergence, sur le bien fonctionnalisé, d'une forme « *d'accès subi* »<sup>1129</sup>.

## **B. Vers une conception renouvelée : par l'initiative privée et l'intérêt collectif**

À côté de l'approche classique qui perçoit la réalisation de fonctionnalisation collective au nom de l'intérêt général, nous portons l'avis qu'une approche renouvelée serait possible. Toujours ancré dans une dimension collective, il nous semble possible que le processus de fonctionnalisation ne soit pas exclusivement l'apanage des pouvoirs publics mais qu'il puisse naître de la volonté d'un propriétaire privé. Une telle hypothèse repose sur deux éléments : d'abord sur l'intérêt qui donnerait naissance à une fonctionnalisation volontaire du propriétaire, à savoir un intérêt collectif immanent (1) ; ensuite, via le rôle central de la volonté du propriétaire dans le processus de formalisation de la fonctionnalisation (2).

### **1. L'intérêt collectif, fondement immanent de la fonctionnalisation collective**

**346.** Avant d'entrer plus avant dans l'établissement du lien entre immanence et intérêt collectif, il convient de préciser la définition de l'immanence. Pour en faciliter la compréhension, il convient de définir le terme à partir de la notion de transcendance, c'est-à-dire « *ce qui se situe au-delà du domaine considéré* »<sup>1130</sup>. Appliqué au cas des intérêts, l'intérêt transcendant est celui qui dépasse et s'impose aux autres intérêts. C'est en cela que l'intérêt général a longtemps été analysé comme un intérêt transcendant les intérêts particuliers. À l'inverse, l'immanence se définit comme une « *présence par mode*

---

<sup>1129</sup> Le terme renvoie à la dichotomie opérée par Judith Rochfeld entre un accès « choisi » et un accès « subi ». Ce dernier se caractériserait par un partage des utilités du bien imposé à un propriétaire. L'intérêt général, souligne l'auteure, pouvant jouer alors un rôle prédominant : J. Rochfeld, « Accès (enjeux théoriques) », in *Dictionnaire des biens communs, op.cit.*, p.10.

<sup>1130</sup> Dictionnaire CNRTL, V° « Transcendance », (en ligne). Cette définition se retrouve, de manière plus complète, chez André Lalande. En ce sens, la transcendance est « *ce qui ne résulte pas du jeu naturel d'une certaine classe d'êtres ou d'actions, mais ce qui suppose l'intervention d'un principe extérieur et supérieur à celle-ci. C'est en ce sens qu'on oppose à la « justice immanente », qui résulte du cours naturel des choses, une "justice transcendante" ou des "sanctions transcendantes", qui seraient d'un ordre différent et plus élevé* » : A. Lalande, « Transcendance » ; in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F, Paris, 18<sup>ème</sup> éd., 1996, p.1144.

*d'intériorité* »<sup>1131</sup>. Dans le cadre des intérêts, l'intérêt immanent sera celui qui est interne, qui préexiste au sein d'une entité donnée. Là où la transcendance se traduit par une verticalité, par un phénomène de projection, l'intérêt immanent se définit dans l'horizontalité, par un phénomène de jaillissement. C'est dans ce sens que nous pensons que l'intérêt collectif peut-être immanent et, qu'à ce titre, il peut être le fondement d'une fonctionnalisation collective à l'initiative du propriétaire.

**347. L'immanence de l'intérêt collectif.** La notion d'intérêt collectif ne se livre pas avec facilité. Il convient dès lors de lui opposer une notion proche, celle d'intérêt commun, lui-même décrit comme un intérêt immanent. Comme le rappelait Théo Hassler, l'intérêt commun est une « *rencontre heureuse de deux égoïsmes* »<sup>1132</sup> ; du reste, la notion est parfaitement admise et connue de notre droit civil (intérêt commun des indivisaires, intérêt social, etc.). Cela étant, depuis Aristote, l'intérêt commun se caractérise surtout par son immanence. Pour le Stagirite, l'intérêt commun s'oppose à l'idée de transcendance en ce qu'il est le fruit d'un arbitrage entre les intérêts particuliers. L'immanence traduit ainsi le fait que les intérêts sont propres au groupe concerné et qu'ils ne le dépassent pas.

*Quid*, dès lors, de l'intérêt collectif ? Si l'on suit l'avis de Mustapha Mekki sur la question, la notion d'intérêt collectif se caractérise également par son immanence, et ce à double titre : « *Le critère de l'immanence découle, d'une part, du caractère typique des intérêts (...) Il découle, d'autre part, de l'acte constitutif du groupe. L'immanence traduit un mouvement du bas vers le haut. L'acte constitutif est un acte juridique privé, qualifié, selon les cas, d'acte unilatéral, d'acte collectif, d'acte conjonctif ou simplement de convention* »<sup>1133</sup>. L'avis de l'auteur sur la question de l'intérêt est particulièrement intéressant et nous permet de faire un rapprochement entre la notion de fonctionnalisation et d'intérêt collectif. En effet, si l'immanence se caractérise par un acte constitutif qui viendrait extérioriser et inscrire, dans le droit, l'intérêt collectif des membres d'un groupe, il est alors tout à fait envisageable de voir

---

<sup>1131</sup> Dictionnaire CNRTL, V° « Immanence », (en ligne). Cette définition est également complétée par André Lalande, pour qui « *est immanent à un être ou à un ensemble d'êtres ce qui est compris en eux, et ne résulte pas chez eux d'une action extérieure. La "justice immanente", les "sanctions immanentes" sont celles qui résultent du cours naturel des choses sans intervention d'un agent qui se distinguerait d'elles* » : André Lalande, « Immanent », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op.cit., p. 470.

<sup>1132</sup> T. Hassler, « L'intérêt commun », *RTD com*, 1984, p.581.

<sup>1133</sup> M. Mekki, « Intérêt collectif », in *Dictionnaire des biens communs*, op.cit., p.689. ; Voir également : M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, Coll. Thèses, 2004, n° 42, p.37 sq. Pour le crédit de la thèse de l'immanence, Moustapha Mekki réfère à deux auteurs : R. Clemens, *Personnalité morale et personnalité juridique*, Sirey, Paris, 1935 ; M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation », in *La cité moderne et les transformations du droit*, Bloud et Gay, 1925, n° 4.

dans les mécanismes de fonctionnalisation une possible concrétisation immanente d'un intérêt collectif. Cependant, pour que cela soit possible, encore faut-il déterminer ce qui est sous-entendu par la notion d'intérêt collectif.

**348. L'intérêt collectif et les fonctionnalisations collectives.** Contrairement à l'intérêt commun qui, à défaut de parfaitement se définir, peut être analysé dans certaines de nos institutions<sup>1134</sup>, l'intérêt collectif n'est pas évoqué dans le Code civil. D'ailleurs, si certains auteurs évoquent l'impossibilité d'une définition de la notion<sup>1135</sup>, d'autres évoquent<sup>1136</sup> la nécessité de le définir par opposition à l'intérêt général et aux intérêts particuliers. Ainsi, l'intérêt collectif se distinguerait des intérêts individuels en ce qu'il ne serait pas la somme de ces derniers. En revanche, sa distinction avec la notion d'intérêt général est moins franche. Comme le souligne Mustapha Mekki, les deux notions se rapprochent<sup>1137</sup> et pourraient se confondre. Toutefois, l'auteur rappelle que l'intérêt collectif « *constitue avec l'intérêt individuel un intérêt privé, tout simplement parce que tous deux appartiennent à la sphère privée* »<sup>1138</sup>. La ligne de démarcation pourrait alors s'affiner, là où l'intérêt général représente un intérêt public, l'intérêt collectif s'inscrit comme un intérêt privé. À titre de comparaison, l'intérêt commun est lui strictement limité à la communauté de laquelle il naît (l'intérêt commun des associés d'une société par exemple) alors que l'intérêt collectif pourrait dépasser cette communauté. Pour certains auteurs, l'intérêt collectif serait un intermédiaire entre l'intérêt privé et l'intérêt général<sup>1139</sup>. Comparé à l'intérêt commun, l'intérêt collectif apparaît plus diffus. À notre sens, il est un intérêt diffus et immanent.

**349.** Afin d'illustrer notre propos, pourrait-on dire que les logiques de protection et d'accès puissent être déterminées, au départ, par un intérêt collectif ? Prenons l'exemple de l'intérêt collectif environnemental pour nous en convaincre. Nous savons que de manière procédurale, l'intérêt collectif a souvent été reconnu devant les juridictions dans le cadre de la protection

---

<sup>1134</sup> Pour une analyse de la notion d'intérêt commun à l'aune de la notion d'indivision, voir : W. Dross, « Indivision », in *Dictionnaire des biens communs, op.cit.*, p. 660 *sqq.* Sur une analyse de l'intérêt commun des associés prévu à l'article 1833 du Code civil : D. Schmidt, « De l'intérêt commun des associés », *SJEA*, n° 48, 1994, p. 404 *sqq.*

<sup>1135</sup> M. Cappelletti, « La protection d'intérêt collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *RIDC.*, n° 3, 1975, p. 571 *sqq.*

<sup>1136</sup> M. Mekki, « Intérêt collectif », in *Dictionnaire des biens communs, op.cit.*, p.690.

<sup>1137</sup> Ibid. p.689 : « Certains intérêts collectifs sont, du moins quantitativement, très proches de l'intérêt de tous les citoyens et donc quantitativement difficiles à distinguer de l'intérêt général ».

<sup>1138</sup> M. Mekki, L'intérêt général et le contrat, *op.cit.*, n° 42, p.39.

<sup>1139</sup> L. Boy, *L'intérêt collectif en droit français*, Thèse, Nice, 1979, p.XII.

environnementale<sup>1140</sup> et certains esprits ont pu évoquer le fait que « *la pollution de l'air ou de l'eau lèse un intérêt collectif distinct des intérêts individuels et de l'intérêt général bien qu'il les rejoint et causent un préjudice collectif qui n'est pas réparé par les dommages et intérêts octroyés aux victimes directes* »<sup>1141</sup>. Il est donc possible de dire qu'il existe bien, dans le cadre de la protection environnementale, un ou plusieurs intérêts collectifs. Évidemment, l'aspect procédurier ne saurait être ici passé sous silence. L'intérêt collectif n'est que le reflet du dommage qui a été causé, l'intérêt se cristallise alors dans la réparation de ce dommage. Cependant, peut-on penser que l'intérêt collectif ne soit pas uniquement utilisé de manière *a posteriori*, mais également *a priori*, que l'intérêt collectif ne serve pas uniquement à la réparation, mais également à la création ? C'est, nous semble-t-il, ce que nous offre l'expérience des logiques de protection et d'accès<sup>1142</sup>. C'est en cela que nous rejoignons Mustapha Mekki quand il évoque l'immanence de l'intérêt collectif à travers l'idée d'acte constitutif du groupe.

## 2. La source formelle de l'intérêt collectif, la volonté individuelle

La notion d'intérêt général est souvent la traduction de la volonté du législateur ou le résultat d'un acte de puissance publique. Si cela doit être modéré<sup>1143</sup>, l'affirmation n'est pas inexacte dans le cadre des fonctionnalisations collectives puisque, en termes de création, les lois et règlements y jouent un rôle monopolistique. À l'inverse, la notion d'intérêt collectif se caractérise par son immanence et par son caractère privé. Dès lors, l'intérêt collectif se cristallisera par les outils du droit privé, outils dans lesquels la volonté individuelle joue un rôle génésiaque.

---

<sup>1140</sup> M.-P. Camproux-Duffrene, « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le Code civil du dommage causé à l'environnement », *VertigO – La revue électronique en sciences de l'environnement*, Hors-série 22, septembre 2015.

<sup>1141</sup> J. Calais-Auloy, « Les délits à grande échelle en droit civil français », *RIDC*, 1994, p.379.

<sup>1142</sup> Pour la présentation de ces logiques : Partie I, Titre II, Chap II, Section 1.

<sup>1143</sup> Le lien exclusif entre puissance publique et intérêt général est désormais largement relativisé. La possibilité, pour une personne privée, de poursuivre un objectif d'intérêt général, étant reconnue. Comme le souligne Jean-Marie Pontier : « *La première dissociation s'est opérée par la fin de l'exclusivité du lien entre puissance publique et intérêt général (...) Au cours du XIXe, puis du début du XXe siècle, la formulation du droit administratif a coïncidé avec l'assimilation de l'intérêt général à la puissance publique, plus particulièrement à l'Etat (...) N'était-ce pas la noblesse de la finalité poursuivie (c'est-à-dire l'intérêt général) qui légitimait cette différence, les intérêts privés étant considérés comme des intérêts, sinon méprisables, du moins n'ayant pas la grandeur, l'incontestabilité, l'irrécusabilité de l'intérêt général ? Or, à travers la reconnaissance de la capacité des personnes privées, d'abord à gérer un service public, ensuite à édicter des actes pouvant avoir la qualité d'actes administratifs, le juge admettait que des personnes privées pouvaient, elles aussi, poursuivre l'intérêt général.* » : J.-M. Pontier, « L'intérêt général existe-il encore ? », *D.*, 1998, p.327 sqq.

**350. Exemple de la contractualisation du droit de l'environnement.** Sur ce point, l'exemple du droit de l'environnement peut encore servir d'illustration. Ce droit a connu, ces dernières années, un phénomène de « contractualisation »<sup>1144</sup> particulièrement marqué. Cela se manifeste, par exemple, par la mise en place de contrats environnementaux de type Natura 2000<sup>1145</sup>, des clauses environnementales qui peuvent être incluses dans les contrats comme les clauses de pollinisation, de gestion des déchets etc.<sup>1146</sup> Si le contenu de ces contrats importe peu pour notre étude, ce n'est en revanche pas le cas pour ce qui est des conséquences sur l'ordre normatif environnemental. Ce dernier serait désormais fondé sur un « pluralisme ordonné »<sup>1147</sup> qui se caractériserait comme un ordre tant « imposé » que « négocié », faisant de l'instrument contractuel un outil de création de normes environnementales<sup>1148</sup>. Cette approche volontariste de la protection environnementale résonne comme une expression du postmodernisme, le mouvement de contractualisation du droit dépassant les frontières du droit de l'environnement<sup>1149</sup>. Dans son architecture tout d'abord, la contractualisation du droit s'inscrit dans une logique non plus pyramidale mais réticulaire<sup>1150</sup>, d'un système de production de normes hiérarchique et vertical à un système rhizomique et horizontal. Cette évolution peut notamment se comprendre si l'on met en parallèle la place grandissante de la société civile en tant qu'élément actif de production de normes<sup>1151</sup> et le déclin de la loi combiné à la « désacralisation des autorités publiques »<sup>1152</sup>.

**351.** À partir de là, une analyse de cette contractualisation peut être faite à l'aune des notions d'intérêt général et d'intérêt collectif. En effet, le volontarisme environnemental

<sup>1144</sup> Voir notamment : V. Monteillet, *La contractualisation du droit de l'environnement*, LGDJ, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2017 ; M.Hauterau-Boutonnet (dir.), *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*, PUAM, Coll. Droit(s) de l'environnement, 2014.

<sup>1145</sup> Sur les contrats Natura 2000, voir : L. Bodiguel, « Expérimenter une nouvelle gouvernance locale : Natura 2000 », in *L'estuaire de la Loire. Un territoire en développement durable ?*, Presses Universitaires de Rennes, 2009, p. 291 *sqq.* ; P. Alphantery, A. Fortier, « Négociations autour de la biodiversité : la mise en œuvre de Natura 2000 en France », in *Les biodiversités. Objets, théories, pratiques*, CNRS éd., 2005, Paris, p.227 *sqq.* ; M. Pâques (dir.), *Le droit de propriété et Natura 2000. Rapport de synthèse et rapports nationaux*, Bruylant, 2005.

<sup>1146</sup> Pour une synthèse des formes des contrats environnementaux : M. Hauterau-Boutonnet, « Le contrat environnemental », *D.*, 2015, p.217 *sqq.*

<sup>1147</sup> M. Mekki, « Pluralisme des sources et des droits – Entre ordre et désordre », in *Les notions fondamentales du droit privé à l'épreuve des questions environnementales*. Bruylant, Larcier, p.31 *sqq.*

<sup>1148</sup> « Le contrat agit incontestablement sur la matière environnementale. Son œuvre est d'abord créatrice. Le contrat est mobilisé pour créer du droit de l'environnement » : V. Monteillet, *La contractualisation du droit de l'environnement, op.cit.*, p.596.

<sup>1149</sup> Voir notamment : A. Supiot, *La contractualisation de la société*, Université de tous les savoirs, 2001 ; P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove, *Droit négocié, droit imposé ?*, FUSL, Bruxelles, 1996.

<sup>1150</sup> Sur cette logique émergente, voir notamment : F. Ost, M. van de Kerchove, *de la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, Bruxelles, 2010.

<sup>1151</sup> B. Barraud, *Le droit postmoderne*, L'Harmattan, 2017, p.47 *sqq.*

<sup>1152</sup> *Ibid.*, p.85 *sqq.*

pourrait se traduire comme la fin du dogme de l'intérêt général<sup>1153</sup>, remplacé par l'idée d'une action plus directe et pragmatique<sup>1154</sup>. À ce titre, Mustapha Mekki a résumé la situation en disant que : « *l'onction de l'intérêt général transcendant déclinant, c'est par l'aval des destinataires de la norme que le droit est légitimé* »<sup>1155</sup>. Évidemment, la distinction entre l'intérêt général et l'intérêt collectif fondée sur les critères de transcendance et d'immanence rejaillit ici de façon spectaculaire. En effet, la transcendance de l'intérêt général s'impose au groupe concerné par la loi, les règlements ou les décisions administratives, alors que l'immanence de l'intérêt collectif est, au contraire, le fruit d'un processus interne et négocié. Ainsi, de manière quantitative, la protection de l'environnement peut être un intérêt collectif autant qu'il est un intérêt général ; en revanche, d'un point de vue plus organique, l'intérêt général est d'ordre vertical alors que l'intérêt collectif est horizontal<sup>1156</sup>. Dès lors, derrière la contractualisation du droit de l'environnement, l'intérêt collectif peut participer à la satisfaction de l'intérêt général. En effet, comme nous l'avons vu, l'immanence de l'intérêt collectif se décrit comme « *un mouvement du bas vers le haut* » et se caractérise comme « *un acte constitutif* ». Dans ce cadre spécifique, c'est bien par le contrat que l'intérêt collectif va se matérialiser. Ainsi, dans un droit de l'environnement compris comme un « pluralisme modéré », l'ordre imposé le serait au nom de l'intérêt général via la loi et les règlements, alors que l'ordre négocié serait le résultat d'intérêts collectifs immanents prenant forme par les outils du droit privé. Dans cet ordre négocié, les outils du droit privé viennent à l'appui de l'intérêt général<sup>1157</sup>.

**352. Application aux mécanismes de fonctionnalisation.** Dans cette conception, les mécanismes de fonctionnalisation peuvent s'inscrire dans une logique collective en ce qu'ils ne sont que le reflet d'un intérêt collectif immanent. Lorsqu'elle à l'initiative du législateur, l'affectation à une finalité collective est traditionnellement conditionnée par la recherche de l'intérêt général. En somme, les affectations et les destinations collectives « *condamnent à*

<sup>1153</sup> Sur ce point : J. Chevallier, *L'État post-moderne*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, 2015, p.70 sq : L'auteur fait notamment mention de passage du dogme de l'intérêt général à l'impératif de l'efficacité.

<sup>1154</sup> *Ibid.*, p.138 sqq. : L'auteur évoque ici l'une des caractéristiques principales du postmodernisme qu'est l'approche pragmatique, notamment perçue à travers le phénomène globale de contractualisation du droit. Cette dernière s'inscrit tant dans une recherche d'efficacité que dans une optique architecturale de réseau où le droit n'est plus imposé mais négocié.

<sup>1155</sup> M. Mekki, « Postface – Le contrat et l'environnement », in *Le contrat et l'environnement : Étude de droit interne, international et européen*, op.cit. p. 533 sqq, spéc. n° 5.

<sup>1156</sup> Sur ce point, voir : M. Mekki, « Intérêt collectif », in *Dictionnaire des biens communs*, op.cit., p.687 sqq : L'auteur va notamment opérer un rapprochement des deux intérêts tout en prônant la nécessité d'une distinction. Aussi, il va rendre compte du lien quasi-consubstantiel entre la notion d'intérêt collectif et les problématiques environnementales.

<sup>1157</sup> Voir le cas de l'obligation réelle environnementale : *Infra* n° 387 sqq.



*l'altruisme* »<sup>1158</sup> le propriétaire qui les subit. L'intérêt général peut donc procéder à une imposition verticale de la norme<sup>1159</sup>. Cependant, la contractualisation du droit de l'environnement nous offre matière à réfléchir. En effet, dans un droit caractérisé par une place grandissante de la société civile, la possibilité de voir des fonctionnalisations collectives fondées sur des instruments volontaires n'a rien d'abscond. Au contraire, la volonté individuelle peut se faire la caisse de résonance d'un intérêt collectif, intérêt qui peut être matérialisé par un acte juridique créateur de fonctionnalisation. Évidemment, c'est ici le droit de propriété qui est en première ligne, puisque la fonctionnalisation est une prérogative qui lui est attachée<sup>1160</sup>. Ainsi, comme le rappelle Aurore Chaigneau, « *la proposition de dépasser l'intérêt individuel porté par le droit de propriété revient à réévaluer la dimension de ce droit par le « domaine » ou le dominium qui peut lui être attaché, en mettant en avant la projection d'un intérêt social porté par le titulaire* »<sup>1161</sup>.

**353. Fonction sociale des droits.** Au fil de ces développements, il pourrait paraître contradictoire de voir dans les émanations de la volonté individuelle et dans l'action privée un chemin possible pour satisfaire la réalisation d'un intérêt collectif. Mais, après tout, l'exclusivisme propriétaire ne se définit-il pas également par la faculté d'inclure autrui dans son rapport d'appropriation<sup>1162</sup> ?

Il va s'en dire que cette approche vient largement contredire la philosophie moderne du droit de propriété et plus largement celle de droit subjectif. Est-ce à dire que les droits subjectifs, et plus spécifiquement le droit de propriété, sont condamnés à une simple traduction de l'intérêt particulier de son titulaire ? Pour appréhender la question, il est nécessaire de revenir sur le liant qui unit la propriété à la fonctionnalisation : la volonté<sup>1163</sup>. Si nous avons vu que la volonté du législateur pouvait œuvrer à la mise en place de mécanismes de fonctionnalisation en vue de garantir l'intérêt général, peut-on concevoir que la volonté d'un propriétaire puisse

---

<sup>1158</sup> R. Boffa, « Biens destinés », in *Dictionnaire des biens communs*, *op.cit.*, p.122.

<sup>1159</sup> Il convient de rappeler que la transcendance de l'intérêt général n'est pas un absolu. La contractualisation du droit de l'environnement est, sur ce point, un exemple parlant.

<sup>1160</sup> Voir *Supra* n° 324.

<sup>1161</sup> A. Chaigneau, « Des droits individuels sur des biens d'intérêts collectifs, à la recherche du commun », *RIDE*, n°28, 2014, p.335 *sqq.*, spéc. p. 350.

<sup>1162</sup> Voir *Supra* n° 274.

<sup>1163</sup> Dans le cadre de l'affectation, le rôle de la propriété a déjà été « *Le lien propriété-affectation-destination est éminemment marqué de la volonté du propriétaire : c'est elle qui permet à l'usage d'une chose de se manifester, c'est elle qui imprime à l'usage la finalité souhaitée. La volonté apparaît ainsi comme le vecteur du lien propriété-affectation-destination* » : B. Mallet-Bricout, « Propriété, affectation, destination – Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *op.cit.*, p.542.

faire de même avec un intérêt collectif ? Pour cela, il ne faut plus entendre la notion de droit subjectif comme « *l'expression d'un individualisme exagéré qui pousse au premier plan de la science du droit les intérêts égoïstes des particuliers* »<sup>1164</sup>, mais comme un potentiel contenant d'intérêts collectifs. L'idée n'a rien de neuve, elle irrigua une partie de la doctrine civiliste de la première partie du XX<sup>ème</sup> siècle et fut théorisée sous le nom de « *fonction sociale des droits* » avec, pour figure de proue, la théorie de l'abus de droit. Sans entrer dans le débat sur la théorie de l'abus de droit, il convient d'évoquer le terreau théorique sur laquelle elle s'est construite, afin de comprendre ce que sous-tend la fonction sociale des droits.

**354.** Le fait de pouvoir caractériser un abus suppose nécessairement la détermination, en amont, d'un encadrement de l'objet sujet de cet abus. Appliqué au champ de la notion de droit subjectif, cela nécessite de ne plus concevoir l'absoluité de l'exercice de ce droit par son titulaire. Cela conduit, *in fine*, à la délimitation d'un cadre d'exercice du droit. Les droits deviennent alors finalisés, portant en eux-mêmes une fonction particulière qu'il ne convient pas de transgresser, sous peine d'être qualifié d'abus. Cette conception des droits subjectifs se retrouve chez Saleilles pour qui l'abus de droit se définit comme « *un exercice contraire à la destination économique ou sociale du droit subjectif* »<sup>1165</sup>, mais encore avec plus de vigueur chez Josserand<sup>1166</sup>. Au-delà de la grande controverse doctrinale que cette théorie de l'abus de droit engendra<sup>1167</sup>, il n'en demeure pas moins qu'elle ouvrit la boîte de Pandore en faisant entrer dans le paysage doctrinal français la question de la finalité des droits subjectifs. Dès lors, cette approche finaliste des droits doit être mise en perspective avec la question de la « *volonté propriétaire* »<sup>1168</sup>. En effet, si la volonté a connu ses heures les plus glorieuses sous la plume de Savigny et de ses épigones, il n'en demeure pas moins qu'elle a subi un phénomène de relativisation. La tradition définissait les droits subjectifs comme des

---

<sup>1164</sup> H. Coing, « Signification de la notion de droit subjectif », *APD*, T.IX, 1964, p.5.

<sup>1165</sup> R. Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 1925, p.310, note 1.

<sup>1166</sup> Pour le premier exposé sur la question : L. Josserand, *De l'abus des droits*, éd. A. Rousseau, Paris, 1905. La théorie de l'auteur sera cependant complétée par la suite dans : L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Préface D. Deroussin, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2006 ; Pour un exposé complet de la doctrine du Doyen Josserand : F. Audren, C. Fillon, « Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale », *RTD civ*, 2009, p.9 *sqq.*

<sup>1167</sup> La réponse de Ripert sera particulièrement cinglante, l'abus de droit étant alors comparé au « *poison de l'Orient* », c'est-à-dire une idée communiste. Voir : G. Ripert, « Abus ou relativité des droits : À propos de l'ouvrage de M. Josserand : *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927 », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1929, p.33 *sqq.*

<sup>1168</sup> Nous reprenons cette expression, formalisée par Blandine Mallet-Bricout dans : B. Mallet-Bricout, « Propriété, affectation, destination – Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *RJTUM*, n° 48, 2014, p. 537 *sqq.*

« *fragments circonscrits de substance de volonté* »<sup>1169</sup> tant et si bien que la volonté exprimée est créatrice de droits et d'obligations via le truchement d'actes juridiques. Surtout, et c'est là l'essentiel, ce pouvoir créateur n'est pas conditionné, que cela soit par un intérêt déterminé ou une finalité quelconque. Dans une brillante déformation du dogme cartésien, Saleilles synthétisera cette pensée par une formule restée à la postérité : « *Je veux donc j'ai des droits* »<sup>1170</sup>. À partir de ce point de vue, il aurait été facile de défendre la faculté, pour le propriétaire, d'utiliser les mécanismes de fonctionnalisation dans un objectif collectif. Nous avons déjà défendu le fait que le droit d'inclure découle de la propriété<sup>1171</sup>. Ainsi, l'expression de la volonté, si elle ne contredit par l'ordre public des biens ou les droits d'autrui, ne peut être contrôlée et libère ses forces créatrices. Cette idée est notamment développée par Thierry Revet à propos de l'usage partagé des utilités d'un bien : « *Ainsi, les néo partages d'usage ne peuvent avoir lieu que parce que, et tant que l'un des partageants a et conserve la titularité de la chose qui recèle la ou les utilités partagées, ces partages ne constituent donc qu'une manifestation apparemment renouvelée de la faculté d'ouvrir telle(s) des utilité(s) de son bien à la jouissance d'autrui* »<sup>1172</sup>. Ici, l'auteur dresse le pouvoir plénipotentiaire du propriétaire initial et, sans la mentionner, fait de la volonté propriétaire le facteur de la collectivisation du rapport d'appropriation. Cependant, dans le cadre précis évoqué par l'auteur, mais également dans celui des mécanismes de fonctionnalisation, la volonté est nécessairement conditionnée par une finalité spécifique. Nous rejoignons ici les propos de Gounot quand ce dernier écrit : « *de fait, c'est toujours en considérant la fin, c'est-à-dire le résultat consciemment voulu, et non la volonté qui le veut, que les hommes caractérisent moralement et juridiquement les actes libres* »<sup>1173</sup>. Et le professeur Lyonnais de conclure : « *ce que le droit protège dans l'acte de volonté, c'est donc bien moins la volonté elle-même que le but qui la met en mouvement* »<sup>1174</sup>. Ainsi, la volonté propriétaire peut être source d'une fonctionnalisation

---

<sup>1169</sup> Il s'agit ici d'une description de la théorie subjectiviste des droits selon Ihering, théorie dont il prend le contre-pied. Citation tirée de : F. Worms (dir.), *Droit de l'homme et philosophie, une anthologie (1789-1914)*, CNRS éd., 2009, p.266.

<sup>1170</sup> R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, éd. A. Rousseau, 2<sup>ème</sup> éd., 1922, p.535 : « *Je ne veux certes pas dire que la volonté ne doit jouer aucun rôle dans la conception du droit ; ce sera le tort de Ihering d'avoir voulu l'éliminer entièrement, en allant d'un extrême à l'autre. Tout ce que je veux dire, c'est qu'il est inexact de lui accorder le rôle principal (...) On en arriverait à dégager le droit de tout rapport de dépendance sociale, pour en faire une relation purement individuelle, puisant dans la liberté et la volonté de l'homme sa cause originelle et sa source initiale : Je veux, donc j'ai des droits, telle était la devise qui pouvait servir de mot d'ordre à toute cette philosophie* ».

<sup>1171</sup> Voir *Supra* n° 274.

<sup>1172</sup> T. Revet, « Préface », in *L'empire de la propriété, l'impact environnemental de la norme en milieu contraint*, E. de Mari, D. Taurisson-Mouret (dir.), T.3, éd. Victoires, 2016, p.4.

<sup>1173</sup> E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. A. Rousseau, Paris, 1912, p.340.

<sup>1174</sup> *Ibid.*

collective, mais cette volonté n'est, en définitive, que le reflet d'une finalité, d'un but, et la consécration d'un intérêt collectif. Il est en effet difficilement envisageable, du moins théoriquement, de déterminer d'éventuelles limites à la volonté du propriétaire. Une volonté qui n'est cependant pas chimiquement pure, mais qui se conçoit comme le reflet d'un intérêt collectif et dont l'extériorisation prendra la forme d'un acte juridique dans lequel sera niché le principe de la fonctionnalisation. Comme dans le cadre classique de l'affectation, la fonctionnalisation collective ne peut se concevoir exclusivement dans l'objectivisme ou le subjectivisme. Elle apparaît comme un subtil mélange.

**355. Synthèse, la dualité des sources de la fonctionnalisation collective.** Quant on étudie les mécanismes de fonctionnalisation par rapport à la propriété, la question de leurs sources est un élément central. En effet, cela nous permet de dégager deux sortes de fonctionnalisation. La première, la plus classique, est une fonctionnalisation verticale. Nous l'appelons ainsi puisqu'il s'agit d'une volonté souveraine imposée au propriétaire. Le propriétaire va donc subir le mécanisme de fonctionnalisation au nom de l'intérêt général. La seconde est appelée horizontale en ce qu'elle n'est que l'émanation d'une volonté finalisée, celle du propriétaire. Ici, c'est donc le propriétaire qui, au nom d'un intérêt collectif, va choisir de fonctionnaliser le rapport d'appropriation, en lui déterminant une finalité particulière et des normes d'usage déterminées. D'un côté, la fonctionnalisation est imposée, verticale, et donc externe ; d'un autre, elle est choisie, horizontale, et donc interne. Les mécanismes de fonctionnalisation, du moins au niveau des sources, prennent donc une forme bicéphale. Cependant, une seule partie du chemin est parcourue. Encore faut-il désormais s'intéresser aux conséquences de la fonctionnalisation collective sur le rapport d'appropriation.

## **II/ Les effets de la fonctionnalisation collective sur le rapport d'appropriation**

**356.** Lorsque l'on évoque les mécanismes de fonctionnalisation inscrits dans une logique collective, le rapport d'appropriation va nécessairement varier, les tiers ayant désormais une place significative au sein de ce dernier, une place venant limiter les prérogatives du propriétaire sur son bien. À notre avis, cette représentation des conséquences de la fonctionnalisation est une représentation classique, elle s'inscrit dans une approche matérialiste qui va venir définir les conséquences à l'aune du propriétaire, regardant avec précision les limites et entraves générées par rapport à la totale jouissance des utilités de la

chose conférée par la propriété (A). Cette approche ne saurait être reniée, son intérêt explicatif est grand et permet d'inscrire les mécanismes de fonctionnalisation comme des outils de limitation du droit de propriété lorsque des intérêts dépassant l'intérêt personnel du propriétaire sont en jeu. Cependant, il nous semble possible de compléter cette approche par une autre grille de lecture du phénomène en déplaçant l'objet d'analyse. Dès lors, ce ne sont plus les limitations des prérogatives du propriétaire qui nous intéresseront, mais le rapport d'appropriation dans son ensemble, en prenant en compte tant le propriétaire que les tiers concernés par la fonctionnalisation. Nous passerons alors d'un critère matériel à un critère relationnel pour analyser les fonctionnalisations collectives, c'est ce que nous appelons l'approche « renouvelée » (B).

## **A. L'approche classique – matérielle, ou la limitation des attributs du propriétaire**

Dans l'approche classique des conséquences de la fonctionnalisation collective sur le rapport d'appropriation, la réponse est assez unanime : celle d'une limitation des attributs du propriétaire. Cette approche est cependant limitée aux fonctionnalisations verticales (1), mais pourrait être poursuivie pour les formes volontaires (2).

### **1. Les fonctionnalisations légales**

Il est classiquement admis que les fonctionnalisations légales viennent limiter les attributs du propriétaire et, subséquentement, encadrer le pouvoir de volonté de propriétaire<sup>1175</sup>. Si ce dernier est classiquement limité par la nature des choses, le cadre d'action est encore plus restreint puisqu'une volonté extérieure vient imposer une stricte délimitation de l'usage du bien. Le propriétaire voit son pouvoir d'action limité, dont celle de fonctionnaliser. Pour rendre compte de ce phénomène et en avoir une approche plus technique, plusieurs exemples seront utilisés.

**357.** Nous avons révélé, en amont, l'importance de la notion d'affectation dans le cadre des servitudes d'utilité publique. Cependant, il convient désormais de dévoiler leurs conséquences

---

<sup>1175</sup> « On peut considérer que lorsque l'affectation ou la destination d'un bien sont déterminées par la loi, la liberté du propriétaire s'en trouve bridée » : B. Mallet-Bricout, « Propriété, affectation, destination – Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *op.cit.*, p. 540 ; Le conseil constitutionnel confirme cet avis dans une décision en précisant que les servitudes d'utilité publique ne créées pas de « privation de propriété ». À tout le moins, il est possible d'y voir une limite imposée à la propriété : Cons. Const., 13 décembre 1985, Décision n° 85-198, « amendement Tour-Eiffel » : Favoreu, *RDJ*, 1986, n° 2, 395..

quand elles grèvent un bien privé. D'un point de vue textuel, les servitudes d'utilité publique sont certes présentes dans le Code civil à l'article 637, mais elles le sont aussi, de manière plus diffuse, dans la seconde partie de l'article 544<sup>1176</sup>. Elles sont en effet intégrées dans la seconde partie de l'article, celle qui prévoit les potentielles limitations du droit de propriété. Ainsi, selon Catherine Logeat, les servitudes d'utilité publique « *obèrent l'usage d'un bien* » imposant une « *réduction du droit d'usage du propriétaire sans pour autant effacer son droit sur la chose* »<sup>1177</sup>. Cet avis est intéressant en ce qu'il nous donne une première information, celle d'une limitation de certains attributs du propriétaire. Il nous faut cependant pousser la réflexion et déterminer comment cela se manifeste. Il est par exemple admis que les servitudes d'utilité publique peuvent prendre la forme de servitude *in non faciendo* ou de servitude *in patiendo* mais aussi, pour une partie de la doctrine, de servitude *in faciendo*<sup>1178</sup>.

**358.** À ce titre, le cas du littoral est particulièrement topique. C'est ainsi que la loi 1285 du 31 décembre 1976 a institué une servitude d'utilité publique reconnaissant aux piétons un droit d'accès au littoral<sup>1179</sup>. Ainsi, les fonds concernés se voient imposer un droit d'accès et, *de facto*, limiter dans leurs prérogatives, notamment celle de pouvoir exclure. Il s'agit donc ici d'une servitude *in patiendo*. De même, des servitudes *in non faciendo* peuvent être créées au nom de l'utilité publique. Par exemple, l'article L.621-12<sup>1180</sup> du Code du patrimoine prévoit que l'autorité administrative peut mettre en demeure le propriétaire d'un monument historique de procéder à certains travaux. Ici encore, la fonctionnalisation du bien va entraîner une

---

<sup>1176</sup> Article 544 du Code civil : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* » (Nous soulignons).

<sup>1177</sup> C. Logeat, *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, *op.cit.*, p.213

<sup>1178</sup> Selon Éric Meiller, les servitudes d'utilité publique peuvent mettre en place une obligation de faire (donc une servitude *in faciendo*) mais cela se limiterait à « *l'établissement ou l'entretien d'une certaine affectation* » : E. Meiller, *La notion de servitude*, LGDJ, Coll. Thèses, 2012, n° 308. Pour un point de vue équivalent : N. Hutten, J.-F. Struillou (dir.), *Les servitudes environnementales*, Les Cahiers du GRIDAUH, n° 28, 2015.

<sup>1179</sup> Article L.121-31 du Code de l'urbanisme: « *Les propriétés privées riveraines du domaine public maritime sont grevées sur une bande de trois mètres de largeur d'une servitude destinée à assurer exclusivement le passage des piétons.* »

<sup>1180</sup> Article L.621-12 du Code du patrimoine: « *Indépendamment des dispositions de l'article L. 621-11, lorsque la conservation d'un immeuble classé au titre des monuments historiques est gravement compromise par l'inexécution de travaux de réparation ou d'entretien, l'autorité administrative peut, après avis de la Commission nationale du patrimoine et de l'architecture, mettre en demeure le propriétaire de faire procéder auxdits travaux, en lui indiquant le délai dans lequel ceux-ci devront être entrepris et la part de dépense qui sera supportée par l'Etat, laquelle ne pourra être inférieure à 50 %. La mise en demeure précisera les modalités de versement de la part de l'Etat.*

*La mise en demeure est notifiée au propriétaire. Si ce dernier en conteste le bien-fondé, le tribunal administratif statue sur le litige et peut, le cas échéant, après expertise, ordonner l'exécution de tout ou partie des travaux prescrits par l'administration.*

*Le recours au tribunal administratif est suspensif. »*

limitation substantielle des prérogatives du propriétaire en imposant la réalisation d'un acte conservatoire.

**359. Limitation du pouvoir de fonctionnalisation.** Comme nous l'avons évoqué, l'affectation est un attribut de la propriété<sup>1181</sup>, ce qui est également prôné pour la destination<sup>1182</sup>. Cependant, l'intérêt général peut commander que cette prérogative soit limitée. Ce phénomène de limitation peut prendre deux formes : soit celui d'une imposition d'une fonctionnalisation particulière, ou le contrôle, voire l'impossibilité, de la modifier. C'est ainsi que l'article L341-3 du Code forestier vient limiter les prérogatives du propriétaire en conditionnant le défrichement de la forêt à une autorisation administrative<sup>1183</sup>. Au premier abord, cette disposition ne semble pas imposer un encadrement des pouvoirs du propriétaire quant à la fonctionnalisation de ses biens. En réalité, les dispositions de l'article L.341-3 du Code forestier ne peuvent se lire qu'en combinaison de l'article L.341-1 du même code, article qui définit le défrichement comme « *toute opération volontaire ayant pour effet de détruire l'état boisé d'un terrain et de mettre fin à sa destination forestière* ». Il y a donc, *in fine*, un contrôle des autorités administratives sur la modification de la destination d'un bien privé. En cela, il y a limitation des prérogatives du propriétaire. Ce premier exemple est loin d'être un cas isolé et le phénomène déborde largement le cadre du droit forestier, il est une caractéristique de l'ensemble des fonctionnalisations légales.

## 2. Les fonctionnalisations volontaires

Comme nous l'avons vu, les fonctionnalisations volontaires peuvent être le fruit d'intérêts collectifs ou particuliers. Cette dissociation se retrouve également dans les conséquences qu'elles engendrent sur le rapport d'appropriation, notamment à travers le prisme des prérogatives du propriétaire.

---

<sup>1181</sup> « *Affecter un bien, c'est en disposer, c'est à dire exercer l'un des deux attributs de la propriété* » : F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens, op.cit.*, n° 236, p.383 ; Pour un avis équivalent : S. Guinchard, *Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français, op.cit.*, n° 423, p. 363.

<sup>1182</sup> « *Seul le propriétaire est investi du pouvoir d'imprimer à une chose une finalité déterminée. Ceci se justifie tout d'abord par le fait que le titulaire d'un droit perpétuel sur la chose peut être à l'origine d'une norme permanente et durable d'utilisation de cette chose. Dès lors que la destination n'exprime pas l'usage effectif de la chose, mais la fixation pérenne de cet usage, elle s'inscrit dans le droit de propriété, qui seul permet de maîtriser le devenir de la chose.* » R. Boffa, *La destination de la chose, op.cit.*, p.34.

<sup>1183</sup> Article L.341-3 du Code forestier : « *Nul ne peut user du droit de défricher ses bois et forêts sans avoir préalablement obtenu une autorisation* ».

**360. L'exemple de la fiducie.** Lorsqu'elles sont fondées sur des intérêts particuliers, les fonctionnalisations volontaires n'ont pas de destinée collective. Elles pourraient donc être exclues de la présente étude. Cependant, leur analyse va permettre de mieux appréhender le phénomène des fonctionnalisations fondées sur des intérêts collectifs ; l'étude se veut avant tout explicative.

Ainsi, selon Serge Guinchard, « *l'affectation entraîne une restriction aux droits d'usage et de jouissance* »<sup>1184</sup> et cela tant aux utilisateurs du bien qu'au propriétaire. De prime abord, l'affirmation ne saurait être contestée. En effet, en déterminant une finalité particulière et en instituant des normes d'usage, les mécanismes de fonctionnalisation vont nécessairement guider et contraindre l'usage qui sera fait du bien. En cela, il y a nécessairement une limitation des prérogatives du propriétaire. Prenons pour exemple le cas de la fiducie. Les auteurs sont aujourd'hui nombreux à reconnaître au fiduciaire la qualité de propriétaire<sup>1185</sup>. Or, le principe de fonctionnalisation, qui est au cœur de la fiducie via le mécanisme d'affectation, va venir guider les actions et, de fait, limiter les prérogatives du propriétaire-fiduciaire. En effet, l'affectation fait que le fiduciaire va devoir agir dans le respect de la finalité du contrat de fiducie, c'est ainsi que certaines prérogatives normalement dévolues aux propriétaires classiques sont ici proscrites. Par exemple, le fiduciaire ne pourra disposer à titre gratuit des biens fiduciaires. En effet, du fait de l'affectation, le fiduciaire devra agir dans l'intérêt de la fiducie (et ce quelle que soit la finalité déterminée). Dès lors, disposer gratuitement des biens reviendrait à agir exclusivement dans l'intérêt du tiers bénéficiaire<sup>1186</sup>, l'action ne serait donc pas réalisée dans l'intérêt de la fiducie. S'il ne s'agit que d'un exemple, celui-ci est parfaitement représentatif des limites imposées au propriétaire par le mécanisme de l'affectation<sup>1187</sup>.

---

<sup>1184</sup> S. Guinchard, *Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français.*, *op.cit.*, p. 215.

<sup>1185</sup> Épine dorsale du débat sur la fiducie, la qualité du fiduciaire fut largement analysée par la doctrine. Si le particularisme de la fiducie fut reconnu, aucun consensus n'est à ce jour établi afin de déterminer la nature de l'institution. Alors que certains, dans une approche moniste de la propriété fiduciaire, y ont vu une propriété « finalisée », « temporaire » ou « asservie », d'autres en ont une conception dualiste. Sur ces débats, voir : C. Berger-Tarare, *Le fiduciaire défaillant, Regards croisés en droit des biens et droit des obligations*, LGDJ, Coll. Thèses, 2015 ; S. Ravenne, *Les propriétés imparfaites, Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, Thèse, Paris-Dauphine, 2007 ; B. Balivet, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Thèse, Lyon III, 2004. *Contra* : C. Gouret, *L'administration fiduciaire, contribution à l'étude de la fiducie*, Thèse, Montpellier, 2017.

<sup>1186</sup> Sur ce point : C. Gouret, *op.cit.*, n° 528, p.373.

<sup>1187</sup> Les exemples auraient pu être nombreux. La diminution des prérogatives d'usage du propriétaire sur la chose étant une conséquence logique de l'affectation ou de la destination. Par définition, choisir une finalité déterminée pour un bien entraîne une discrimination portant sur les potentiels usages de ce bien.



**361. Applications aux fonctionnalisations collectives volontaires.** Cette limitation des prérogatives du propriétaire est en réalité au cœur même du concept de fonctionnalisation. L'absolutisme propriétaire pris dans ce qu'il a de plus total, autrement dit la liberté non contrainte de jouir de son bien, s'oppose au principe de la fonctionnalisation. Fonctionnaliser, c'est restreindre, pourrait-on dire. En effet, la détermination d'une finalité et des moyens de sa réussite va non seulement fixer un cap qui va encadrer le champ d'action du propriétaire, mais également déterminer l'action des tiers sur le bien. Tel est le fondement de la fonctionnalisation, fixer un cadre, en l'occurrence normatif, qui permettra la réalisation d'un but choisi.

Ce principe étant propre aux mécanismes de fonctionnalisation, il s'applique également dans le cadre des fonctionnalisations volontaires fondées sur des intérêts collectifs. Il est même envisageable de penser que le principe s'applique avec plus de force encore. Fondées sur des intérêts collectifs, ces fonctionnalisations viennent s'inscrire dans une approche socialisante du rapport d'appropriation. Dans cette logique, les prérogatives du propriétaire seront nécessairement limitées par le principe même de la fonctionnalisation, mais également par la finalité sociale de la fonctionnalisation. La fonctionnalisation reprend alors son double aspect, théorique et technique.

## **B. La conception renouvelée - relationnelle**

**362.** Dans la conception que nous appelons renouvelée, le phénomène de fonctionnalisation n'est plus étudié à travers le même prisme. L'objet d'étude reste fondamentalement similaire, il concerne toujours les conséquences de la fonctionnalisation – spécifiquement collective – sur le rapport d'appropriation. Néanmoins, le regard porté sur l'objet diffère, il n'est plus centré sur la question de la limitation des usages du bien, mais sur le rapport d'appropriation dans son ensemble. Autrement dit, si l'approche classique tend à définir le phénomène de manière matérielle en considérant les attributs du propriétaire et ses éventuelles modulations, l'approche renouvelée propose une approche relationnelle en cherchant à expliciter le phénomène à travers la répartition des utilités du bien fonctionnalisé entre le propriétaire et les tiers. Le renversement n'a rien de copernicien, il semble cependant offrir une grille de lecture plus à même de représenter la dimension collective des mécanismes de fonctionnalisation.

D'un point de vue relationnel, Romain Boffa dresse une analyse du phénomène qui tend à l'analogie historique : « *Cette tendance contemporaine constitue un retour à la tradition médiévale de la propriété, évincée par l'idéalisme révolutionnaire : la propriété ne se traduit pas par une emprise totale de l'homme sur la matière, mais redevient l'expression d'un faisceau de droits et d'obligations qui émergent par l'existence d'utilités de la chose pour d'autres personnes que le propriétaire* »<sup>1188</sup>. Si cette analogie peut paraître séduisante au premier regard, il convient cependant de lui apporter une réplique. En effet, si le rapprochement des fonctionnalisations collectives et du modèle pré-moderne d'appropriation peut être tenté, il convient d'étudier plus précisément la proposition, notamment au regard des formes d'appropriation médiévales que nous avons déjà explicitées.

**363. Fonctionnalisation collective et système d'appropriation médiéval : comparaison structurelle.** De manière structurelle, autrement dit en étudiant le rapport d'appropriation *per se*, le rapprochement entre le modèle d'appropriation médiévale et les fonctionnalisations collectives, qu'elles soient légales ou volontaires, n'a rien de surprenant. En amont, nous avons déjà perçu la spécificité du modèle médiéval, notamment à travers la figure de la saisine<sup>1189</sup> et des droits d'usage collectifs<sup>1190</sup>, dont l'un des principaux caractères réside dans une appropriation des utilités de la chose et non de sa corporéité. Dès lors, l'analogie mérite-t-elle d'être menée ? Pour répondre à cette question, il convient de distinguer deux éléments : la dimension collective et sociale qu'opère la fonctionnalisation étudiée, puis sa réalisation à travers le partage des utilités.

Le modèle d'appropriation médiéval se fonde d'abord sur une cosmogonie différente de l'appropriation moderne : celle d'une société marquée par un lien de solidarité important qui se retrouve dans différentes structures collectives prenant la forme de communautés (communauté familiale, d'habitants ou de fidèles)<sup>1191</sup> et sur une approche pragmatique du droit cherchant à maximiser la production économique des choses. Cette première approche est largement reprise dans l'analogie proposée par Romain Boffa. En effet,

---

<sup>1188</sup> R. Boffa, « biens destinés », in *Dictionnaire des biens communs*, *op.cit.*, p.122 ; du même auteur, *La destination et la chose*, n° 46 ; cette analyse est également suivie par Blandine Mallet-Bricout, *Propriété, affectation, destination – Réflexion sur les liens entre propriété – usage et finalité*, *op.cit.*, p.551 : « *Les utilités de la chose redeviennent l'élément dominant, y compris à l'égard d'autres personnes que le propriétaire, dans le prolongement de la propriété coutumière médiévale dont le principe de base n'est pas la liberté mais la solidarité. En droit contemporain, c'est l'action de la loi qui domine (...)* ».

<sup>1189</sup> Voir *Supra* n° 68 *sqq.*

<sup>1190</sup> Voir *Supra* n° 86 *sqq.*

<sup>1191</sup> Voir *Supra* n° 48 à 51.

l'auteur explique que l'immeuble est le capteur d'utilités sociales importantes, puisqu'il est le « *siège de l'habitation, de l'agriculture, du commerce ou de l'industrie* »<sup>1192</sup>, ce qui justifierait les interventions étatiques au nom de l'intérêt général. Conséquence directe de cela, les prérogatives du propriétaire seraient limitées et les utilités du bien concerné subiraient un processus de distribution entre les différents tiers concernés. Dès lors, si le système d'appropriation médiéval a été aboli par le droit moderne, les fonctionnalisations collectives pourraient être considérées comme un correctif social nécessaire. Ainsi, a contrario du modèle moderne de la propriété, le rapport d'appropriation ne se fonde pas ici sur l'emprise de la matière, et donc de la chose, par le seul propriétaire, mais sur une distribution de ses utilités. Si l'on analyse ce modèle à travers les canons modernes, le régime d'appropriation est foncièrement collectif puisque la chose est le réceptacle d'une somme d'utilités partagée entre plusieurs titulaires. Il y a donc, sur une même chose, un nombre de titulaires de droits qui peut être équivalent au nombre d'utilités générées par le bien.

Dès lors, les fonctionnalisations collectives peuvent-elles, du moins structurellement, être comparées au modèle d'appropriation médiéval ? Qu'elles soient horizontales ou verticales, les fonctionnalisations collectives s'inscrivent dans une dynamique de partage des utilités des choses. Pour nous en convaincre, prenons l'exemple des servitudes longitudinales de passage sur le littoral. Comme le dispose l'article L.121-31 du Code de l'urbanisme : « *Les propriétés privées riveraines du domaine public maritime sont grevées sur une bande de trois mètres de largeur d'une servitude destinée à assurer exclusivement le passage des piétons* ». De même, l'article L.121-32 du même code prévoit la possibilité offerte à l'autorité administrative, avec décision motivée et enquête préliminaire, de modifier le tracé ou les caractéristiques de la servitude. À défaut de plusieurs propriétés qui se superposent sur un même bien, des jouissances simultanées d'une même utilité sont caractérisées. Le propriétaire du fonds sujet de la servitude est toujours propriétaire de son bien, mais il doit également composer avec un usage collectif de son bien, ici limité d'un point de vue matériel (sur le fond, seul trois mètres sont concernées) mais également au regard de l'utilité (le passage). Structurellement, l'analogie prend du sens. Pour la propriété médiévale coutumière, comme pour un bien fonctionnalisé collectivement, la chose devient le réceptacle d'une multiplicité de droits. L'intérêt individuel du propriétaire, subsumé par la propriété moderne, établissait un rapport

---

<sup>1192</sup> R. Boffa, « Biens destinés », *Le dictionnaire des biens communs, op.cit.*, p.122.

particulier à la chose. Lorsque l'intérêt général, ou collectif, le remplace, le rapport établi peut se dessiner collectivement.

**364. Analogie avec la saisine médiévale.** En définitive, est-il possible d'opérer une analogie entre les anciennes figures d'appropriation médiévales et les formes de fonctionnalisation collective ? À moins d'une énième dénaturation des institutions médiévales, cela ne nous semble pas envisable. La raison est simple, les fonctionnalisations n'engendrent pas de véritables propriétés simultanées. En effet, que la fonctionnalisation soit verticale ou horizontale, subie ou choisie, le droit de propriété reste et demeure le centre névralgique du rapport d'appropriation, un droit certes restreint par la fonctionnalisation, mais un droit toujours présent. À l'inverse, les institutions médiévales sont naturellement vierges de toutes conceptions civilistes.

Cela étant, il est vrai qu'un point de convergence existe puisque la fonctionnalisation collective, tout comme la saisine ou les usages collectifs, repose sur un partage des utilités des choses. Cependant, une distinction fondamentale vient limiter cette similarité entre un bien fonctionnalisé collectivement et la notion de saisine : la collectivisation de l'usage. En effet, nous avons vu que sur une même chose corporelle pouvait exister une multitude de saisines, chacune correspondant à une utilité particulière. Or, si plusieurs saisines peuvent coexister sur une même chose, chaque saisine se conçoit de manière individuelle, une même utilité ne pouvant supporter une concurrence de saisines identiques<sup>1193</sup>. L'analyse de la saisine comme une forme collective d'appropriation ne serait rendre compte de ce qu'elle était réellement. À suivre les principaux historiens ayant essayés d'en révéler l'essence, la saisine est une forme individuelle d'appropriation portant sur une ou plusieurs utilités d'une chose corporelle. En soit, la saisine coutumière pourrait trouver une traduction contemporaine dans l'idée de propriété des droits, et plus encore dans la conception Ostromienne du « *Bundle of rights* »<sup>1194</sup>.

À l'inverse, dans les fonctionnalisations collectives, certaines utilités d'un bien fonctionnalisé peuvent faire l'objet d'un usage collectif. Pour reprendre l'exemple des servitudes longitudinales de passage sur le littoral, le droit de passage peut bien être analysé comme un droit d'usage collectif à l'égard des piétons. S'il y a bien un partage des utilités du fonds, l'analogie avec la saisine s'arrête ici.

---

<sup>1193</sup> Voir *Supra* n° 82.

<sup>1194</sup> Voir *Supra* n° 199 à 203.

**365. Analogie avec la vaine pâture.** La saisine étant exclue, peut-on rapprocher les mécanismes de fonctionnalisation des formes d'usages collectifs connues à la période médiévale, et plus spécifiquement de la vaine pâture ? Cette hypothèse apparaît plus plausible. Nous savons déjà que l'un et l'autre partagent une caractéristique commune qu'est le partage d'utilités du bien. Cependant, il nous paraît que les points communs ne s'arrêtent pas là. En effet, la vaine pâture se caractérise comme étant une « *maîtrise collective saisonnière sur les terres appropriées* »<sup>1195</sup>. Il peut donc y avoir, sur un même bien, un propriétaire ayant la jouissance exclusive du bien pour une durée allant du premier labour aux dernières moissons puis, dans un second temps, un droit d'usage collectif reconnu à une communauté d'habitants. Aussi, si l'on extirpe la dimension temporelle du partage des utilités, qui n'est, au final, que la recherche d'une optimisation économique du bien, le rapport d'appropriation d'un bien soumis à la vaine pâture se rapproche de celui des biens fonctionnalisés collectivement. En effet, ils reposent tous deux sur un système d'appropriation hybride liant appropriation privative et usage collectif<sup>1196</sup>. Le professeur américain Henry Smith a d'ailleurs établi le droit de vaine pâture comme la figure topique des « semi-communs »<sup>1197</sup>, régime hybride de propriété privée et de communs. Cette hybridation du rapport d'appropriation est le point d'ancrage qui nous permet d'établir un lien entre le phénomène de fonctionnalisation collective et de vaine pâture, une hybridation qui peut, dans un cas comme dans l'autre, être imposée ou négociée<sup>1198</sup>.

\*\*\*\*\*

En conclusion, après avoir déterminé le principe des mécanismes de fonctionnalisation, il nous a fallu réduire l'analyse en recherchant leurs applications dans le cadre d'une approche collective du rapport d'appropriation.

---

<sup>1195</sup> A.-M. Patault, *Introduction à l'histoire du droit des biens*, P.U.F, coll. Droit fondamental, 1989, p.68.

<sup>1196</sup> Le terme d'usage collectif doit être précisé. Comme nous l'avons vu en amont, l'usage collectif peut être direct, auquel cas il se caractérisera par un usage particulier reconnu à des tiers, mais également indirect, la protection de certains biens permettant aux générations futures de pouvoir en jouir. Il est possible ici de retrouver des formes d'inclusion intergénérationnelle ou transgénérationnelle. Le caractère hybride de l'appropriation n'est, cependant, présent que dans le cadre d'une multiplicité effective de droits sur le bien.

<sup>1197</sup> H.E. Smith, « Semicommon Property Rights and Scattering in the Open Fields », *The Journal of Legal Studies*, Vol. 29, n° 1, 2000, p. 131 *sqq.* ; sur la notion de « semi-communs » : *Supra* n° 278 à 283.

<sup>1198</sup> Nous rappelons ici que la vaine pâture peut être le fruit d'une convention ou reconnue par le droit coutumier. Elle est alors négociée dans un premier cas et imposée dans le second.

Pour ce faire, nous avons repris le *distinguo* réalisé à propos des sources des mécanismes de fonctionnalisation, ces derniers pouvant naître par la volonté du propriétaire ou être le fruit de l'action du législateur. En effet, le droit positif regorge d'exemples où le législateur a, au nom de l'intérêt général, imposé une finalité collective à un bien approprié tout en imposant des normes d'usage spécifiques au propriétaire. Tel peut être le cas, par exemple, des servitudes d'utilité publique. Si le principe de fonctionnalisation est alors présent, il est ici mâtiné d'un esprit collectif. En effet, l'intérêt général guidant le législateur, celui-ci va œuvrer pour une dimension sociale de l'appropriation, notamment en limitant les intérêts particuliers par une reconnaissance d'un usage d'une utilité du bien au public ou encore en limitant l'usage du propriétaire sur son bien. Il s'agit donc, à notre sens, d'une fonctionnalisation collective verticale en ce qu'elle est imposée au propriétaire du bien fonctionnalisé.

En miroir de cette fonctionnalisation collective verticale, il nous a semblé possible d'envisager une approche plus horizontale du phénomène. En effet, si la possibilité d'affecter ou de destiner est une prérogative reconnue au propriétaire, rien n'empêche d'envisager qu'elle se dessine sous des auspices plus collectifs qu'à l'accoutumée. La volonté du propriétaire peut ainsi se concevoir comme le réceptacle d'intérêts collectifs et instaurer une fonctionnalisation collective de son bien. Conçus ainsi, les mécanismes de fonctionnalisation peuvent être une technique essentielle à l'usage collectif d'un bien approprié.

## Conclusion du Chapitre

**366.** Au fur et à mesure de nos développements, notre hypothèse de départ commence à prendre forme<sup>1199</sup>. En effet, en prenant appui sur les notions de destination et d'affectation, la détermination d'un usage partagé d'un bien approprié semble possible. Que le mécanisme de fonctionnalisation soit d'origine légale ou issue de la volonté du propriétaire, la détermination d'une finalité particulière et de normes d'usage va nécessairement finaliser le rapport d'appropriation. Pour peu que la finalité soit inscrite dans une logique collective, c'est l'ensemble des droits et obligations portant sur le bien qui vont se collectiviser. Que cela soit par la faculté reconnue pour les tiers d'user du bien, par la limitation des actions du propriétaire ou par l'imposition d'une obligation active, les droits portant sur le bien affecté s'inscrivent dans un processus de finalisation du rapport d'appropriation. À travers les

---

<sup>1199</sup> L'hypothèse de départ se trouvait dans le fait que les notions d'affectation et de destination pourraient permettre l'usage partagé d'un bien approprié.

mécanismes de fonctionnalisation, la possibilité de reconnaître un usage partagé d'un bien approprié prend alors tout son sens.

**367.** Afin de s'en assurer, l'analyse des conséquences de la fonctionnalisation collective sur le rapport d'appropriation est particulièrement saisissante. En se fondant sur une approche tant matérielle que relationnelle du rapport d'appropriation d'un bien fonctionnalisé, il a été possible de distinguer deux conséquences. Matériellement, la fonctionnalisation collective va venir limiter les prérogatives du propriétaire. Ainsi, son pouvoir d'action sur la chose sera nécessairement réduit par le mécanisme de l'affectation. De manière relationnelle, la fonctionnalisation collective s'impose comme une redistribution des utilités du bien fonctionnalisé. C'est ainsi que des tiers peuvent se voir reconnaître un usage spécifique des utilités fonctionnalisées. L'usage partagé d'un bien approprié – ou du moins de certaines de ses utilités – se voit donc rendu possible par la fonctionnalisation, qu'elle soit imposée par le législateur ou voulue par le propriétaire. En cela, les notions d'affectation et de destination permettraient une modulation de la propriété permettant l'usage partagé du bien.





## **Chapitre II**

### **Fonctionnalisation et logiques collectives**

**368.** La dimension théorique de notre recherche des mécanismes de fonctionnalisation ne doit pas être passée sous silence. En effet, si nous avons expliqué la possibilité de concevoir des formes collectives de fonctionnalisation, leur naissance et les conséquences qu'elles peuvent engendrer, l'ensemble se voulait volontairement unitaire et abstrait. Cette première étape réalisée, il nous faut désormais pousser le raisonnement afin de mettre à l'épreuve notre hypothèse de départ. Pour ce faire, il convient de rechercher les expressions des mécanismes de fonctionnalisation dans les logiques collectives étudiées, c'est à dire les logiques de protection et d'accès.

**369.** D'un point de vue méthodologique, il apparaît nécessaire de traiter des différentes formes de fonctionnalisation étudiées, c'est-à-dire des fonctionnalisations horizontales et verticales. Si, comme nous le prônons, les notions d'affectation et de destination sont des techniques de modulation de la propriété pouvant permettre l'usage partagé d'un bien approprié, alors elles se retrouveront dans chacune de ses expressions, que leur origine soit légale ou volontaire. Ainsi, sans pour autant tendre à l'exhaustivité, nous rechercherons la présence de ces mécanismes dans les figures les plus symptomatiques d'usage collectif portant sur un bien approprié. Cette recherche devra également se coupler d'une analyse, pour chaque cas étudié, des conséquences de la fonctionnalisation sur le rapport d'appropriation du bien concerné. Avec cette approche, la vérification théorique de notre hypothèse sera complétée par une dimension plus pratique venant la confirmer ou l'infirmer.

Il conviendra donc, dans un premier temps, de rechercher la présence des mécanismes de fonctionnalisation dans le cadre des logiques de protection (Section 1) avant d'envisager, dans un second temps, les logiques d'accès (Section 2).

## Section 1 : Fonctionnalisation et logique de protection

**370.** Dans le cadre des logiques de protection, il n'est pas peu dire que les notions d'affectation et de destination sont parfois portées aux nues. C'est ainsi, par exemple, que certains auteurs prônent le cas d'une « *propriété destinée* » ayant pour objectif la protection environnementale<sup>1200</sup>. En effet, cette protection passe, le plus souvent, par une limitation des prérogatives du propriétaire et un encadrement des actions de ce dernier. Le but est simple, canaliser le potentiel pouvoir destructeur d'une propriété qui pourrait s'exprimer pleinement. Ajouter à cela un volet actif de protection, par la détermination d'obligations actives par exemple, et les mécanismes de fonctionnalisation peuvent se comprendre comme un outil efficace de protection. À ce titre, et de manière traditionnelle, le législateur est intervenu en de nombreuses manières afin d'ancrer la chose appropriée dans une logique de protection (I). De surcroît, la privatisation du droit de l'environnement laisse à penser que l'initiative privée est une source de fonctionnalisations environnementales (II).

### I/ Fonctionnalisation verticale et logique de protection

Lorsqu'ils sont imposés et verticales, les mécanismes de fonctionnalisation ont pour fondement l'intérêt général et pour objet des biens appropriés privativement. Inscrites dans une finalité à vocation protectrice du bien, les techniques utilisées vont permettre une fonctionnalisation collective du bien en venant restreindre les usages du propriétaire, tout en reconnaissant une dimension collective et partagée de certaines utilités du bien. En droit positif, les servitudes d'utilité publique et certains régimes spéciaux d'appropriation de certains biens peuvent être compris comme des formes de fonctionnalisation verticale inscrites dans une logique de protection (A). Cela étant, il ne s'agit que de techniques limitées et qui n'ont pas vocation à la généralisation. Il faudra donc se tourner vers une proposition doctrinale, celle de domaine public environnemental, afin d'envisager une approche plus large du phénomène (B).

---

<sup>1200</sup> S. Vanuxem, *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, S. Vanuxem et C. Guibet-Lafaye (dir.), PUAM, 2015, p.87 sqq ; Voir également : G. Leray, *Immeuble et protection de la nature*, LGDJ, Coll. Thèses, 2019, p.44 « *L'objectif de protection de la nature est au nombre de ces soucis écologiques (...) Dans leurs rapports à la propriété foncière, les objectifs de protection de l'environnement apparaissent dans un ensemble de réglementations conduisant à encadrer les destinations et les usages de l'immeuble* ».

## **A. De lege lata : des servitudes d'utilité publique aux régimes spéciaux d'appropriation**

En droit positif, les mécanismes qui organisent, sur une propriété, un « accès subi »<sup>1201</sup> de certains tiers tout en s'inscrivant dans une logique de protection du bien concerné existent. Qu'ils prennent la forme de servitude d'utilité publique (1) ou d'un régime spécial d'appropriation (2), ils reposent sur un principe de fonctionnalisation qui va permettre, au nom de l'intérêt général, d'organiser une distribution des utilités du bien et lui apporter une protection spécifique en limitant les prérogatives du propriétaire. Cela étant, cette fonctionnalisation doit être qualifiée de verticale en ce qu'elle est imposée au propriétaire par le pouvoir législatif ou réglementaire.

### **1. Les servitudes d'utilité publique**

**371. Servitudes d'utilité publique et fonctionnalisation.** La notion de servitude d'utilité publique a déjà été évoquée, à titre d'exemple, afin de démontrer le ressort principal sur lequel est fondé le type de fonctionnalisation que nous dénommons « verticale », à savoir l'intérêt général. Ainsi, le lien existant entre la notion de servitude d'utilité publique et celle de fonctionnalisation n'est plus à démontrer<sup>1202</sup>. En outre, nous avons également essayé d'analyser les conséquences que ces servitudes pouvaient avoir sur le rapport d'appropriation<sup>1203</sup>. Le chemin de la démonstration est donc déjà fortement balisé. Cela étant, il convient désormais de réduire le prisme d'analyse. En effet, la notion de servitude d'utilité publique n'a pour l'instant été étudiée que dans son sens le plus large, il convient de le réduire à notre objet d'étude, soit quand elle est utilisée dans une logique de protection du bien qu'elle grève.

**372. Servitude d'utilité publique et logique de protection.** La notion de servitudes d'utilité publique ne jouit pas d'une définition unitaire. Si le terme découle originellement de l'article 649 du Code civil, le Code de l'urbanisme l'utilise également en son article

---

<sup>1201</sup> J. Rochfeld, « Accès (enjeux théoriques) », in *Dictionnaire des biens communs*, op.cit., spéc. p.10.

<sup>1202</sup> Voir *Supra* n° 343. La fonctionnalisation mise en place par les servitudes d'utilité publique est reconnue par une auteure : « Il n'y a qu'un pas pour considérer que les servitudes d'utilité publique imposent finalement au droit de propriété une affectation particulière, au moins pour certaines des prérogatives qui lui sont attachées, celles visées par la servitude », B. Mallet-Bricout, « Servitudes », in *Dictionnaire des biens communs*, op.cit., p.1108.

<sup>1203</sup> Voir *Supra* n° 357 et 358.

L.151-43<sup>1204</sup>. Aussi, l'objet de la servitude et la finalité de sa constitution ne concernent pas forcément la protection d'un bien. C'est ainsi qu'une servitude d'utilité publique peut prendre la forme d'une servitude de passage et d'aménagement fondée sur la lutte contre les incendies<sup>1205</sup>, ou encore imposer la traversée des propriétés privées par des ouvrages de transport et de distribution d'électricité<sup>1206</sup>. Inversement, elles peuvent également être constituées dans un but de protection environnementale, certains auteurs n'hésitant alors pas à les qualifier de « *servitudes environnementales* »<sup>1207</sup>. Ainsi, au titre des servitudes d'utilité publique affectant l'utilisation des sols, le Code de l'urbanisme<sup>1208</sup> prévoit des servitudes en matière de patrimoine naturel : sont alors concernées des servitudes spécifiques relatives à la protection de certaines forêts<sup>1209</sup>, du littoral maritime<sup>1210</sup>, des eaux<sup>1211</sup>, des réserves naturelles<sup>1212</sup> et parcs nationaux, ou encore des zones agricoles protégées<sup>1213</sup>.

---

<sup>1204</sup> Article L.151-43 du Code de l'urbanisme : « *Les plans locaux d'urbanisme comportent en annexe les servitudes d'utilité publique affectant l'utilisation du sol et figurant sur une liste dressée par décret en Conseil d'État* ».

<sup>1205</sup> Cons. Const., 14 octobre 2011, n° 2011-182 QPC.

<sup>1206</sup> Cons. Const., 2 février 2016, n° 2015-518 QPC.

<sup>1207</sup> La catégorie est ici purement doctrinale, elle va englober plusieurs techniques, de droit privé et de droit public, permettant la préservation environnementale. À ce titre, certaines servitudes légales sont envisagées comme des « *servitudes environnementales* ». G.J. Martin, « *Servitude environnementale* », in *Dictionnaire des biens communs*, *op.cit.*, p.1116.

<sup>1208</sup> L'article R.161-8 de Code de l'urbanisme renvoie à la liste des servitudes d'utilité publique affectant l'utilisation des sols dressée en annexes du livre premier.

<sup>1209</sup> À titre d'exemple, l'article L.141-1 du Code forestier prévoit la possibilité de classer certaines forêts privatives en tant que « *forêts de protection* ». Si tel devait être le cas, le propriétaire se verrait ainsi largement contraint, l'article L.141-2 disposant qu'il est interdit au propriétaire d'opérer un changement d'affectation qui pourrait aller à l'encontre de l'objectif de protection et de conservation des boisements. De même, l'article L.141-3 vient quant à lui imposer une interdiction de procéder à une coupe ou l'établissement d'un droit d'usage durant les quinze mois à compter de la notification de classement.

<sup>1210</sup> Le cas des servitudes longitudinales de passage relatif au littoral a déjà été exposé en amont (Supra n° 358).

<sup>1211</sup> L'article L.1322-3 du Code de la santé publique est un exemple de servitude d'utilité publique inscrite dans une logique de protection environnementale. En effet, ce dernier prévoit la possibilité de reconnaître une source d'eau minérale comme étant d'utilité publique. Dès lors, une zone de protection de la source peut être mise en place, et porter sur des terrains qui peuvent être disjoints. Au sein de cette zone, les activités ou installations qui seraient de nature à aller à l'encontre de la protection de la source et de la qualité des eaux peuvent être interdites ou réglementées.

<sup>1212</sup> À l'instar des eaux minérales, un périmètre de protection peut également être institué (Article L.332-16 du Code de l'environnement). Selon l'article L.332-17 du même Code, des prescriptions et interdictions peuvent être mises en place afin de conserver l'état ou l'aspect de la réserve naturelle. Le texte renvoie ainsi à l'article L.332-3 du Code de l'environnement en ce que celui-ci définit les actions susceptibles d'être proscrites ou réglementées ; on y retrouve ainsi la circulation des personnes, l'exécution de travaux, les activités agricoles ou industrielles, la chasse, la pêche etc.

<sup>1213</sup> L'article L.112-2 du Code rural et de la pêche maritime prévoit qu'une « *zone agricole dont la préservation présente un intérêt général* » peut faire l'objet d'un classement en tant que zones agricoles protégées. Elles sont en elles-mêmes des servitudes d'utilité publique et se caractérisent notamment par l'impossibilité, pour le propriétaire du fonds grevé, de pouvoir en modifier l'affectation : « *Tout changement d'affectation ou de mode d'occupation du sol qui altère durablement le potentiel agronomique, biologique ou économique d'une zone agricole protégée doit être soumis à l'avis de la chambre d'agriculture et de la commission départementale d'orientation de l'agriculture* ».

En définitive, la technique des servitudes d'utilité publique est un outil aujourd'hui largement usité afin d'apporter une protection spécifique de certains biens. Commandées par l'intérêt général, les servitudes d'utilité publique vont donc affecter certaines utilités du bien afin de répondre à la finalité de protection. En ce sens, l'affectation va moduler la propriété en limitant les pouvoirs du propriétaire sur son bien. Si ce phénomène se perçoit avec les exemples cités, il convient également de préciser que cette fonctionnalisation est d'origine verticale puisque instituée par la loi et imposée par l'administration. À ce titre, il s'agit d'une publicisation du droit de propriété fondée sur un rapport administration/propriétaire, alors que d'autres formes de fonctionnalisation collective placent les usagers au cœur du rapport d'appropriation. Ici, la servitude ne va pas nécessairement opérer le partage des utilités du bien entre plusieurs personnes, mais surtout réaliser sa conservation dans une logique d'inclusion transgénérationnelle.

## **2. Les régimes spécifiques d'appropriation : l'exemple des monuments historiques**

Le cas de la protection des monuments historiques est plutôt particulier. Doté d'un régime de protection très marqué laissant une place certaine à l'usage collectif du bien, la doctrine n'est pas consensuelle quant à la qualification de sa nature : parfois perçue par la figure classique de la servitude d'utilité publique et parfois présentée comme une propriété affectée (a). Malgré cette dissension, il nous semble que le régime de protection des monuments historiques se fonde sur une double fonctionnalisation, verticale quant à sa protection et horizontale quant à son accès (b).

### **a) La difficile qualification de la nature de la technique de protection : entre servitudes d'utilité publique et propriété affectée à un intérêt collectif**

**373. Analyse en tant que servitude d'utilité publique.** À première vue, il pourrait paraître surprenant de ne pas avoir traité de la protection des monuments historiques dans le cadre des servitudes d'utilité publique. En effet, il est communément admis, du moins par la majorité des auteurs, que le classement d'un immeuble en tant que monument historique s'analyse en une servitude d'utilité publique<sup>1214</sup>. En effet, quand on regarde avec attention le régime de

---

<sup>1214</sup> Dans un article consacré à la notion de « monument historique », Marie Cornu et Jean-Michel Leniaud en rappellent l'historique et notamment la manière dont la loi de 1913 et ses évolutions furent analysées. Conçue comme une charge qui vient peser sur la propriété dans le but de conserver le bien et de le transmettre aux

protection de ces biens particuliers, on peut y retrouver les principales caractéristiques de la servitude d'utilité publique.

Tout d'abord dans les conditions de mise en place de la procédure de classement. Celle-ci est en effet conditionnée à une qualité intrinsèque particulière : celle d'une protection justifiée par « l'intérêt public »<sup>1215</sup>. Ici, la terminologie de l'article L.621-1 du Code du patrimoine vient substituer l'intérêt public à l'intérêt général, mais le fondement reste essentiellement le même, celui de la recherche d'un intérêt supérieur aux intérêts particuliers justifiant la mise en place d'une servitude d'utilité publique.

Ensuite, le régime mis en place par le classement des biens au titre des monuments historiques. Celui-ci se caractérise par la mise en place d'une servitude de conservation qui se caractérise par une limitation des prérogatives du propriétaire du bien classé. Cette limitation, que l'on pourrait qualifier de drastique, peut se dépeindre par la prééminence de l'autorisation de l'administration sur certaines actions du propriétaire qui pourraient menacer la conservation du bien. C'est ainsi, par exemple, que les modifications de la substance du bien<sup>1216</sup> ou la mise en place d'une servitude conventionnelle<sup>1217</sup> nécessitent l'aval de l'administration. À ce titre, on peut donc dire qu'il s'agit d'un régime de protection qui obère l'usage du bien et peut donc être analysé comme une servitude d'utilité publique. Cette mainmise de l'administration sur les biens classés ne s'arrête cependant pas là et la servitude de conservation peut, dans certains cas, être analysée comme une servitude *in faciendo*. En effet, depuis 1966 et encore aujourd'hui, l'obligation de conservation ne se conjugue plus seulement à la voix passive mais également à la voix active<sup>1218</sup>. C'est ainsi que l'administration peut obliger le propriétaire à réaliser certains travaux d'entretien nécessaires

---

générations futures, elle fut largement analysée comme une servitude d'utilité publique. Sur ce point : M. Cornu, J.-M. Leniaud, « Monument historique (approche historique de l'art et approche juridique) », in *Dictionnaire des biens communs*, op.cit., p.812 sq.

<sup>1215</sup> Article L.621-1 du Code du patrimoine, al.1 : « Les immeubles dont la conservation présente, au point de vue de l'histoire ou de l'art, un intérêt public sont classés comme monuments historiques en totalité ou en partie par les soins de l'autorité administrative ». (Nous soulignons).

<sup>1216</sup> L.621-9 du Code du patrimoine, al.1 : « *L'immeuble classé au titre des monuments historiques ne peut être détruit ou déplacé, même en partie, ni être l'objet d'un travail de restauration, de réparation ou de modification quelconque, sans autorisation de l'autorité administrative.* »

<sup>1217</sup> L.621-16 du Code du patrimoine, al.2 : « *Aucune servitude ne peut être établie par convention sur un immeuble classé sans l'agrément de l'autorité administrative.* »

<sup>1218</sup> L'imposition d'obligation active ou de servitude *in faciendo* ne va pas à l'encontre de la notion de servitude d'utilité publique, comme le souligne Éric Meiller : « *Quand aux servitudes in faciendo, elles se limitent en principe à l'établissement ou l'entretien d'une certaine affectation* ». E. Meiller, *La notion de servitude*, op.cit., n° 308. En suivant cet avis, l'obligation active de conservation présente peut ici être analysée comme les moyens mis en place pour parvenir à la réalisation de la finalité.

à la conservation et, au cas où le propriétaire refuserait, réaliser les travaux par elle-même. Ainsi, comme le soulignent Marie Cornu et Jean-Michel Laniaud, concernant le régime de protection des biens classés monuments historiques : « *la technique de référence reste la servitude d'utilité publique* »<sup>1219</sup>.

**374. Analyse en tant que propriété affectée à un intérêt collectif.** Malgré la qualification de servitude d'utilité publique, certains auteurs ont proposé une lecture différente du régime de protection. Cette approche, que nous avons en amont, se fonde non pas sur la recherche d'une technique déjà connue de notre droit, mais plutôt sur les raisons qui sont au fondement du régime de protection. Cette approche va donc analyser les objets soumis au régime de protection, à savoir les monuments historiques, comme des biens portant en eux-mêmes une valeur sociale caractérisée comme un intérêt collectif justifiant d'une affectation spécifique. C'est ainsi que les immeubles classés monuments historiques sont considérés par François Ost comme étant des exemples de « *transpropriation* »<sup>1220</sup>. Comme le souligne son créateur, la notion ne se conçoit pas à travers les conceptions traditionnelles de notre droit des biens, mais plutôt par une approche renouvelée du rapport d'appropriation<sup>1221</sup>. C'est ainsi que la notion de « *transpropriation* » s'inscrira davantage dans une démarche relationnelle rendant pleinement compte du principe de « *concession d'usages multiples à une multitude de titulaires* »<sup>1222</sup>. Cela étant, le partage des utilités du bien n'est que la conséquence du classement des immeubles, ce résultat étant le fruit d'une affectation des usages du bien en faveur d'intérêts distincts, celui du propriétaire, du public, de la nation, des générations futures, etc<sup>1223</sup>. L'immeuble concentre, sur lui-même, une multiplicité d'intérêts.

---

<sup>1219</sup> M. Cornu, J.-M. Laniaud, « Monument historique (approche historique de l'art et approche juridique) », *op.cit.*, p.816.

<sup>1220</sup> Sur la notion de « Transpropriation », voir : *Supra* n° 226 à 229.

<sup>1221</sup> Voir *Supra* n° 227 et 228.

<sup>1222</sup> F. Ost, *La nature hors la loi, L'écologie à l'épreuve du droit*, La découverte, Paris, 2003, p.69 et 323 *sqq.*

<sup>1223</sup> J. Rochfeld, « Communauté négative, positive, diffuse », in *Dictionnaire des biens communs, op.cit.*, p.244. L'auteur reconnaît ainsi que la notion de « *transpropriation* » peut se concevoir tant par la notion d'affectation (« *La notion réalise l'affectation de cette ressource aux différents intérêts jugés légitimes, fussent-ils concurrents et exercés par des titulaires concurrents* ») que par la notion de destination (« *le fait qu'un bien soit approprié n'empêcherait pas de le considérer comme "destiné" et qu'un certain nombre de personnes bénéficierait d'un accès, quand bien même celui-ci ne prendrait pas la forme d'un droit positivement reconnu dans des formes classiques* »). Il est possible de retrouver, dans ces phrases, l'opposition entre l'idée de finalité et de moyens ; cependant, les deux notions paraissent participer à un phénomène global.

Cette approche a de quoi séduire. Si la figure des servitudes d'utilité publique n'est pas totalement exclue de cette conception<sup>1224</sup>, elle est incluse dans un ensemble plus large qui permet de mieux rendre compte du phénomène. En effet, la notion de servitude d'utilité publique n'a aucune vocation à traduire un régime d'appropriation spécifique, elle n'est qu'une technique permettant d'affecter l'usage d'un bien et de restreindre le pouvoir du propriétaire. À l'inverse, le concept de « transpropriation » se conçoit comme la description d'un phénomène hybride d'appropriation, rendant compte du partage des utilités du bien en fonction des multiples intérêts qui se superposent sur l'immeuble. Avec cette dimension hybride, la qualification de *semi-communs* aurait également pu être avancée. Pour ce faire, il aurait néanmoins fallu procéder à une recherche de l'inter-dynamisme des droits portant sur les monuments historiques classés<sup>1225</sup>.

En somme, cette approche est capable d'expliquer la double dimension du principe de la fonctionnalisation collective. Sur le plan technique d'abord, en rendant compte de l'affectation de l'usage du bien dans une logique de conservation et de transmission. Sur le plan théorique ensuite, en démontrant l'origine sociale et collective d'une telle affectation.

## **b) Un régime de protection alliant fonctionnalisation verticale et horizontale**

Le principe de fonctionnalisation pouvant être considéré comme l'élément qui va permettre la mise en place d'un régime de protection, il convient désormais de s'interroger sur le type de fonctionnalisation mis en place. Il nous semble ainsi possible de distinguer deux types de fonctionnalisation. L'une, principale et verticale, se trouve dans la procédure de classement au titre des monuments historiques. L'autre, accessoire et horizontale, se caractérise par la possibilité de pouvoir affecter le monument classé à l'usage du public.

**375. La fonctionnalisation principale et verticale, le classement au titre des monuments historiques.** Afin qu'un bien puisse être soumis au régime de protection des monuments historiques, il est nécessaire, si sa conservation est génératrice d'un intérêt public, d'établir une procédure de classement. Dans le cadre de celle-ci, peuvent être concernés des

---

<sup>1224</sup> Ibid. : « *Les servitudes d'utilité publique relatives aux immeubles classés monuments historiques (...) imposent ainsi diverses charges et obligations de conservation...* ».

<sup>1225</sup> La notion de *semi-communs* est riche d'intérêts (*Supra* n° 278 à 280). Cependant, dans le cadre de notre étude, la dimension hybride du rapport d'appropriation prime sur la recherche inter-dynamique des droits (*Supra* n° 284).



biens appropriés par une personne publique<sup>1226</sup> ou des biens appropriés par une personne privée<sup>1227</sup>. Ici, seul le second cas nous importe. Ainsi, pour répondre à la question du type de fonctionnalisation mis en œuvre, il convient de déterminer l'origine de la procédure de classement, c'est à dire de qui la procédure dépend. Sur ce point, l'article L.621-6 du Code du patrimoine prévoit que les biens appropriés privativement sont classés par l'autorité administrative avec le consentement du propriétaire. En cas de refus de ce dernier, le classement d'office peut être imposé au propriétaire par décision du Conseil d'état. Ici, la volonté de protection n'est donc pas l'émanation du propriétaire du bien, mais de l'autorité administrative. C'est donc une volonté externe qui va imposer, avec l'accord ou non du propriétaire, une fonctionnalisation particulière par la procédure de classement dont découlera le régime de protection des monuments historiques. Il y a donc bien, ici, une fonctionnalisation verticale.

### **376. La fonctionnalisation accessoire et horizontale, l'affectation à l'usage du public.**

Une fois la procédure de classement établie, le régime des biens classés monuments historiques fait place, à notre sens, à une possibilité d'affecter son bien à l'usage du public. Plus que cela, cette possibilité semble largement encouragée par le législateur qui a mis en place des incitants fiscaux. C'est ainsi, par exemple, que l'article 41 F I de l'annexe III<sup>1228</sup> du Code général des impôts prévoit la possibilité de déduire de l'imposition certaines dépenses foncières (notamment les dépenses de réparation et d'entretien) à hauteur de leur montant total si le propriétaire autorise l'accès du public à son bien. Avec cette incitation, la volonté du législateur est claire : il veut favoriser l'accès du public aux monuments historiques. Ici, protection et accès se voient réunis, puisque ce sont les charges foncières découlant de dépenses de réparation et d'entretien qui sont visées par la mesure, à quoi s'ajoute une incitation supplémentaire à affecter le bien à l'usage du public en lui autorisant l'accès. Sur ce

---

<sup>1226</sup> En vertu des dispositions des articles L.621-4 et L.621-5 du Code du patrimoine, peuvent être classés les immeubles qui sont la propriété de l'État ou des établissements publics de l'État, mais aussi des collectivités territoriales ou des établissements publics de ces collectivités.

<sup>1227</sup> La loi du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine a renforcé le régime de protection des ensembles mixtes par la prise en compte de certains meubles qui garniraient l'immeuble classé (Article L.622-1-2). Cela étant, pour que les meubles soient également classés, l'accord du propriétaire est nécessaire. En cela, l'affectation des meubles à un régime de protection spécifique n'est pas pleinement verticale, elle est alors conventionnelle. Pour une analyse de cette disposition : A. Denizot, « Protection des ensembles mixtes : enfin la loi ! », *RTD civ*, 2016, p.953 *sqq.*

<sup>1228</sup> Article 41 F I de l'annexe III du Code général des impôts : « *Les charges visées à l'article 41 E comprennent tout ou partie des dépenses de réparation et d'entretien ainsi que des autres charges foncières énumérées aux a à e du 1° et au a du 2° du I de l'article 31 du code général des impôts.*

*Ces charges sont déductibles pour leur montant total si le public est admis à visiter l'immeuble et pour 50 % de leur montant dans le cas contraire. »*

dernier point, il nous semble possible de percevoir une forme de fonctionnalisation, d'une part accessoire, et d'autre part horizontale. Accessoire tout d'abord car l'affectation à l'usage du public dépend la fonctionnalisation principale instaurée par la procédure de classement. Horizontale, ensuite, car contrairement à la procédure de classement, l'affectation du bien à l'usage du public dépend de la volonté du propriétaire du bien classé. Certes, il ne s'agit pas d'une fonctionnalisation horizontale d'origine conventionnelle, il s'agit d'une fonctionnalisation instituée par le législateur et largement encouragée par lui ; cela étant, elle reste à l'initiative du seul propriétaire, l'autorité administrative ne pouvant l'imposer.

En définitive, le régime de protection des biens classés monuments historiques se fonde sur le principe de fonctionnalisation. Il faut surtout percevoir une double fonctionnalisation à l'œuvre. L'une, principale et verticale, agissant dans une logique de protection. L'autre, accessoire et horizontale, fondée sur l'accès au bien protégé.

## **B. De *lege feranda* : le domaine public environnemental**

En déterminant les mécanismes de fonctionnalisation, et plus spécifiquement la notion d'affectation, comme un élément central des fonctionnalisations verticales inscrites dans une logique de protection de certains biens (environnementaux et culturels), nous avons ainsi opéré un détour par la publicisation du droit des biens. Cette insertion ne doit rien au hasard, puisque la verticalité se conçoit comme l'imposition d'un mécanisme de fonctionnalisation au propriétaire d'un bien privé. Il s'agit donc, pour reprendre la terminologie de Judith Rochfeld, de formes « *d'accès subi* », puisque l'affectation qui est au cœur des mécanismes étudiés va conduire à limiter les prérogatives du propriétaire tout en reconnaissant un usage collectif, direct ou transgénérationnel, de ces biens aux tiers. Chemin faisant, nous nous proposons de poursuivre cette insertion par l'analyse d'une proposition doctrinale qui pourrait se retrouver pleinement dans la catégorie des fonctionnalisations verticales inscrites dans une logique de protection : le domaine public environnemental. L'idée n'est pas nouvelle et fut défendue à de nombreuses reprises<sup>1229</sup>. Elle se conçoit comme la possibilité de « *transposer, à la propriété*

---

<sup>1229</sup> J.Lamarque, *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*, LGDJ, 1973, p.372 *sqq.* ; Y. Jégouzo, « Propriété et environnement », *Defrénois*, art. 35764, 1994, p.449 *sqq.* ; V. Inserguet-Brisset, *Propriété publique et environnement*, LGDJ, Paris, 1994 ; *Contra* : F. Tulkens, « Le domaine public et la protection de l'environnement : des potentialités à réexaminer », in *Quel avenir pour le droit de l'environnement*, F. Ost et S. Gutwirth (dir.), PUSL, Bruxelles, 1996, p.197 *sqq.*

*privée, une forme de domanialité* »<sup>1230</sup>, créant ainsi « *un bien qui ferait à la fois l'objet d'une propriété privée et qui subirait des restrictions imposées à son propriétaire, guidées par la protection de l'environnement* »<sup>1231</sup>. Pour ses défenseurs, la notion est surtout perçue comme une promesse de protection plus accrue que les servitudes d'utilité publique qui ne peuvent donner naissance qu'à une obligation de ne pas faire.<sup>1232</sup> En combinant les obligations de protection et l'affectation au public, la constitution de la notion de domaine public environnementale permettrait « *de concilier propriété privée, protection de l'environnement et accès au public* »<sup>1233</sup>. Théoriquement, cette proposition repose sur un postulat de départ qu'est l'approche fonctionnelle de la propriété publique (1), et aurait, comme conséquence, la mise en place d'un régime d'appropriation spécifique qui superposerait deux domaines différents sur un même bien, tout en reconnaissant, par l'affectation de certaines utilités au public, un usage collectif du bien (2).

## 1. Le postulat, l'approche fonctionnelle de la propriété publique

**377. La notion de domaine public.** Le domaine public peut se définir comme une « *propriété administrative, caractérisée par l'existence d'une affectation des biens à l'usage du public* »<sup>1234</sup>. De cette définition doctrinale, deux éléments ressortent : premièrement, le domaine public fait partie de la propriété publique, les biens le composant sont donc appropriés par des personnes morales de droit public ; secondement, les biens composant le domaine public font l'objet d'une affectation à l'usage du public. Ces deux éléments sont d'ailleurs inscrits dans le texte de l'article L.2111-1<sup>1235</sup> du Code général de la propriété des personnes publiques. Ici, c'est donc la personne morale de droit public qui peut décider d'affecter des biens dont elle est propriétaire à l'usage du public. En effet, si quelques affectations sont le fruit d'une détermination légale de domaine public, l'affectation

---

<sup>1230</sup> A. Danis-Fatôme, « Le domaine public environnemental », in *Dictionnaire des biens communs, op.cit.*, p.388 *sqq.*

<sup>1231</sup> *Ibid.*

<sup>1232</sup> *Ibid.* Si cela est la position de l'auteur, nous rappelons que la doctrine n'est pas unanime sur le sujet, voir notamment : E. Meiller, *La notion de servitude, op.cit.*, n° 308 ; N. Hutten, J.-F. Struillou (dir.), *Les servitudes environnementales*, Les Cahiers du GRIDAUH, n° 28, 2015.

<sup>1233</sup> A. Danis-Fatôme, « Le domaine public environnemental », *op.cit.*, p.391.

<sup>1234</sup> P. Yolka, *La propriété publique, éléments pour une théorie*, LGDJ, 1997, p.2.

<sup>1235</sup> Article L.2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques : « *Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public.* » (Nous soulignons).

domaniale reste fondamentalement une décision de l'administration propriétaire du bien<sup>1236</sup>. Analysant cette « affectation à l'usage du public », Frédéric Zenati-Castaing y voit « la figure paroxystique de l'affectation »<sup>1237</sup>. Il s'agirait alors de l'utilisation de la propriété contre elle-même ; la propriété publique affectée à l'usage du public venant garantir un usage collectif du bien tout en vidant le droit de propriété de sa substance.

**378. Les caractères des biens constitutifs du domaine public.** Du fait de son appropriation et de son affectation à l'usage du public, les biens composant le domaine public d'une personne public connaissent certaines spécificités.

**379. L'inaliénabilité.** Les biens inscrits dans le domaine public sont d'abord inaliénables<sup>1238</sup>. En soit, ce principe n'a jamais été reconnu par le Conseil constitutionnel<sup>1239</sup>. Cependant, il se justifie par le principe de continuité du service public<sup>1240</sup> et semble reposer sur un fondement historique qu'est celui de l'inaliénabilité de la Couronne<sup>1241</sup>. Aujourd'hui, c'est pourtant l'affectation du bien à l'usage du public qui en est le justificatif. En effet, pour qu'un bien constitutif du domaine public puisse être aliéné par son propriétaire, la personne publique doit procéder à un déclassement de son bien<sup>1242</sup>, précédé d'une désaffectation. Or, cette désaffectation n'est possible que si les conditions nécessaires à l'appartenance au domaine public ne sont plus garanties. Ainsi, si l'aliénabilité est un principe inhérent à la qualification de domaine public, il n'est pas, pour autant, absolu.

---

<sup>1236</sup> N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, LexisNexis, 3<sup>ème</sup> éd., 2015. Une décision du Conseil d'État a d'ailleurs rappelé ce principe en affirmant que les administrés ne pouvaient, par eux-mêmes, du fait d'un comportement collectif, affecter le bien à « l'usage du public » : C.E, 2 novembre 2015, n° 373896 : Fatôme, *AJDA*, 2016, 24 ; Foulquier, *RDI*, 2016, 286.

<sup>1237</sup> F. Zenati-Castaing, « L'affectation québécoise, un malentendu porteur d'avenir », *op.cit.*, p. 654. Et l'auteur de préciser : « L'utilisation de la propriété comme moyen atteint un degré caricatural lorsque ce moyen sert à combattre... la propriété elle-même. C'est ce qui se produit précisément dans l'hypothèse du domaine public. La propriété y est utilisée pour interdire à tous de s'approprier ou de prétendre jouir exclusivement des biens publics, afin de permettre à chacun d'en avoir l'usage : la propriété publique est un rempart contre la propriété privée ».

<sup>1238</sup> Article L.3111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques : « Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles. » (Nous soulignons)

<sup>1239</sup> Cons. Const., 21 juillet 1994, Décision n° 94346, « Droits réels sur le domaine public » : Gondouin, *AJDA*, 20 novembre 1994, 786 ; Cons. Const., 23 juillet 1996, Décision n° 96380, « France Télécom », *AJDA*, 20 septembre 1996, 694.

<sup>1240</sup> Sur ce point : H. Saugez, *L'affectation des biens à l'utilité publique : contribution à la théorie générale du domaine public*, Thèse, Orléans, 2012.

<sup>1241</sup> Pour une approche du fondement : C. Chamard, *La distinction des biens publics et des biens privés*, Dalloz, 2004, n° 485-501.

<sup>1242</sup> Article L. 2141-1 du CGPPP : « Un bien d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1, qui n'est plus affecté à un service public ou à l'usage direct du public, ne fait plus partie du domaine public à compter de l'intervention de l'acte administratif constatant son déclassement. »

**380. L'insaisissabilité.** A contrario de l'inaliénabilité, l'insaisissabilité des biens constitutifs du domaine public ne résulte pas de l'affectation de ceux-ci à l'usage du public mais bien du principe de leur appropriation. Il se fonde alors sur la qualité du propriétaire de ces biens qu'est la personne publique. En effet, le principe d'insaisissabilité provient de l'immunité des personnes publiques contre les voies d'exécution judiciaire<sup>1243</sup>. Ainsi, comme le souligne William Dross, « *les personnes morales de droit public disposant du monopole de la contrainte légitime, elles ne peuvent sans absurdité retourner cette puissance contre elles-mêmes* »<sup>1244</sup>. Par conséquent, tant les biens du domaine public que du domaine privé des personnes morales de droit public sont inaliénables. L'insaisissabilité des biens composant le domaine public n'est donc pas une spécificité de son régime, mais s'intègre dans celui de la propriété publique.

**381. L'imprescriptibilité.** À l'inverse, le caractère imprescriptible<sup>1245</sup> des biens constitutifs du domaine public est une conséquence directe de l'affectation des biens à l'usage du public. L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité viennent garantir l'affectation à l'usage du public<sup>1246</sup>. Concernant l'imprescriptibilité, l'impossibilité pour tout possesseur de faire jouer le mécanisme de l'usucapion d'un bien immobilier est un parfait exemple de la conséquence son l'affectation à l'usage du public. Le bien étant affecté à une finalité particulière qu'est l'usage du public, la possibilité de se voir reconnaître la possibilité d'acquérir le bien par le jeu de la prescription acquisitive irait à l'encontre même de l'affectation. Gage de garantie pour l'affectation, l'imprescriptibilité se conçoit également quant à la prescription extinctive, puisqu'aucune limite temporelle ne vient limiter l'exercice des actions en nullité pour aliénation des biens constitutifs du domaine public<sup>1247</sup>.

**382. Les biens du domaine public, des biens appropriés par une personne morale de droit public.** En droit positif, la qualification de bien public – autrement dit de biens compris dans le domaine public et non dans le domaine privé des personnes morales de droit public –

---

<sup>1243</sup> B. Schmaltz, *Les personnes publiques propriétaires*, Thèse, Lyon, 2014, n° 253.

<sup>1244</sup> W. Dross, *Les choses*, *op.cit.*, n° 328, p.601.

<sup>1245</sup> Article L.3111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques : « *Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles.* » (Nous soulignons)

<sup>1246</sup> Voir notamment : P. Kintz, « Le domaine public est inaliénable et imprescriptible », in *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, D. Tomasin (dir.), Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ-Lextenso, 2006, p. 163 *sqq.*

<sup>1247</sup> Sur ce point : H. de Gaudemar, *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse, Paris II, 2006, n° 866.

tient à une double condition : l'affectation du bien à l'usage du public et la qualité de propriétaire de la personne morale de droit public. Comme le souligne William Dross, cette double condition n'est pas sans conséquence. Prenant l'exemple des personnes morales de droit public transformées en personnes morales de droit privé mais toujours chargées d'une mission de service public, l'auteur rappelle que les biens autrefois constitutifs du domaine public se doivent d'être déclassés par l'État puisque « *la personne privée nouvellement créée ne saurait avoir des biens dans son patrimoine qui soient soumis à la domanialité publique en dépit de la mission de service public qui demeure la sienne* »<sup>1248</sup>. Cette approche – rappelée par la loi – peut être perçue comme une consécration du critère organique de la propriété publique, cette dernière se fondant sur le statut de propriétaire de la personne morale de droit public. Ainsi, en s'inscrivant dans cette logique, la superposition d'une appropriation privée et du domaine public ne pourrait être envisageable puisque le propriétaire ne serait pas la personne morale de droit public. Dès lors, en droit positif, le domaine public environnemental ne peut être envisagé.

### **383. Le dépassement du droit positif, la dissociation de la propriété et de l'affectation.**

Dans sa thèse de doctorat, Philippe Yolka dresse une savante étude de l'histoire de la propriété publique<sup>1249</sup>. En analysant les différents courants doctrinaux qui ont jalonné la matière, l'auteur appuie son propos en relevant la principale des querelles, celle des relations existantes entre les notions de propriété et d'affectation. Sans entrer dans les détails des différentes théories, nous avons rappelé que la constitution du domaine public était liée, sauf exception législative, à la volonté du propriétaire d'affecter son bien à l'usage du public. Dès lors, la constitution du domaine public ne pouvant être réalisée qu'à la condition que la personne publique soit propriétaire dudit bien, le domaine public ne peut se superposer à un bien privé. Cela étant, une théorie alternative s'est développée sous la plume de Capitant<sup>1250</sup>. Ici, le critère organique disparaît et se voit remplacé par la seule notion d'affectation au public. La qualification de chose publique n'est alors plus dépendante de la propriété publique. Ainsi, à la domanialité se substitue l'affectation, et cette dernière n'est plus limitée

---

<sup>1248</sup> W. Dross, *Les choses*, *op.cit.*, n° 323-3. Voir cependant l'exception soulevée par Philippe Yolka « *L'objection selon laquelle des biens privés peuvent être affectés à l'utilité générale n'est pas déterminante ; si ces biens sont généralement la propriété de personnes privées chargées d'une mission de service public (...), ils n'ont jamais reçu l'estampille domanial, à l'exception notable – on le sait – des canaux de navigation concédés à perpétuité avant 1789. Cette dernière solution ne concernait que les anciens canaux, le fait qu'elle n'ait pas reçu de prolongements marque une volonté de réserver la domanialité publique aux biens des personnes publiques* », P. Yolka, *La propriété publique, éléments pour une théorie*, *op.cit.*, p.183.

<sup>1249</sup> *Ibid.*, p. 113 *sqq.*

<sup>1250</sup> R. Capitant, note sous : C.E., 17 février 1932, *Commune de Barran* : D., 1933, III, 49. .

par le critère organique d'appropriation des personnes publiques. Autrement dit, l'affectation au public pourrait être envisagée au-delà des cas classiques et venir se greffer sur des biens appropriés privativement. Conséquemment à cette rupture du lien propriété-affectation, le principe d'inaliénabilité propre aux biens constitutifs du domaine public ne vaut plus, les biens restent toutefois indisponibles et l'affectation va lier le propriétaire. Comme le souligne Philippe Yolka, la théorie de Capitant induit la fin de la distinction entre domaine public et domaine privé en faisant tomber le principe de l'inaliénabilité. L'affectation, à elle seule, permettra de guider les actions opérées sur les biens affectés et ainsi de « *frapper d'inefficacité tout acte contraire à leur affectation* »<sup>1251</sup>. La distinction des domaines n'existant plus, la propriété publique disparaît également pour laisser place à la seule propriété privée des personnes publiques, l'affectation étant analysée comme une servitude de droit public<sup>1252</sup>.

Cette théorie va donc élargir le champ d'application de la notion d'affectation au public et en permettre une approche plus souple. C'est dans cette appréhension nouvelle que l'idée de domaine public environnemental pourrait se mouvoir.

## **2. La conséquence : un bien approprié privativement mâtiné d'usage collectif par l'affectation à l'usage du public**

### **384. Le domaine public environnemental, la résurgence du double domaine ?**

L'application de la thèse de Capitant conduirait, indubitablement, à la mise en place d'un double domaine sur un même bien. En liant consubstantiellement le domaine public à la propriété des personnes publiques propriétaires, le critère organique permet une division nette entre la propriété civiliste et les propriétés publiques. À l'inverse, la possibilité de voir reconnaître une affectation à l'usage du public sur des biens appropriés privativement par des personnes de droit privé brouille la *summa divisio* privé/public. En effet, en reconnaissant que l'administration puisse affecter à l'usage du public une utilité d'un bien approprié par une personne de droit privé, elle reconnaît la superposition des domaines sur ledit bien. À ce titre, l'analogie avec la théorie du double domaine n'est pas absconse. Comme le souligne Philippe Yolka, le critère organique est gage de répartition horizontale de la propriété publique. Autrement dit, les propriétés ne peuvent se superposer sur un même bien. À l'inverse,

---

<sup>1251</sup> P. Yolka, *La propriété publique, éléments pour une théorie*, op.cit., p.181.

<sup>1252</sup> Préf. Capitant à la th. de Maroger, p.IV, cité par P. Yolka, op.cit., p.182.

l'approche fonctionnelle prônée par Capitant s'inscrit non pas dans une répartition, mais dans une coexistence des propriétés sur un même bien, ce que l'auteur qualifie de « *modèle vertical* »<sup>1253</sup>. Cette analyse n'a rien de surprenante, René Capitant reconnaissait largement l'influence du droit comparé – et plus spécifiquement des droits britannique, allemand et helvète – sur la possibilité d'un domaine public pouvant se concevoir en dehors du critère organique français. Plus encore, une partie de la doctrine environmentaliste n'a pas hésité à voir dans la technique du double domaine une solution viable à la protection environnementale, créant ainsi un rapport d'appropriation complexe qui rallie propriété privée et propriété publique sur un même bien<sup>1254</sup>. Dans cet ordre d'idée, le domaine public environnemental s'inscrit comme une superposition de droits sur un même bien. Pour autant, peut-on véritablement parler d'un « *retour de la conception archaïque, celui d'un domaine éminent superposé à la propriété privée* »<sup>1255</sup> ? Si le mécanisme peut sembler similaire, c'est davantage à une simultanéité des usages que l'affectation du bien à l'usage du public pourrait conduire.

**385. Le domaine public environnemental : des jouissances simultanées.** À lire les auteurs défenseurs du domaine public environnemental, un élément apparaît central : la dimension collective de l'affectation inhérente à la notion de domaine public<sup>1256</sup>. Contrairement aux servitudes administratives plus classiques, la dimension relationnelle de l'affectation est ici beaucoup plus importante puisque l'usage collectif du bien est garanti par la notion de domaine public. Le propriétaire initial du bien verra donc, sur son bien, son champ d'action limité par l'affectation à l'usage du public en ce qu'il devra la respecter. Inversement, le public se verra reconnaître, par cette même affectation, un droit d'usage spécifique sur le bien. Conséquence directe de cette affectation, un usage collectif au bénéfice des tiers sera reconnu sur un bien approprié privativement sans que le propriétaire ne soit à son initiative. Ainsi, la notion de domaine public environnemental pourrait être perçue comme

---

<sup>1253</sup> P. Yolka, *La propriété publique, éléments pour une théorie*, op.cit., p.484.

<sup>1254</sup> Pour une doctrine voyant dans le double domaine une solution qui pourrait être pérenne en matière environnementale : V. Inseguet-Brisset, *Propriété publique et environnement*, LGDJ, Paris 1994 ; D. Aubin, S. Nahrath, F. Varone, « Paysage et propriété : un retour vers la *pluria dominia* », article publié sur la base de donnée du centre international de recherche sur les problèmes environnementaux : <http://www.icrei.fr/documentation/gestion-en-commun/>.

<sup>1255</sup> P. Yolka, op.cit., p.484.

<sup>1256</sup> F. Tulkens, « *Le domaine public et la protection de l'environnement : des potentialités à réexaminer* », op.cit., p.203 : « *Le domaine public, par sa nature, peut bien évidemment faire l'objet d'une utilisation collective qui correspond à son affectation. Cette utilisation implique un droit d'accès plus ou moins réglementé, égal pour tous (...) et, en principe, gratuit* ». Il convient de rappeler que l'article L.2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques vient inclure l'affectation à l'usage direct du public comme un élément de définition du domaine public.



une forme de résurgence des formes pré-modernes de relations aux biens, et ce à un double niveau. D'abord par la technique mise en place, c'est à dire par une répartition des utilités d'un immeuble entre différents titulaires de droits différents<sup>1257</sup> ; technique qui ne serait que le résultat d'un lien plus ontologique<sup>1258</sup> entre la protection environnementale et la dimension pragmatique du rapport d'appropriation pré-moderne<sup>1259</sup>.

Ensuite, un tel mécanisme n'est pas sans rappeler le régime spécifique des monuments historiques, ce que la doctrine n'a pas manqué de soulever<sup>1260</sup>. De la sorte, en dépassant le stade de l'analogie historique, il est possible de voir dans la proposition du domaine public environnemental une nouvelle forme de transpropriation<sup>1261</sup>, ou même de *semi-commun*<sup>1262</sup>, le rapport d'appropriation étant ici hybride puisque regroupant des droits de natures différents (droit d'usage reconnu par l'affectation et droit de propriété) sur un même bien.

**386. Le domaine public environnemental, une fonctionnalisation verticale.** *In fine*, le concept de domaine public environnemental est intéressant parce qu'il permet de relier les considérations de protection des biens environnementaux (en ce qu'il va permettre la mise en place d'obligations actives ou passives à la charge du propriétaire) et les dimensions collectives de ces mêmes biens en affectant leur usage au public. À ce titre, il est possible de voir un phénomène de fonctionnalisation inscrit au cœur de la notion, ce qui est d'ailleurs

---

<sup>1257</sup> Dans un article consacré aux « biens destinés », Romain Boffa évoque le retour d'une conception altruiste du rapport d'appropriation, se traduisant par une destination de certains biens engendrant un partage des utilités des choses, il analyse alors ce phénomène comme un retour de la tradition médiévale de l'appropriation (sur ce point, voir *Supra* n° 362). À notre avis, cette analyse pourrait tout à fait être transposable au cas du domaine public environnemental, l'affectation du bien à l'usage du public remplaçant la notion de destination. À notre sens, l'analogie qui paraît ici la mieux fonctionner reste celle du système de la « vaine pâture ».

<sup>1258</sup> Évoquant les « usages traditionnels forestiers et ruraux », Meryem Deffairi évoque également cette dimension ontologique du lien existant entre droit de l'environnement et forme d'appropriation pré-moderne : « Les concurrences d'usage sur les biens environnementaux ne sont pas apparues avec le droit de l'environnement (...) les ressources naturelles constituent le type même de biens pour lesquels le législateur et les juges ont construit, depuis l'Ancien Régime, un régime juridique autorisant et organisant des usages autonomes de celui qui pouvait découler de l'exercice du droit de propriété. Ces superpositions d'usages sont historiquement fondées sur des raisons économiques et politiques proches de celles qui fondent les préoccupations environnementales. Ainsi, le risque de pénurie, la nécessité de garantir l'accès à la ressource à un ensemble d'usagers élargis, voire sa protection pour garantir un rendement 'soutenu' sont à l'origine de la reconnaissance et du maintien de droits d'usage variés. » M. Deffairi, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, *op.cit.*, p.717.

<sup>1259</sup> Sur ce point, voir *Supra* n° 52 *sqq.*

<sup>1260</sup> A. Denis-Fatôme, « Le domaine public environnemental », *op.cit.*, p.391 : « Transposer une forme de domanialité publique à certaines propriétés privées qui constituent des sites naturels pourrait donc offrir une protection supplémentaire. À l'image de la législation sur les monuments historiques, ce régime permettrait de mettre en place des schémas comportant des obligations d'entretien et d'accès au public pour les propriétaires, assorties d'un droit à obtenir des subventions publiques ».

<sup>1261</sup> Sur le concept de « transpropriation » : *Supra* n° 226 à 229.

<sup>1262</sup> Sur le concept de « semi-communs » : *Supra* n° 278 à 280.

traduit par le fait que l'affectation à l'usage direct du public soit un élément de définition de la domanialité publique. Or, si fonctionnalisation il y a, elle ne peut être que verticale. À l'instar du domaine public tel qu'il existe en droit positif, la constitution du domaine public environnemental ne peut se concevoir que de deux manières : soit par une détermination législative, soit par une décision administrative. Il y a donc, à notre sens, une fonctionnalisation verticale en ce qu'elle est imposée au propriétaire du bien concerné.

## **II/ Fonctionnalisation horizontale et logique de protection**

La détermination du lien entre fonctionnalisation verticale et logique de protection étant démontrée, il convient désormais de s'interroger sur la possibilité de concevoir un pareil lien à propos d'une fonctionnalisation d'origine horizontale. Si tel est le cas, cela sous-entendrait qu'une fonctionnalisation volontaire et conventionnelle peut être mise en place, afin d'inscrire le rapport d'appropriation dans une logique protectrice et collective de certains biens. Cela étant, il convient de préciser que ce lien potentiel n'a rien de traditionnel. Le cas de la protection environnementale est ici caractéristique. En effet, le droit de l'environnement est souvent analysé comme une émanation du droit public, l'initiative individuelle en la matière étant souvent regardée avec méfiance<sup>1263</sup>. Pourtant, le monopole du droit public s'étiole petit à petit, la contractualisation du droit de l'environnement engendre un renouveau de la matière, laissant le droit privé s'exprimer avec plus de vigueur qu'auparavant. Ainsi, à côté de formes d'inclusions imposées pourrait se concevoir des formes d'inclusions volontaires ; d'une inclusion administrative et autoritaire à une inclusion propriétaire et négociée. Dans cette nouvelle approche, les mécanismes de fonctionnalisation horizontale pourraient jouer un rôle nouveau. Pour nous en convaincre, nous opérerons comme dans le cadre des fonctionnalisations verticales ; d'abord en regardant *de lege lata* dans des institutions environnementales conventionnelles, puis en recherchant des solutions annexes *de lege feranda*. Pour ce faire, nous étudierons dans un premier temps la cas de l'obligation réelle environnementale (A), avant de porter notre regard outre-Atlantique, vers une notion qui pourrait être porteuse d'avenir : l'indivision à but durable (B).

---

<sup>1263</sup> Sur ce point, il est intéressant de voir que la dimension conventionnelle des servitudes environnementales a largement été combattue par les acteurs politiques : G. Martin, « La servitude environnementale, histoire d'une résistance », in *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, S. Vanuxem et C. Guibet-Lafaye (dir.), PUAM, 2015, p.89 *sqq.*

## A. L'obligation réelle environnementale

Figure ardemment désirée par une partie de la doctrine environnementaliste, l'obligation réelle environnementale est désormais une réalité positive sur laquelle il faut compter. Signe perceptible de la privatisation de la protection environnementale, elle permet aux outils du droit privé d'être considérés comme de potentiels outils aux services d'intérêts collectifs. À ce titre, il convient de rechercher la présence de mécanismes de fonctionnalisation au sein de l'obligation réelle environnementale. Pour ce faire, il aurait été logique de sonder la nature même de l'obligation réelle afin de pouvoir établir un parallèle avec sa traduction environnementaliste. Il semble cependant qu'il faille se méfier de toute comparaison, l'obligation réelle environnementale étant plus originale que son appellation ne le laisse penser<sup>1264</sup>. C'est donc en analysant les caractères qui ressortent de la lecture de l'article L.132-3 du Code de l'environnement que nous pourrions dénicher, ou non, la présence d'une forme de fonctionnalisation (1). Par la suite, nous pourrions ainsi mieux en appréhender les conséquences sur le rapport d'appropriation (2).

### 1. La recherche de la fonctionnalisation dans les caractères de « l'obligation réelle environnementale »

**387. Le principe de fonctionnalisation.** En amont, nous avons vu que les mécanismes de fonctionnalisation reposaient sur un principe qui peut se scinder en deux : d'abord par la détermination d'une finalité particulière, ensuite par la mise en place de normes d'usage venant permettre la réalisation de ladite finalité. À regarder attentivement le texte régissant les obligations réelles environnementales, ce double mouvement semble se révéler. Concernant la détermination d'une finalité, celle-ci est directement retranscrite dans l'article L. 132-3 du Code de l'environnement, puisque ce dernier conditionne la création d'obligations réelles environnementales au fait que qu'elles aient pour « *finalité le maintien,*

---

<sup>1264</sup> Concernant la nature de l'obligation réelle environnementale, le débat reste ouvert : Les auteurs reconnaissent tous la spécificité de cette notion nouvelle. Contrairement aux obligations réelles classiques, qui sont la contrepartie d'un droit réel, l'obligation réelle environnementale va s'agréger au fonds, et sera transmise avec la qualité de propriétaire. Certains auteurs perçoivent donc un élargissement de la catégorie des obligations réelles. En ce sens : C. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Les biens, droits réels principaux, op.cit.*, n° 50 bis, p.33 sq. Pour d'autre, la nature est définitivement contractuelle, tant et si bien que la transmission de l'obligation réelle n'est qu'une cession de contrat légale qui intervient avec la mutation de l'immeuble. En ce sens : W. Dross, « L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens », *Energie – Environnement – Infrastructure*, LexisNexis, 2017, p.53 sqq. ; Dans un sens similaire : E. Meiller, « Les charges réelles : du service foncier au service écologique », in *Le droit des biens au service de la transition écologique*, B. Grimonprez (dir.), Dalloz, 2018, p.101 sqq.

*la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques* ». À considérer qu'il y ait bien une fonctionnalisation, la finalité est donc directement dictée par la loi, non par la volonté du propriétaire. En corollaire de cette finalité, l'article prévoit que les parties peuvent conclure « *les obligations réelles que bon leur semble* » autrement dit des obligations passives ou actives. C'est ainsi qu'il est possible d'imaginer une obligation de ne pas utiliser de pesticides, ou encore une obligation d'imposer la jachère de certaines terres, etc.<sup>1265</sup> Le lien entre la finalité décrite par l'article et ces obligations peut donc être analysé à travers le prisme de la fonctionnalisation, les secondes n'étant que les normes d'usage permettant la réalisation de la finalité déterminée par la loi. À ce titre, il nous semble possible de dire que le principe de fonctionnalisation est vérifié.

**388. La normativité de la fonctionnalisation.** La question de la temporalité de la fonctionnalisation, et plus spécifiquement son inscription dans le temps, est un élément central des mécanismes de fonctionnalisation. Sur ce point, l'obligation réelle environnementale se caractérise tant par la question de sa durée que par son opposabilité aux différents titulaires de droits réels sur le bien. Étudions successivement les deux cas.

En rejetant la qualification de servitudes, le législateur a également abandonné l'idée de la perpétuité de la mesure. Le texte est d'ailleurs précis sur ce point en disposant que « *la durée des obligations (...) doivent figurer dans le contrat* », ce qui reste fidèle au principe de prohibition des engagements perpétuels nouvellement codifié en l'article 1210 du Code civil. Surtout, cette logique est d'autant plus compréhensible du fait de la possibilité donnée par l'article L. 132-3 du Code de l'environnement de créer des obligations positives. Dès lors, peut-on considérer que cela serait la preuve d'une temporalité que l'on pourrait considérer comme limitée ? Rien n'est moins sûr, la question de la normativité de la fonctionnalisation n'étant pas conditionnée à la perpétuité. Nous savons que le texte impose que la durée des obligations soit déterminée, ce qui condamne, de fait, la possibilité d'une durée indéterminée. En revanche, le texte ne mentionne pas de durée légale, ce qui invite à penser, avec d'autres

---

<sup>1265</sup> Les exemples sont nombreux sur le sujet et les potentialités presque infinies. Les obligations sont certes liées à la finalité prévue par la loi, mais dépendent largement des problématiques spécifiques des biens concernés.

auteurs<sup>1266</sup>, qu'elle pourrait atteindre la limite des quatre-vingt-dix-neuf ans, avec prolongation tacite. Telle est notamment la durée d'une obligation réelle environnementale signée le 27 février 2019 entre la communauté de commune « Val Guiers » et « Le Conservatoire d'espaces naturels de Savoie » portant sur le marais dit de « Truison »<sup>1267</sup>.

La seule question de la durée ne saurait rendre compte, à elle seule, de la normativité de la fonctionnalisation. Ici, elle se conjugue avec un principe propre aux obligations dites *propter rem* : le principe d'opposabilité des obligations aux propriétaires et titulaires de droits réels successifs, les obligations *propter rem* étant conclues *intuitu rei*. C'est ainsi que le fonds servant sera le réceptacle de l'obligation réelle, liant ainsi non pas la personne en tant que telle, mais le statut de celle-ci sur la chose, à savoir sa qualité de propriétaire ou de titulaire de droit réel. Cela s'explique par le fait que l'obligation réelle est conçue comme l'accessoire de la chose grevée. Cette spécificité ressurgit avec puissance au moment de la transmission de l'obligation. En effet, en vertu de la maxime *accessorium sequitur principale*, l'obligé, qu'il soit sujet passif ou actif de l'obligation, verra celle-ci transmise avec son statut de propriétaire ou de titulaire de droit réel. L'obligation réelle se caractérise donc par une opposabilité des obligations qu'elle contient à l'ensemble des ayants cause. Dans le cadre spécifique de l'obligation réelle environnementale, l'article L. 132-3 du Code de l'environnement rappelle d'ailleurs cette spécificité, et la cantonne à la qualité de propriétaire, en disposant que « *les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat (...) en faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du biens, les obligations réelles que bon leur semble* ». Cette opposabilité est cependant dépendante d'une publicité au fichier immobilier<sup>1268</sup>, les nouveaux acquéreurs pouvant toujours invoquer la garantie d'éviction prévue par l'article 1626 du Code civil.

---

<sup>1266</sup> Sur ce point : N. Reboul-Maupin, B. Grimonprez, « Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée », *D.*, 2016, p.2074. Il convient de préciser que la délimitation de la durée à un maximum de quatre-vingt-dix-neuf ans était prévue dans le projet de loi, ce dernier contenant un alinéa spécifique à la question : « *la durée d'une obligation réelle environnementale ne peut être supérieure à quatre-vingt-dix-neuf ans* » mais que celui-ci fut amendé par la commission mixte paritaire (amendement CD79 et CD61) : consultable sur [http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3833.asp#P1046\\_232873](http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3833.asp#P1046_232873) (Consulté le 17 avril 2018).

<sup>1267</sup> Dépêche issue de : [www.actu-environnement.com](http://www.actu-environnement.com)

<sup>1268</sup> N. Reboul-Maupin, B. Grimonprez, Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée », *op.cit.* ; V. Zalewski-Sicard, « Les obligations réelles environnementales et le projet de loi pour la reconquête de la biodiversité de la nature et du paysage », *Constr.-urb.*, Juin 2016, n° 6, alerte 41. Si le texte ne prévoit pas expressément cette publicité, cette dernière n'est que la conséquence de l'obligation de conclure le contrat sous la forme authentique prévue par l'article L.132-3 du Code de l'environnement.

En établissant le lien avec le principe de fonctionnalisation, il est possible de voir dans ce principe d'opposabilité de l'obligation réelle aux ayants cause la présence d'une inscription dans le temps du processus de fonctionnalisation. En liant l'ensemble des propriétaires successifs sur le bien, la fonctionnalisation initiale va perdurer à travers la durée prévue par le contrat donc potentiellement quatre-vingt-dix-neuf ans. La *volonté propriétaire* propre au processus de fonctionnalisation va ici se sédimenter dans la chose, transportant avec elle aux propriétaires successifs les obligations découlant du contrat d'obligation réelle environnementale ; obligations qui ne sont, sous le prisme des mécanismes de fonctionnalisation, que les normes d'usage spécifiques à la réussite de la finalité prévue par la loi.

Comme vu en amont, le caractère normatif d'un mécanisme de fonctionnalisation peut être caractérisé par son rapport à la durée mais également par la recherche substantielle de son caractère normatif, à savoir les règles mises en place afin de permettre la réalisation de la finalité décrite. Dans le cadre de l'obligation réelle environnementale, la possibilité de créer des obligations, de nature passive ou active, semble s'inscrire comme l'expression de cette substantialité. Ainsi, en remplissant les critères de durabilité et de substantialité, il est possible d'affirmer la normativité du principe de fonctionnalisation perçu dans les obligations réelles environnementales.

**389. L'horizontalité de la fonctionnalisation.** La détermination de la source de la fonctionnalisation de l'obligation réelle n'est pas forcément chose aisée, puisque cette dernière ne semble pas s'inscrire pleinement dans une dimension purement horizontale et pourrait, au premier abord, prendre la forme d'un entre-deux. En effet, dans la dimension horizontale de la fonctionnalisation, le propriétaire va définir tant la finalité que les normes d'usage qui en sont la conséquence. Avec l'obligation réelle environnementale, la finalité est directement déterminée par la loi<sup>1269</sup> et prend le rôle de condition constitutive, la volonté du propriétaire intervenant dans la constitution de l'obligation et dans la détermination conventionnelle des obligations. Est-ce à considérer que les sources sont doubles, marquées par une verticalité de la finalité et une horizontalité de la réalisation ? Rien n'est moins sûr. Les différentes formes de fonctionnalisation que nous avons étudiées, ou que nous étudierons,

---

<sup>1269</sup> Article L.132-3 du Code de l'environnement « *Les propriétaires des biens immobiliers peuvent conclure (...) les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques* ».

sont marquées par une imposition de celles-ci aux propriétaires concernés, par les dispositions législatives ou réglementaires. Or, l'article L.132-3 du Code de l'environnement ne s'inscrit pas dans une logique de fonctionnalisation imposée, mais au contraire, vient prévoir un cadre d'action déterminé offert aux propriétaires désireux d'inscrire leur rapport d'appropriation dans une fonction environnementale. À ce titre, la naissance du processus de fonctionnalisation est fondamentalement horizontale, puisqu'à l'initiative du propriétaire et prenant forme grâce à l'outil contractuel. Dès lors, lorsque l'obligation environnementale est à l'initiative d'une personne privée<sup>1270</sup>, elle devient un exemple topique d'un intérêt privé qui poursuit une finalité d'intérêt général. Dans ce cas de figure, il s'agirait d'une fonctionnalisation horizontale fondée sur l'intérêt général environnemental.

## 2. La fonctionnalisation collective du rapport d'appropriation

**390.** Certains auteurs reconnaissent que la notion d'obligation réelle environnementale induit « *une approche plus collective de la propriété* »<sup>1271</sup>, alors que d'autres s'interrogent sur la possibilité d'analyser la notion comme créatrice de potentiels « *communs environnementaux* »<sup>1272</sup>. Ces considérations peuvent trouver leur origine dans la spécificité du régime d'appropriation mis en place lorsqu'un propriétaire établit sur son bien une obligation réelle environnementale. En effet, contrairement aux servitudes qui vont établir un partage des utilités du fonds servant<sup>1273</sup> au bénéfice du fonds dominant<sup>1274</sup>, l'obligation réelle environnementale va être établie au profit d'une « *collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement* »<sup>1275</sup>. Or, tout comme la notion de servitude, l'obligation réelle environnementale est un mécanisme qui va opérer une redistribution des utilités du bien qui y

---

<sup>1270</sup> La première obligation réelle environnementale à l'initiative d'une personne physique a été établie en 2019 : Dépêche issue de [www.francebleu.fr](http://www.francebleu.fr) (Mercredi 22 mai 2019, France bleu Normandie).

<sup>1271</sup> J.-B. Seube, « Les obligations réelles environnementales entrent dans le droit positif », *Dr. et patrim.*, novembre 2016, p.95 *sqq.*

<sup>1272</sup> G. Martin, « servitudes environnementales », in *Dictionnaire des biens communs*, *op.cit.*, p.1118.

<sup>1273</sup> « *Il est possible d'établir avec une chose une relation de service (...) La particularité du service réel réside dans le fait que le service est prodigué par une chose, au lieu de l'être par une personne (...) le service rendu par la chose consiste dans l'accès aux utilités que celle-ci comporte* » : F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, *op.cit.*, n° 292, p.454.

<sup>1274</sup> L'article 701 du Code civil dispose que le débiteur de la servitude est le fonds servant. Cette disposition est à mettre en parallèle avec l'article 686 du même code et qui régit la création des servitudes conventionnelles ; selon l'article, ces dernières peuvent être établies à la condition qu'elles « *ne soient imposées ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un autre fonds* ». Ainsi, les sujets d'une servitude conventionnelle sont d'un côté, le fonds servant, et de l'autre le fonds dominant ; le fonds servant étant qualifié de débiteur de la servitude, le fonds dominant en est le créancier.

<sup>1275</sup> Article 132-3 de Code de l'environnement.

est soumis. En effet, le constituant de l'obligation va grever son fonds d'obligations spécifiques, obligations qui seront transmises avec le bien lui-même puisqu'accessoires du droit réel qui grève le bien, et dont le bénéficiaire sera une personne morale. Il y a bien, à ce titre, une distribution des utilités du bien entre le sujet actif et le sujet passif de l'obligation réelle environnementale. Afin d'illustrer notre propos, nous prendrons comme exemple une obligation réelle environnementale signée entre la commune de Yenne et « Le conservatoire d'espaces naturels de Savoie »<sup>1276</sup>. Dans ce cas précis, l'obligation réelle n'a pas été signée à des fins de compensation mais dans une stricte finalité de protection du bien, en l'occurrence le marais des Lagneux. Il n'y a donc, en l'espèce, aucune disposition pécuniaire dans le contrat. En revanche, la commune propriétaire s'oblige à ne pas construire sur le fonds et à limiter l'accès au site au public afin d'éviter les dégradations ; dans le même temps, elle reconnaît au conservatoire d'espaces naturels de Savoie le droit de procéder à des travaux à finalité hydraulique. Sans même évoquer une forme d'inclusion transgénérationnelle, cette obligation environnementale va instaurer l'inclusion volontaire d'un tiers dans le rapport d'appropriation, inclusion formalisée par le partage de l'usage du bien.

**391.** Surtout, cette distribution des utilités de la chose est nécessairement inscrite dans une finalité de protection de la biodiversité. Le constituant va ainsi restreindre, et ce volontairement, son pouvoir d'action sur son bien en déterminant des obligations particulières. Inscrit dans une logique de protection, le propriétaire constituant va reconnaître la dimension environnementale de son bien et fonctionnaliser le rapport d'appropriation qui l'unit à celui-ci. En créant une obligation réelle environnementale, le propriétaire donne une fonction environnementale à sa propriété<sup>1277</sup>. Ici, la fonctionnalisation théorique deviendrait la conséquence de la fonctionnalisation technique.

Cela étant, si l'article L.132-3 du Code de l'environnement reconnaît certaines personnes morales comme créancières de l'obligation environnementale, il ne faut pas être dupe sur les réels bénéficiaires de la disposition. En effet, ces personnes morales ne sont pas animées par l'esprit de lucre et, derrière elles, rejaillit un intérêt supérieur et collectif qu'est la protection

---

<sup>1276</sup> L. Radisson, « Un conservatoire d'espaces naturels signe la première obligation réelle environnementale patrimoniale », en ligne sur [www.actu-environnement.com](http://www.actu-environnement.com) (16 mai 2018).

<sup>1277</sup> Ici, c'est la fonction environnementale de la propriété qui se cristallise ; une fonction non pas inhérente à la propriété même, mais décidée par le propriétaire lui-même. Sur ce point, voir : B. Grimonprez, « La fonction environnementale de la propriété », *RTD civ*, 2015, p.539 *sqq.*



environnementale. À ce titre, le caractère collectif du rapport d'appropriation mis en place par l'obligation réelle environnementale dépasse la simple redistribution des utilités du bien entre le constituant et la personne morale bénéficiaire. Il s'inscrit pleinement dans une logique d'inclusion, présente et future, que nous avons décrite comme une caractéristique du modèle proposé. Pour reprendre les mots de certains auteurs, dans l'obligation réelle environnementale s'inscrit « *la nouvelle propriété "grevée d'un droit d'accès" qui fait ressurgir l'idée de biens communs destinés à l'usage de tous et de patrimoine collectif* »<sup>1278</sup>. En ce qu'elle instrumentalise la propriété par un mécanisme de fonctionnalisation, qu'elle vient permettre le partage des utilités du bien, l'obligation réelle environnementale module la propriété.

## **B. Un regard étranger : l'indivision avec affectation à but durable québécoise**

Si nous avons vu que le nouveau mécanisme de l'obligation réelle environnementale peut être considérée comme une forme de fonctionnalisation horizontale qui vient s'inscrire dans une logique de protection environnementale, nous proposons ici de tourner le regard vers la province de Québec. Qu'il nous soit ainsi permis de faire une incursion dans un droit civil dont les connexions sont nombreuses avec notre droit français et qui pourrait être, à bien des égards, source d'inspiration. Dans ce cadre spécifique, une institution nous paraît particulièrement intéressante : l'indivision à but durable prévu à l'article 1030 du Code civil du Québec. Intéressante, cette spécificité québécoise l'est à double titre. D'abord parce que la notion d'indivision est une pierre angulaire de notre droit des biens et qu'il est dès lors intéressant de percevoir les différences et accointances existantes avec sa cousine Québécoise ; ensuite parce que le droit civil Québécois fait désormais la part belle à la notion d'affectation et qu'elle semble s'inscrire avec vigueur dans la notion d'indivision à but durable. Aussi, nous verrons que deux degrés de lecture peuvent être décelés : une lecture classique de l'affectation à but durable, la rapprochant des indivisions perpétuelles de droit français (1) et une lecture renouvelée, qui pourrait placer l'institution comme une figure de proue de la protection de certains biens et l'inscrire comme une technique de modulation de la propriété pouvant permettre l'usage partagé du bien (2).

---

<sup>1278</sup> L. Neyret, N. Reboul-Maupin, « Droit des biens, Juin 2016 – Juin 2017, Panorama », *D.*, 2017, p.1789.

## **1. L'approche classique de l'indivision à but durable, une figure connue du droit des biens**

**392. Préliminaire.** À l'instar du droit civil français, le droit québécois connaît également la figure de l'indivision et le moins que l'on puisse dire, est que les deux cousins ont un indéniable air de famille. Il ressort en effet des dispositions du Code civil du Québec plusieurs points communs avec le droit français. Le plus important d'entre eux est, à notre sens, le fait que l'indivision soit traditionnellement considérée comme « *l'antichambre du partage* »<sup>1279</sup>. En effet, les principes fondateurs de l'indivision font que l'institution n'a pas vocation à durer et qu'elle s'inscrit comme étant un état d'appropriation anormale, la situation plurale générée ne devant s'inscrire que dans une forme de précarité. C'est ainsi que l'article 815 du Code civil dispose que « *nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision* » et que l'article 1030 du Code civil du Québec prévoit que « *nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision* ». Ainsi, au delà de la légère différence sémantique existante entre les deux rédactions, le principe reste le même. Sans entrer dans de longues considérations théoriques sur la nature de l'indivision, il est possible de synthétiser la notion comme une concurrence de droits individuels et exclusifs sur le même objet, des droits ne retrouvant leur vocation pleinement individuelle qu'avec le partage de l'indivision. Cela étant, les réformes successives de l'indivision en droit français, de 1976 et 2006, et la recodification du Code civil du Québec de 1991 sont venus modifier en profondeur le régime de l'indivision, offrant une véritable « *dimension institutionnelle à l'indivision* »<sup>1280</sup> tout en donnant la possibilité de maintenir l'état d'indivision par le jeu des conventions.

**393. Le maintien de l'indivision par convention.** En droit français, le maintien conventionnel de l'indivision est prévu à l'article 815-1 du Code civil et les modalités du maintien aux articles 1873-1 et suivants du même code. À la lecture de ces dispositions, il ressort que les indivisaires peuvent demeurer dans l'indivision et en empêcher le partage. La durée du maintien conventionnel peut être déterminée, et alors limité à 5 ans<sup>1281</sup>, ou à durée indéterminée, entraînant dès lors la faculté pour les indivisaires de provoquer le partage à tout

---

<sup>1279</sup> F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens, op.cit.*, p.514.

<sup>1280</sup> P. Berlioz, *Les biens*, Ellipses, Coll. Cours magistral, 2014, n° 221, p.265.

<sup>1281</sup> Article 1873-3 du Code civil : « *La convention peut être conclue pour une durée déterminée qui ne saurait être supérieure à cinq ans. Elle est renouvelable par une décision expresse des parties. Le partage ne peut être provoqué avant le terme convenu qu'autant qu'il y en a de justes motifs* ».

moment, à condition qu'il ne soit pas entaché de mauvaise foi ou à contretemps<sup>1282</sup>. Dans le cadre d'un maintien de l'indivision par convention à durée déterminée, les indivisaires ont la possibilité d'inclure une clause de tacite reconduction et ce pour une durée déterminée ou indéterminée. Aux termes de la convention, c'est le droit commun de l'indivision qui viendra s'appliquer.

Le droit québécois s'inscrit dans une logique similaire, mais diffère quant à la durée prévue. Le Code civil du Québec prévoit, en son article 1013, que la durée (du maintien) de l'indivision prévue par la convention ne peut excéder 30 ans, sauf renouvellement<sup>1283</sup>. Ici aussi, la reconduction tacite de la convention peut être envisagée par une clause. Quoiqu'il en soit, au terme de la convention, le droit commun de l'indivision sera applicable et le maintien de l'indivision laissera place à la possibilité de provoquer le partage par les indivisaires. Au final, que cela soit dans l'un ou l'autre cas, il ne s'agit que d'un maintien temporaire de l'état d'indivision, la finalité même propre à l'institution qu'est le partage ayant toujours vocation à se réaliser : reporter n'est pas abolir.

Ainsi, sur la question des conventions de maintien de l'indivision, la différence substantielle tient dans la question de la temporalité. Si le droit français a choisi de limiter la durée du maintien conventionnel de l'indivision à une durée quinquennale, le droit québécois s'est quant à lui davantage inscrit dans le temps avec la durée trentenaire. Il est donc possible de conclure en disant que le simple report de partage de l'indivision ne saurait suffire à permettre la protection de certains biens, la figure de la propriété entière et exclusive étant inhérente au mécanisme. À l'inverse, le droit québécois prévoit un type d'affectation qui semble plus originale : l'indivision affectée à un but durable.

**394. L'exception au partage : l'indivision avec affectation à but durable.** L'article 1030 du Code civil Québécois rappelle le principe fondateur de l'indivision, celui d'être une forme d'appropriation éphémère dont les indivisaires peuvent provoquer le partage à tout moment.

---

<sup>1282</sup> Qu'il nous soit permis de douter de l'intérêt d'une telle possibilité, le partage étant possible à tout moment, le maintien de l'indivision est alors soumis à la volonté des indivisaires. De plus, les conditions du partage (ne pas être de mauvaise foi ou à contretemps) ne paraissent pas être plus stricts que celles du droit commun de l'indivision, dans le sens où le partage ne peut être susceptible d'abus. Sur ce point, voir : F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens, op.cit.*, n° 406, p.596.

<sup>1283</sup> Article 1013 du Code civil du Québec : « *Les indivisaires peuvent, par écrit, convenir de reporter le partage du bien à l'expiration de la durée prévue de l'indivision. Cette convention ne doit pas excéder 30 ans, mais elle peut être renouvelée. La convention qui excède 30 ans est réduite à cette durée* ».

Cela étant, le même article prévoit une exception à ce principe en ce qu'il dispose que le partage peut être rendu impossible si l'indivision a été affectée à un but durable. Ici, une exégèse de l'article s'impose, les termes utilisés devant être explicités afin de comprendre le contenu de cette exception au principe du partage. Deux éléments doivent être distingués. Tout d'abord, il conviendra d'établir le rôle que joue la notion d'affectation et plus précisément le lien consubstantiel qu'elle tisse avec la dimension temporelle de l'exception et le caractère « impossible » du partage ; ensuite, nous verrons quels sont les objets concernés par l'expression « but durable ».

**395. L'affectation, mécanisme central de l'exception.** Dans un article dédié à l'affectation à but durable, Gaële Gidrol-Mistral évoque l'importance de la notion d'affectation par rapport à la durée – ou plutôt la possible absence de durée – de ces affectations particulières<sup>1284</sup>. L'auteur analyse ainsi l'impossibilité de partage à l'aune de la notion d'affectation. En rappelant que l'affectation est déterminée par une finalité, le caractère indisponible du partage est alors lié à sa réalisation. Dès lors, si l'indivision se voit affectée à un but et que celui-ci se réalise, l'impossibilité de partage n'aura plus vocation à exister. De ce fait, l'affectation ne pourrait avoir pour seul objectif que de venir empêcher la réalisation d'un partage<sup>1285</sup>. L'affectation de l'indivision à un but durable vient donc s'inscrire en opposition à la vision traditionnelle de l'indivision, conçue comme situation anormale et permettant la constitution d'une indivision maintenue le temps que dure l'affectation, ce qui peut tendre à la perpétuité.

**396. La détermination du but durable.** Comme le dispose l'article 1030 du Code civil du Québec, l'impossibilité de partage ne peut résulter que d'une affectation à but durable. Si la rédaction de l'article utilise un terme relativement large, elle ne précise aucun objet spécifique. Si cela a laissé la doctrine, appuyée par certaines décisions jurisprudentielles, libre d'avoir une conception extensive du texte, Gaële Gidrol-Mistral nous rappelle sa fonction première : celle d'une affectation qui « *repose alors sur la notion d'accessoire qui unit plusieurs biens* »<sup>1286</sup>, notamment dans le cadre de « *la relation qu'entretient un bien commun*

---

<sup>1284</sup> G. Gidrol-Mistral, « L'affectation à but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs ? Réflexions autour de l'article 1030 du Code civil du Québec », *Revue générale de droit*, éd. Wilson & Lafleur, 2016, vol. 46, n° 1, p.95 *sqq*

<sup>1285</sup> « *L'indisponibilité du partage doit cependant être la conséquence de l'affectation et non sa cause. Cette recherche de paralysie du partage ne peut constituer le but de l'affectation* » : *Ibid.* p.126.

<sup>1286</sup> *Ibid.*, p.111.

avec un ou plusieurs autres biens, communs ou privatifs »<sup>1287</sup>. Et l'auteur de continuer en illustrant son propos avec les exemples de puits artésiens ou du chemin mitoyen.

**397. Analogie avec les indivisions perpétuelles de droit français.** À la lecture de ces éléments, le juriste français ne peut s'empêcher d'opérer par analogie avec le cas des indivisions perpétuelles. En effet, si l'on se déleste de la sémantique propre à l'article 1030 du Code civil Québécois, les deux notions ne paraissent pas éloignées et semblent reposer sur un mécanisme similaire. Le droit civil français connaît effectivement la figure spécifique des indivisions dites perpétuelles<sup>1288</sup>. Non prévues par le Code civil, ces indivisions particulières sont dites perpétuelles en ce qu'elles écartent le principe du partage tout en n'étant pas limitées par la durée quinquennale prévue par l'article 1873-3 du Code civil. La première analogie se fonde donc sur un principe commun, celui d'être dérogoratoire au principe de la liberté du partage et sur l'absence de limite temporelle de ces indivisions. La seconde analogie concerne les objets sujets de ces indivisions. Les juges du Quai de l'horloge nous rappellent ainsi que « *la qualification d'indivision forcée et perpétuelle s'appliquait aux biens indivis qui, ne pouvant être partagés et étant effectivement nécessaires à l'usage de deux ou plusieurs autres biens appartenant à des propriétaires différents, en constituaient l'accessoire indispensable* »<sup>1289</sup>. Ici, comme il semble l'être pour l'indivision affectée à un but durable<sup>1290</sup>, la question du lien entre principal et accessoire conjugué à la dimension de nécessité<sup>1291</sup> du statut collectif du bien est un point d'ancrage fondamental, elle permet ainsi l'affectation d'un bien à un autre et conditionne la possibilité de reconnaître une indivision perpétuelle. Ainsi, si les institutions reposent sur le même principe, elles concernent également le même objet. Sur la photographie de famille, les cousines tendent alors à ressembler à deux sœurs.

---

<sup>1287</sup> *Ibid.*

<sup>1288</sup> Si nous retenons la qualification d'indivision perpétuelle, il convient de souligner que la doctrine n'a jamais établi de consensus sur la question, certains préférant la qualification de servitude de cour commune. Sur ce point et l'éviction de la seconde catégorie : W. Dross, *Les choses*, *op.cit.*, n° 209-2, p.397.

<sup>1289</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 12 octobre 2010, n° 09-12082 ; dans un sens similaire : C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 12 mars 1969, n° 67-10335, Bull. civ. III n° 223 : « *toutes les fois qu'une dépendance de plusieurs propriétés a été créée ou conservée pour être utilisée en commun en vue de l'exploitation de ces propriétés, il n'y a pas lieu à partage de la dépendance et l'indivision constitue un état normal et perpétuel auquel il ne peut être mis fin que du consentement unanime de tous les propriétaires des biens dont la dépendance constitue l'accessoire* ».

<sup>1290</sup> Comme le rappelle Gaëlle Gidrol-Mistral « *Ce lien de dépendance exclusive et indispensable entre le principal et l'accessoire constitue l'essence de l'indivision forcée résultant de l'affectation d'un bien à un but durable* » : G. Gidrol-Mistral, « L'affectation à but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs ? Réflexions autour de l'article 1030 du Code civil du Québec », *op.cit.*, p.113.

<sup>1291</sup> Il convient d'opérer une distinction entre la nécessité et l'utilité. Ainsi, les indivisaires peuvent, par convention, déclarer une indivision perpétuelle si la convention prévoit une utilité collective au bien. En l'absence de convention, les juges peuvent retenir la qualification d'indivision perpétuelle lorsque le bien est un accessoire indispensable aux autres biens (C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 12 mars 1969, n° 67-10335, Bull. civ. III n° 223 ; C. cass. 1<sup>ère</sup> civ., 08 avril 2009, n° 07-21628).

**398. Analogie et distinction.** Dernier point commun entre les deux notions, mais qui viendra également les différencier substantiellement, l'importance prise par la notion d'affectation. Dans les deux cas, c'est bien l'affectation qui va venir jouer le rôle central en ce qu'elle va permettre, en affectant une dépendance commune à plusieurs propriétés, de paralyser la faculté pour les indivisaires de recourir au partage. La notion est donc intrinsèquement liée, dans ce cas, à la dimension perpétuelle de l'indivision<sup>1292</sup>. Ainsi, c'est un rôle fondateur que joue l'affectation dans les notions françaises et québécoises. Cela étant, elle semble prendre une force particulière en droit québécois en ce qu'elle s'inscrit également comme l'élément qui vient garantir « *l'impossibilité du partage* ». Ainsi, le régime dérogatoire de l'indivision affectée à un but durable ne vaut que pour le temps de l'affectation. Autrement dit, si l'objectif de l'affectation venait à être réalisé et l'affectation disparaître, c'est alors le droit commun qui trouverait à s'appliquer et avec lui le droit au partage<sup>1293</sup>. Dans le cadre québécois, l'affectation est à la fois l'aurore et le crépuscule de la notion d'indivision affectée à un but durable. La situation diffère en droit français, le droit au partage est certes impossible de la part d'un des indivisaires, ou même d'une majorité d'entre eux, mais demeure une faculté en cas d'unanimité de ceux-ci<sup>1294</sup>. La volonté des indivisaires, certes limitée par le fait qu'elle ne génère d'effet qu'en l'absence de toute dissonance, peut ici mettre fin à l'affectation et ainsi provoquer le partage ; l'affectation a donc une portée moins obligatoire que dans le droit québécois.

Pris *per se*, l'indivision affectée à un but durable ne peut être comprise comme une technique de fonctionnalisation permettant la protection environnementale, les objets sur lesquels elle s'applique et son but initial n'étant pas inscrits dans cette logique. Cependant, dans une

---

<sup>1292</sup> Si la notion d'affectation est présente dans l'appellation même de la notion Québécoise, elle n'en n'est pas moins exclue de la notion française. Comme le souligne Jean-Louis Bergel à propos d'un arrêt de la Cour de cassation portant sur les indivisions perpétuelles, la notion d'affectation est le lien qui va unir deux biens ensemble et déterminer le caractère perpétuel de l'indivision : « *Décidément, le régime juridique des biens immobiliers est moins homogène et plus bigarré qu'on ne le dit généralement... Il varie notamment selon l'affectation des immeubles auxquels il s'applique, puissent ses manifestations les plus hiératiques en souffrir. Le prétendu caractère provisoire et précaire de l'indivision cède ainsi devant le caractère forcé et perpétuel que commande souvent l'intangibilité de l'affectation de certains biens...* » : J.-L. Bergel, « Les biens en indivision forcée et perpétuelle échappent au droit commun de l'indivision et au principe du partage », *RDI*, 2014, p. 401 *sqq* (note sous. C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 5 mars 2014, n° 12-29548).

<sup>1293</sup> « Le partage sera ainsi indisponible aussi longtemps que durera le but de l'affectation, rien ne s'opposant a priori à la possibilité d'envisager que l'affectation puisse être perpétuelle (...) Dans le cas de l'affectation à but durable, le partage devient un instrument juridique qui met fin à l'indivision dans la mesure où cette dernière ne remplit plus le but qui lui avait été assigné » : G. Gidrol-Mistral, « L'affectation à but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs ? Réflexions autour de l'article 1030 du Code civil du Québec », *op.cit.*, p.110 *sq.*

<sup>1294</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 26 novembre 2013, n° 12-11885 ; C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 18 décembre 2013, n° 12-26255.

approche prospective, l'affectation collective conjugée à la durabilité de l'institution peut être une perspective intéressante.

## **2. L'approche renouvelée de l'indivision affectée à but durable, vers une conception sociale de l'affectation**

Dans son article portant sur l'indivision à but durable, Gaële Gidrol-Mistral propose une approche renouvelée de l'institution québécoise. Par une lecture extensive de l'article 1030 du Code civil du Québec, l'auteur va ainsi proposer une lecture sociale de l'affectation, ce qui permettrait une adaptabilité de la notion à des objectifs différents dont, par exemple, la protection de certains biens. Ainsi, après avoir relaté cette théorie (a), nous nous proposons d'en percevoir les conséquences sur le rapport d'appropriation (b).

### **a) L'extension de la notion à une affectation sociale**

**399.** En appui de sa théorie, Gaële Gidrol-Mistral rend compte d'une évolution de la notion d'indivision affectée à un but durable. Si celle-ci se concevait d'abord comme une affectation *objective* en ce qu'elle affecte un bien au service d'autres biens (principe de l'accessoire qui suit le principal), l'auteur relève des cas où l'affectation serait *subjective* en ce qu'elle n'unit pas deux biens, mais donne une fonction collective à un bien indivis. S'appuyant sur la doctrine et la jurisprudence québécoises, l'auteur démontre ainsi que la notion peut s'entendre à propos d'une piscine, d'un potager ou d'un terrain de pétanque<sup>1295</sup>. Dès lors, si le principe du partage rendu impossible par l'affectation à but durable reste le même, l'objet concerné est différent. À partir de là, l'auteur va pousser le raisonnement en proposant d'élargir ces affectations à une conception plus sociale. Ici, c'est bien la question du « but durable » et de ce qu'il représente qui est en jeu. Ce pourrait être un « *intérêt collectif supérieur* » cristallisé sur l'usage spécifique d'un bien. L'auteure évoque notamment le cas de la protection environnementale.<sup>1296</sup> Le but de l'affectation serait alors la protection, ou la conservation, d'un bien spécifique.

---

<sup>1295</sup> G. Gidrol-Mistral, « L'affectation à but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs ? Réflexions autour de l'article 1030 du Code civil du Québec », *op.cit.*, p.119 *sqq.*

<sup>1296</sup> Dans un sens similaire, voir : B. Roy, « L'affectation des biens en droit civil québécois », *Revue du Notariat*, vol. 103, n° 3, 2001, p. 383 *sqq.*, spéc. p.411 : « *Dans l'indivision à but durable, ce n'est pas la durabilité de l'indivision qui est visée par l'intérêt personnel des indivisaires, mais en regard de et pour le bien lui-même (...) Des indivisaires pourront affecter un bien à un but durable, et en conséquence en rendre impossible le partage, lorsqu'il s'agira d'assurer la conservation de sa valeur patrimoniale, culturelle, écologique, etc.* ».

Pour envisager cette possibilité, Gaële Gidrol-Mistral va alors reprendre l'ensemble des conditions nécessaires à la constitution d'une indivision affectée à but durable, à savoir : son origine volontaire, son caractère durable et sa dimension collective<sup>1297</sup>. Ici, toutes les caractéristiques que nous avons décrites concernant les fonctionnalisations horizontales collectives sont perceptibles. Concernant la dimension horizontale de la fonctionnalisation, l'auteure rappelle que l'indivision à but durable procède de la volonté des indivisaires, qui doivent prévoir cette dernière dans une convention<sup>1298</sup>. À ce titre, il est possible de dire qu'il s'agit d'une fonctionnalisation horizontale et non verticale. La loi ne fait que prévoir la possibilité de l'affectation, sa réalisation est quant à elle dépendante de la volonté des indivisaires.

**400.** La question de la durabilité est également centrale, elle conditionne ainsi le « but durable » propre à l'institution québécoise. L'auteure précise que le but durable ne saurait se concevoir dans le simple fait de rendre impossible le partage. Cette pétrification n'est finalement que la conséquence nécessaire à la mise en application de l'affectation. Ainsi, la question de la temporalité est au centre de la notion de l'indivision affectée à un but durable autant qu'elle l'est dans les mécanismes de fonctionnalisation<sup>1299</sup>. Cette impossibilité du partage provient donc du principe d'affectation et notamment lorsque celle-ci est prise dans sa dimension collective. En effet, comme le souligne Gaële Gidrol-Mistral, l'intérêt commun est inhérent à l'institution québécoise. Que cela soit dans les affectations classiques ou dans les affectations renouvelées, il existe toujours un intérêt commun ou, dans le cadre des affectations sociales, un « intérêt collectif supérieur ». Quoi qu'il en soit, la dimension collective de l'intérêt qui conditionne l'affectation entraîne alors la paralysie du droit au partage, du moment que dure l'affectation. Le but poursuivi est alors le fondement du « but durable », la finalité déterminée nécessitant alors l'impossibilité du partage. Sans cette

---

<sup>1297</sup> « Trois critères d'affectation semblent émerger de la lecture des différentes décisions : les caractères volontaires, durables et commun de l'affectation », G. Gidrol-Mistral, « L'affectation à but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs ? Réflexions autour de l'article 1030 du Code civil du Québec », *op.cit.*, p.129.

<sup>1298</sup> Sur ce point, Gaële Gidrol-Mistral prend notamment appui sur plusieurs décisions où les juges font appel de la nécessité de prévoir l'affectation par convention (*Parent c. Bariteau ; Rousseau c. Lafrance ; Vourdotsis c. Gabereau ; Gagnon c. Cauchon ; Lachance c. Savard*)

<sup>1299</sup> Voir *Supra* n° 331.



condition, l'indivision ne peut être affectée à un but durable<sup>1300</sup>. La fonctionnalisation sera ici le guide des usages et de la temporalité. En conclusion, il est donc possible de dire que l'indivision affectée à un but durable, notamment dans son approche renouvelée, correspond au principe de fonctionnalisation horizontale collective. Pour pouvoir conclure à son inclusion dans le modèle proposé, encore faut-il s'intéresser aux conséquences qu'elle peut avoir sur le rapport d'appropriation.

## **b) Les conséquences sur le rapport d'appropriation**

**401.** À considérer la possibilité d'une affectation à but durable fondée sur une dimension sociale, il convient de répondre à la question suivante : est-ce encore une indivision à proprement parler ? Pour mieux comprendre l'intérêt de la question, essayons de l'illustrer, notamment dans le cadre de la protection environnementale. Imaginons que des indivisaires établissent par convention une indivision affectée à un but durable sur un bien ayant vocation à être protégé ; le but déterminé de l'affectation – autrement dit le but durable – étant la préservation dudit bien. Conséquence directe de cette finalité, le partage du bien entre les indivisaires serait rendu impossible « *aussi longtemps que durera le but de l'affectation, rien ne s'opposant a priori à la possibilité d'envisager que l'affectation puisse être perpétuelle* »<sup>1301</sup>. Or, le fait de déterminer le but de l'affectation comme la protection du bien confine, de fait, la paralysie du partage à la perpétuité. La protection d'un bien, sa conservation, nécessite ainsi une gestion particulière, la réalisation d'actes particuliers ou, au contraire, la prohibition d'autres. La protection est une action qui ne prend sens que dans la réalisation quotidienne, il ne s'agit pas d'un objectif qui pourrait être un jour pleinement réalisé. Il semble plutôt que cette réalisation quotidienne passe par la paralysie du partage et la gestion commune du bien. Une fois le bien partagé, la propriété individuelle de chacun peut s'exprimer pleinement et avec elle la possibilité d'en disposer librement. Le partage, parce qu'il est vecteur de la liberté d'action du propriétaire sur son bien, ne saurait assurer la protection du bien.

---

<sup>1300</sup> « Pour déterminer si l'affectation est véritablement à but durable, il faut évaluer l'impact du partage sur le but poursuivi par les indivisaires. Si le but poursuivi par les indivisaires pour l'usage de leur bien risque d'être compromis par une demande en partage, l'affectation est à but durable » : L. Laflamme, *Le partage consécutif à l'indivision*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1999, p.186.

<sup>1301</sup> *Ibid.*, p.111 : Sur cette possibilité, l'auteur prend notamment appui sur des jurisprudences québécoises : *Moreau c. Malouin* (1950) ; *Michon c. Leduc* (1890).

**402.** Ainsi, si l'on considère que le but de l'affectation n'a pas vocation à être réalisé, ou du moins que sa réalisation passe par un état durable de l'institution, peut-on encore parler d'indivision ? Nous savons que l'indivision est traditionnellement perçue comme un état anormal, la notion étant souvent résumée à l'*antichambre du partage*<sup>1302</sup> et une forme de propriété plurale, donc individuelle<sup>1303</sup> ; dès lors la notion ne saurait se concevoir comme un état quasi-permanent. Un état perpétuel d'indivision pourrait être analysé comme « *une nouvelle forme d'appropriation des biens communs* »<sup>1304</sup>. À l'aune de cette nouvelle conception, l'indivision muterait d'une logique individuelle à une logique collective, ce qui viendrait remettre en question les caractéristiques de la notion. En effet, dans le cadre de la protection des biens environnementaux, le droit au partage est factuellement aboli, et avec lui l'idée que l'indivision équivaut à une somme de droits concurrents sur un même bien. Pour pousser le raisonnement, le droit de propriété des indivisaires sur leurs parts périlite, ce dernier étant privé d'un exclusivisme qui se conçoit par le partage. Là où le droit français limite les indivisions perpétuelles en prévoyant la possibilité d'y mettre un terme en cas de décision unanime des indivisaires, le droit québécois vient quant à lui inscrire le terme dans la réalisation de l'affectation. Si l'on peut dire que c'est la volonté commune des indivisaires qui met en place l'affectation à but durable, cette même volonté ne peut y mettre fin. Le but de l'affectation prédomine ici sur la volonté des indivisaires. Sans partage, ou du moins sans faculté de le provoquer, l'indivision ne peut être considérée comme la somme de plusieurs propriétés individuelles sur un même bien, mais plutôt comme une propriété commune. À partir de là, une question vient à l'esprit : quelle serait alors la nature du droit de chaque indivisaire ?

Pour répondre à cette question, Gaële Gidrol-Mistral propose de trouver la solution dans l'article 915 du Code civil du Québec, qui dispose que « *les biens appartiennent aux personnes ou à l'État, ou font, en certains cas, l'objet d'une affectation* ». Et l'auteur de continuer en précisant que « *l'affectation d'un bien à un but durable dans un intérêt collectif rompt (...) le lien d'appropriation individuelle entre le bien et la personne. Ce n'est pas une personne qui est alors propriétaire de ce bien, mais une communauté d'individus non*

---

<sup>1302</sup> F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, *op.cit.*, n° 347.

<sup>1303</sup> *Ibid.* : « *Là où la communauté est une authentique propriété collective, l'indivision n'est qu'une propriété individuelle parce qu'elle repose sur une pluralité de droits propres* ». Pour certains auteurs, l'indivision est une propriété « collective ». Voir également : C. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Les biens, Droits réels principaux*, *op.cit.*, n° 267 *sqq.* ; P. Berlioz, *Droit des biens*, Ellipses, Coll. Cours magistral, 2014, n° 220 *sqq.* ; F. Terré, P. Simler, *Les biens*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., Coll. Précis, 2018, n° 546 *sqq.*

<sup>1304</sup> G. Gidrol-Mistral, « L'affectation à but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs ? Réflexions autour de l'article 1030 du Code civil du Québec », *op.cit.*, p.111.

*personnifiée* »<sup>1305</sup>. Le principe de fonctionnalisation serait alors poussé à son paroxysme, il ne s'agirait plus de limiter les prérogatives du propriétaire sur le bien – le régime de l'indivision suffirait à cela – mais bien changer de propriétaire. Le statut des indivisaires subirait alors une mutation collective, passant de celui de propriétaire exclusif de leurs parts à celui d'usagers collectifs du bien. Dans une telle approche, le terme même d'indivision n'aurait pour sens que de rappeler l'infime possibilité de voir resurgir le droit au partage.

**403. Conclusion.** À suivre le propos de Frédéric Zenati-Castaing sur l'affectation québécoise, la corrosivité dont elle fait preuve face à la notion de propriété s'inscrirait dans le sens de l'histoire. La fonctionnalisation du rapport d'appropriation, notamment lorsqu'elle conduit à le collectiviser, s'inscrit dans une philosophie qui s'éloigne des préceptes modernes. Cette incursion dans le droit québécois rend compte de la force que peut prendre la notion d'affectation dans d'autres droits. Contrairement aux fonctionnalisations imposées légalement, ce sont ici les indivisaires qui fonctionnalisent collectivement le rapport d'appropriation. Ainsi, les mécanismes de fonctionnalisation permettraient de moduler la propriété, de partager les usages du bien, voire de créer une véritable propriété collective.

\*\*\*\*\*

**404. Des fonctionnalisations collectives environnementales.** Cette première immersion dans les logiques collectives est riche d'enseignements. Elle nous a d'abord permis de démontrer le rôle actif que jouent les mécanismes de fonctionnalisation dans le cadre des logiques de protection. En effet, si la finalité déterminée se conçoit toujours à travers l'idée de protection de la chose et de transmission aux générations futures, elle se voit toujours accompagnée de mesures techniques qui participent directement à sa réalisation. Ainsi, il a été possible de voir que l'usage partagé du bien était également présent, notamment avec l'obligation réelle environnementale ou la protection des biens classés en tant que monuments historiques. De façon plus prospective, certaines propositions doctrinales ont pu être évoquées. Elles sont le reflet de l'intérêt grandissant que connaît la notion d'affectation prise à travers ses potentialités en matière environnementale.

---

<sup>1305</sup> *Ibid.*, p.140.

**405. La dualité des sources des fonctionnalisations collectives environnementales.** Il a également été constaté que ces fonctionnalisations collectives trouvaient leur source tant dans la volonté des pouvoirs publics que dans la volonté du propriétaire. En ce sens, une servitude d'utilité publique sera imposée au propriétaire d'un bien privé alors que l'obligation réelle environnementale sera à l'initiative du propriétaire. Il est possible de conclure, dès lors, à une présence des mécanismes de fonctionnalisation dans le cadre des biens soumis aux logiques de protection. Ces fonctionnalisations peuvent, dès lors, être qualifiées d'horizontales ou de verticales.

## **Section 2 : Fonctionnalisation et logique d'accès**

**406.** Après avoir analysé les logiques de protection sous le prisme de la fonctionnalisation, il convient de s'intéresser à la seconde logique collective étudiée en première partie : les logiques d'accès. Si nous avons surtout évoqué les licences dites libres et les exceptions au droit d'auteur en première partie, il convient désormais d'agrandir le spectre de recherche. Même si le législateur a largement œuvré à la défense de la propriété intellectuelle, il a parfois agi dans une logique collective, notamment en reconnaissant la possibilité, pour le public par exemple, de pouvoir user de certaines utilités d'une œuvre ou d'un brevet. À côté de cela, la pratique informatique et les tenants du mouvement du libre ont largement modifié le paysage numérique – voire artistique – par le jeu des licences dites « libres », *via* le partage des droits patrimoniaux de l'auteur avec des tiers. Ainsi, la recherche des mécanismes de fonctionnalisation sera duale, d'abord en portant notre regard sur les fonctionnalisations dites « verticales » et donc imposées au propriétaire (I), avant de s'intéresser aux fonctionnalisations « horizontales » qui résultent d'une affectation volontaire (II).

### **I/ Fonctionnalisation verticale et logique d'accès**

Dans le cadre de la propriété intellectuelle, l'intervention du législateur ne se traduit pas uniquement par des mesures de protection de l'auteur ou d'un titulaire de brevet. Son intervention a également permis d'instaurer des exceptions et limitations, qui viennent limiter substantiellement les droits du propriétaire sur son bien tout en reconnaissant certaines facultés au public. Il convient donc de déterminer si ces exceptions peuvent être considérées comme des fonctionnalisations collectives permettant l'usage partagé du bien. À partir de là,

deux types de mesures doivent être distinguées. Il conviendra d'étudier les exceptions dans le cadre de la propriété intellectuelle (A), avant de s'intéresser aux licences légales (B).

## A. Fonctionnalisation et limites aux droits intellectuels

Certaines exceptions aux droits intellectuels peuvent se définir comme des limitations d'ordre patrimonial en ce qu'elles vont venir limiter les prérogatives du titulaire de ces droits. Ici, une distinction doit être dressée entre les exceptions en droit d'auteur (1) et les exceptions en droit des brevets (2).

### 1. Les exceptions au droit d'auteur

Lors de la description de l'émergence du modèle, nous avons évoqué le cas des formes d'accès qui pouvaient être subies par le propriétaire d'un bien et illustré, alors, avec la figure des exceptions au droit d'auteur<sup>1306</sup>. Il convient désormais d'aller plus avant sur la question, notamment en recherchant la présence des caractères de la fonctionnalisation.

**407. Notion.** De manière générale, il est possible de définir les exceptions au droit d'auteur comme « des hypothèses d'utilisation d'une œuvre protégée par le droit d'auteur (ou d'une prestation protégée par un droit voisin) qui ne requiert pas l'autorisation du titulaire de droit »<sup>1307</sup>. Ces exceptions sont déterminées de manière limitative par la loi et la liste actuelle est largement tributaire de la transposition de la directive européenne du 22 mai 2001 portant sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information<sup>1308</sup>. Deux articles sont ici à retenir, l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle portant sur les œuvres classiquement soumises au droit d'auteur et l'article L. 122-6-1 portant sur le cas spécifique du logiciel. Nous ne reviendrons pas sur le contenu spécifique des exceptions<sup>1309</sup>, seul le principe général nous intéressant ici. Or, nous savons que le principe réside dans une limitation des prérogatives normalement dévolues à l'auteur de l'œuvre, et ce au profit du public. Cependant, avant de voir si les conditions de la fonctionnalisation sont ici respectées, il convient d'abord de s'interroger sur la finalité recherchée par la mise en place de ces

---

<sup>1306</sup> Voir *Supra* n° 292.

<sup>1307</sup> S. Dusollier, « Exceptions et limitations au droit d'auteur », in *Dictionnaire des biens communs*, *op.cit.*, p.528 *sqq.*, spé. p.528.

<sup>1308</sup> Sur ce point, voir : A. Lucas, « L'intérêt général dans l'évolution du droit d'auteur », in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, M. Buydens et S. Dusollier (dir.), Bruylant, 2008, p.79 *sqq.*, spé. p.87 *sq.*

<sup>1309</sup> Pour une présentation complète des exceptions en droit d'auteur, voir : M. Dieng, *Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, Thèse Paris II, 2012, n° 33 *sqq.*

exceptions. À première vue, la finalité inhérente à la directive transposée en droit français ne paraît pas délicate à percevoir, elle s'inscrit clairement dans la logique de reconnaître au public la faculté de pouvoir jouir de certaines utilités traditionnellement dévolues à l'auteur via les droits intellectuels. À ce titre, il est possible de dire que les exceptions permettent l'usage partagé d'utilité de l'œuvre et s'intègre plus largement dans une logique d'accès. Cependant, si cette logique est un mouvement général, elle ne saurait être une justification juridique qui permettrait au législateur de pouvoir créer ces exceptions. En réalité, les exceptions au droit d'auteur semblent être le fruit d'une balance des intérêts (ici, les intérêts respectifs de l'auteur, de l'éventuel investisseur et du public). La majorité des auteurs reconnaît dans ce processus de balance des intérêts le modèle français de la construction normative de la propriété intellectuelle et, dès lors, la prise en compte d'intérêts collectifs nécessitant parfois la limitation des droits patrimoniaux des auteurs<sup>1310</sup>. De là à dire qu'il s'agit d'une fonctionnalisation collective, il n'y a qu'un pas. Afin d'y arriver, il nous faudra évoquer les différentes conditions que nous avons relevées quant aux mécanismes de fonctionnalisation collective.

**408. La normativité de la fonctionnalisation.** Nous avons vu que cette dernière se fondait sur une idée de durabilité et de mise en place de moyens spécifiques permettant la réalisation de la finalité. La question de la durabilité des exceptions peut être traitée de façon succincte. En effet, la loi ne vient pas préciser de limite temporelle à ces exceptions ; elles valent, par définition, jusqu'à ce que l'œuvre rejoigne le domaine public. Seule une exception spécifique comporte une condition de temporalité, celle de l'article L.122-5-3° c) qui autorise la diffusion « *même intégrale, par la voie de presse ou de télédiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public (...)* ». Ici, la temporalité de l'exception est précisée par la notion d'actualité. L'intérêt général se trouvant dans un accès à l'information de l'instant, mais, dès lors que celle-ci appartient au passé, c'est l'intérêt de l'auteur qui primera celui du public<sup>1311</sup>.

**409. Exceptions et normes d'usage.** La seconde des conditions tient donc à la mise en œuvre de moyens tels que des normes d'usage pour arriver à la finalité déterminée. Ici aussi, la condition semble réalisée. Comme nous l'avons évoqué, la finalité d'accès aux utilités de

---

<sup>1310</sup> Sur la question de la justification des exceptions : M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., Coll. Précis, 2019, n° 614.

<sup>1311</sup> Voir notamment, B. Fresne, *Les dérogations au droit de reproduction des œuvres en droit français*, Thèse Paris, 1973.

l'œuvre est propre à l'ensemble des exceptions, il s'agit de la finalité générale. Cependant, chaque exception possède sa finalité spécifique en prenant une utilité précise en référence. Le législateur a notamment introduit dans les textes des normes d'usage qui vont venir guider la réalisation de ces finalités. Pour reprendre la distinction opérée par Benoît Galopin<sup>1312</sup>, il est possible de distinguer des « *précisions qualitatives* » qui peuvent prendre plusieurs formes : celles liées à la poursuite d'une finalité particulière, celles concernant la nature de l'œuvre, celles attachées « *aux droits exclusifs auxquels il est porté exception* », et enfin celles qui dépendent du sujet envers qui les précisions sont destinées.

Afin d'illustrer notre propos, nous prendrons pour exemple les précisions liées à une « finalité particulière ». Ici, la finalité particulière n'est pas comprise comme le chemin à emprunter mais, au contraire, comme celui qu'il convient d'éviter. Autrement dit, afin de pouvoir réaliser la finalité de ces exceptions, il convient de ne pas en user de manière lucrative ou commerciale. C'est ainsi que les exceptions prévues à l'article L. 122-5 3° e) et L.122-5 8° du Code de la propriété intellectuelle, portant respectivement sur des exceptions autorisant la reproduction d'œuvres dans le cadre de la recherche ou de l'enseignement et sur les exceptions propres aux reproductions d'œuvres pour les bibliothèques ou musées, ne peuvent être utilisées à des fins commerciales ou lucratives. Cet exemple est représentatif des « *précisions qualitatives* » décrites par Benoît Galopin, précisions qui viennent guider l'usage des exceptions au droit d'auteur. À ce titre, elles peuvent être considérées comme des normes d'usage, éléments caractéristiques des mécanismes de fonctionnalisation.

**410. Exceptions au droit d'auteur et rapport d'appropriation.** Dernier point du raisonnement, les exceptions au droit d'auteur ne peuvent être considérées comme des fonctionnalisations collectives que si elles participent pleinement à la dimension collective de l'appropriation. Dès lors, deux aspects peuvent être soulevés, d'abord l'atteinte générée par ces exceptions à l'exclusivisme du propriétaire, ensuite par la dimension hybride du rapport d'appropriation qu'entraînent ces exceptions.

**411. Une atteinte à l'exclusivisme.** En regardant les conséquences des exceptions par rapport aux attributs du propriétaire, ce dernier est atteint dans son exclusivisme. En effet, le principe reconnaît à l'auteur d'une œuvre des droits, patrimoniaux et moraux, sur son

---

<sup>1312</sup> B. Galopin, *Les exceptions à un usage public en droit d'auteur*, LexisNexis, Paris, 2012.

œuvre<sup>1313</sup>. Le droit d'auteur institue donc un sujet, l'auteur, un objet, l'œuvre, et un contenu, les droits patrimoniaux et moraux. Le lien qui vient unir le sujet à son objet se retrouve ainsi dans le caractère exclusif des droits reconnus à l'auteur sur son œuvre<sup>1314</sup>. Pourtant, les exceptions au droit d'auteur vont venir restreindre le caractère exclusif de certains de ces droits, créant ainsi, par un double mouvement, une réduction de l'exclusivisme au profit d'une liberté d'usage reconnue aux bénéficiaires de l'exception<sup>1315</sup>. Par exemple, dans le chapitre II du livre 1<sup>er</sup> du Code de la propriété intellectuelle, chapitre évoquant les différents droits patrimoniaux reconnus à l'auteur, l'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle définit la reproduction comme « *la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public de manière indirecte* ». Ainsi, au regard de son inscription dans le chapitre II, la reproduction est reconnue comme un des droits patrimoniaux de l'auteur, il y a donc un droit de reproduction, un droit exclusif de l'auteur. Cependant, l'article L. 122-5 2<sup>o</sup> vient limiter ce droit de reproduction en imposant une exception de copie privée : « *Lorsque que l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste (...)* ». Dès lors, à condition de respecter les conditions posées par l'article, tout usager peut copier et reproduire l'œuvre. Dans ce cadre, l'auteur de l'œuvre perd le caractère exclusif de son droit de reproduction dans le sens où, pour reprendre les termes de l'article, il « *ne peut interdire* »<sup>1316</sup>. Le double

---

<sup>1313</sup> Pour un exposé de l'ensemble des droits patrimoniaux reconnus à l'auteur sur son œuvre par le système de droit d'auteur, voir *Supra* n° 237.

<sup>1314</sup> La définition des droits patrimoniaux comme étant des droits exclusifs ne fait pas l'unanimité en doctrine : Voir notamment N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., Coll. Manuel, 2018, n° 154, p.129 : « *Il est d'usage de parler de monopole d'exploitation, de droit exclusif ou de caractère exclusif des droits patrimoniaux de l'auteur. Ces références ne sont pas satisfaisantes, l'idée d'un monopole renvoie au droit de la concurrence et à une qualification économique. Cela interfère sur la matière, mais uniquement au stade de l'exploitation, pas à celui de l'appropriation des biens intellectuels. Quant au caractère exclusif, manifestation du pouvoir du propriétaire sur son bien, sans aucune spécificité attachée à la propriété intellectuelle, il ne s'agit que d'un caractère de droit commun de la propriété. Les droits patrimoniaux regroupent l'ensemble des prérogatives relatives à la maîtrise et à l'exploitation d'un bien intellectuel approprié par le droit d'auteur* ».

<sup>1315</sup> Sur ce point, voir notamment : S. Dusollier, « Du gratuit au non-exclusif : les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle*, colloque de l'IRPI, LexisNexis, 2013, p.29 *sqq.*, spé. p.38 *sq.*

<sup>1316</sup> Reposant sur une exégèse (qui peut paraître poussive) du texte, certains auteurs ont conclu que le texte évoquait l'auteur pris individuellement. *A contrario*, cela voudrait dire qu'il serait possible de déroger aux exceptions de manière conventionnelle. De plus, la rédaction de l'article L.122-6-1 du CPI, prévoyant les exceptions en matière de logiciel, précise le caractère impératif de celles-ci en précisant que « *Toute stipulation contraire (...) est nulle et non avenue* ». Or, cette impérativité ne peut se déduire de la rédaction de l'article L.122-5 du CPI, ce qui fera penser qu'il est possible d'y déroger de manière conventionnelle. Dans ce sens : C. Alleaume, « La contractualisation des exceptions – la situation en France », *Propr. Intell.*, 2007, p.437. La contractualisation des exceptions viendrait nécessairement limiter la fonctionnalisation et sa dimension verticale. En effet, si les exceptions sont le fruit d'une balance des intérêts, il apparaît surprenant qu'une dérogation conventionnelle soit possible. Il semble plutôt, avec l'avis de Jérôme Passa, que ces exceptions soient d'ordre public ; dès lors, l'interdiction d'y déroger prévue à l'article 6 du Code civil trouve ici à s'exprimer. Sur ce point : J. Passa, « Quelles limites à l'effectivité des exceptions ? Les limitations contractuelles. Caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur ? », *RLDI*, N° 94 (Supplément), 2013, p.13 *sqq.*



mouvement est ici visible, l'exclusivisme lié au droit de reproduction se voit restreint et, de façon concomitante, une liberté d'usage est offerte aux bénéficiaires de l'exception. Dans l'ensemble, cela s'inscrit dans les logiques des fonctionnalisations collectives.

**412. Dimension relationnelle.** En reconnaissant au public la possibilité de pouvoir user de l'œuvre, les exceptions au droit d'auteur viennent redessiner le rapport d'appropriation. Pour mieux l'appréhender, il convient d'essayer d'analyser le rapport d'appropriation dans son ensemble, c'est à dire en prenant en compte les différents titulaires de droits sur l'œuvre. Ici se trouve la première des réponses : les utilisateurs bénéficiaires des exceptions sont-ils titulaires de droits ? Contrairement à d'autres pays<sup>1317</sup>, les exceptions au droit d'auteur ne paraissent pas être génératrices de droits subjectifs<sup>1318</sup> ; ce principe pouvant se déduire de l'arrêt dit *Mulholland Drive* rendu le 19 juin 2008 par la première chambre civile de la Cour de cassation<sup>1319</sup>. Il est donc possible de dire que l'usage est compris dans son sens le plus strict, celui d'un usage effectif d'une utilité précise. C'est ainsi que Séverine Dusollier reconnaît la présence « *d'une utilisation commune* » de l'utilité. Suivant l'auteur dans son analyse, il apparaît, d'un point de vue relationnel, que le rapport d'appropriation se fonde sur un noyau central qu'est la propriété de l'auteur autour duquel gravitent des utilisateurs qui se voient reconnaître un usage de la chose limité par les exceptions. L'œuvre reste donc privative, seules certaines de ses utilités seront partagées avec des tiers reconnus par l'article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle ou par l'article L.122-6-1.

Pour Romain Boffa, les exceptions au droit d'auteur se caractérisent par la mise en place d'une fonctionnalisation qui ferait de l'œuvre « *un bien destiné, soustraite comme telle à l'emprise totale de son créateur* »<sup>1320</sup>. Ainsi, les fonctionnalisations opérées par les exceptions au droit d'auteur vont venir limiter l'emprise de l'auteur sur l'œuvre puisque les exceptions vont imposer à l'auteur un usage collectif de certaines utilités. De manière relationnelle, le rapport d'appropriation est donc hybride, puisque composé d'un droit de propriété (celui de

---

<sup>1317</sup> Depuis certains arrêts rendus par la Cour suprême canadienne, les utilisateurs bénéficiaires des exceptions sont désormais considérés comme titulaire de droits. Pour exemple : *CCH Canadienne Limitée c/ Barreau du Haut-Canada*, 4 mars 2004 ; *Alberta (éducation) c/ Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 12 juillet 2012 ; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada c/ Bell Canada*, 12 juillet 2012. Sur la reconnaissance des droits aux utilisateurs d'exception en droit canadien : V. Nabhan, « Canada : prise en compte par la loi des nouveaux usages et consécration par la jurisprudence d'un droit à l'exception en faveur de l'usager », *RLDI*, N° 94 (supplément), 2013, p. 35 *sqq.*

<sup>1318</sup> Il s'agit de l'avis majoritaire. À l'inverse, Michel Vivant reconnaît la possibilité d'y voir des droits : M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., Coll. Précis, 2019, n° 632.

<sup>1319</sup> Sur les développements relatifs à cet arrêt : *Supra* n° 165.

<sup>1320</sup> R. Boffa, « Biens destinés », *op.cit.*, p.122.

l'auteur) et d'un usage collectif (les usagers). Ici, la fonctionnalisation va donc instaurer un accès subi en limitant l'exclusivisme de l'auteur.

## 2. Les exceptions en droit des brevets

**413.** À l'instar des exceptions au droit d'auteur, les exceptions au droit des brevets « sont la traduction (...) de la prise en compte de l'intérêt général et de la balance des intérêts entre ceux du propriétaire et ceux des tiers »<sup>1321</sup>. Le mode opératoire est donc le même, le législateur va opérer une pesée des différents intérêts pouvant entraîner une exception au nom de l'intérêt général. Cela étant, la finalité recherchée par le législateur ne sera pas forcément équivalente à celle des exceptions en droit d'auteur. En effet, le droit des brevets est largement lié aux questions concurrentielles et d'éthiques qui, si elles peuvent relever de l'intérêt général, ne sont pas génératrice d'un usage partagé. Telle est le cas, notamment des limitations fondées sur l'inappropriabilité de l'objet<sup>1322</sup>. À partir de là, il convient d'analyser les exceptions stricto sensu prévues par le Code de la propriété intellectuelle.

**414.** L'article L. 613-5 du Code de la propriété intellectuelle vient apporter une limite non négligeable au caractère exclusif du droit d'exploitation, ce que l'article confirme en disposant que « *Les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas* ». Ici encore, une liste limitative est dressée par le législateur<sup>1323</sup>. Deux exceptions viennent limiter l'exclusivisme de l'inventeur en ne permettant pas d'agir en contrefaçon contre les tiers qui viendraient accomplir les actes visés par l'article. Dès lors, ce ne sont pas ici les objets qui sont visés, ni

---

<sup>1321</sup> N. Binctin, « Limitations en droit des brevets », in *Dictionnaire des biens communs, op.cit.*, p.752. .

<sup>1322</sup> Le législateur a déterminé une liste limitative de processus intellectuels qui ne peuvent être considérées comme des inventions *stricto sensu* et être brevetable. On retrouve, par exemple, les découvertes, les théories scientifiques, les méthodes mathématiques, les créations esthétiques ou les logiciels (Article L. 611-10 du CPI). Pour des raisons éthiques, ne sont pas brevetables : les méthodes de traitements chirurgicales du corps humain ou animal, le corps humain (L. 611-18 du CPI), les races animales (L. 611-19 du CPI), les modification génétiques sur les être humains (L. 611-18 du CPI) et, plus généralement, « *les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne humaine, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* (Article L. 611-17 du CPI). Nous excluons donc ces limitations à la brevetabilité dans le sens où l'absence de propriété qui en découle ne pourrait rentrer dans notre objet d'étude.

<sup>1323</sup> Article L.613-5 du Code de la propriété intellectuelle : « *Les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas* :  
a) Aux actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales ;  
b) Aux actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'objet de l'invention brevetée ;  
c) A la préparation de médicaments faite extemporanément et par unité dans les officines de pharmacie, sur ordonnance médicale, ni aux actes concernant les médicaments ainsi préparés ;  
d) Aux études et essais requis en vue de l'obtention d'une autorisation de mise sur le marché pour un médicament, ainsi qu'aux actes nécessaires à leur réalisation et à l'obtention de l'autorisation ;  
d bis) Aux actes nécessaires à l'obtention du visa de publicité mentionné à l'article L. 5122-9 du code de la santé publique ;  
e) Aux objets destinés à être lancés dans l'espace extra-atmosphérique introduits sur le territoire français. »

même la reconnaissance d'un éventuel droit antérieur, mais tout simplement l'autorisation de réaliser certains actes, que cela soit en raison de leurs qualités propres ou de la nature de la chose. C'est ainsi que les exceptions portant sur les actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales, ou celles concernant les actes expérimentaux, seraient des facteurs d'*Open science* en ce qu'elles reconnaîtraient certains usages collectifs aux publics<sup>1324</sup>. La logique est ici affichée, favoriser l'innovation et la recherche en autorisant l'accès à certains actes normalement dévolus à l'inventeur du brevet. En cela, il est possible de dire qu'elles participent à une logique d'accès aux utilités du bien.

**415.** Cela étant, il convient de relativiser notre propos. Par exemple, l'exception concernant « *la préparation des médicaments faite extemporanément et par unité dans les officines de pharmacie* » relève davantage d'une tradition liée à la profession pharmacienne qu'à la finalité décrite<sup>1325</sup>. Il en va de même pour l'exception atmosphérique qui permet la revendication des droits liés au brevet lorsque l'invention est dans l'espace atmosphérique, mais non lors de sa présence terrestre. Ici, la logique n'est nullement celle de l'accès, mais des considérations de sécurité juridique « *au lancement de satellites en Guyane lorsque le matériel expédié est construit dans un État autre que la France* »<sup>1326</sup>. Dans les autres cas, il est donc possible d'y voir une forme de fonctionnalisation verticale, la loi imposant une limite des attributs de l'inventeur propriétaire en fonction d'une balance des intérêts et en recherchant l'intérêt général.

## **B. Fonctionnalisation et licences légales**

À l'instar des limitations classiques en propriété intellectuelle, les licences légales participent à un processus de collectivisation de l'usage de certains biens intellectuels. Ainsi, si la collectivisation de l'usage est une caractéristique de ces licences, il convient de voir si elles procèdent d'une affectation collective. Pour ce faire, nous étudierons successivement les licences légales en droit d'auteur (1), puis en droit des brevets (2).

---

<sup>1324</sup> Sur ce point, voir : P. Kamina, « Le droit de la propriété industrielle pour l'*open science* ? (les dispositions favorables à la libre exploitation des résultats industriels », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, n° 3, 2010 (en ligne).

<sup>1325</sup> Sur ce point : N. Binctin, « Limitation en droit des brevets », *op.cit.*, p.754.

<sup>1326</sup> N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op.cit.*, p.394.

## 1. Licences légales en droit d'auteur et droits voisins

**416.** Les licences légales en droit d'auteur et droits voisins s'inscrivent comme des exceptions – ou des limitations<sup>1327</sup> – au droit de propriété de l'auteur, certains auteurs y voyant une forme de « *restriction* »<sup>1328</sup> dudit droit. Plus encore, la dimension sociale de ces licences n'a pas été déniée, au point de voir la soumission du droit de propriété de l'auteur sur son œuvre « à un objectif social : *augmenter l'accès du public* »<sup>1329</sup>. Afin de représenter le mécanisme à l'œuvre, nous prendrons en exemple le cas des licences légales prévues en matière de droit voisins à l'article L. 214-1 du Code de la propriété intellectuelle. Selon cette disposition, si un phonogramme a été publié à des finalités commerciales, alors l'interprète et le producteur ne pourront pas opposer les droits spécifiques reconnus aux articles L. 212-3<sup>1330</sup> et L. 213-1<sup>1331</sup> dans le cadre d'une diffusion publique ou radiodiffusée.

Sans entrer dans le détail technique de ces licences<sup>1332</sup>, la recherche de la présence des mécanismes de fonctionnalisation n'est pas une entreprise délicate. Il ressort en effet du mécanisme une logique similaire aux autres exceptions au droit d'auteur étudiées en amont. En effet, la finalité semble ressortir ici aussi d'une balance des intérêts entre d'un côté l'intérêt du public de pouvoir écouter le phonogramme dans des cas précis et, d'un autre côté, l'intérêt de l'auteur et du producteur. La fonctionnalisation collective se traduit par une

---

<sup>1327</sup> À notre sens, les termes doivent être tenus pour synonymes.

<sup>1328</sup> B. Galopin, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, op.cit., n° 79 sqq., p.58 sqq : « Cette restriction de l'usage des biens (l'auteur évoque ici les cas généraux des exceptions au droit d'auteur duquel participe le principe de la licence légale en droit d'auteur) correspond à la catégorie des restrictions au droit de propriété ». L'auteur vient également apporter une précision en arguant qu'il ne peut s'agir d'une privation de propriété, ce qui était plus ou moins reconnu par certains auteurs (Pierre-Yves Gauthier a ainsi qualifié « d'expropriation » les licences légales en droit d'auteur et droits voisins : P.-Y. Gauthier, *Propriété littéraire et artistique*, P.U.F, 4<sup>ème</sup> éd., Coll. Droit fondamental, 2019 n° 158) mais bien d'une « restriction » puisque que les exceptions « ne privent pas l'auteur de la substance même de ses droits exclusifs, mais le dépossèdent uniquement de certains attributs, limitativement et précisément ciblés, attachés à ses droits. »

<sup>1329</sup> A. Strowel, « Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité ? », *Les Cahiers de Propriété Intellectuelle.*, n° 2, 1991, p.162 : À côté de la dimension sociale de ces licences, l'auteur vient également reconnaître l'impératif économique qui les caractérise.

<sup>1330</sup> Article L. 212-3 du CPI : « Sont soumises à l'autorisation écrite de l'artiste-interprète la fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public, ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la prestation lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et l'image ».

Cette autorisation et les rémunérations auxquelles elle donne lieu sont régies par les dispositions des articles L. 762-1 et L. 762-2 du code du travail, sous réserve des dispositions de l'article L. 212-6 du présent code. »

<sup>1331</sup> Article L. 213-1 du CPI : « Le producteur de phonogrammes est la personne, physique ou morale, qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence de son.

L'autorisation du producteur de phonogrammes est requise avant toute reproduction, mise à la disposition du public par la vente, l'échange ou le louage, ou communication au public de son phonogramme autres que celles mentionnées à l'article L. 214-1 ».

<sup>1332</sup> Sur ce point, voir : F. Goldsmith, « Le champ de la licence légale de l'article L.214-1 du Code de la propriété intellectuelle », *LEGICOM*, n° 32, 2004, p.41 sqq. .

limitation des droits du propriétaire par une affectation, ou une destination, de certains usages spécifiques du phonogramme au public. Le lien qui unit les notions de finalité et de normes d'usage est donc ici respecté, l'impossibilité pour l'artiste-interprète et le producteur de pouvoir opposer leurs droits respectifs à certains types de communication du phonogramme vient ainsi garantir, pour ces cas précis, son accès au public. Comprises comme une catégorie qui vient limiter le droit de propriété de l'auteur sur son œuvre, les licences légales reposent, à notre sens, sur une fonctionnalisation qui vient instaurer la reconnaissance d'un usage collectif sur certaines utilités de l'œuvre. De surcroît, l'origine légale des licences détermine leur fonctionnalisation comme étant verticale.

## 2. Licences légales en droit des brevets

**417.** Inscrites dans une logique similaire aux licences légales de droits d'auteur, les licences légales en droit des brevets se conçoivent comme des autorisations faites à des tiers, et ce sans le consentement du titulaire du brevet, de pouvoir jouir de celui-ci. De même, ces licences sont également prévues par le Code de la propriété intellectuelle. Ce caractère imposé au titulaire du brevet confère donc aux licences légales un caractère vertical. Pour autant, participent-elles à la dimension collective que nous avons décelée dans les notions étudiées en amont ? Pour certains auteurs, le mécanisme de la licence obligatoire « *constitue donc une façon de sortir du contexte d'exclusivité et de monopole imposé par le brevet. En cela, elle ouvre la possibilité à une collectivisation de l'accès à la technologie brevetée et à la création de communs* »<sup>1333</sup>. À suivre cette pensée, les licences légales pourraient donc être pleinement comprises dans le modèle étudié. Aussi, cette hypothèse se doit d'être vérifiée à travers les licences dites « d'ordre public ».

**418. Les licences dites « d'ordre public ».** Les licences dites « d'ordre public » peuvent concerner plusieurs types d'objets brevetés : des inventions relatives aux questions de santé publique, des inventions ayant une importance particulière pour l'économie nationale ou encore la défense nationale. Si la doctrine n'a pas hésité à les qualifier d'ordre public, cela provient du fait qu'elles prennent leurs sources dans une décision des pouvoirs publics. Ces cas sont prévus aux articles L. 613-16, L. 613-17, L. 613-18 et L. 613-19 du Code de la propriété intellectuelle. Pour comprendre le mécanisme général qui caractérise ces licences,

---

<sup>1333</sup> G. Krikorian, « Licence obligatoire », in *Dictionnaire des biens communs*, op.cit., p.745.

prenons l'exemple des licences d'ordre public régies par l'article L. 613-16 du CPI, relatives aux questions de santé publique. Le texte dispose qu'une licence obligatoire peut être mise en place lorsque des médicaments, procédés médicaux et autres méthodes de diagnostics *in vivo*<sup>1334</sup> « sont mis à la disposition du public en quantité ou qualité insuffisante ou à des prix anormalement élevés ou lorsque le brevet est exploité dans des conditions contraires à l'intérêt de la santé publique ou constitutives de pratiques déclarées anticoncurrentielles à la suite d'une décision administrative ou juridictionnelle devenue définitive ». Dès lors, sur demande du ministre de la santé publique, le ministre chargé de la propriété intellectuelle peut mettre en place une licence d'office par arrêté. Cette licence d'office, donc les conditions sont prévues à l'article L. 613-17 du CPI, permettra ainsi à toute personne qualifiée de pouvoir demander au ministre de la propriété industrielle l'octroi d'une licence d'exploitation. Cette licence est alors dénommée « licence d'office » par le Code de la propriété intellectuelle.

Ici, le mécanisme repose sur celui d'une invitation à trouver un accord amiable entre le titulaire du brevet et ceux qui désirent obtenir une licence d'exploitation. Ainsi, ce n'est pas tant l'accès direct au médicament en tant que bien qui est ici favorisé que l'accès au bien intellectuel qui permet de produire le médicament. Cela étant, il semblerait que la dimension collective soit plus présente puisque, l'imposition d'une licence obligatoire permettra tout de même un accès aux médicaments plus aisé, du moins un accès économique. À ce titre, il serait possible de dire que ces licences participent à une logique d'accès et d'inclusion. Qui plus est, le caractère vertical de ces licences obligatoires pourrait laisser à penser qu'elles se fondent sur un processus de fonctionnalisation, l'intérêt général venant guider la dimension technique de la fonctionnalisation. Pour autant, il ne nous semble pas que les licences obligatoires en droit des brevets puissent se concevoir dans une véritable logique d'accès permettant le partage des utilités du bien, du moins l'accès est ici conçu restrictivement. L'article L. 613-7 est d'ailleurs assez limpide sur ce point, seules les personnes dites qualifiées sont susceptibles d'être bénéficiaires de ces licences obligatoires. Ainsi, les usagers directs n'arrivent que dans un second temps, via la distribution marchande qui sera faite par les industriels bénéficiaires des licences. De plus, il ne faut pas oublier que l'article L. 613-17 du Code de la propriété intellectuelle a surtout une dimension dissuasive et que son effectivité est presque

---

<sup>1334</sup> La liste complète est précisée dans l'article L.613-16 du Code de la propriété intellectuelle, elle prend en compte « un médicament, un dispositif médical, un dispositif médical de diagnostic *in vitro*, un produit thérapeutique annexe ; leur procédé d'obtention, un produit nécessaire à leur obtention ou un procédé de fabrication d'un tel produit ; une méthode de diagnostic *ex vivo*. »

inexistante<sup>1335</sup>. En définitive, ces licences légales, si elles peuvent être permettre l'usage partagé d'un bien, ne participent pas à une logique de l'accès telle que nous l'avons décrit dans la première partie de cette étude.

**419. Conclusion.** En définitive, les affectations collectives imposées à l'auteur existent et permettent à toute personne entrant dans les conditions d'application posées par le Code de la propriété intellectuelle d'avoir un accès à certaines utilités du bien. Ces affectations vont donc limiter l'exclusivisme de l'auteur qui ne pourra opposer aux usagers une action en contrefaçon. Le législateur réalise ainsi une inclusion par voie externe, c'est-à-dire imposée aux auteurs par une affectation collective de l'utilité à certaines catégories d'utilisateur. En prenant l'œuvre en tant que telle, celle-ci voit donc certaines de ses utilités partagées et d'autres qui restent exclusives. On retrouve, ici, l'idée d'un système hybride d'appropriation<sup>1336</sup>. Dès lors, il convient de dépasser le strict cadre des fonctionnalisations collectives imposées pour rechercher celles qui pourraient naître de la seule volonté du propriétaire.

## II/ Fonctionnalisation horizontale et logique d'accès : les licences libres

**420.** La détermination de certaines exceptions aux droits intellectuels comme des formes de fonctionnalisation participant au modèle n'a rien de surprenant, l'intérêt général commandant parfois une limitation des prérogatives des propriétaires d'un bien défini, qu'il soit informationnel ou non. Cependant, cela ne saurait représenter parfaitement le mouvement qui jalonne le droit contemporain de la propriété intellectuelle, à savoir celui du « libre » et plus relevant plus généralement d'une « logique de l'accès »<sup>1337</sup>. A contrario des exceptions aux droits intellectuels émanent du législateur, le mouvement du libre provient, au départ, des communautés de d'informaticiens américains, avant d'envahir une partie de la sphère numérique, technologique et artistique. Né d'une volonté de partage du savoir, des logiciels et

---

<sup>1335</sup> « Le recours à ces dispositions, et plus encore à son succès, est extrêmement rare. Il s'agit de disposition "couperet" qui ont vocation essentiellement dissuasive », commentaire sous l'article L. 619-19-1 du CPI.

<sup>1336</sup> Nous avons évoqué les systèmes mixtes d'appropriation en première partie, ceux-ci se caractérisaient par une appropriation composée de plusieurs droits mixtes, le droit de propriété et des droits d'usage collectifs. Or, le droit français ne reconnaît pas les exceptions au droit d'auteur comme étant des droits subjectifs à part entière, mais plutôt une forme de tolérance. Cela remet-il en cause l'idée d'un système hybride d'appropriation ? Nous ne le pensons pas, l'intérêt de cette expression et de démontrer que, sur un même bien, l'usage partagé d'une ou plusieurs utilités d'un bien peut se concilier avec la propriété ; dès lors, il importe peu que l'usage partagé se traduise juridiquement par l'octroi d'un droit subjectif ou par une tolérance. L'usage partagé, dans tous les cas, se révèle.

<sup>1337</sup> Pour une description de la participation des licences libres à la logique de l'accès : *Supra* n° 241.

de ce qui représente, peu ou prou, toute forme d'information, le mouvement s'est généralisé et a vu naître des formes juridiques particulières. Surtout, la technique du libre n'est rendue possible que par le truchement du mécanisme contractuel que sont les licences, permettant aux licenciés de jouir des droits patrimoniaux initialement dévolus à l'auteur. Afin de réaliser cette recherche, il conviendra donc d'analyser les licences dites libres et de rechercher, dans leur contenu, les éléments de l'affectation collective.

En liminaire, il convient de rappeler les différents types de licences. Il est possible de distinguer entre les licences libres dites propriétaires et les licences libres non propriétaires. Ici, la distinction est fondée sur la question de l'abandon des droits patrimoniaux de l'auteur. C'est ainsi que les licences dites *Creative Commons*, également appelées « *licence de domaine public* »<sup>1338</sup>, se caractérise par un abandon volontaire des droits patrimoniaux par l'auteur. Aussi, si nous avons rejeté cette technique en première partie, le fait qu'il s'agisse d'une licence dite libre nous invite à l'interroger (A). Par la suite, les licences libres propriétaires seront également analysées. Le caractère propriétaire de ces licences se caractérise par le fait que l'auteur de l'œuvre n'abandonne pas ses droits patrimoniaux, il en réalise simplement le partage. Parmi ces licences, une distinction doit également être réalisée en fonction de la présence, ou non, d'une clause dite de *Copyleft*. Le principe de cette clause est d'imposer au licencié qui créerait, à partir du logiciel sous *Copyleft*, une œuvre dérivée, de la distribuer dans les mêmes conditions que le logiciel initial. À l'inverse, les licences libres sans cette clause permettent au licencié créateur d'une œuvre dérivée de choisir librement le mode de distribution qu'ils souhaitent. Il faudra donc s'intéresser à ces licences non *copyleftées* (B) avant d'analyser plus spécifiquement les licences *Copyleftées* (C).

### **A. Le cas spécifique de la licence de domaine public *Creative Commons***

Dans le paysage des licences dites libres, la licence CC0<sup>1339</sup> créée par l'association *Creative Commons*<sup>1340</sup> fait figure d'exception, en ce qu'elle se fonde sur une technique juridique différente, alors qu'elles partagent toutes, peu ou prou, un objectif similaire. En effet, le

---

<sup>1338</sup> Cette qualification de « licence de domaine public » est proposée par l'association « Creative Commons » et reprise par certains auteurs : F. Pellegrini, S. Canevet, *Droit des logiciels, logiciels privatifs et logiciels libres*, P.U.F, 2013, p.336.

<sup>1339</sup> <https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/legalcode.fr>

<sup>1340</sup> La licence CC0 n'est pas à confondre avec les licences classiques de Creative Commons de type CC (BY)-(NC)-(ND)-(SA) ; ces dernières seront étudiées dans le cadre des licences libres non soumises à une clause de *Copyleft*.



mécanisme juridique pour parvenir à un accès du public à l'œuvre repose sur le principe de la renonciation aux droits de l'auteur. Conséquence directe de cette renonciation, l'œuvre est considérée comme faisant partie du domaine public.

**421. Le principe : la renonciation aux droits.** Selon l'article 2 de la licence CC0, le déclarant « affirme par la présente céder, abandonner, et renoncer ouvertement, pleinement, définitivement, irrévocablement et sans conditions à tous ses Droits d'Auteurs et Droits Voisins ». Et la licence de préciser que cette renonciation vaut « partout dans le monde, pour la durée maximale prévue par les lois ou traités en vigueur » et au bénéfice « de chaque membre du public et au détriment des héritiers et successeurs du Déclarant », avec pour finalité de ne pas « perturber la jouissance paisible de l'œuvre par le public ». A contrario des autres licences dites libres, qui fonctionnent sur une application originale des règles du droit d'auteur, la licence CC0 s'inscrit dans une logique différente de renonciation et se fonde sur un abandon des droits patrimoniaux de l'auteur sur son œuvre.

**422.** Le principe de la renonciation a longtemps fait débat, notamment en droit civil. C'est ainsi qu'à l'orée du XX<sup>ème</sup> siècle, la question de la renonciation des droits fut posée et tranchée en faveur d'une approche extensive<sup>1341</sup>. Selon cette théorie générale, la renonciation se caractérise comme un acte de pure<sup>1342</sup> volonté unilatérale<sup>1343</sup>, et ne nécessite pas, pour sa validité, la présence d'un acte matériel. Surtout, et c'est peut être là l'essentiel pour notre propos, la renonciation aux droits ne se conçoit pas comme une mise en sommeil du pouvoir du propriétaire, et donc le fait de ne plus exercer ses droits, mais bien comme une abdication totale de ses droits et pouvoirs sur le bien. On ne saurait cependant, en matière de droit d'auteur, abdiquer du tout. En effet, la renonciation à un droit peut être analysée comme un abandon c'est-à-dire la traduction du pouvoir de disposer juridiquement de son bien<sup>1344</sup> et dont la limitation se trouve dans la qualité indisponible du droit<sup>1345</sup>. Ce dernier point est d'une

---

<sup>1341</sup> Voir notamment : C. Ducoin, *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil*, Thèse Lyon, 1913 ; S. Lessona, « Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil », *RTD civ*, 1912, p.361 *sqq.* N. Sibiciano, *Théorie générale des renonciations en droit français*, Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1932 ; A. Breton, « Théorie générale de la renonciation aux droits réels. Le déguerpissement en droit civil français », *RTD civ*, 1928, p.261 *sqq.*

<sup>1342</sup> La dimension « pure » de l'acte de volonté provient, au départ, de la pensée de Breton : *Ibid.* n° 30, p.300.

<sup>1343</sup> *Ibid.*, p.264 *sqq.*

<sup>1344</sup>F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, P.U.F., 3<sup>ème</sup> éd., Coll. Droit fondamental, 2008, n° 210 : « *Le propriétaire exerce son pouvoir de disposer avant tout en agissant sur son droit de propriété même. La forme la plus élémentaire des actes de propriété est l'abandon* ».

<sup>1345</sup> W. Dross, *Les choses*, *op.cit.*, p.604 : « *l'abandon d'une chose ou la renonciation à un droit n'est pas non plus possible lorsqu'il est indisponible* ».

importance fondamentale. En effet, comme le souligne la licence CC0, la renonciation est possible « *dans la mesure du possible et sans enfreindre la loi en vigueur* » ; or, en droit français, les droits moraux de l'auteur sont considérés comme incessibles<sup>1346</sup> et inaliénables<sup>1347</sup>. À ce titre, la renonciation des droits moraux sera impossible. En conséquence, seuls les droits patrimoniaux pourront être abandonnés.

**423. La conséquence : le domaine public consenti.** L'expression de « *domaine public consenti* »<sup>1348</sup> traduit le fait, pour une œuvre, d'intégrer le domaine public non pas par écoulement du temps, par exclusion légale ou par nature, mais par la volonté de son auteur<sup>1349</sup>. Ainsi, selon Stéphanie Choisy, le domaine public consenti est « *constitué de toutes les œuvres dont les droits pécuniaires sont abandonnés par leurs auteurs afin que leur utilisation soit libre et gratuite* »<sup>1350</sup>. Aujourd'hui, le domaine public se compose essentiellement de situations juridiques découlant de la loi comme par l'écoulement du temps, par exclusions légales, ou alors d'une ontologie rétive à l'appropriation plaçant directement la chose dans le domaine public. À rebours de ces composantes, le domaine public consenti se caractérise par un acte de volonté de l'auteur ; en cela, il est possible de dire que l'œuvre ne va pas "tomber" dans le domaine public, mais plutôt être "confiée" à ce dernier. Il est donc possible de dire que les licences CC0 ont pour objectif, *in fine*, grâce à une renonciation aux droits patrimoniaux de l'auteur, de confier l'œuvre au domaine public et donc d'en permettre un accès généralisé au public. Cela étant, pourrait-on dire que l'auteur, en « confiant » son œuvre au domaine public par une renonciation de ses droits va « affecter » ou « destiner » son œuvre au domaine public ?

---

<sup>1346</sup> « *Le droit moral est conçu comme un droit extrapatrimonial (...) il est insaisissable, incessible, pas plus qu'il est susceptible de renonciation ou d'exercice par voie oblique* » : W. Dross, op.cit., p.842.

<sup>1347</sup> « *Chacun s'accorde aujourd'hui à dire que le caractère inaliénable du droit moral fait en principe obstacle à toute disposition a priori du droit moral* », M. Clément-Fontaine, *L'œuvre libre*, op.cit., p.277 ; « *Les droits extra-patrimoniaux sont en revanche conservés en intégralité par l'auteur. Leur abandon est de toute façon impossible, puisqu'ils sont inaliénables* » : F. Pellegrini, S. Canevet, *Droit des logiciels*, op.cit., p.145.

<sup>1348</sup> L'origine de l'expression provient de P. Sirinelli, C. Galvada, G. Simon, *Lamy droit des médias et de la communication*, Lamy, 2000, n° 509-6.

<sup>1349</sup> Les sous-ensembles du domaine public ont notamment été décrits et formalisés par Séverine Dusollier ; ainsi, à côté du domaine public consenti existerait un domaine public temporel, un domaine public réglementaire et un domaine public ontologique. Sur ce point, voir : S. Dusollier, « *Le domaine public, garant de l'intérêt public en propriété intellectuelle* », in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, op.cit., p.79 sqq. *Contra* : Pour Stéphanie Choisy, il convient d'opérer une distinction entre « *ce qui n'est plus protégé* » et qui constitue le domaine public et « *ce qui ne peut être protégé* » et qui peut être qualifié de « *fonds commun* ». Sur ce point, voir : S. Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, Publication de l'IRPI, Paris, 2002, p. 150 sqq.

<sup>1350</sup> *Ibid.*, p.168.

**424. La renonciation, technique contraire aux mécanismes de fonctionnalisation.** À regarder le contenu de la licence CC0, l'article 2 pourrait être analysé comme une affectation des droits patrimoniaux de l'auteur. En effet, ce dernier précise que la renonciation du déclarant n'est pas sujette à annulation, révocation ou plus largement à « *tout autre recours juridique ou judiciaire susceptible de perturber la jouissance paisible de l'œuvre par le public* ». Dans une analyse sommaire de la licence, il serait possible de percevoir une forme d'affectation : la finalité pouvant se trouver dans « *la jouissance paisible de l'œuvre par le public* », alors que la renonciation serait le moyen mis en place pour y parvenir. Cependant, si l'on va plus avant, la proposition ne semble pas tenir. La raison en est simple : la renonciation nous apparaît contraire au fondement même des mécanismes de fonctionnalisation.

Le principe même de la renonciation aux droits, en l'occurrence des droits patrimoniaux sur une œuvre de l'esprit, réside dans un acte abdicatif. En ce sens, la seule conséquence de la renonciation se trouve dans le fait de « *faire sortir le droit sur lequel il porte du patrimoine du renonçant* »<sup>1351</sup>. Or, nous avons vu que les mécanismes de fonctionnalisation sont une émanation de la volonté du propriétaire tout en se confortant dans une idée de durée. Dans le cadre de la renonciation, si celle-ci est un acte de volonté, c'est également un acte qui ne s'inscrit pas dans la durée. Bien au contraire, à l'image de l'abandon d'une chose, la renonciation aux droits est radicale et s'inscrit dans une temporalité de l'instant. Avant la renonciation, l'auteur était titulaire de certains droits patrimoniaux ; à partir de la renonciation, il n'en est plus titulaire, ils rejoignent alors le domaine public.

Dès lors, si la renonciation peut être faite dans un objectif particulier et, le cas échéant, permettre la réussite de cet objectif, elle ne peut en aucun cas être considérée comme un mécanisme de fonctionnalisation. En effet, fonctionnaliser c'est bien fixer une finalité, mais c'est également mettre en place les moyens juridiques nécessaires pour y parvenir. Ces derniers peuvent, par exemple, prendre la forme de normes d'usage qui vont guider les tiers et le propriétaire dans l'utilisation qui pourra être faite du bien. C'est parce que l'affectataire/destinataire est propriétaire du bien qu'il pourra imprimer sa « *volonté propriétaire* »<sup>1352</sup> sur la relation d'appropriation. À l'inverse de cette inscription temporelle qui se dégage de l'idée de fonctionnalisation, « *vouloir régler le sort du droit abdicué, c'est*

---

<sup>1351</sup> P. Raynaud, « La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en droit civil », *RTD civ*, 1936, p.782.

<sup>1352</sup> Cette expression est reprise de : B. Mallet-Bricout, « Propriété, affectation, destination – Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *RJTUM*, n° 48, 2014, p. 537 *sqq.*, spéc. p. 544.

détruire l'idée de renonciation »<sup>1353</sup>. En effet, une fois que l'auteur a renoncé à ses droits patrimoniaux, celui-ci n'aura plus aucune emprise sur eux, si ce n'est avec le résidu de droit moral qui lui reste. En cela, il nous paraît possible de conclure que le libre accès de l'œuvre mise en place par la licence CC0 n'est pas institué par un mécanisme de fonctionnalisation, mais par une renonciation aux droits de l'auteur et sa conséquence directe qu'est le placement de l'œuvre dans le domaine public.

**425. Le domaine public, une inappropriabilité contre-modèle.** Conséquence directe de la renonciation, la relation entre les œuvres placées dans le domaine public et les personnes qui en usent ne peut être comprise comme génératrice d'usage partagé d'un bien. L'usage partagé du bien se caractérise par la reconnaissance d'un accès aux tiers aux utilités du bien, il nécessite l'appropriation, qui peut alors être qualifiée d'inclusive. Dans le cadre d'une licence CCO, l'usage partagé n'est pas celui d'un bien, mais d'une chose non appropriée. Cela se retrouve dans la notion de domaine public. Celui-ci se définit surtout de manière *négative*, autrement dit comme un espace juridique où règne la non-exclusivité et l'inappropriabilité, contenant en lui-même « *les germes de sa propre indétermination et vulnérabilité* »<sup>1354</sup>. Cette idée ne saurait guère être contestée, du moins en droit positif. Ne jouissant d'aucune disposition légale, ni d'un régime spécifique reconnu par la jurisprudence<sup>1355</sup>, les œuvres tombées dans le domaine public ne jouissent pas d'une protection particulière et sont sujettes à des formes de réappropriation partielle de l'œuvre, que cela soit par des mécanismes classiques de propriété intellectuelle<sup>1356</sup> ou de responsabilité civile délictuelle<sup>1357</sup>.

**426. Le domaine public, un potentiel commun inapproprié.** Le domaine public n'est donc pas sans rappeler l'antique institution des *res communes*. L'inappropriabilité de l'ensemble, l'usage commun et la possibilité d'une appropriation d'une partie du tout<sup>1358</sup> sont des caractéristiques partagées entre les deux notions. C'est ainsi que certains auteurs

---

<sup>1353</sup> A. Breton, « Théorie générale de la renonciation aux droits réels. Le déguerpissement en droit civil français », *op.cit.*, p.297.

<sup>1354</sup> S. Dusollier, « Pour un régime positif du domaine public », in *Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire*, B. Coriat (dir.), LLL, 2015, p. 243.

<sup>1355</sup> Seule quelques brides de solutions ont été dictées par les juges. C'est ainsi que l'exploitation libre et gratuite d'une œuvre tombée dans le domaine public (en l'occurrence « Les Misérables » de Victor Hugo) a été reconnue : C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 30 juin 2007, n° 04-15543, Bull. civ., I, n° 47, p.41. Un auteur analysera alors le domaine public comme la traduction des choses communes de l'article 714 du Code civil : P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, *op.cit.*, n° 391, p.423.

<sup>1356</sup> S. Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, *op.cit.*, p. 215 sqq.

<sup>1357</sup> *Ibid.*, p. 247 sqq.

<sup>1358</sup> Sur l'appropriation d'une partie de l'ensemble pour le cas des choses communes : F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, *op.cit.*, p.50 ; pour un avis similaire : W. Dross, *Les choses*, *op.cit.*, p.579.

reconnaissent cette qualification, adoubant ainsi la dimension inappropriable de l'œuvre tombée dans le domaine public et la collectivisation de son usage, tout en souhaitant la mise en place d'une reconnaissance d'un régime positif de protection du domaine public<sup>1359</sup>. Cela étant, nous rejetons de notre étude, à l'instar des choses communes<sup>1360</sup>, le cas du domaine public tel que nous le connaissons aujourd'hui. Il s'agit d'un parti pris épistémologique de notre part, celui d'étudier les formes hybrides d'appropriation. En se fondant sur l'inappropriabilité, le domaine public dépasse notre champ d'analyse. Il pourrait, cependant, être reconnu comme un « commun », pour peu qu'on les définisse par l'absence totale d'exclusivité. Dès lors, usage partagé et propriété ne seraient plus envisagés sous l'idée d'une conciliation, mais d'une opposition<sup>1361</sup>.

**427. Le rejet des licences CC0.** En définitive, les licences CC0 ne reposent pas sur un mécanisme de fonctionnalisation mais sur un simple mécanisme de renonciation. Certes, l'accès à l'œuvre est ici garanti, par son "placement" dans le domaine public. En revanche, cet accès ne sera pas administré par le propriétaire. Nous avons évoqué l'idée que la modulation de la propriété consistait à administrer les accès des tiers à son bien, que cela permettait au propriétaire d'inclure autrui dans son rapport d'appropriation. En plaçant son œuvre sous une licence CC0, l'auteur place délibérément ses droits en dehors de son contrôle ; il ne procède pas à une inclusion, mais à un abandon. Subséquemment, la recherche d'une fonctionnalisation volontaire permettant l'inclusion ne peut être menée que dans le cadre des licences libres qui ne se fondent pas sur un abandon des droits patrimoniaux.

## **B. Les licences libres non-Copyleftées**

**428. Précisions liminaires.** Il convient de rechercher si les logiciels libres, *via* le mécanisme de licences, connaissent un phénomène de fonctionnalisation. À ce titre, les premières qui seront étudiées seront celles de licences non-Copyleftées ; ainsi, l'ensemble des

---

<sup>1359</sup> S. Dusollier, « Pour un régime positif du domaine public », p.256 : Pour l'auteur, le domaine public devrait se voir reconnaître une force normative par la reconnaissance de « l'absence d'exclusivité, non comme un manque mais comme un plein » ; dès lors, trois conséquences pourraient alors émerger : « une interdiction de réappropriation du domaine public, en tout cas dans son entièreté (...) la garantie d'un usage collectif de l'œuvre. C'est l'inclusivité qu'il s'agirait de préserver (...) Cette interdiction de réappropriation exclusive et privative de cet usage collectif devraient enfin pouvoir être sanctionnés en justice ». Nous ne saurions contester le caractère séduisant de cette proposition. Cela étant, cela dépasse le pure stade de notre analyse de l'usage partagé d'un bien.

<sup>1360</sup> Voir *Supra* n° 219 à 221.

<sup>1361</sup> Sur la qualification du domaine public comme un commun : S. Dusollier, *op.cit.* ; S. Dusollier, « Domaine public (propriété intellectuelle), in *Dictionnaire des biens communs, op.cit.*, pp.375-382.

considérations qui seront exposées ici vaudront également pour les licences *Copyleftées*, licences auxquelles nous rajouterons la spécificité de ladite clause. Il convient donc d'étudier les licences en tant que telles que nous pourrions déterminer la présence, ou non, d'une forme de fonctionnalisation. Pour ce faire, il nous faut d'abord rechercher les éléments qui pourraient être constitutifs d'une fonctionnalisation avant d'en étudier leur dimension normative.

**429. La licence libre, vectrice de fonctionnalisation.** En dehors des cas prévus par la loi, les mécanismes de fonctionnalisation, expressions d'une de la volonté du propriétaire, vont « *s'objectiviser* »<sup>1362</sup> par un acte juridique. Surtout, les mécanismes de fonctionnalisation doivent être « réceptionnés » par les tiers. Pour Romain Boffa, les mécanismes qui vont permettre cette « réception » sont nombreux et peuvent prendre la forme tant d'éléments matériels que de clauses spécifiques dans le champ conventionnel. Cela étant, pour pouvoir déterminer si les licences libres viennent bien mettre en place une affectation particulière, encore faut-il déterminer en quoi consiste, ici, le phénomène de fonctionnalisation. Rappelons que nous avons décrit deux caractéristiques générales de la fonctionnalisation : la détermination d'une finalité particulière et la mise en place de normes d'usage qui en permettent la réalisation<sup>1363</sup>.

La détermination de la finalité des licences libres est incluse dans le champ conventionnel des licences, c'est ainsi que le préambule de la licence CeCILL B stipule que « *ce contrat est une licence de logiciel libre dont l'objectif est de conférer aux utilisateurs une très large liberté de modification et de redistribution du logiciel régi par cette licence* »<sup>1364</sup>. La finalité étant déterminée, il reste à rechercher si des mécanismes spécifiques viennent à l'appui de sa réalisation. Ici aussi, la détermination des mécanismes mis en place afin de réaliser la finalité déterminée ne sont pas délicats à observer, ils sont d'ailleurs ce qui fait que la licence est dite libre : l'ouverture, par le titulaire, de ses droits patrimoniaux aux licenciés. Pour exemple, cela se retrouve aux articles 5, 5.1, 5.2 et 5.3 de la licence CeCILL. L'article 5.1<sup>1365</sup> va ainsi

---

<sup>1362</sup> Sur ce point : R. Boffa, *La destination de la chose, op.cit.*, n° 86 *sqq.*

<sup>1363</sup> Afin de pouvoir exemplifier notre propos, nous prendrons appuis sur la licence CeCILL B qui est une traduction juridique française de la licence BLD.

<sup>1364</sup> Texte de licence CeCILL B disponible sur : [http://www.cecill.info/licences/Licence\\_CeCILL-B\\_V1-fr.html](http://www.cecill.info/licences/Licence_CeCILL-B_V1-fr.html) (consulté le 25 mars 2018)

<sup>1365</sup> Article 5.1 du contrat de licence CeCILL B: « *Le Licencié est autorisé à utiliser le Logiciel, sans restriction quant aux domaines d'application, étant ci-après précisé que cela comporte: la reproduction permanente ou provisoire du Logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme. le chargement, l'affichage, l'exécution, ou le stockage du Logiciel sur tout support.*

reconnaître aux licenciés la liberté d'utilisation du logiciel, l'article 5.2<sup>1366</sup> va reconnaître la possibilité de modifier l'objet de la licence qu'est ici le logiciel, alors que l'article 5.3<sup>1367</sup> autorise les licenciés à redistribuer le logiciel. Ainsi, ces libertés caractéristiques des licences libres peuvent être analysées comme des moyens permettant la réalisation de la finalité déterminée. Pour répondre à notre interrogation de départ, c'est donc dans le champ conventionnel que la volonté du propriétaire vient se cristalliser, en déterminant tant la finalité de la fonctionnalisation que les mécanismes de sa réalisation. Cela étant, il convient désormais de vérifier si la dimension temporelle de la fonctionnalisation est réalisée par les licences libres, dimension qui se détermine par sa normativité.

**430. La dimension normative de la fonctionnalisation.** Comme le souligne Romain Boffa à propos de la permanence de la destination, celle-ci « *remplit sa fonction normative en ce qu'elle sert de modèle de référence quant à l'utilisation du bien* »<sup>1368</sup>. Ainsi, il convient de vérifier la dimension normative des licences libres à travers les obligations mises en place pour les parties. Ici, nous traiterons d'abord des obligations du donneur de licence puis de celles des preneurs de licence.

**431. Obligations du donneur de licence.** Si le donneur de licence est soumis à plusieurs obligations, que ce soit au titre du contenu de la licence ou du droit commun des contrats, nous ne rechercherons ici que les obligations qui réalisent le caractère permanent de la fonctionnalisation.

L'une des obligations qui semble le mieux caractériser le caractère permanent de la fonctionnalisation mise en place par les licences libres se retrouve dans l'obligation, pour le donneur de licence, de garantir une jouissance paisible aux licenciés. Si cette obligation ne

---

*la possibilité d'en observer, d'en étudier, ou d'en tester le fonctionnement afin de déterminer les idées et principes qui sont à la base de n'importe quel élément de ce Logiciel; et ceci, lorsque le Licencié effectue toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage du Logiciel qu'il est en droit d'effectuer en vertu du Contrat ».*

<sup>1366</sup> Article 5.2 du contrat de licence CeCILL B : « *Le droit d'apporter des Contributions comporte le droit de traduire, d'adapter, d'arranger ou d'apporter toute autre modification au Logiciel et le droit de reproduire le logiciel en résultant. Le Licencié est autorisé à apporter toute Contribution au Logiciel sous réserve de mentionner, de façon explicite, son nom en tant qu'auteur de cette Contribution et la date de création de celle-ci* ».

<sup>1367</sup> Article 5.3 du contrat de licence CeCILL B : « *Le droit de distribution comporte notamment le droit de diffuser, de transmettre et de communiquer le Logiciel au public sur tout support et par tout moyen ainsi que le droit de mettre sur le marché à titre onéreux ou gratuit, un ou des exemplaires du Logiciel par tout procédé. Le Licencié est autorisé à distribuer des copies du Logiciel, modifié ou non, à des tiers dans les conditions ci-après détaillées* ».

<sup>1368</sup> R. Boffa, *La destination de la chose*, op.cit., p.301.

ressort pas d'une lecture littérale du contenu de la licence, elle serait plutôt diffuse dans l'ensemble des licences<sup>1369</sup>. Dans le cadre de la licence CeCILL B, on peut constater la présence, au sein de l'article 5, d'une obligation qui interdit au donneur de licence d'opposer aux licenciés les possibles droits aux brevets dont il pourrait être titulaires sur le logiciel<sup>1370</sup>. Avec cette obligation, il est possible de retrouver la dimension temporelle de la fonctionnalisation dans le sens où la garantie de la durée peut se retrouver dans l'obligation de jouissance paisible. Il convient surtout de préciser que cette dernière est un élément clef de « *la permanence de la destination* » soulevée par Romain Boffa. Pour l'auteur, si « *la notion de destination rayonne dans le temps* »<sup>1371</sup>, c'est en partie par la « *jouissance paisible de l'utilisateur* »<sup>1372</sup>.

De manière plus large, certains auteurs ont théorisé la présence d'une obligation générale de « *stabilité juridique* » à l'égard du donneur de licence<sup>1373</sup>. Pour ce faire, les auteurs fondent cette obligation sur le respect de la force obligatoire des contrats<sup>1374</sup>, mais également, selon l'article L.121-7<sup>1375</sup> du Code de la propriété intellectuelle, sur l'impossibilité de pouvoir invoquer les droits de retrait et de repentir en matière de logiciel, alors qu'il s'agit de droits classiquement rattachés au droit moral de l'auteur. Si ces mécanismes généraux sont facteurs de stabilité, le contenu même de la licence dénote par un esprit de durabilité et de permanence. Ainsi, dans le cadre de la licence CeCILL B, l'article 6.1 stipule que « *le Titulaire s'engage à ce que le Logiciel Initial reste au moins régi par le Contrat et ce, pour la durée visée à l'article 4.2* »<sup>1376</sup>. Ainsi, il faut retenir que l'auteur peut tout à fait opérer une modification du code source du logiciel et distribuer ce dernier sous une licence privative ;

---

<sup>1369</sup> Sur l'obligation de jouissance paisible dans le cadre des licences libres : V.-D. Cohen, *Les logiciels libres. Cadre juridique et licences associées*, éd. AFNOR, Coll. Droit & PME, 2014, p.88 *sqq.* .

<sup>1370</sup> Article 5 de la licence CeCILL B : « *Par ailleurs, si le Concédant détient ou venait à détenir un ou plusieurs brevets d'invention protégeant tout ou partie des fonctionnalités du Logiciel ou de ses composants, il s'engage à ne pas opposer les éventuels droits conférés par ces brevets aux Licenciés successifs qui utiliseraient, exploiteraient ou modifieraient le Logiciel. En cas de cession de ces brevets, le Concédant s'engage à faire reprendre les obligations du présent alinéa aux cessionnaires* ».

<sup>1371</sup> R. Boffa, *La destination de la chose*, *op.cit.*, n° 431, p.301.

<sup>1372</sup> *Ibid.*, n° 434, p.302.

<sup>1373</sup> F. Pellegrini, S. Canevet, *op.cit.*, n° 207 *sqq.*, p.165 *sq.* : « *Une seconde obligation semble pouvoir être mise à la charge de l'auteur du logiciel libre. Il s'agit d'une sorte particulière d'obligation de stabilité juridique : même s'il se procure gratuitement le logiciel, l'utilisateur doit avoir raisonnablement confiance dans le fait qu'il pourra à l'avenir continuer d'utiliser ce logiciel s'il respecte les termes de la licence sous lequel celui-ci est placé. C'est ce que nous nommerons ici l'obligation de stabilité juridique* ».

<sup>1374</sup> Article 1103 du Code civil : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

<sup>1375</sup> Article L.121-7 du Code de la propriété intellectuelle : « *Sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel, celui-ci ne peut :*

*1° S'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits mentionnés au 2° de l'article L. 122-6, lorsqu'elle n'est préjudiciable ni à son honneur ni à sa réputation ;*

*2° Exercer son droit de repentir ou de retrait* ».

<sup>1376</sup> Article 4.2 du contrat de licence CeCILL B : « *Le Contrat produira ses effets pendant toute la durée légale de protection des droits patrimoniaux portant sur le Logiciel* ».



cependant, le code source du logiciel soumis à la licence libre ne pourrait être quant à lui privatisé, l'auteur étant lié par les dispositions contractuelles de la licence.

En conclusion, il est possible de dire que la dimension temporelle de la fonctionnalisation est non seulement présente, mais qu'elle trouve sa force dans une normativité liée au contrat lui-même.

**432. Obligations du preneur de licence.** La question de la durabilité de la fonctionnalisation est ancrée dans les obligations du preneur de licence, mais à un degré moindre que dans les licences dites *Copyleftées*. En effet, les licences étudiées ici sont dites permissives, autrement dit, elles ne portent aucune obligation particulière en cas de distribution d'une œuvre dérivée du logiciel licencié. C'est ainsi, par exemple, que l'article 5.3.2 de la licence CeCILL B laisse à l'auteur d'un logiciel modifié la liberté de choisir le mode de distribution qui lui plaira, c'est à dire libre ou privatif. Cela étant, le cas de la diffusion du logiciel non modifié soumis à la licence libre diffère largement. Dans ce cas précis, le logiciel devra être distribué dans les conditions du contrat de licence actuelle. L'article 5.3.1 de la licence CeCILL B précise en effet que : « *le Licencié est autorisé à distribuer des copies conformes du Logiciel, sous forme de Code Source ou de Code Objet, à condition que cette distribution respecte les dispositions du Contrat dans leur totalité (...)* ». À notre avis, il s'agit ici également d'une disposition qui va dans le sens d'une permanence de la fonctionnalisation. Effectivement, le donneur de licence s'assure ici que le logiciel ne peut faire l'objet d'une réappropriation et que le droit de redistribution octroyé aux licenciés ne peut aller à l'encontre de la finalité recherchée. Preuve de la dimension normative de ces obligations, l'article 10.1 de la licence CeCILL B prévoit qu'en « *en cas de manquement par le Licencié aux obligations mises à sa charge par le Contrat, le Concédant pourra résilier de plein droit le Contrat trente (30) jours après notification adressée au Licencié et restée sans effet* ». Et l'article 10.2 de préciser que « *le Licencié dont le Contrat est résilié n'est plus autorisé à utiliser, modifier ou distribuer le Logiciel. Cependant, toutes les licences qu'il aura concédées antérieurement à la résiliation du Contrat resteront valides sous réserve qu'elles aient été effectuées en conformité avec le Contrat* ». Ici, la permanence de la fonctionnalisation se caractérise par l'inclusion d'une clause permettant la résiliation unilatérale au bénéfice du donneur de licence en cas de non respect des obligations du

licencié. Si d'aucuns ont soulevé la dimension incertaine de ces clauses<sup>1377</sup>, la mise en place d'un mécanisme de sanction relève toutefois d'une volonté d'inscrire la fonctionnalisation sur le long terme, notamment en renforçant son caractère normatif.

### C. Les licences libres incluant une clause de *Copyleft*

**433. Précisions liminaires.** Les éléments développés dans le cadre des licences dites permissives, autrement dit *non-Copyleftées*, valent également pour les licences avec clause de *Copyleft* telles que les licences GPL ou CeCILL A. La différence majeure existant entre ces types de licences étant la clause en elle-même, c'est elle qui sera spécifiquement étudiée. Si la clause de *Copyleft* a déjà été présentée dans cette étude<sup>1378</sup>, un rappel de son fonctionnement paraît ici nécessaire, notamment en prenant en compte les clauses stipulées dans les licences GPL et CeCILL A prises dans leurs dernières versions. En nous appuyant les travaux de Mikhaïl Xifaras, nous avons pris soin de démontrer en quoi les licences libres, et plus spécifiquement celles sujettes aux clauses de *Copyleft*, prenaient appui sur le droit de propriété conféré à l'auteur par le droit d'auteur ou, dans le cadre étatsunien, par le système du *Copyright*. Utilisant le droit de propriété contre lui-même, le système du *Copyleft* induisait une « *subversion* »<sup>1379</sup> de la propriété, à la fois en laissant libres les droits de l'auteur, mais également en imposant une clause qui perpétue le modèle. C'est ce dernier point qu'il nous revient de préciser et d'analyser à l'aune des mécanismes de fonctionnalisation.

**434. Le principe de la clause de *Copyleft*.** La clause de *Copyleft* ne vient pas remettre en principe les libertés offertes par le système du libre, elle s'inscrit plutôt comme « *le mécanisme juridique qui permet la propagation de cette dé-réservation : la licence impose son modèle de distribution non-exclusive à toute circulation ou modification ultérieure de l'œuvre* »<sup>1380</sup>. La clause vient alors régir la liberté de distribution du licencié en lui imposant des obligations strictes en la matière. Précédemment, nous avons vu que les licences libres

---

<sup>1377</sup> N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., Coll. Manuel., n° 1145, p.737 : « *Enfin, la plupart des licences libres dispose que le contrat prend automatiquement fin en cas de faute du licencié (...)* Toutefois, d'une part, une stipulation trouve ses limites en présence d'un consommateur et, d'autre part, il n'est pas exclu qu'elle fasse l'objet d'un contrôle de proportionnalité et éventuellement d'une révision judiciaire si elle est analysée à l'aune de l'article 1231-5 du Code civil ».

<sup>1378</sup> Voir *Supra* n° 248.

<sup>1379</sup> Le terme est repris d'un article de : M. Xifaras, « Le copyleft et la théorie de la propriété », *Multitudes*, 2010, p.50.

<sup>1380</sup> S. Dusollier, « Le jeu du copyleft entre contrat et propriété », *Cah. Dr. entre.*, n° 6, dossier 52, 2015, p. 49 *sqq.*

dites permissives autorisaient la distribution du code source du logiciel *per se* dans le même cadre contractuel ; à l'inverse, la distribution d'une œuvre dérivée du premier code source pouvait être établie dans les conditions souhaitées par l'auteur de ladite œuvre. Ce dernier point est inversé avec la clause de *Copyleft*. Comme le stipule l'article 5.3.2 de la licence CeCILL V.2.1 « *Lorsque le Licencié apporte une Contribution au Logiciel, les conditions de distribution du Logiciel Modifié en résultant sont alors soumises à l'intégralité des dispositions du Contrat. Le Licencié est autorisé à distribuer le Logiciel Modifié, sous forme de code source ou de code objet, à condition que cette distribution respecte les dispositions du Contrat dans leur totalité (...)* »<sup>1381</sup>. En ce sens, ces clauses sont également appelées, de manière péjorative, clauses de « viralité »<sup>1382</sup>. En effet, que l'on soit dans le cadre d'une œuvre dérivée, donc soumise à l'article 5.3.2, ou dans celui d'une œuvre composite, en ajoutant une partie du code sous *Copyleft* dans un code tiers, la diffusion d'une partie du code *Copylefté* emportera l'ensemble des droits et obligations issus de la licence. Ce principe de viralité ne doit cependant pas être compris comme étant absolu<sup>1383</sup>. En effet, les logiciels libres ne sont pas des îlots de liberté perdus dans une mer privative, les différentes formes de logiciels, libres ou non, participent à une économie commune et cohabitent ensemble. Au delà de l'idéologie qui gouverne le principe du *Copyleft*, les logiciels qui y sont soumis sont aussi inscrits dans une logique praticienne et pragmatique. Autrement dit, la « viralité » de la clause trouve des limites pratiques qui ne sont pas à négliger.

Quoi qu'il en soit, nous savons déjà que les licences libres non-*Copyleftées* sont sujettes à un mécanisme d'affection collective ; la démonstration valant également pour les licences *Copyleftées* (hormis pour le cas de la distribution), nous pouvons aisément conclure que ces licences y sont également soumises. Cela étant, il nous semble que la clause *Copyleft* va plus

---

<sup>1381</sup> Article 5.3.1 du contrat de licence CeCILL V.2.1, consultable sur [www.cecill.info/licences/Licence\\_CeCILL\\_V2.1-fr.html](http://www.cecill.info/licences/Licence_CeCILL_V2.1-fr.html) (consulté le 27/03/18).

<sup>1382</sup> La clause a été décrite comme « *un cancer qui s'accroche, en terme de propriété intellectuelle, à tout ce qu'il touche* » : S. Balmer, *Chicao Sun-Times*, Juin 2001 (cité par S. Broca, « Copyleft », in *Dictionnaire des biens communs, op.cit.*, p. 322)

<sup>1383</sup> Dans leur ouvrage consacré au droit des logiciels, François Pellegrini et Sébastien Canevet établissent les limites à la "diffusivité" de la clause de Copyleft. Le propos, très technique, vient distinguer entre « *la limitation verticale ascendante* » (qui concerne le cas d'un code source qui utiliserait une bibliothèque standard du système mais sans incorporer de fragment du code et dont l'auteur pourrait donc choisir la licence de distribution) et la « *limitation de la diffusivité descendante* » (la question porte ici sur la possible qualification des pilotes de périphériques en tant qu'œuvres dérivées). Les auteurs concluent en rejetant cette dernière qualification, puisque la limitation de la "diffusivité" de la clause peut être garantie par la mise en place de « *module d'enrobage réalisant le couplage entre le noyau et ces pilotes* ». Enfin, les auteurs évoquent la « *limitation de la diffusivité horizontale* » qui consiste à limiter toute diffusion de la licence « *d'un logiciel à l'autre lorsque ceux-ci sont simplement juxtaposés sur un même support sans être liés fonctionnellement* ». Sur l'ensemble de ces points : F. Pellegrini, S. Canevet, *op.cit.*, n° 447-466, p.363 *sqq.*

loin qu'une simple fonctionnalisation collective classique et qu'elle possède en son principe un élément qui dépasse le simple contrôle de l'usage et l'ouverture des utilités du bien à autrui. Le principe de cette clause est détonant et pourrait, à bien des égards, être qualifié de révolutionnaire. Que l'auteur impose les conditions de redistribution de son œuvre, puisque les droits ne sont pas cédés mais concédés, n'a rien d'étonnant. Le propriétaire peut tout à faire définir et imposer aux usagers les conditions d'utilisation de son bien ; n'est-ce pas, après tout, le principe même de l'affectation ? L'affirmation n'a plus besoin d'être démontrée. Mais qu'en est-il de la clause *Copyleft* et de ses conséquences sur le principe de fonctionnalisation ?

**435. Une fonctionnalisation qui se perpétue ?** Avec le principe de "viralité" de la clause *Copyleft*, le principe de fonctionnalisation semble présenter ici sa figure la plus paroxystique. En effet, le fait que la fonctionnalisation soit inscrite dans une certaine temporalité est l'une de ses caractéristiques classiques. Elle est la garantie d'un l'usage partagé pérenne. Cependant, cette temporalité n'est que le résultat d'obligations personnelles entre les cocontractants. C'est ainsi que la transmission du principe de fonctionnalisation d'un logiciel libre non modifié peut s'expliquer par l'obligation personnelle qui lie le donneur et le preneur de licence. L'objet du contrat étant le même, les parties doivent en respecter les obligations. Dans le cadre d'une clause de *Copyleft*, le cas est éminemment différent puisque l'obligation de redistribution du logiciel dans des conditions identiques vaut également pour des logiciels ne comportant qu'une partie du code source d'un logiciel *Copylefté*. Autrement dit, une œuvre dérivée ou composite comprenant une partie du code source d'un logiciel *Copylefté* se voit liée par les obligations découlant du contrat de licence portant sur ce logiciel. Ce principe peut interroger sur la nature même de la clause de viralité et sur la nature des obligations qu'elle fait naître, la question de la fonctionnalisation étant au cœur de cette problématique. En effet, en obligeant l'auteur de l'œuvre dérivée ou composite qu'il vient de créer sous licence *Copyleft*, la clause de viralité va, de fait, perpétuer le principe de fonctionnalisation propre aux licences libres. Ainsi, la fonctionnalisation horizontale de départ, née de la volonté de l'auteur du logiciel, va ainsi s'imposer aux utilisateurs de son bien mais également aux utilisateurs des œuvres dérivées de son bien. Cette viralité n'est donc pas seulement celle des droits et obligations prévues par la licence *Copyleft*, c'est également la viralité de la fonctionnalisation collective du rapport d'appropriation. Dans ce cas de figure, la fonctionnalisation dépasse son cadre d'origine ; elle n'est plus seulement l'élément permettant la mise en place d'un rapport d'appropriation finalisé, mais devient une entrave à la propriété

future. Les droits et obligations issus du contrat, de nature personnel, se transmettent alors avec la chose, ce qui n'est pas sans rappeler la figure des droits réels<sup>1384</sup>.

\*\*\*\*\*

**436.** L'étude des mécanismes de fonctionnalisation inscrits dans le cadre des logiques d'accès permet de découvrir de nombreuses analogies avec l'étude concernant les logiques de protection. En effet, il nous a été possible de voir que toutes deux résident sur une volonté d'inclusion de tiers dans le rapport d'appropriation afin d'instaurer un partage de l'usage du bien. Pour ce faire, la présence de mécanismes de fonctionnalisation, c'est-à-dire d'affectation ou de destination, est essentielle. Si la finalité se conçoit ici par la volonté de reconnaître au public, ou au licencié, un accès à certaines utilités du bien, cette dernière se réalise par la mise en place de techniques spécifiques. C'est ainsi que le législateur va, par le jeu des exceptions, reconnaître l'accès du public à l'œuvre à certaines utilités du bien. Par exemple, l'exception de copie privée vient reconnaître au public la faculté de pouvoir reproduire l'œuvre, à la condition que l'usage de cette reproduction reste dans la sphère privée, sans que l'auteur de l'œuvre ne puisse lui opposer action en contrefaçon. Il y a donc, sur ce point, une modulation de l'exclusivisme de l'auteur de l'œuvre imposée par le législateur. Il est possible de dire que ce dernier réalise une fonctionnalisation collective de certaines utilités de la chose, emportant un usage partagé de celles-ci.

De même, l'auteur d'une œuvre placée sous licences libres vient reconnaître aux licenciés la faculté de jouir des droits patrimoniaux qui lui sont traditionnellement dévolus et reconnaître ainsi un accès généralisé à l'usage de l'œuvre, jusqu'à en permettre sa modification. Ici, la finalité déterminée est la reconnaissance d'un accès généralisé aux utilités de la chose, sa réalisation prenant appui sur l'outil contractuel que sont les licences dites libres. L'auteur de l'œuvre va donc également moduler son exclusivisme en incluant dans son rapport d'appropriation une multiplicité d'usager pouvant jouir des utilités autant que lui-même. Dans ce cas de figure, l'inclusion est donc volontaire, elle résulte de la volonté de l'auteur, et procède d'un mécanisme de fonctionnalisation collective de l'œuvre et de ses utilités.

---

<sup>1384</sup> Séverine Dusollier a notamment soulevé cette dimension hybride : « *Le contrat libre crée autant des droits qu'une obligation (celle de perpétuer la liberté) et ceux-ci ne sont pas accessoires à une propriété, le contrat n'ayant pas transféré le droit d'auteur au preneur de licence. On est donc dans une catégorie nouvelle de droits métissés entre droits contractuels et propriété, ressource hybride s'arcboutant sur de l'exclusivité pour refuser celle-ci, et reposant sur du contrat, donc un rapport relatif entre parties, pour viser un rapport absolu lié à la chose concernée* » : S. Dusollier, « Le jeu du copyleft entre contrat et propriété », *op.cit.*, V° C.

## Conclusion du Chapitre

**437.** En déterminant la présence de mécanismes de fonctionnalisation dans le cadre des logiques collectives étudiées, nous validons notre hypothèse de départ. Dans le précédent chapitre, nous avons pu établir les critères de la fonctionnalisation et ainsi conclure à sa potentialité collective. Que cela soit par l'action des pouvoirs publics ou celle du propriétaire du bien, la fonctionnalisation collective repose sur les notions d'affectation et de destination. Elle se caractérise par une limitation des prérogatives du propriétaire, la mise en place de techniques permettant la réalisation de la finalité déterminée et, *in fine*, le partage des utilités de la chose entre plusieurs personnes. Pour que l'hypothèse soit confirmée, encore fallait-il l'éprouver en analysant, via le droit positif, des formes d'usage partagé de biens par le prisme de la fonctionnalisation. Pour ce faire, nous avons opéré en distinguant d'abord les logiques de protection des logiques d'accès puis, au sein de chacune d'elle, les affectations d'origines légales et volontaires.

**438. Fonctionnalisation collective et logique de protection.** Dans le cadre des logiques visant la protection d'un bien, souvent environnemental mais parfois aussi culturel, certaines techniques d'affectation collective ont pu être trouvées. Dans le cas du régime de protection des monuments historiques, la procédure de classement d'un bien en monument historique va venir limiter les pouvoirs du propriétaire sur son bien, la technique utilisée sera alors celle de la servitude d'utilité publique. Cependant, des incitations fiscales encouragent le propriétaire du bien classé à en permettre l'accès au public. Il y a bien alors une affectation du bien dans un but de conservation qui peut se coupler d'une affectation à l'usage du public. Une telle affectation collective a également pu être découverte dans le cadre de l'obligation réelle environnementale, permettant une distribution des utilités entre le propriétaire, présent et futur, et la personne morale contractante. Surtout, la potentialité de l'affectation collective en matière environnementale a pu être décelée dans certaines propositions doctrinales, ce qui démontre la potentialité de la notion, mais également ses limites actuelles dans ce cadre spécifique.

**439. Fonctionnalisation collective et logique d'accès.** Dans le cadre de la logique de l'accès, qui concerne les biens intellectuels, l'affectation collective des utilités d'un bien intellectuel prend une certaine résonance. Lorsqu'elle est imposée par le législateur, la fonctionnalisation collective des utilités d'une œuvre, d'une invention, peut prendre la forme

d'exception ou de limitation, que cela soit en droit d'auteur ou en droit des brevets. Ces mécanismes vont alors affecter une ou plusieurs utilités de l'œuvre à un usage collectif. Par exemple, l'exception de copie privée pourra permettre à toute personne qui en respecte les conditions de jouir d'une utilité normalement dévolue à l'auteur. Ce faisant, l'exclusivisme de ce dernier est modulé, l'auteur ne pouvant opposer au copiste privé une action en contrefaçon. La fonctionnalisation collective prend cependant son expression la plus saillante avec les licences dite libre. Dans ce cadre, c'est l'auteur lui-même qui peut, par le jeu du contrat, opérer une distribution des utilités de son bien à une pluralité de licenciés. L'auteur va alors affecter certains de ses droits patrimoniaux en permettant à chaque licencié d'en jouir. Le contrat sera alors la technique permettant la réalisation de la finalité déterminée. On retrouve, ici, les caractéristiques générales de la propriété inclusive. En modulant ses prérogatives, le propriétaire permet le partage direct des utilités de son bien.

## Conclusion du Titre

**440. La fonctionnalisation collective, technique reposant sur les notions d'affectation et de destination.** Au regard des logiques collectives étudiées dans la première partie de cette thèse, nous avons émis l'hypothèse qu'elles venaient finaliser le rapport d'appropriation en lui donnant une fonction particulière, de protection ou d'accès aux biens. Ce faisant, les logiques étaient collectives et pouvaient induire l'usage partagé du bien. C'est ainsi que nous avons formulé l'idée qu'il pouvait s'agir d'une fonctionnalisation collective du rapport d'appropriation. En ce sens, deux notions permettent cette fonctionnalisation : l'affectation et de destination, entendues comme synonymes. Affecter un bien, ou l'une de ses utilités, c'est lui donner une finalité particulière et, par l'appui de techniques diverses (une clause contractuelle par exemple), guider l'usage qui devra en être fait. Affecter son bien, c'est alors le fonctionnaliser, lui donner une fonction particulière. Il y a donc, dans l'idée d'affecter un bien, un double caractère : une finalité déterminée et des normes d'usage permettant sa réalisation. Ce mécanisme, bien connu de notre droit, peut également prendre une dimension collective pouvant emporter l'usage partagé du bien ou de certaines de ces utilités. C'est ainsi que la servitude d'utilité publique de littoral peut affecter une utilité spécifique du fonds afin de garantir l'accès du public au domaine public maritime. Classiquement, ces affectations collectives ont pour source la volonté du législateur, ou de l'administration, et sont créées au nom de l'intérêt général. C'est donc au nom d'un intérêt supérieur à l'intérêt particulier du propriétaire que le droit de propriété de celui-ci se voit limité et que l'usage partagé d'un bien devient possible. Pour autant, l'affectation – tout comme la destination – est également une technique de droit privé, elle est une émanation de la volonté du propriétaire. En ce sens, il peut être soutenu que le propriétaire d'un bien puisse, volontairement, affecter son bien en fonction d'un intérêt collectif et, subséquemment, réaliser un partage des usages de son bien. Le propriétaire pourrait alors fonctionnaliser collectivement son rapport d'appropriation.

**441. La fonctionnalisation collective, une technique transversale.** La transversalité de cette technique devait être prouvée au regard du droit positif. Encore fallait-il, pour cela, qu'elle s'inscrive comme un élément commun des formes d'usage partagé prises à travers les logiques de protection d'un bien ou d'accès au bien. De manière générale, le rôle joué par l'affectation est déterminant, que celle-ci soit d'origine légale ou résulte de la volonté du propriétaire. Dans le cadre des licences dites libres, l'auteur va volontairement affecter ses droits patrimoniaux afin que chaque licencié puisse en bénéficier. La finalité est ici celle de



l'accès, la technique qui en permet sa réalisation est celle du mécanisme contractuel des licences. Dans le cadre d'une logique de protection du bien, l'obligation réelle environnementale peut également permettre une fonctionnalisation collective du rapport d'appropriation. Les utilités du bien pouvant alors être partagées entre le propriétaire, présent et futur, et une personne morale habilitée.

**442. La fonctionnalisation collective, une technique de modulation de la propriété.**

Affecter un bien, c'est en guider les usages, c'est imposer une norme spécifique. En ce sens, c'est mettre en place une discrimination des usages qui peuvent être faits. Il s'agit d'une modulation de la propriété, notamment dans sa dimension matérielle. Or, affecter collectivement un bien, en permettre l'usage partagé, c'est également moduler l'exclusivisme. La propriété peut alors prendre une teinte inclusive : ou l'inclusion est imposée par le législateur, ou elle résulte de la volonté du propriétaire.

**443. Les différents degrés de l'usage partagé.** Après avoir étudié les différentes formes d'affectation collective, on peut identifier différents degrés d'usage partagé. C'est ainsi que les servitudes d'utilités publique à fonction environnementale vont obérer l'usage du propriétaire, sans pour autant opérer un partage effectif de l'usage du bien. Le but est alors d'assurer une transmission transgénérationnelle du bien. Hormis ce cas spécifique, la protection d'un bien peut également se réaliser par un partage de ses utilités, ce qui est démontré avec le régime de protection des biens classés monuments historiques et l'obligation réelle environnementale. Avec la logique dite de l'accès, l'usage partagé prend une dimension plus grande. Il peut ainsi être réalisé par une affectation de certaines utilités spécifiées, dans le cadre des exceptions en droit d'auteur et en droit des brevets, ou même par certaines licences légales. L'auteur, ou l'inventeur, voit alors son exclusivisme modulé par l'imposition d'un usage partagé de certaines des utilités de son bien. Cependant, l'usage partagé de l'œuvre prend son degré le plus élevé par la volonté de l'auteur. Par le mécanisme contractuel des licences dites « libres », l'auteur peut ainsi permettre l'usage partagé de ses principales utilités (utilisation, reproduction, modification, distribution) avec l'ensemble des licenciés. Ici, la fonctionnalisation collective tient sa figure paroxystique et se rapproche de la catégorie des « communs ». L'inclusion est alors généralisée, tant dans les utilités partagées, que dans le nombre de titulaires possibles.

**444. Les différents degrés d'usage partagé, la raison structurelle.** Au-delà de la seule question de la finalité collective déterminée, les différents degrés de l'usage partagé d'un bien, notamment quand il est le fruit de la volonté du propriétaire, dépendent tant des techniques offertes par le droit que de la représentation qui est faite du bien. Dans le cadre du droit d'auteur, la fonctionnalisation collective est plus aisée que pour des biens fonciers. Cela découle d'une différence structurelle entre la manière dont sont appréhendés l'œuvre par le Code de la propriété intellectuelle et le bien dans le Code civil. Pour celui-ci, le bien est perçu par la corporéité de la chose et non par ses utilités, rendant délicat la possibilité de réaliser le partage de son usage. À l'inverse, l'œuvre de l'esprit est, dès le départ, divisée en plusieurs utilités économiques dont les droits patrimoniaux ne sont que le reflet. Avec le contrat et par les droits personnels, l'usage partagé du bien est facilité. Dans ce cadre, la conciliation de l'usage partagé et de la propriété est plus encline à se réaliser.

Cela étant, la reconnaissance, par la Cour de cassation, d'un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale du bien semble ouvrir une voie nouvelle, celle d'un droit réel pouvant porter sur des utilités précises d'un bien. Ce faisant, le propriétaire pourrait distribuer les utilités de son bien entre plusieurs titulaires de droits réels différents. La situation est originale et n'est pas sans rappeler les possibilités offertes par le mécanisme contractuel qu'est la licence libre. Dans ce cadre, la conciliation de la propriété et de l'usage partagé se réaliserait par la volonté du propriétaire, ce dernier réalisant une fonctionnalisation collective de son rapport d'appropriation.

## Titre II :

### Les droits sur les utilités de la chose : technique renouvelée

445. Le lien existant entre affectation et droits réels est grand. C'est ainsi que Serge Guichard analyse les servitudes comme une technique d'affectation ayant pour fonction l'exploitation d'un bien, l'affectation du fonds au service d'un autre étant l'élément constitutif de la servitude<sup>1385</sup>. D'autres auteurs reconnaissent également ce lien, les droits réels étant alors considérés comme une technique d'affectation<sup>1386</sup>.

Dès lors, pourrait-on dire qu'il serait possible de permettre l'usage partagé d'un bien avec les seules notions envisagées par le Code civil ? Qu'il soit permis d'en douter. Certes, les servitudes ont pour objet certaines utilités des biens, elles permettent donc un certain découpage utilitariste de la chose. Cela étant, elles demeurent attachées au fonds. Elles sont inaptes à réaliser l'usage partagé d'un bien entre plusieurs titulaires. Les autres droits réels principaux, que sont l'usufruit et le droit d'usage et d'habitation, sont également exclus de cette possibilité. L'appréhension corporelle de la chose qu'avaient les codificateurs a également concouru à forger les concepts civilistes. C'est ainsi, par exemple, que la jouissance octroyée par l'usufruit embrasse la majorité des utilités de la chose. Traditionnellement, les potentialités de fonctionnalisation collective par les outils que nous offre le droit des biens sont limitées. Elles le sont d'autant plus que la théorie du *numerus clausus* des droits réels bride la volonté du propriétaire.

Pourtant, les évolutions jurisprudentielles récentes en la matière ont renversé les traditions. En reconnaissant qu'il est possible de constituer des droits réels qui confèrent le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un bien, la Cour de cassation a, semble-t-il, ouvert la possibilité de créer des droits réels en dehors de la nomenclature classique, permettant ainsi de concevoir des droits réels portant des utilités précises. Cette opportunité offerte au propriétaire permet d'envisager la réalisation du partage des utilités de la chose (Chapitre I).

Cette première étape terminée, il sera nécessaire de s'interroger la temporalité de ces droits nouveaux et plus spécifiquement la question de leur perpétuité. Celle-ci intéresse pleinement

---

<sup>1385</sup> S. Guichard, *L'affectation des biens en droit privé*, LGDJ, 1976, n° 67.

<sup>1386</sup> P. Berlioz, *Droit des biens*, Ellipses, Coll. Cours magistral, 2014, n° 350 : « *Le droit réel est l'une de ces techniques. Créé par le propriétaire, il résulte de la volonté de celui-ci de donner une destination particulière à son bien, en mettant l'une ou plusieurs de ses utilités au service d'un tiers* ».

la question de l'usage partagé du bien, notamment quand celui-ci s'inscrit comme le reflet d'un intérêt collectif particulier, telle que pourrait l'être la préservation du bien. Certes, reconnaître la perpétuité de ces droits réels, et c'est la propriété qui pourrait être menacée. L'usage partagé ne se concilierait plus avec la propriété, il en deviendrait un concurrent réalisant les multiplications de domaines sur un même bien. Ne pourrait-on pas, dès lors, envisager une autre forme de perpétuité ? Cela pourrait permettre, tout en respectant la propriété, de pouvoir inscrire l'usage partagé d'un bien dans une certaine pérennité, et ainsi répondre à des intérêts collectifs nécessitant un temps long, comme la protection d'un bien (Chapitre II).

Ces potentialités nouvelles, autant que leurs limites, méritent d'être sondées. Elles pourraient emporter, avec elles, une technique renouvelée qui, en fonctionnalisant collectivement le rapport d'appropriation, permettrait la conciliation de l'usage partagé d'un bien et de la propriété.

## Chapitre I

### La réalisation du partage des utilités de la chose

**446.** La détermination des droits réels portant sur la chose d'autrui en tant que technique permettant le partage des utilités d'une chose repose sur un constat, celui d'un partage effectif des utilités d'un bien entre le propriétaire dudit bien et le titulaire du droit réel. Cela étant, cette consécration des droits réels comme technique première est largement dépendante de la liberté d'opérer un découpage des utilités de la chose par la volonté du propriétaire. Contrairement aux droits personnels, qui ont toujours connu la volonté comme force créatrice, les droits réels ont été analysés sous l'égide doctrinale d'un *numerus clausus*<sup>1387</sup>. Fictivement limité, le potentiel technique de la notion se voyait ainsi réduit aux droits réels principaux institués par le Code civil, tels que l'usufruit, les servitudes conventionnelles ou le droit d'usage et d'habitation.

Cette approche restrictive de la constitution des droits réels semble désormais faire partie de l'histoire de la pensée juridique : elle ne pourrait survivre, si ce n'est contre le droit positif, à la libéralisation des droits réels instaurée par la jurisprudence de la Cour de cassation (Section 1). Conséquence directe de cette libéralisation, les facultés de partage des utilités de la chose se voient agrandies, rendant possible son découpage par ses utilités en dehors du carcan des droits réels présents dans le Code civil. À ce titre, les droits réels retrouvent leurs potentialités de partage d'utilité, et c'est pour cette raison que nous les considérons comme un outil essentiel pouvant permettre des usages simultanés et potentiellement collectifs des biens (Section 2).

---

<sup>1387</sup> Voir *Supra* n° 134 à 136.

## Section 1 : La liberté de constitution des droits réels

La liberté de constitution des droits réels ne s'est pas faite en un jour, longtemps bridée par la théorie du *numerus clausus* des droits réels, qui imprégna largement l'esprit des juristes. Principe à la sève doctrinale, le *numerus clausus* des droits réels s'est construit comme un garde-fou visant à protéger la propriété civiliste du modèle féodal et coutumier d'appropriation<sup>1388</sup>. Ainsi, si le *numerus clausus* des droits réels se fonde sur des arguments juridiques, ceux-ci s'inscrivent dans une cause éminemment politique, celle de la défense du modèle déterminé par le codificateur. Cela étant, la pétrification engendrée par la défense d'une limitation des démembrements des utilités d'un bien aux seuls cas prévus par le Code civil n'a pas forcément été suivie, dans les faits, par la pratique notariale. Source d'innovations juridiques<sup>1389</sup>, elle s'est parfois affranchie du précepte doctrinal par nécessité pratique. Dans le cadre spécifique de la création des droits réels, l'innovation ne ressort pas d'une pratique homogène de la profession, mais plutôt d'actes iconoclastes générateurs de contentieux dont s'est saisie la Cour de cassation. Prenant le relais de la pratique notariale, les juges du Quai de l'horloge ont ainsi œuvré à la libéralisation des droits réels, en expiant leurs conditions de créations de la théorie du *numerus clausus*. À ce titre, un découpage chronologique du phénomène apparaît possible : d'abord avec les prémises de cette libération *via* le célèbre arrêt « Caquelard » (I), ensuite par la consécration du principe grâce à la récente jurisprudence « Maison de Poésie » (II).

### I/ Les prémises de la liberté de constitution des droits réels

La consécration de la liberté de constitution des droits réels repose sur une lente évolution historique. C'est ainsi que la Cour de cassation a souvent reconnu des droits réels portant sur la chose d'autrui non prévus par le Code civil, tout d'abord avec l'arrêt dit « Caquelard » (A), puis, par la suite, par différents arrêts épars (B). Il n'en demeure pas moins que la faible portée pratique de ces différents arrêts les condamne à ne demeurer que des prémises à un véritable principe de libération de constitution des droits réels.

---

<sup>1388</sup> La théorie du *numerus clausus* des droits réels est née au cœur du XIX<sup>e</sup> siècle, chez certains auteurs de l'École de l'exégèse. Prenant son fondement dans une volonté d'éviter tout retour à l'ordre féodal, la théorie du *numerus clausus* a pu également être conçue comme une figure protectrice du dogme propriétaire, c'est-à-dire de la conception du propriétaire-souverain. Sur ces différents points : Voir *Supra* n° 136.

<sup>1389</sup> Les exemples d'innovations juridiques sorties de l'ingénierie notariale sont nombreux. Tels sont les cas, notamment, de la propriété en volume ou encore à la copropriété des immeubles bâtis. C'est ainsi que la pratique notariale est souvent reconnue comme une source du droit des biens. Sur ce point : S. Torricelli-Chrifi, *La pratique notariale, source du droit*, Defrénois, Coll. Doctorat et Notariat, 2015.

## A. L'arrêt « Caquelard », une reconnaissance en trompe l'œil

En évinçant le caractère « *prohibitif(s)* » des articles du Code civil en matière de constitution de droits réels, l'arrêt dit « *Caquelard* »<sup>1390</sup>, rendu par la chambre des requêtes le 13 février 1834, pourrait être considéré comme une révolution – ou une contre-révolution – du droit des biens (1). Cela étant, la modestie de ses conséquences pratiques nous conduit à conclure qu'il s'agit plutôt de la première pierre à l'édifice de la libéralisation des droits réels (2).

### 1. L'arrêt « Caquelard », un contenu novateur

**447. Le contexte.** En 1834, le drapeau tricolore flotte de nouveau sur le palais des Tuileries. Le libéralisme, tant politique qu'économique, est au goût du jour depuis que Louis-Philippe est devenu Roi des Français. Les valeurs de la première Restauration sont dépassées, la nostalgie de l'Ancien Régime n'est pas dans les mœurs d'un roi fils de régicide. Évidemment, il serait bien hasardeux de tisser des liens entre le libéralisme politique de la « Monarchie de Juillet » et le libéralisme juridique d'un arrêt rendu par la Chambre de requêtes. Cependant, le parcours de son président, Joseph Zangiacomi, nommé par Louis-Philippe en 1831, n'est pas sans nous donner quelques indices sur les influences qui ont pu, éventuellement, aiguiller la solution retenue. En effet, en rendant un arrêt favorable à la libre constitution des droits réels, il est possible de penser que les magistrats s'inscrivaient en faux face à l'idéal révolutionnaire ou, à tout le moins, qu'ils étaient toujours marqués par les figures juridiques de l'Ancien droit. Si cette seconde hypothèse ne peut pas être exclue complètement, il nous semble cependant que la première peut être rejetée. En effet, avant d'être nommé président de la Chambre des requêtes, Joseph Zangiacomi avait imprégné le paysage politique révolutionnaire. Membre de la Convention et du Conseil des Cinq-Cents sous l'étiquette « modéré », il ne pourrait être soupçonné d'œuvrer à un quelconque retour de l'Ancien Régime. Ainsi, si dissidence il y a, elle est d'ordre juridique<sup>1391</sup> et non politique. Quant aux influences, elles sont plus à trouver, à notre avis, dans une forme de libéralisme

---

<sup>1390</sup> Req. 13 février 1834 ; *DP* 1834. 1, p.218, *S.* 34. 1, p.205 ; *Jur. Gen.*, t.38, v° Propriété, n°68 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, T.I, 13<sup>ème</sup> éd., n° 66.

<sup>1391</sup> Nous ne reviendrons pas ici sur la lutte pour l'individualisme agraire et l'unité de la propriété, pas plus que sur les arguments des auteurs prônant une liberté de constitution des droits réels limitée par les formes existantes dans le Code civil. Sur ce point, voir : *Supra* n° 114 à 121, *Supra* n° 134 à 136.

juridique que dans une adoration de l'ordre ancien. Le contexte ainsi posé, portons-nous sur le contenu de l'arrêt « Caquelard ».

**Le contenu.** Inscrit au panthéon des « *grands arrêts de la jurisprudence civile* »<sup>1392</sup>, l'arrêt Caquelard ne saurait souffrir d'une énième analyse, tout ayant déjà été dit à son sujet. Cela étant, nous devons tout de même en rappeler la substance et le principe dégagé.

**448. Faits.** Au départ, Messieurs Caquelard et Lemoine étaient titulaires de droits sur une berge boisée. Un litige va naître quant à la qualification de ces droits. Les juges du fond avaient reconnu un droit de copropriété sur la berge, l'un ayant droit aux herbes tandis que l'autre avait la jouissance des arbres plantés. Le sieur Caquelard, voyant dans cette décision un découpage contraire aux articles 544, 546 et 552 du Code civil – auquel il ajoute l'article 607 de la coutume de Normandie – se pourvoit en cassation. Arguant que la qualification de copropriété ne saurait être la bonne – l'arrêt ne rendant pas compte de la part de chacun dans la copropriété – le sieur Caquelard évoque la qualification d'indivision avec un droit partagé de manière équitable entre chaque indivisaire. Autrement dit, le partage ne pourrait se faire en fonction de la nature des produits (arbres d'un côté et herbe de l'autre), mais de manière égalitaire de l'ensemble des produits. La question posée à la Chambre des requêtes est donc simple : peut-on établir des démembrements de la propriété qui ne soient pas inscrits dans le marbre du Code civil ? Ce à quoi la Chambre répondra : « *Attendu, en droit, que les articles 544, 546 et 552 du Code civil, sont déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété, mais ne sont pas prohibitifs ; - Que ni ces articles, ni aucune autre loi, n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible (...) Rejette...* ».

**449. Approche restrictive de la solution.** La question qui doit être posée est donc celle de la création des droits réels. Peut-on dire, avec certitude, que la jurisprudence Caquelard consacre le principe de libre constitution des droits réels ? Si certains affirment que « *le principe de la libre création des droits a été posé par cet arrêt de façon incontestable* »<sup>1393</sup>, il

---

<sup>1392</sup> H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, op.cit.*, n° 66.

<sup>1393</sup> Les auteurs sont nombreux à reconnaître ce point : F.-X. Agostini, *La jouissance des biens*, Thèse, Aix-en-Provence, 2017, n° 354, p.314 ; Dans un sens similaire : J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., Coll. Traité de droit civil, 2010, n° 53 : « *La Cour de cassation a d'ailleurs consacré le principe de la liberté de création des droits réels dès 1834, dans l'arrêt Caquelard qui sonne comme un arrêt de principe* » ; C. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Les biens, droits réels principaux*, Economica, 6<sup>ème</sup> éd., Coll. Traité de droit civil, 2018, n° 574-2 ; F. Terré, P. Simler, *Les biens*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., Coll. Précis, 2018, n° 52.



nous semble qu'il faille faire preuve de plus de modération. La libre création des droits réels induit que la reconnaissance d'une libre constitution de droits réels innomés soit affirmée. Est-ce le cas dans l'arrêt Caquelard ? Rien n'est moins sûr. Les juges rappellent que les articles visés ne sont pas prohibitifs et que les « *diverses modifications et décompositions* » du droit de propriété sont libres. Ainsi, pour mieux appréhender la solution, il faut examiner le droit en cause. Ici, c'est bien la propriété et ses décompositions dont il est question et non un droit réel sur la chose d'autrui. Pour preuve, l'avocat général « *a fait remarquer que de nombreux exemples de décompositions de la propriété existent dans certaines localités* »<sup>1394</sup>. Autrement dit, la solution précise qu'il est possible de démembrer le droit réel qu'est la propriété, mais n'affirme pas qu'il soit possible de créer des droits réels sur la chose d'autrui qui soient *sui generis* ou innomés. Avec ce raisonnement, l'analyse de l'article 543 du Code civil – sa lecture extensive ou restrictive étant au cœur du débat portant sur la libre création des droits réels<sup>1395</sup> – reste profondément limitative. En effet, l'analyse qualifiant les droits en question de démembrements de la propriété, ces derniers restent alors dans le giron de l'article 543 du Code civil. Dans cette analyse, ils ne sont aucunement des formes innomées ou *sui generis* de droits réels. Cela s'inscrit, *in fine*, dans une approche limitative de la constitution des droits réels respectueuse de la nomenclature déterminée par le Code civil. Il s'agit d'une analyse restrictive de la solution, analyse qui peut se retrouver chez des auteurs comme Demolombe<sup>1396</sup> ou Messieurs Zenati-Castaing et Revet<sup>1397</sup>.

**450. Approche extensive de la solution.** Il est cependant possible d'apporter une lecture plus extensive de la solution, sans pour autant faire flèche de tout bois, et percevoir la reconnaissance d'un principe général de liberté de constitution des droits réels. En effet, l'analyse de la solution dépend, de prime abord, de la qualification que l'on reconnaît aux anciennes formes de partage des utilités d'un bien. Ainsi, si l'on vient analyser le droit en cause dans l'arrêt Caquelard, et plus généralement les droits qui se fondent sur une division des utilités d'un même bien<sup>1398</sup>, comme des droits d'usage *sui generis* ou innomés<sup>1399</sup>, alors la

---

<sup>1394</sup> H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, *op.cit.*

<sup>1395</sup> Sur ce point, voir : *Supra* n° 134 à 139.

<sup>1396</sup> C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, T.IX, 1881, n° 514 et 520 à 528.

<sup>1397</sup> « *Sans doute a-t-il été jugé qu'aucun texte n'exclut les différentes modifications dont le droit de propriété est susceptible, mais cette formule n'a pas d'autre portée que de permettre la répartition entre plusieurs personnes de la propriété, sans création d'un droit nouveau et innomé.* » F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, *op.cit.*, n° 313.

<sup>1398</sup> Il est possible de citer, pour exemple, le droit d'évolage ou le droit d'assec.

<sup>1399</sup> C'est notamment la qualification qui ressort de la thèse de Caroline Gau-Gabée : C. Gau-Gabée, *Droits d'usage et Code civil : l'invention d'un hybride juridique*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 2006.

reconnaissance de sa constitution opère un dépassement des droits cités par l'article 543 du Code civil. Dès lors, les droits réels prévus par le Code civil ne seraient que de simples modèles participant à la catégorie des droits réels, laquelle peut s'épanouir en dehors des cas prévus par l'article 543 du Code civil.

Quoiqu'il en soit, les deux théories peuvent se défendre. Il faut dire que la rédaction des juges de la Chambre des Requêtees laisse une place de choix à l'interprétation. Aussi, afin de déterminer si cet arrêt peut être perçu comme une reconnaissance pleine et entière du principe de libre constitution des droits réels, il convient de nous intéresser à sa portée pratique. Une portée qui peut être qualifiée de modeste.

## **2. Un arrêt à la portée pratique limitée : l'inopposabilité des droits réels innomés**

**451. Limite à l'effectivité, la non publication des droits réels innomés.** En premier lieu, il convient de porter l'attention sur un élément central de la définition des droits réels qu'est l'opposabilité *erga omnes*. Troublé dans l'exercice de son droit, son titulaire pourra voir l'atteinte sanctionnée en nature, sans qu'il soit démontré un préjudice particulier ou que la mauvaise foi soit caractérisée<sup>1400</sup>. Évidemment, pour que le droit réel soit opposable, encore faut-il, au nom de la sécurité juridique, que les tiers aient connaissance de l'existence dudit droit, ce qui est assuré par l'obligation de transcription des actes constitutifs de droits réels au service de la publicité foncière<sup>1401</sup>. Pour autant, cette nécessité de publicité n'a pas toujours été présente. C'est ainsi que le Code Napoléon ne prévoyait de publicité obligatoire que pour les droits réels accessoires ou pour certains cas de mutations de droits réels<sup>1402</sup>. Il fallut ainsi attendre la loi du 23 mars 1855 sur la « transcription hypothécaire » pour que soit imposée une transcription des actes translatifs et constitutifs de droits réels immobiliers<sup>1403</sup>. Or, l'article 2 de cette loi oblige la transcription des actes constitutifs de droits réels principaux dans une certaine limite, c'est-à-dire uniquement pour les cas de servitude et de droits d'usage

---

<sup>1400</sup> P. Malaurie, L. Aynes, *Les biens*, LGDJ, 7ème éd, Coll. Droit civil, 2017, n° 368 ; P. Berlioz, *Droit des biens*, Coll. Cours magistral, Ellipses, n°354.

<sup>1401</sup> Cette obligation a été rappelée par la Cour de cassation : « sont obligatoirement publiés au bureau des hypothèques de la situation des immeubles tous actes portant constitution de droits réels immobiliers » : (C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 27 octobre 1993 : Bull. civ., III, n° 132).

<sup>1402</sup> W. Dross, *Les choses*, *op.cit.*, n° 32-2, p.58.

<sup>1403</sup> Pour une étude pratique de la loi : Me Roland, *Étude sur la loi du 23 Mars 1855 sur la transcription hypothécaire, principalement dans ses rapports avec les notaires*, Impr. E.Costel, Toulon, 1881 ; Pour une étude complète : M. Troplong, *Commentaire de la loi du 23 Mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, C. Hingray, 1856. .

et d'habitation. À ce titre, les droits réels innomés ne sont pas concernés, ce qui en restreint leur effectivité. Il s'agit d'une limite essentielle à la portée de l'arrêt « Caquelard »<sup>1404</sup>. Il convient cependant de préciser que cet obstacle fut levé par l'article 28 du décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière, en ce qu'il vient prescrire la publication de tout acte constitutif de droit réel immobilier, quelle que soit sa qualification. Ainsi, la portée de l'arrêt fut limitée, mais de manière essentiellement temporaire.

## **B. Des suites jurisprudentielles à la portée restreinte**

**452. Les suites jurisprudentielles au XIX<sup>ème</sup> siècle.** Au delà du débat sur la portée substantielle de l'arrêt « Caquelard », la pratique semble avoir fait un usage non modéré des formes particulières des démembrements de la propriété. Dans un siècle encore rural, largement pétri de traditions, les anciennes pratiques foncières ont perduré. Par exemple, la jouissance d'un même bien a pu être fractionnée entre deux titulaires de droits différents, en fonction des saisons. Dans ce cas, la jouissance d'un étang pourra être accordée à *Primus* lorsqu'il est asséché et à *Secundus* quand il reprend sa première fonction : il s'agit ici des droits d'évolage et d'assec des étangs situés en Dombes<sup>1405</sup>. Dans une logique similaire, le droit qui opère un partage des utilités de la chose en dissociant la jouissance des arbres de celle du sol<sup>1406</sup>. De même, a été reconnu comme un démembrement de la propriété un droit de chasse perpétuel, transmissible à ses héritiers et ayants causes<sup>1407</sup>. Ces droits pouvaient également dépassés le strict cadre de la ruralité, et concerner des communautés religieuses. C'est ainsi que la Cour de cassation a qualifié de *sui generis* un droit réel qui reconnaissait la jouissance d'un presbytère approprié par une commune<sup>1408</sup> avec, pour bénéficiaire, la communauté des ecclésiastiques présents et futurs.

---

<sup>1404</sup> Pour peu que l'on considère que l'arrêt Caquelard autorise la création de droits réels en dehors de la nomenclature présente dans l'article 543 du Code civil.

<sup>1405</sup> C. cass., 31 janvier 1838, *Dev.*, 1838, I, 120.

<sup>1406</sup> Req., 5 novembre 1866, *DP*, 1867, I, 32 ; C. cass., civ., 13 décembre 1838, *D.*, 1838, I, 120 ; C. cass., civ., 20 février 1851, *D.*, 1851, I, 358 ;

<sup>1407</sup> Amiens, 2 décembre 1835, *D.*, 1836, II, 198 : « le propriétaire vendeur peut se réserver telle ou telle partie de ses droits sur la terre qu'il aliène et notamment le droit de chasse, qui n'en n'est qu'un accessoire, un démembrement de la propriété ».

<sup>1408</sup> C. cass., civ., 17 février 1897, *S.*, I, 328 : « Le droit réel de jouissance *sui generis* reconnu aux curés et desservants sur les presbytères dont la propriété appartient aux communes peut donner lieu à une action possessoire au profit du titulaire ecclésiastique dont la jouissance est troublée ». Dans un sens similaire : Toulouse, 24 décembre 1885, *D.*, 1886, II, 265.

De telles décisions nourrissent le débat autour du *numerus clausus* des droits réels. Ces droits sont-ils la preuve d'une liberté de constitution des droits réels ou ne sont-ils que de simples résurgences d'un droit Ancien vouées à la disparition ? Dans le cœur du XIX<sup>ème</sup> siècle, ces droits ont souvent été perçus comme une justification de la théorie du *numerus clausus* des droits réels. La théorie révèle alors son objectif politique, celle d'être la garante de l'ordre établi.

**453. L'interprétation de ces droits comme une atteinte au droit de propriété.** De manière générale, les actes qui étaient à l'origine des contentieux du XIX<sup>ème</sup> siècle étaient analysés comme des formes originales de démembrement de la jouissance du bien<sup>1409</sup>. Cela serait créateur, selon Demolombe, d'un « *enchevêtrements de droits* »<sup>1410</sup> sur un même bien. Pour l'auteur, si la figure du droit réel est utilisée par l'auteur, celle-ci n'est pas comprise uniquement pour désigner des formes atypiques de relations foncières, le droit propriété étant également analysé comme un droit réel. Le prince de l'exégèse va alors porter son analyse non pas sur des droits réels *sui generis*, mais sur une division de la propriété opérée par ces droits et qu'il convient de rapprocher des « *propriétés simultanés* »<sup>1411</sup>. Là encore, cette analyse a le mérite de servir le discours d'une lecture restrictive de l'article 543 du Code civil, en permettant d'analyser chaque type de démembrement à travers le prisme de la propriété. La conséquence logique sera alors de rejeter la liberté de création des droits réels non prévus par le législateur. Subséquemment, si la jouissance d'un bien est divisée entre deux personnes, l'auteur l'analysera par la présence de deux objets de droits, chacun étant appropriés de manière exclusive, quand bien même ces propriétés se superposeraient sur un fonds commun. Pour l'auteur, les arrêts rendus dans la lignée de la jurisprudence Caquelard peuvent s'analyser comme des démembrements originaux de la propriété, sans pour autant que soit reconnu un droit réel *sui generis* ou innomé<sup>1412</sup>. Le principe de Demolombe est donc simple : les particuliers ne peuvent démembrer la propriété que dans le strict cadre de l'article 543 du Code civil, et il appartiendra aux juges, confrontés à des démembrements exogènes, de

---

<sup>1409</sup> Pour exemple, il est possible de citer la reconnaissance, en pays de montagne, d'une division de la jouissance du bien entre la jouissance des bois qui poussent et celle des chaumes : C. cass., 26 décembre 1833, D., 1834, I, 72. Voir également : Req., 23 juin 1880, S., 1881, I, 468 ; Req., 26 avril 1900, S., 1901, I, 337. Pour un recensement complet de ces droits spécifiques au XIX<sup>ème</sup> siècle : C. Cau-Gabée, *Droit d'usage et Code civil, L'invention d'un hybride juridique, op.cit.*

<sup>1410</sup> C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon, op.cit.*, n° 515.

<sup>1411</sup> Qualifiant également ces droits de « propriétés simultanées » : J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, P.U.F, Coll. Quadridge, 2012, p.115 sqq.

<sup>1412</sup> F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens, op.cit.*, n° 313, p.473 sqq.

rechercher la qualification adéquate<sup>1413</sup>. C'est ainsi que la figure des propriétés simultanées peut être évincée si le droit en cause peut être qualifié de servitude, d'usufruit, d'indivision, etc. À l'inverse, les droits qui ne pourraient être qualifiés de droits réels prévus par le Code civil procèdent, par nature, d'une division de la propriété. Partant, cette multiplication de droits sur la chose est condamnée, la simultanéité des propriétés portant sur un même bien étant une négation du pouvoir souverain du propriétaire. Avec l'analyse de Demolombe, c'est tant la théorie du *numerus clausus* des droits réels qui se voit préservée que le dogme propriétaire. Les deux étant consubstantiellement liés<sup>1414</sup>.

**454. Les suites jurisprudentielles au XX<sup>ème</sup> siècle.** Dans la continuité des arrêts rendus au XIX<sup>ème</sup> siècle, la jurisprudence du XX<sup>ème</sup> siècle a également connu de nombreux droits réels qui opéraient des démembrements originaux de la propriété, refusant alors les qualifications traditionnelles. À bien des égards, la liste de ces droits semble prendre la forme d'un inventaire à la Prévert, les utilités offertes par les choses se décuplant grâce à l'imagination humaine. De ce fait, leurs expressions juridiques donnent l'impression d'une grande diversité. C'est ainsi que fut reconnue l'existence d'un droit aux secondes herbes au profit des habitants d'une commune<sup>1415</sup>, d'un droit de jouissance dit « à crû » et à « croître » sur certains bois<sup>1416</sup>, d'un droit de chasse<sup>1417</sup>, d'un droit réservé de pêche et de circuler sur un lac<sup>1418</sup>, d'un droit pâturage<sup>1419</sup>, ou encore, à Paris, d'un droit de passage reconnu aux passants<sup>1420</sup>.

---

<sup>1413</sup> Demolombe, *op.cit.*, n°520. De façon majoritaire, beaucoup de démembrements spécifiques seront qualifiés de servitudes. Pour un droit d'usage forestier : Req., 14 juin 1869, *DP.*, 1871, I, 220. Pour un droit de récolté des graines sur un fonds déterminé : Req., 6 juillet 1874, *DP.*, 1875, I, 372. Les qualifications prévues dans le cadre de l'article 543 du Code civil peuvent être dépassées ; ainsi les juges ont parfois reconnu certains démembrements comme des droits personnels. En ce sens, un droit de chasse, réservé à titre onéreux par le vendeur d'un fonds pour une durée de 50 ans, sera qualifié de contrat de louage : C. cass., civ., 10 janvier 1893 : M. Planiol, *D.*, 1893, I, 161.

<sup>1414</sup> Sur le lien entre le dogme propriétaire et la théorie du *numerus clausus* des droits réels : *Supra* n° 137.

<sup>1415</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 25 mars 1992, n° 89-21866 : Bull. civ. III, n° 106 ; E.-S. De la Marnierre, *D.*, 1993, p.65 ; J.-L. Bergel, *D.*, 1993, p.65. La cour d'appel qualifie ici le droit de seconde herbe de « *droit réel immobilier d'une nature particulière* » ; la Cour de cassation retiendra alors la bonne qualification opérée par les juges d'appel.

<sup>1416</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 23 mai 2012, n° 11-13202 : Bull. civ. III, n° 84 ; Agostini, *LPA*, 2012, n°162, 17 ; d'Avout, *D.*, 2012, 1934 ; Barbieri, *LPA*, 2012, n° 213, 12 ; Danos, *Defrénois*, 2012, n° 21, 1067 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2012, 1186 ; Perruchot-Triboulet, *RLDC*, 2012, 97 ; Revet, *RTD civ*, 2012, n° 10, 553.

<sup>1417</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 2 octobre 2002, n° 00-14029 : La cour évoquera ici « *un attribut de droit de propriété s'analysant en un droit d'usage viager attaché au fond* ». Voir commentaire : Y. Jégouzo, F.-G. Trébulle, *RDI.*, 2003, p.317.

<sup>1418</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 18 juillet 1973, Bull. civ., III, n° 492.

<sup>1419</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 3 janvier 1978, n° 76-13996 : Bull. civ., III, n° 3.

<sup>1420</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 6 mars 1996, n° 93-17424 : Bergel, *RDI*, 1996, 536.

**455. Des droits non réductibles aux qualifications civilistes, donc *sui generis*.** Ces arrêts sont notables, ils permettent de dépasser les droits réels classiques de l'article 543, et démontrent que la possibilité de créer conventionnellement des droits réels spécifiques n'est pas un dogme indépassable. Pourtant, les juges de la Cour de cassation vont systématiquement essayer de rechercher une qualification reconnue à ces droits. C'est ainsi qu'un « droit d'usage de bois », dont le titre remontait à 1622, a pu être qualifié de servitude<sup>1421</sup>. De même pour un droit d'abreuvement, décrit comme « commun » en appel, et finalement qualifié de servitude discontinuée<sup>1422</sup>. D'autres droits, en revanche, seront reconnus comme des droits personnels, tel fut notamment le cas pour un « droit au bois bourgeois »<sup>1423</sup>, ou encore pour un droit de chasse<sup>1424</sup>. Malgré ce travail de requalification prétorien, de nombreux droits ne pouvaient être réductibles aux qualifications civilistes. Cette inadéquation provient, pour la plupart du temps, de l'origine féodale de ces titres anciens. Ancrée dans une tradition immobilière qui prenait les utilités des choses pour référencement, l'appareillage dogmatique civiliste se révèle parfois incapable de les retranscrire. C'est ainsi que, pour certains droits, la qualification de servitude ne pouvait être retenue, la condition de fonds dominant étant absente. La qualification d'usufruit pouvait être aisément rejetée, les droits en cause se distinguant souvent par leur perpétuité. Afin de les retranscrire dans le langage civiliste, les juges ont souvent reconnu des qualifications hybrides, prenant les solutions dans des régimes de droits réels principaux différents. Certains auteurs ont relevé ces formes

---

<sup>1421</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 18 juillet 1979, n° 77-12027 : Bull. civ., n° 161.

<sup>1422</sup> C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 26 juin 1965, n° 63-10117 : Bredin, *RTD civ*, 1965, 681.

<sup>1423</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 13 mai 2009, n° 08-16525 : Lebel, *Dr. rur.*, 2010, comm. 38 ; Reboul-Maupin, *Environnement*, 2009, comm. 94.

<sup>1424</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 22 juin 1976, n° 74-14148 : Bull. civ., III, n° 280 : Giverdon, *RTD civ*, 1977, 156.

hybrides de droits réels, évoquant parfois la figure des servitudes collectives<sup>1425</sup>, des servitudes mixtes<sup>1426</sup>, voire de la redécouverte des servitudes personnelles de droit romain<sup>1427</sup>.

**456. Des arrêts sans solution de principe pour la liberté de constitution des droits réels.** De l'ensemble des arrêts, il est difficile de dégager une solution générale. Cela provient notamment du fait que la Cour de cassation ne rappelle jamais, par un arrêt de principe, la liberté de créer des droits réels en dehors des droits reconnus par le Code civil. C'est ainsi que les juges vont, indépendamment de la volonté initiale des parties, rechercher les solutions dans les qualifications existantes dans le Code civil. De plus, de nombreux auteurs verront dans ces droits spécifiques, et parfois perpétuels, le retour à la propriété divisée<sup>1428</sup>. Il faut dire que la majorité des arrêts s'inscrivaient dans un contexte particulier qu'est celui de la ruralité. Dans la société du XXème siècle, ces droits, qu'ils soient de chasse, de seconde herbe ou encore de pâturage, prennent une teinte surannée. Il est alors possible que la Cour de cassation n'ait pas voulu faire de ces exemples un modèle, ces droits étant intimement liés avec les pratiques de l'Ancien droit. Dans ce contexte, les non-dits de la Cour de cassation entraînent une situation de flou permanent autour de la question, surtout aux vues d'un arrêt *Caquelard* s'offrant au jeu des analyses divergentes, par sa sémantique ou son ancienneté. Pourtant, la reconnaissance, dans le cadre de la copropriété des immeubles bâtis, d'un droit réel perpétuel

---

<sup>1425</sup> Le concept de servitudes collectives fut particulièrement décrit par Hansenne : J. Hansenne, *La servitude collective modalité du service foncier individuel ou concept original ?*, Thèse, Liège, 1969. Pour l'auteur, la notion de servitude collective est le résultat de la volonté affichée des juges du XIX de vouloir traduire les droits d'usage collectifs reconnus aux communautés d'habitants par la notion de servitude. Il convenait, alors, de distinguer entre la titularité du droit, qui pouvait être individuelle grâce à la personnalité morale de la commune, et les bénéficiaires du droit qu'étaient les habitants de cette commune. Le concept de servitude collective se caractérise donc, selon son auteur, par une différenciation entre la titularité du droit et les bénéficiaires de l'exercice du droit. Cette spécificité avait déjà été relevée, en son temps, par Merlin : « *On n'aperçoit pas, à la première vue, comment un droit d'usage peut former une servitude réelle dans la main d'une commune. Une commune n'est qu'un être moral et les acquisitions faites sous son nom, le sont véritablement au profit des habitants qui en sont les véritables acquéreurs* » : P.-A. Merlin de Douai, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, V° « Usage », Section 2, 1.

<sup>1426</sup> Le concept des servitudes mixtes provient de l'Ancien droit, on retrouve ainsi sa définition dans l'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert « *Souvent aussi l'on qualifie ces sortes de servitudes de mixtes, parce qu'elles sont parties personnelles & parties réelles, étant dues à une personne sur un héritage* » : *Encyclopédie, ou Dictionnaire Raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers*, (consultation en ligne sur [www.portail.atilf.fr](http://www.portail.atilf.fr)). Voir également : C.-N. Lalaure, *Traité des servitudes réelles*, p.1 (Cité par E. Meiller, « Le droit réel, vecteur de services environnementaux », in *Le droit des biens au service de la transition écologique*, B. Grimonprez (dir.), Dalloz, Coll. Actes & Colloques, 2018, p.79.

<sup>1427</sup> Pour Éric Meiller, la qualification de servitude mixte procède de la redécouverte de la notion romaine de servitude personnelle, une servitude qui ne se confond pas avec le servage, mais qui bénéficie à la personne. Cette confusion proviendrait des juristes médiévaux. Originellement, les servitudes mixtes sont donc les servitudes personnelle du droit romain : Sur ce point : E. Meiller, *La notion de servitude*, LGDJ, Coll. Thèses, 2012, n° 192.

<sup>1428</sup> Pour exemple : À propos de l'arrêt du 23 mai 2012 : T. Revet, *RTD civ*, 2012, n° 10, p.553 ; D'autres auteurs, y verront la figure non reconnue du droit de superficie, en ce sens : F. Danos, « Perpétuité, droits réels sur la chose d'autrui et droit de superficie », *Defrénois*, 2012, p. 1067 *sqq.*

de jouissance exclusif et privatif sur les parties communes pouvait faire penser que la Cour de cassation, en consacrant un droit réel *sui generis*, avait définitivement franchi le pas.

**457. Le droit réel *sui generis* dans le cadre de la copropriété, l'étape décisive ?** En 1992, la Cour régulatrice a approuvé les juges du fonds d'avoir reconnu la qualité de droit réel et perpétuel au droit de jouissance exclusif et privatif sur les parties communes<sup>1429</sup> et que ce droit était alors l'accessoire d'un lot privatif. Il s'agissait d'une nécessité pratique qui découlait de la spécificité du régime de la copropriété des immeubles bâtis et de sa division entre parties privatives et parties communes. À ce titre, nombreux sont les copropriétaires à vouloir bénéficier d'un droit de jouissance exclusif et privatif sur les parties communes, ce qui peut se matérialiser par l'octroi d'une place de parking dans une cour commune ou un jardin privatif sur le toit de l'immeuble<sup>1430</sup>. Sans entrer dans les spécificités de ce droit, notamment quant à sa dimension perpétuelle<sup>1431</sup>, il convient de l'interroger, afin de déterminer s'il peut être considéré comme la consécration de la reconnaissance de la liberté de création des droits réels.

**458. L'impossible qualification de servitude.** À première vue, la qualification d'un droit attaché à un fonds serait celle de servitude. Cependant, la spécificité de la copropriété empêche de respecter la condition d'un double propriétaire énoncée par l'article 637 du Code civil. Cela provient notamment de la qualification des parties communes, réputées indivises entre tous les copropriétaires. Autrement dit, reconnaître une servitude entre une partie privative et une partie commune est impossible, un propriétaire ne pouvant grever d'une servitude deux fonds dont il est propriétaire, ce qui est le cas en l'espèce. Le copropriétaire est propriétaire exclusif de sa partie privative et propriétaire indivis des parties communes<sup>1432</sup>. Face à la nécessité imposée par la pratique quotidienne de la copropriété des immeubles bâtis,

---

<sup>1429</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 4 mars 1992, n° 90-13145, Bull. civ., III, n° 73 : Atias, *D.*, 1992, 386 ; Capoulade et Giverdon, *RDI*, 1992, 240 ; Souleau, *Defrénois*, 1992, 1140 ; Zenati, *RTD civ.*, 1993, 162 ; Ritschy, *AJDI*, 1993, 88. Ce droit est aujourd'hui reconnu par la loi, voir notamment : Article 6-3 al. 2 de la Loi du 10 juillet 1965, issu de la Loi « ELAN » du 23 novembre 2018.

<sup>1430</sup> « *En pratique la distinction des parties communes et des parties privatives se révèle trop radicale. Les terrasses, emplacements de stationnement et jardins en copropriété immobilière sont, à la fois, communs et privatifs. Ils sont communs parce que la toiture et les terrains le sont ; ils sont utiles à tous. Ces mêmes éléments peuvent aussi être réservés à l'usage privé de certains copropriétaires ; ils ne sont utilisés que par certains. La combinaison est de pratique courante* » : C. Atias, *D.*, 1992, 386. L'auteur avait déjà soulevé ce problème pratique dans : « *Propriété indivise et usage privatif, terrasses et terrains privés en copropriété immobilière* », *JCP N*, 1987, 353.

<sup>1431</sup> Ce point sera étudié postérieurement : Partie II, Titre II, Chap. II.

<sup>1432</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 6 février 1973, n° 71-13828, Bull. civ., III, n° 101 ; C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 27 mai 2009, n° 08-14376 : Mallet-Bricout, *D.*, 2009, 2300 ; Seube, *Dr. et patrim.*, 2009, n° 188, 78.



la Cour de cassation a donc reconnu l'existence d'un droit réel inexistant dans le Code civil, le droit de jouissance exclusif et privatif sur les parties communes.

**459. La mise en pace d'un régime *sui generis* d'origine prétorienne.** En l'absence de qualification légale, les juges de la Cour de cassation ont, au fil du temps, précisé le régime du droit de jouissance exclusif et privatif sur les parties communes. Premièrement, ce droit n'est pas une partie privative<sup>1433</sup> et ne saurait être considéré comme un droit de propriété<sup>1434</sup>. Partant, la spécificité du régime se dessine, notamment par rapport aux droits réels principaux. En reconnaissant, tout d'abord, que le droit n'est pas susceptible d'extinction par le non-usage<sup>1435</sup>, la qualification d'usufruit, de droit d'usage et d'habitation, ou de servitude conventionnelle, devient inopérante, la prescription extinctive pour non-usage trentenaire étant l'une des causes extinctives de ces droits. Le régime s'éloigne encore des servitudes conventionnelles lorsque la Cour de cassation reconnaît que le droit réel de jouissance exclusif et privatif sur les parties communes peut s'acquérir par usucapion<sup>1436</sup> alors que les servitudes discontinues ne peuvent s'acquérir que par titre. À défaut de pouvoir rattacher ce droit de jouissance exclusive aux qualifications présentes dans le Code civil, il convient donc d'en reconnaître son caractère *sui generis*<sup>1437</sup>.

**460. Un droit spécifique au cas de la copropriété des immeubles bâtis.** Pour autant, cette reconnaissance suffit-elle à prouver que la Cour de cassation a souhaité, à cette occasion, reconnaître la liberté de constitution des droits réels ? N'a-t-elle pas simplement pris en

---

<sup>1433</sup> Pour un présentation des différences existantes entre parties privatives et droit de jouissance exclusive : B. Kan-Balivet, « La nature juridique du droit de jouissance exclusif sur les parties communes », *Deffrénois*, 2008, p.1765 *sqq.*, spéc. n°7 *sqq.*

<sup>1434</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 6 juin 2007, n° 06-13477, Bull. civ., III, n°98 : Guérin, *AJDI*, 2007, 575 ; Atias, *D.*, 2007, 2536 ; Calfayan, *JCP N*, 2007, 1273 ; Capoulade, *AJDI*, 2007, 529 ; Guégan-Gélinet, *Rev. loyer*, 2007, n° 880 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2007, 197 ; Revet, *RTD civ*, 2007, n° 880 ; Seube, *Dr. et patrim.*, 2008, n° 167. Dans un sens similaire : C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 16 janvier 2008, n° 06-15314, Bull. civ., III, n°8 : Atias, *Deffrénois*, 2008, 1705 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2008, 194 ; Piedelièvre, *JCP N*, 2008, 1197 ; Seube, *Dr. et patrim.*, 2009, n° 172. Voir également : C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 8 octobre 2008, n° 07-16540, Bull. civ., III, n°149 : Atias, *Deffrénois*, 2009, 444 ; Mallet-Bricout, *Dr. et patrim.*, 2009, n°179 ; Seube, *Dr. et patrim.*, 2009, n° 178 ; Vigneron, *Loyer et copr.*, 2008, comm. 285.

<sup>1435</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 4 mars 1992, n°90-13145 : « *que le droit de jouissance exclusif et privatif sur une fraction de la Cour, partie commune (...) avait un caractère réel et perpétuel, que l'usage effectif de ce droit était sans incidence sur sa pérennité* ». (Nous soulignons).

<sup>1436</sup> « *Un droit de jouissance privatif sur des parties communes est un droit réel et perpétuel qui peut s'acquérir par usucapion* » : C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 24 octobre 2007, n° 06-19260, Bull. civ., III, n° 183 : Mallet-Bricout, *D.*, 2008, 2458 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2008, 127 ; Revet, *RTD civ*, 2008, 693. ; Seube, *Dr. et patrim.*, 2008, n°172.

<sup>1437</sup> Un auteur fera le parallèle entre ce droit et les propriété simultanées : D. Tomasin, « Appropriation et copropriété des immeubles bâtis », in *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, D. Tomasin (dir.), Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ-Lextenso, 2006, p. 183 *sqq.*, spéc. n°7.

compte certains soucis pratiques liés au régime de la copropriété des immeubles bâtis ? Si la majorité des auteurs confirme le caractère *sui generis* du droit de jouissance exclusif et privatif, tous ne lui prêtent pas la même portée. Pour Blandine Mallet-Bricout, la reconnaissance d'un droit réel *sui generis* qui ne trouve pas son fondement dans l'Ancien droit, mais dans « *un domaine particulier et moderne* »<sup>1438</sup>, ouvrirait la voie à la libre constitution des droits réels. Pour d'autres auteurs, la reconnaissance de ce droit *sui generis* n'a pas vocation à emporter, dans son sillon, la libre constitution des droits réels. Ce n'est pas dire que la théorie du *numerus clausus* doit être reconnue, mais que le fondement de la liberté de constitution des droits réels ne peut découler des arrêts relatifs au droit de jouissance exclusif et privatif sur les parties communes. Pour ces auteurs, ce droit est purement contingent au cadre de la copropriété des immeubles bâtis<sup>1439</sup>. En effet, la catégorie de droit réel est ici dévoyée. Rappelons que le droit réel porte d'abord sur une chose mais que cette chose doit être appropriée par autrui. Or, dans le cadre où un copropriétaire est titulaire d'un droit de jouissance exclusif et privatif sur les parties communes, il s'agit d'un droit réel portant sur sa propre propriété indivise<sup>1440</sup>. Aussi, si l'on comprendra que la Cour de cassation a souhaité répondre à une nécessité pratique, il peut paraître dommageable d'avoir utilisé la technique des droits réels pour cela. Dès lors, la spécificité de ce droit réel spécifique appliqué au seul cas de la copropriété des immeubles bâtis ne paraît pas permettre d'étendre la solution au droit commun. Plutôt que de consacrer l'innomé, la Cour de cassation a plutôt créé un droit réel nommé spécifique.

Pour s'en convaincre, il convient de regarder les arrêts rendus postérieurement en dehors du cadre de la copropriété. C'est ainsi qu'en 2009, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a qualifié de droit personnel le « droit au bois bourgeois » présent sur le territoire

---

<sup>1438</sup> B. Mallet-Bricout, « Le numerus clausus des droits réels : la fin d'un mythe », 19<sup>ème</sup> conférence Albert Meyrand, éd. UDM, Montréal, 2017, p. 11 : « Une pratique s'est alors développée au sein des copropriétés, qui consiste à reconnaître parfois à ces copropriétaires un droit de jouissance spéciale et perpétuelle sur la partie commune en cause. La Cour de cassation, loin de pousser des cris d'orfraie, a au contraire reconnu pleine efficacité juridique à ces nouveaux droits. De là à sonner immédiatement le glas du numerus clausus des droits réels, il n'y avait qu'un pas ... ».

<sup>1439</sup> En ce sens : P. Berlioz, *Droits des biens*, op.cit., n°360 : « Toutefois, cette solution peut sans doute être justifiée par la spécificité de la copropriété » ; R. Libchaber, *RDC*, 2013, p.584 (note sous C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 31 octobre 2012, n° 11-16304 ).

<sup>1440</sup> En ce sens : « Lorsque le titulaire du droit est titulaire d'un lot dans la même copropriété, cette qualification ne saurait être conciliée avec l'appartenance indivise des mêmes parties à tous les copropriétaires : la qualification en un droit réel revient à admettre que l'intéressé puisse constituer un droit réel sur son propre bien, ce qui jure avec des principes élémentaires – *Nemini res suat servit* (...) La qualification de droit réel du droit de jouissance exclusif d'une portion des parties communes n'a de sens que lorsque son copropriétaire n'intègre la copropriété qu'au titre de ce droit » : F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, op.cit., n° 313.

communal d'Engenthal et de Dabo. Pourtant, la Cour d'appel de Colmar<sup>1441</sup>, en son temps, avait reconnu que les habitants n'étaient que bénéficiaires du droit, et que seule la commune était titulaire du droit d'usage, évoquant également le caractère collectif de ce droit accordé à une communauté d'habitants<sup>1442</sup>. Nul doute qu'il s'agit ici d'un droit réel spécifique, qui trouve son fondement dans la féodalité et qui fut parfois évoqué sous la qualification *sui generis* de servitude collective<sup>1443</sup>. À ce titre, que ce « droit au bois bourgeois » soit qualifié de simple droit personnel peut surprendre. Nul doute que si la Cour de cassation avait reconnu formellement la libre création des droits réels, la solution aurait été différente. Il nous semble donc qu'à défaut d'un arrêt de principe clair, la reconnaissance de la liberté de création des droits réels restait discutée et discutable.

## **II/ La reconnaissance d'un « droit réel de jouissance spéciale » ou la fin de la lecture restrictive de l'article 543 du Code civil**

Contrairement à l'ensemble des arrêts qui l'ont précédée, la jurisprudence dite « Maison de Poésie » se caractérise par l'affirmation d'un principe fort : la libre création de droits réels en dehors de ceux institués par le Code civil. Ce principe peut se déduire par un raisonnement en deux temps. Tout d'abord par la reconnaissance par la troisième chambre civile de la Cour de cassation d'un droit réel « *conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un bien* », ce qui est une qualification externe à la lettre de l'article 543 du Code civil (A). Suite à la reconnaissance de ce nouveau droit, la Cour de cassation a utilisé, à plusieurs reprises, cette nouvelle qualification, au point de faire de la notion un contenant pour les droits réels innomés (B).

---

<sup>1441</sup> CA Colmar, 7 février 1905.

<sup>1442</sup> Pour plus de détail : G. Huffel, *Le Comté de Dabo dans les Basses-Vosges : ses forêts, ses droits d'usage forestiers ; étude historique forestière et juridique*, Nancy, 1924. La question a également été posée, en 2019, par le sénateur Jean-Louis Masson, au ministère de l'intérieur ; le sénateur voulait savoir si, dans le cadre des concertations entre l'ONF et les usagers, ceux-ci pouvaient s'entretenir individuellement avec les représentants de l'ONF. La réponse du Ministère de l'agriculture et de l'alimentation est claire : malgré l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 2009 (arrêt précité), la titularité du droit d'usage est ici communale. Selon la réponse ministérielle, suivant la Cour de Colmar, il s'agit d'un « *droit collectif accordé à la communauté des habitants* » (JO du Sénat du 21 février 2019, page 1007)

<sup>1443</sup> Sur cette qualification pour les anciens droits d'usage : C. Cau-Gabée, *Droits d'usage et Code civil, l'invention d'un hybride juridique, op.cit.* ; J. Hansenne, *La servitude collective modalité du service foncier individuel ou concept original ?*, *op.cit.* Dans le même ordre d'idée, ces types de démembrements spécifiques ont pu être qualifiés de « servitude mixte » : E. Meiller, « Le droit réel, vecteur de services environnementaux », *in Le droit des biens au service de la transition écologique, op.cit.*, 2018, p.78. Dans un cas, comme dans l'autre, ces notions trouvent un fondement commun dans l'idée de servitude personnelle, prise dans le sens romain, c'est-à-dire une servitude qui bénéficie à la personne.

## A. La reconnaissance d'un nouveau droit réel : le droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un bien

À travers la jurisprudence « Maison de Poésie », c'est tout un courant doctrinal<sup>1444</sup> qui voit sa pensée consacrée, celle de l'absence de *numerus clausus* des droits réels. Plus que cela, cette jurisprudence s'inscrit dans ce qui semble être l'implacable marche de l'histoire ; une marche qui paraît, au premier regard, fouler l'héritage juridique révolutionnaire alors qu'elle pourrait se concevoir, tout à la fois, comme son dépassement et un retour à la tradition.

**461. Exposé de l'affaire initiale.** Comme il est de coutume en matière de création de droits réels, l'affaire initiale qui déboucha sur la jurisprudence « Maison de Poésie » provient de la pratique notariale. En 1932, la fondation « Maison de Poésie » vendit un hôtel particulier à la Société des auteurs et compositeurs dramatiques. Cela étant, la vente était soumise à une condition particulière puisque l'acte précisait que « *N'est toutefois pas comprise dans la présente vente et en est au contraire formellement exclue, la jouissance ou l'occupation par La Maison de Poésie et par elle seule des locaux où elle est installée actuellement et qui dépendent dudit immeuble* ». Ainsi, si transfert de propriété il y avait, l'ancien propriétaire excluait la jouissance d'une partie de l'immeuble. C'est seulement en 2007 que l'acquéreur a assigné la fondation « Maison de Poésie », afin qu'elle soit condamnée à quitter les lieux et à payer au nouveau propriétaire une indemnité d'occupation. Que cela soit en première instance ou devant la Cour d'appel de Paris, les juges du fond ont donné raison au demandeur en qualifiant ledit droit de « droit d'usage et d'habitation » et ont conclu à sa durée trentenaire.

---

<sup>1444</sup> Ces dernières années, le refus de l'existence d'un *numerus clausus* des droits réels est demeuré, jusqu'à ce que la jurisprudence de la Cour de cassation le confirme, une idée majoritairement partagée par les auteurs. Par exemple, sur ce point : F. Terré, P. Simler, *Les biens, op.cit.*, n° 52 ; J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Les biens, op.cit.*, n° 53 ; C. Atias, *Les biens, op.cit.*, n° 70 ; P. Berlioz, *Droit des biens, op.cit.*, n° 355 ; W. Dross, *Les choses, op.cit.*, n° 127 ; J. Carbonnier, *Les biens*, P.U.F., 2004, n° 706 ; L. Aynès, P. Malaurie, *Les biens*, n° 359. Pour un avis contraire, c'est-à-dire qui reconnaît l'existence d'un *numerus clausus* des droits réels (et défendait son maintien) : F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens, op.cit.*, n° 296 et n° 313a ; C. Larroumet, *Droit Civil, Les biens : Droits réels principaux*, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., T.2, 2006, n° 51 *sqq.*

**462. Arrêt du 31 octobre 2012 et suites jurisprudentielles.** Portée devant la troisième chambre civile de la Cour de cassation<sup>1445</sup>, les juges ont censuré la décision de la Cour d'appel de Paris au motif 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* » et conclu que la Cour d'appel avait violé les articles 544 et 1134 du Code civil, notamment en ce que « *les parties étaient convenues de conférer à La Maison de Poésie, pendant toute la durée de son existence, la jouissance ou l'occupation des locaux où elle était installée* ».

De cet arrêt, deux éléments prédominent et méritent l'analyse. Premièrement, mais son importance est telle que cela fera l'objet d'observations postérieures<sup>1446</sup>, la question de la détermination de la durée des droits réels et plus spécifiquement de leur potentielle perpétuité. Sans s'arrêter sur la question de la durée en tant que telle, on perçoit aisément que la Cour de cassation reconnaît la durée fixée par les parties. En censurant la Cour d'appel sur ce point, les magistrats de la Cour de cassation ont reconnu la validité d'une durée déterminée conventionnellement. Secondement, la Cour de cassation reconnaît l'existence d'un « *droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale* ». La Cour d'appel de renvoi s'est inscrite dans le sens de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en précisant que « *ce droit réel ne constituant pas un droit d'usage et d'habitation (...) les articles 619 et 625 du Code civil n'ont pas vocation à s'appliquer* »<sup>1447</sup>. Cette position sera également reconnue dans le dernier volet de l'affaire, l'arrêt dit « *Maison de Poésie II* »<sup>1448</sup>. Ici aussi, les juges du Quai de l'horloge vont reprendre une solution similaire en reconnaissant que « *les parties avaient entendu instituer, par acte de vente des 7 avril et 30 juin 1932, un droit réel distinct du droit d'usage et d'habitation régi par le Code civil* ».

---

<sup>1445</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 31 octobre 2012, n°11-16304, Bull, III, n° 159 : Agostini, *LPA*, 2013, n° 12, 10, Tadros, *D.*, 2012, 2596 ; d'Avout et Mallet-Bricou, *D.*, 2013, 53 ; Cohet-Cordey, *AJDI*, 2013, 540 ; Bergel, *RDI*, 2013, 80 ; Testu, *JCP G*, 2012, 1400 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2013, I, 429, n° 12 ; Tranchant, *Defrénois*, 2013, 12 ; Seube, *RDC*, 2013, 627 ; Thomassin, *LPA*, 29 oct. 2013, p.10 ; Dross, *RTD civ*, 2013, 141 ; Dubarry et Julienne, *RLDC*, 2013, n° 101, p.7 ; Agostini, *LPA*, 16 janv. 2013, 12 ; Libchaber, *RDC*, 2013, 584 ; Painchaux, *RTDI*, 2014, 11. ; Khun, *JCP N*, n° 45, 2014, 132, Reboul-Maupin, *D.*, 2013, 2123.

<sup>1446</sup> Voir Partie II, Titre II, Chap. II.

<sup>1447</sup> CA Paris, Pôle 4, ch.1, 18 septembre 2014, n° 12/21592 : Andreu, *D.*, 2014, p.1874 ; Dross, *RTD civ*, 2014, 920 ; Trados, *RDC*, 2015, 2.

<sup>1448</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 8 septembre 2016, n° 14-26953 : d'Avout et Mallet-Bricout, *D.*, 2017, 134 ; Dubarry et Streiff, *JCP N*, 2016, p.1294 ; Laurent, *JCP G*, 2016, p.1172. ; Dross, *RTD civ*, 2016, p.894 ; Bergel, *RTD civ*, 2016, p.598 ; Melleville, *JCP G*, 2016, p.1692 ; Barbieri, *LPA*, 4 nov. 2016, p.11 ; Périnet-Marquet, *Defrénois*, 2016, 9 ; Gaillard, *Gaz. Pal.*, 13 déc. 2016, 73 ; Triboulet, *RLDC*, 2016, n°142, 28 ; Seube, *Dr. et patrim.*, 2016, n° 263, 93 ; Sizaïre, *Constr.-urb.*, 2016, comm. 134 ; Tranchant, *Defrénois*, 2016, n° 22, 7 ; Reboul-Maupin, *D.*, 2017, 1789.

Ce droit, qu'il est possible de dénommer « droit de jouissance spéciale », trouva dans la jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation une autre forme d'expression. En effet, le « *droit réel conférant le bénéfice de la jouissance spéciale d'un bien* » s'est étendu au-delà de l'affaire « Maison de Poésie »<sup>1449</sup>. En l'espèce, un syndicat de copropriétaires d'un immeuble avait reconnu à la société ERDF un droit d'usage sur un lot de copropriété. Voulant contester cette convention, le syndicat a agi afin de faire reconnaître l'expiration de la convention reconnaissant le droit d'usage et d'obtenir la libération des lieux. En seconde instance, la Cour d'appel de Caen a qualifié le droit en question de « *droit réel de jouissance spéciale exclusif et perpétuel* », les parties n'ayant pas conventionnellement déterminé la durée du droit. Saisie de l'affaire, la Cour de cassation censura la décision d'appel au motif qu'en l'absence de terme dans la convention, la perpétuité du droit ne pourrait être reconnue et que les articles 619 et 625 du Code civil venaient à s'appliquer. Une fois de plus, le cœur du problème réside dans la question de la durée du droit de jouissance spéciale. Car c'est bien ici encore de ce type de droit dont il s'agit, puisque les juges du Quai de l'Horloge rappellent le nouveau principe, à savoir : « *le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien* ». Il est donc possible de déduire de la jurisprudence de la Cour de cassation un principe : celui de la création d'un nouveau droit réel nommé, « *droit réel conférant le bénéfice de la jouissance spéciale d'un bien* ».

## **B. La reconnaissance de la libre constitution des droits réels**

Il convient désormais de replacer la création de ce nouveau droit réel dans un contexte plus large qu'est celui de la libre constitution des droits réels. La problématique est la suivante : le droit de jouissance spéciale confirme-t-il pleinement la liberté création des droits réels

---

<sup>1449</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 28 janvier 2015, n° 14-10013, Bull. III, n°13 : Sturlèse, *JCP G*, 2015, 251 ; Agostini, *LEDIU*, 2015, n° 3, 1 ; Barbiéry, *LPA*, 2015, n°44, 11 ; Dubarry et Julienne, *JCP N*, 2015, 1083 ; Parance, *RLDC*, 2015, n° 127, 70 ; Boffa, *RDC*, 2015, 272 ; Cohet, *RTDI*, 2015, n°2, 53 ; Juillet, *Constr.-urb.*, 2015, comm. 55 ; Feydeau, *JCP G*, 2015, 413 ; Le Normand, *JCP E*, 2015, 1390 ; Le Rudulier, *AJDI*, 2015, 304 ; Mallet-Bricout, *D.*, 2015, 599 ; Dross, *RTD civ*, 2015, 413 ; Milleville, *JCP G*, 2015, 148 ; Bergel, *RDI*, 2015, 175 ; Andreu et Thomassin, *Defrénois*, 2015, 419 ; Thomat-Raynaud, *Gaz. Pal.*, 2015, n° 160, 36 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2015, p.901 ; Perruchot-Triboulet, *RLDC*, 2015, n° 127, 70 ; Pezzella, *RTDI*, 2015, n°1, 51 ; Revet, *JCP G*, 2015, 252 ; Sablière, *AJDI*, 2015, 823 ; Tadros, *Dr. et patrim.*, 2015, 600.

innomés ? Les propositions de l'association Henri Capitant<sup>1450</sup> envisageaient de consacrer, au sein du Livre II du Code civil, un « droit réel de jouissance spéciale »<sup>1451</sup>. Désormais acquis par la jurisprudence de la Cour de cassation, il convient d'interroger ce nouveau « droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un bien ».

**463. Le double visa : les articles 544 et 1134 (ancien) du Code civil.** Un premier indice pourrait d'abord se trouver dans le double visa sous lequel l'arrêt dit « Maison de Poésie » fut rendu : les articles 544 et 1134 (ancien) du Code civil. Si l'utilisation de l'article 544 n'a rien de surprenant – il confirme simplement la possibilité de démembrer son bien par le propriétaire – la référence à l'article 1134 est loin d'être anodine. Socle de la liberté contractuelle, son utilisation, combinée à l'article 544, semble vouloir exprimer la faculté offerte aux parties de créer un droit réel qui ne peut être rattaché aux droits reconnus par le Code civil, et confirme sa force contraignante. Ainsi, si les magistrats de la troisième chambre civile n'évoquent pas explicitement une "liberté de création (ou de constitution) des droits réels", ni même une quelconque "absence de *numerus clausus*" des droits réels, ces éléments se déduisent de la solution retenue. En effet, en retenant une qualification juridique non présente dans le Code civil et en rappelant que les parties sont liées par les dispositions du droit constitué par elles, les juges viennent reconnaître la libre constitution des droits réels. Désormais, l'article 543 du Code civil ne peut plus connaître une lecture restrictive. Comme l'a justement souligné Jean-Louis Bergel, le droit réel de jouissance spéciale reconnu par la Cour de cassation est « *au confluent du droit de la propriété et du droit des contrat* »<sup>1452</sup>.

**464. Une jouissance « spéciale ».** Ce point de vue se confirme lorsque l'on regarde de plus près ce que pourrait contenir le « droit de jouissance spéciale ». Comme le souligne Lionel Andreu, la sémantique retenue par la Cour de cassation confirme que « *c'est la jouissance qui*

---

<sup>1450</sup> L'article 608 des propositions de réforme de l'association Henri Capitant était rédigé ainsi : « *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 plusieurs de ses biens* ». Pour une présentation générale du projet : H. Périnet-Marquet, « La proposition de réforme du droit des biens », *D.*, 2009, p.152. Pour une approche critique du projet : B. Mallet-Bricout et W. Dross, « L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique », *D.*, 2008, p.509 sqq ; F. Zenati-Castaing, « La proposition de refonte du livre II du Code civil : étude critique », *RTD civ*, 2009, p.211 sqq.

Pour une approche du phénomène de réception des projets de réformes dans les strates du droit positif :

L. Andreu, « L'intégration jurisprudentielle des projets de réformes dans le droit positif », *D.*, 2013, p.2108 sqq.

<sup>1451</sup> Article 608 et suivant, inclus dans le chapitre IV du livre II du Code civil, chapitre consacré au « *démembrements de la propriété* ».

<sup>1452</sup> J.-L. Bergel, note sous : C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 31 octobre 2012, n°11-16304 : *RDI*, 2013, p.80. Dans un sens similaire : P. Berlioz, *Les biens, op.cit.*, n°357 : « *la création d'un droit réel est le fruit de l'exercice combiné de deux libertés : la propriété et la liberté des conventions* ».

*est spéciale* »<sup>1453</sup> et non le droit. Elle s'oppose alors à l'idée d'une jouissance générale, ou totale. Elle est une jouissance qui sera plus modérée que ne l'est celle de l'usufruit ou du droit d'usage et d'habitation<sup>1454</sup>, une jouissance « *restreinte, délimitée, spécifique* »<sup>1455</sup>. Contrairement au droit d'usufruit, dont les prérogatives sont clairement définies par le Code civil, le droit de jouissance spéciale ouvre le chemin des possibles en offrant une multitude de possibilités différentes grâce à la jouissance spécifique d'utilité(s) particulière(s)<sup>1456</sup>.

Dès lors, pour certains auteurs<sup>1457</sup>, le droit réel conférant le bénéfice de la jouissance spéciale d'un bien serait un clin d'œil aux propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens. Il est vrai que la ressemblance est troublante, seul le terme "usage"<sup>1458</sup> ayant disparu de la sémantique utilisée par le Cour de cassation. Pour une autre auteure, la volonté de la Cour de cassation ne fut pas de consacrer un nouveau droit réel nommé mais, au contraire, de rendre compte de la potentialité de l'innomé. Pour ce faire, l'auteure retient que « *la formulation choisie est purement fonctionnelle : ce droit confère le bénéfice d'une jouissance spéciale ; il ne s'agit pas d'une définition, mais d'une description de l'opération* »<sup>1459</sup>. Cette approche pourrait venir, notamment, d'une forme d'abandon de l'expression « jouissance spéciale » par la Cour de cassation, ce qui pourrait se déduire de l'arrêt *Maison de la Poésie II*<sup>1460</sup>.

**465. L'abandon de la « jouissance spéciale » ?** Que nous dit exactement l'arrêt dit « *Maison de la Poésie II* » ? Le « *droit réel conférant le bénéfice de la jouissance*

---

<sup>1453</sup> L. Andreu, « Analyse et régime des droits de jouissance spéciale », in *Liberté contractuelle et droits réels, op.cit.*, p.137.

<sup>1454</sup> Pour certains auteurs, le droit d'usage et d'habitation pourrait être analysé comme un droit de jouissance spéciale nommé, la jouissance étant ici également restreinte en comparaison de la jouissance de l'usufruit. En ce sens : H. Périnet-Marquet, *Defrénois*, 2016, 9 (note sous arrêt précité : C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 8 septembre 2016, n° 14-26953).

<sup>1455</sup> L. d'Avout, B. Mallet-Bricout, « La liberté de création des droits réels aujourd'hui », *D.*, 2013, p.53, spé. n° 16.

<sup>1456</sup> L. Andreu, Analyse et régime des droits de jouissance spéciale, *op.cit.*, p.151 : « *Il n'y a (...) pas un droit de jouissance, dont les effets seraient homogènes, mais autant de droit de jouissance spéciale que de jouissance concevable (chasse, pêche, droit aux fruits, ou au seul usage, passage, etc.). Le régime du droit de jouissance spéciale subit nécessairement un éclatement* » ; Dans un sens similaire : J. François, « Qu'est-ce qu'un droit réel de jouissance spéciale », *D.*, 2019, p.1660 *sqq.*

<sup>1457</sup> En ce sens, voir commentaires précités sous l'arrêt *Maison de Poésie* (C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 31 octobre 2012, n° 11-16304) : Louis d'Avout et Blandine Mallet-Bricout, Jean-François Barbiéri, Hugues Périnet-Marquet.

<sup>1458</sup> Comme précisée par Blandine Mallet-Bricout, la seconde version de l'avant projet de réforme évoquait « *l'usage spécial ou la jouissance spéciale de son bien* ». Voir : B. Mallet-Bricout, « *Le numerus clausus des droits réels : la fin d'un mythe* », *op.cit.*, p.16.

<sup>1459</sup> F. Vern, *Les objets juridiques. Recherches en droit des biens*, Thèse, IEP Paris, 2018, n°358, p.509.

<sup>1460</sup> *Ibid.* : « *Dans son second arrêt, la Cour de cassation s'est, d'ailleurs, désolidarisée complètement de la formule doctrinale (...) Le droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale est cantonné à un emploi descriptif, susceptible de s'adapter aux particularités de l'espèce* ».



*spéciale d'un bien*» n'est plus ici évoqué, remplacé par « *un droit réel distinct du droit d'usage et d'habitation régi par le Code civil* ». Faut-il y voir un signe avant coureur d'un rétropédalage par le Cour de cassation ? Rien n'est moins sûr. Plusieurs éléments semblent d'ailleurs confirmer cette position.

La rédaction de l'arrêt, tout d'abord, « *d'une coloration assez factuelle* »<sup>1461</sup>, pourrait laisser entendre que les juges ont utilisé ce vocable afin de justifier leurs positions sur la durée du droit conféré. Cela peut se comprendre notamment au regard de l'arrêt dit « ERDF » rendu en 2015 et dont la solution repose sur l'application, pour un droit réel de jouissance spéciale, des dispositions relatives à la durée de l'usufruit et du droit d'usage et d'habitation en cas d'absence de durée conventionnellement déterminée. Dès lors, en reconnaissant que les parties avaient, en l'espèce, déterminé une durée, les juges ont dès lors pu écarter l'application des dispositions 619 et 625 du Code civil. À notre avis, l'utilisation de ce vocable reflète seulement l'application, par la 3<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation, de sa propre jurisprudence. Lorsque la Cour emploie l'expression « *un droit réel distinct du droit d'usage et d'habitation régi par le Code civil* », elle semble simplement rappeler que la volonté des parties n'est pas de s'inscrire dans le cadre spécifique du droit d'usage et d'habitation, mais bien de créer un droit réel *sui generis*.

**466. La confirmation de la jouissance spéciale.** Ensuite, par le commentaire du conseiller à la troisième chambre civile de la Cour de cassation, Olivier Echappé<sup>1462</sup>. Dans celui-ci, l'auteur n'opère pas de distinction, quant à la qualification du droit, entre le premier et le second arrêt « Maison de la Poésie ». Plus que ça, il semble réunir ces trois arrêts (en y ajoutant l'arrêt « ERDF ») sous la forme d'une trilogie jurisprudentielle et y apporte une cohérence entre tous. Ainsi, le conseiller précise qu'« *on doit évidemment en déduire non seulement que la catégorie des droits réels ne peut être limitée à la liste qu'en donne le Code civil, mais encore que les juristes peuvent désormais imaginer toute sorte de droits réels variés, adaptés à la situation des biens et de leurs propriétaires* »<sup>1463</sup>. Les mots choisis sont clairs et tranchent ainsi plusieurs débats doctrinaux, du moins sait-on l'intention de la Cour de cassation quant à la question des droits réels et plus spécifiquement du droit de jouissance spéciale. En conclusion, le conseiller évoque « *l'acte de décès de la thèse du numerus*

---

<sup>1461</sup> R. Boffa, « Maison de la Poésie : la messe est dite », *RDC*, 2017, n°113w7, p.60.

<sup>1462</sup> O. Echappé, « Propriété et droits réels principaux : les arrêts fondation Maison de Poésie », *Defrénois*, 23 août 2018, n°138r8, p.15.

<sup>1463</sup> *Ibid.*

clausus »<sup>1464</sup>, ce qui ne faisait déjà plus de véritable doute. Surtout, et c'est ici l'essentiel pour notre propos, le conseiller Echappé confirme la volonté libérale de la Cour de cassation, celle de permettre la constitution de droits réels de « toute sorte ». Cette approche avait été soulignée par la doctrine, les auteurs reconnaissant, avec le caractère « spécial » de la jouissance, la liberté de constituer librement des droits réels pouvant porter sur des utilités particulières du bien<sup>1465</sup>. Les possibilités sont alors nombreuses, elles ne dépendent que des utilités que peuvent offrir les choses et trouvent à s'appliquer dans des cas très divers<sup>1466</sup>. On retiendra, par exemple, les potentialités en matières environnementales<sup>1467</sup>, familiales<sup>1468</sup>, rurales<sup>1469</sup>, en droit des sociétés<sup>1470</sup> ou encore dans le cadre de la gestion patrimoniale<sup>1471</sup>. À partir du moment où la conventionalité prend une place significative dans la possibilité de concevoir des droits réels, c'est la diversité des utilités des choses qui, lorsqu'elle conjugue avec l'ingénierie humaine, offre des nouveaux horizons.

**467. Un contenant, plus qu'un contenu.** Que cela nous dit-il sur le droit de jouissance spéciale ? À notre sens, qu'il est un contenant plus qu'un contenu. Que la jouissance est spéciale en ce qu'elle diffère de la jouissance conférée par les droits réels nommés. Qu'ainsi, le droit de jouissance spéciale n'est pas spécifiquement relatif au contenu du droit dont il était question dans l'affaire Maison de Poésie, mais qu'il a vocation à embrasser l'ensemble des jouissances se fondant sur des prérogatives iconoclastes. En soi, la consécration du droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un bien dépasse les propositions portées par

---

<sup>1464</sup> *Ibid.*

<sup>1465</sup> Voir, en ce sens, la majorité des commentaires précités sous l'arrêt « Maison de la Poésie ». Également : W. Dross, « La qualification du droit réel de jouissance spéciale », in *Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale, Actes du colloque du 18 janvier 2017*, NVP, n°324, juin 2017, p.14 : « Puisque la liberté de démembrement ne plus aujourd'hui débat, il est possible d'ériger n'importe quel usage de la chose en droit réel afin d'en investir un tiers. Il sera donc par exemple possible de conférer à un tiers le droit de faire du pédalo sur un étang et à un autre le droit d'y faire de la voile, mais les nuits de pleine lune seulement et sur un bateau blanc encore ».

<sup>1466</sup> Sur ce point : V.R. Mortier, « Quelles nouvelles libertés suite à la consécration jurisprudentielle des droits réels conventionnels de jouissance ? », *JCP N*, 2014, 1284.

<sup>1467</sup> M. Mekki, « Les virtualités environnementales du droit réel de jouissance spéciale », *RDC*, 2014, 110c3, p.105. Toujours dans une dimension environnementale, mais dans une utilisation négative du droit réels de jouissance spéciale, c'est-à-dire un droit réel de non usage : J.-P. Bus, « Droit réel et restriction d'usage : une innovation juridique », *D.*, 2015, 64.

<sup>1468</sup> N. Laurent-Bonne, « Le droit réel de jouissance spéciale dans un contexte familial », *AJ Fam.*, 2019, 144.

<sup>1469</sup> J.-C. Hoche, « Les applications en droit rural », in *Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale*, op.cit., p.36.

<sup>1470</sup> J. Dubarry, V. Streiff, *JCP N*, 2016, 1294 ; P. Krummenacker, « Les applications en droit des sociétés », in *Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale*, op.cit., p.29.

<sup>1471</sup> A. Thural, « Les application en matière de gestion de patrimoine », in *Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale*, op.cit., p.25.

l'association Henri Capitant. Le projet proposait, en ses articles 610<sup>1472</sup> et 611<sup>1473</sup>, de calquer le régime du droit réel de jouissance spéciale sur celui de l'usufruit. Or, dans le cadre des arrêts rendus par la Cour de cassation, il est possible de distinguer que le régime de ces droits est largement déterminé par la volonté des parties, décrite par certains auteurs comme « *la boussole* »<sup>1474</sup> des juges. À ce titre, il a été soulevé le fait qu'il n'existait pas de régime déterminé pour les droits réels de jouissance spéciale<sup>1475</sup>. En définitive, là où l'avant projet proposait de consacrer une notion, avec un contenu déterminé, la Cour de cassation semble davantage envisager la notion comme un contenant dont le contenu sera essentiellement déterminé par la volonté des parties. La détermination du caractère « spécial » de la jouissance est de l'essence même de ce droit et va ainsi servir de repère aux juges comme l'élément principal de qualification. Elle est le critère du contenant, ce que semble prouver un arrêt récent rendu par la Cour de cassation.

**468. L'expansion du droit réel conférant le bénéfice de jouissance spéciale au cadre spécifique de la copropriété des immeubles bâtis.** Dans un arrêt à large diffusion rendu le 7 juin 2018<sup>1476</sup>, la troisième chambre civile de Cour de cassation semble ouvrir considérablement le domaine droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un bien. Une nouvelle utilisation qui vient confirmer le fait que ce nouveau droit se conçoit davantage comme un contenant que comme un contenu ; un droit que l'on pourrait qualifier

---

<sup>1472</sup> Article 610 : « *Le titulaire d'un droit réel de jouissance spéciale bénéficie des droits mentionnés aux articles 582 et 585 et supporte les obligations mentionnées aux articles 586 à 588 et 590* ».

<sup>1473</sup> Article 611 du Code civil : « *Le droit réel de jouissance s'éteint :*

- *par l'expiration du temps pour lequel il a été consenti, lequel ne peut excéder trente ans ;*

- *par la réunion dans le même patrimoine des deux qualités de bénéficiaire de la jouissance spéciale et de propriétaire ;*

- *par le non-usage pendant une durée déterminée, le cas échéant, par convention ;*

- *par la perte totale de la chose sur laquelle il a été établi* ».

<sup>1474</sup> L. d'Avout, B. Mallet-Bricout, « De l'autonomie, de la durée et des causes d'extinction des droits réels de jouissance spéciale », *D.*, 2017, 134.

<sup>1475</sup> La question du régime des droits réels de jouissance spéciale intervient notamment quant à sa durée, et plus spécifiquement encore sur sa potentielle perpétuité. Ainsi, sans devancer nos futurs propos, il est notable que l'arrêt *Maison de Poésie 2* a confirmé que la durée conventionnelle des parties était valable, quand bien même celle-ci n'était pas en adéquation avec la durée prévue pour l'usufruit ou le droit d'usage et d'habitation. En l'espèce, la durée du droit était fixée sur la durée de vie de la personne morale bénéficiaire. Or, le Code civil prévoit, dans le cadre de l'usufruit, une durée limitée à 30 ans pour les personnes morales. Ici, le régime du droit réel de jouissance est donc conventionnel.

<sup>1476</sup> C. cass. Civ 3<sup>ème</sup>, 7 juin 2018, n°17-17240 : Barbiéri, *LPA*, août 2018, 10 ; Bergel, *RDI*, 2018, 448 ; Danos, *RDC*, 2018, 436 ; Dross, *RTD civ*, 2018, 712 ; Laurent, *Defrénois*, 2018, n° 42, 33 ; Kilgus, *Dalloz actu*, 19 juin 2018 ; Lardeux, *LPA*, 8 octobre 2018, 8 ; Masson, *D.*, 2018, 1577 ; Tomasin, *AJDI*, 2019, 216 ; Danos, *RDC*, 2018, 436 ; Eeckhoudt, *LPA*, novembre 2018, 9 ; Neyret et Reboul-Maupin, *D.*, 2018, 1772.

de « fourre-tout »<sup>1477</sup>, et dont la vocation serait de pouvoir englober l'ensemble des droits réels innomés qui confèrent une jouissance spéciale du bien.

Dans cet arrêt, le propriétaire d'un lot « à usage de piscine » avait, par ajout au règlement de copropriété, garanti à l'ensemble des copropriétaires l'usage de la piscine pendant les « vacances scolaires », tout en assurant l'entretien de ladite piscine. La Cour de cassation va ici reprendre la notion de droit réel de jouissance spéciale en l'adaptant au cadre de la copropriété, en évoquant « *un droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale à un autre lot* ». Sans entrer tout de suite dans l'analyse de l'arrêt, notamment dans la reconnaissance du caractère « *perpétuel* » du droit, il convient d'en tirer des conclusions quant à l'utilisation du droit réel conférant le bénéfice de la jouissance d'un bien par la Cour de cassation.

La sémantique utilisée par les juges de la troisième chambre civile n'a rien d'anodine. En faisant entrer la notion de droit réel de jouissance spéciale dans le giron de la copropriété, la Cour de cassation dépasse le cadre des droits réels établis pour l'usage d'une personne déterminée ; c'est l'ensemble des copropriétaires qui sera bénéficiaire<sup>1478</sup>. Il faut reconnaître que, d'un point de vue pratique, se sont bien les différents copropriétaires qui vont jouir du plaisir de se baigner dans la piscine. Contrairement aux servitudes, qui imposent une charge pour le fonds dans le but de lui conférer une utilité objective, l'utilité peut ici être qualifiée de subjective<sup>1479</sup>. Elle ne sert pas directement le fonds mais les titulaires d'un droit sur le fonds, en l'occurrence les titulaires d'un droit de propriété sur les parties privatives, ce qui fera dire à un auteur qu'il s'agirait d'un « *droit réel sui generis "propter rem"* »<sup>1480</sup>. Pourtant, à la lecture de l'arrêt, il ne s'agirait pas d'un rapport établi entre une personne et un fonds, mais d'un

---

<sup>1477</sup> Ce terme a également été utilisé pour désigner la catégorie plus générale des « droits de jouissance », catégorie dans laquelle les droits réels de jouissance spéciale s'intègrent : F. Julienne, « La dualité des droits de jouissance des biens », *Dr. et Patrim.*, 2017, n°273 ; voir également : M. Eackhoudt : « Droits réels de jouissance spéciale : un inventaire à la Prévert », *LPA*, novembre 2018, p.9 *sqq.*

<sup>1478</sup> F. Vern, « Le droit réel de jouissance spéciale, toujours ? », *Gaz. Pal.*, n°26, 2018, n° 325r1, p.17 *sqq.* De cette analyse, l'auteur reconnaît alors de nouvelles potentialités pour le droit de jouissance spéciale, en permettant d'embrasser des jouissances communautaires.

<sup>1479</sup> En ce sens : F. Masson, « Liberté de créer des droits réels sui generis perpétuels en copropriété : la promesse de l'aube ? », *D.*, 2018, p. 1577 *sqq.* Il a néanmoins été soutenu que les critères d'utilités peuvent être entendus de manière extensive, notamment dans le cadre des servitudes conventionnelles. En ce sens, la qualification de servitude aurait pu être envisagée : F. Danos, « Le droit réel de jouissance spéciale attaché à un lot de copropriété peut être perpétuel », *RDC*, n°3, 2018, p.436 *sqq.* De même, il peut être défendu que ce droit augmente la valeur pécuniaire des lots et qu'il s'agit alors d'une utilité objective.

<sup>1480</sup> F. Masson, « Liberté de créer des droits réels sui generis perpétuels en copropriété : la promesse de l'aube ? », *op.cit.*, spéc. n°6 : « Cette figure peut être qualifiée (un peu lourdement hélas) de droit réel sui generis "propter rem" : c'est un droit réel sui generis en ce qu'il offre une jouissance spéciale sur une chose ; il est propter rem en ce que le titulaire du droit réel ne l'est qu'en sa seule qualité de propriétaire ».

rapport établi entre deux fonds. C'est ce que semble considérer la Cour de cassation quant elle évoque « *une charge imposée à certains lots, pour l'usage et l'utilité des autres lots appartenant à d'autres propriétaires* ». Cela n'est pas sans rappeler la terminologie usitée dans le cadre des servitudes, sans que celle-ci ne soit ici reconnue<sup>1481</sup>. À défaut d'une qualification de servitude conventionnelle, c'est bien une jouissance spéciale, en l'occurrence du lot, qui est déterminée. Cette ambiguïté fera dire à une auteure qu'il pourrait alors s'agir d'une reconnaissance d'un droit hybride, établissant tant un rapport entre fonds et personnes qu'un rapport entre deux fonds<sup>1482</sup>.

**469.** À partir de cet arrêt, il est possible de défendre l'idée que la conventionalité propre au droit réel de jouissance spéciale n'a pas vocation à être restreinte au seul cas établissant un rapport entre une personne et une chose. L'arrêt du 7 juin 2018 invite à penser que les droits réels conférant la jouissance spéciale d'un bien peuvent également être établis dans un rapport entre deux fonds. La question de sa qualification portera donc sur le caractère "spéciale" de la jouissance. Cette analyse peut être établie en comparaison du droit de jouissance exclusif portant sur les parties communes, celui-ci ne pouvant qu'être cantonné au cas de la copropriété<sup>1483</sup>. Or, dans l'arrêt du 7 juin 2018, il ne s'agit que de parties privatives. En

---

<sup>1481</sup> Il est possible de penser que la qualification de droit réel de jouissance spéciale était une aubaine pour la Cour de cassation, le recours à la notion de servitude dans le cadre de la copropriété ayant longtemps été refusé par la Cour de cassation. En se fondant sur les conditions de l'article 637 du Code civil, qui impose une dualité d'immeubles distincts pour créer une servitude conventionnelle, les juges considéraient que la condition n'était pas respectée dans le cadre des lots de copropriété, puisque l'immeuble en copropriété étant analysé comme un ensemble immobilier non divisible. Ce n'est qu'en 2004 que la Cour de cassation reconnaîtra la possibilité de constituer une servitude, mais uniquement entre les parties privatives de deux lots (C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 30 juin 2004, n° 03-11562 : Giverdon et Capoulade, *D.*, 2005, 1134 ; Mallet-Bricout et Reboul-Maupin, *D.*, 2005, 2352 ; Bayard-James, *AJDI*, 2005, 218 ; J.-L. Bergel, *RDI.*, 2004, 440 ; Revet, *RTD civ*, 2004, 753). Or, en l'espèce, cette solution pouvait difficilement être appliquée, le caractère dualiste des lots n'étant pas ici respecté, le droit bénéficiant à l'ensemble des lots. Cela semble confirmer par l'arrêt de la Cour d'appel de Chambéry, qui précise l'indétermination des fonds servants et dominants, tout évoquant le caractère collectif des droits. En ce sens : W. Dross, « La perpétuité du droit réel de jouissance spéciale : une réponse en trompe-l'œil », *RTD civ*, 2018, 712 ; F. Masson, « Liberté de créer des droits réels sui generis perpétuels en copropriété : la promesse de l'aube ? », *op.cit.*

La qualification possible de servitude a pourtant été soulevée en doctrine (F. Danos, « Le droit réel de jouissance spéciale attaché à un lot de copropriété peut être perpétuel », *op.cit.* ; J. Laurent, « Consécration d'un droit réel de jouissance spéciale perpétuel entre lots de copropriété », *Deffrénois*, Octobre 2018, p.33) et semble être confirmée, à demi-mots, par le Conseiller Jariel (L. Jariel, Troisième rencontre de jurisprudence du droit immobilier, *Cour de cassation*, Support vidéo.)

<sup>1482</sup> L. Tranchant, « Copropriété : Analyse et portée des arrêts récents de la 3<sup>ème</sup> chambre civile », *Deffrénois*, n°17, 2019, p.25, n° V : « Ainsi, le droit réel identifié par l'arrêt est-il un droit réel hybride, "à cheval" entre le droit de jouissance et le service foncier ? Droit réel de jouissance en ce que, classiquement, il établirait un rapport de personne à chose (droit de jouissance) et à la fois service foncier en ce qu'il instaure un rapport de chose à chose. La perception de l'article 543 en ressortirait transformée, car c'est bien le caractère distributif "ou" que semble commander le texte. La double référence au droit réel de jouissance et à ce qui ressemble à la définition de la servitude contraint au détour de cette question... même si naturellement elle laisse perplexe ».

<sup>1483</sup> La spécificité de la copropriété des immeubles bâtis est ici avérée.

conséquence, il a été soulevé que les droits réels de jouissance spéciale pourraient donc être affectés ou attachés à un fonds et non seulement à un lot de copropriété<sup>1484</sup>. La solution donnée par la Cour de cassation pourrait-elle alors s'exporter en dehors du strict cadre de la copropriété ? Afin de pouvoir y répondre, il conviendra d'opérer une analyse d'ensemble, prenant en compte la spécificité temporelle de ce droit<sup>1485</sup>.

Pour autant, un premier élément de réponse pourrait être envisagé au regard de la liberté de création des droits réels de jouissance spéciale. Nous avons vu que, dans l'ensemble des arrêts précités, la notion de droit de jouissance spéciale est malléable, sans contenu spécifique, seulement conditionnée à la mise en place d'une jouissance spéciale et pouvant être utilisée comme un outil par les juges afin de qualifier des droits réels créés en dehors du Code civil. La notion de droit de jouissance spéciale paraît prendre la voie d'une notion « fourre-tout », un réceptacle qui permet à la liberté de création des droits réels de s'exprimer pleinement. À la manière de la propriété littéraire et artistique, laquelle permet le partage de ces utilités par l'outil contractuel qu'est la licence, le droit civil des biens s'inscrit dans un mouvement de libéralisation, un mouvement auquel le phénomène de contractualisation est le vecteur déterminant. Pour autant, cette liberté s'inscrit-elle dans un absolu, avec pour seule limite l'imagination de la pratique ? Ici, un arrêt récent rendu par la troisième chambre civile de la cour de cassation pourrait être perçu comme un premier élément de réponse.

**470. La limite du droit réel de jouissance spéciale : le détournement des droits réels principaux.** Soulevée par une majorité de la doctrine<sup>1486</sup>, la principale limite à la constitution d'un droit réel de jouissance spéciale serait le respect des conditions de création des droits réels principaux. Autrement dit, le droit réel de jouissance spéciale ne pourrait prendre la forme d'un Cheval de Troie ayant pour seul but de détourner les règles impératives qui constitueraient l'ordre public des biens. Il serait, par exemple, difficilement concevable

---

<sup>1484</sup> « *Le droit réel sui generis ne porte plus dans cette décision qui fera date, sur une partie commune, mais sur une partie privative, de telle sorte que la spécificité de la copropriété semble perdue et que le schéma paraît pouvoir être transposable hors copropriété. En lotissement, ou entre simples parcelles* » : L. Tranchant, « Copropriété : Analyse et portée des arrêts récents de la 3<sup>ème</sup> chambre civile », *Deffrénois*, n°17, 2019, p. 25, V ; Voir également :

<sup>1485</sup> Sur une telle analyse : *Infra* n° 531 à 534.

<sup>1486</sup> La majorité des auteurs reconnaissent cette limite, pour exemples : H Périnet-Marquet, « Propos conclusifs », in *Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale*, NVP, 2017, p.41 : « *Toute jouissance spéciale ne saurait, cependant, faire l'objet d'un droit réel innomé. Le nécessaire respect de l'ordre public (...) exclut toute velléité de tourner les nombreuses règles impératives affectant l'usage des biens ou leur cession* ». ; A. Trados, *RDC*, 2015, 131 (obs. sous. CA Paris, 18 septembre 2014, n° 14-26953) ; du même auteur : « La liberté d'aménager les droits réels principaux », in *Liberté contractuelle et droits réels*, *op.cit.*, p. 87 *sqq* ; T. Génicon, « L'ordre public des biens et les servitudes », in *Liberté contractuelle et droits réels*, *op.cit.*, p.109 *sqq*.

d'utiliser le droit réel de jouissance spéciale afin d'octroyer une forme d'usufruit permettant à son titulaire de disposer matériellement et juridiquement du bien<sup>1487</sup>. Tout d'abord parce que la jouissance ne serait pas spéciale, ensuite par nécessité de protéger la propriété.

Or, à la lecture de l'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 6 juin 2019<sup>1488</sup>, cette limite semble confirmée, du moins en partie. Dans les faits, deux immeubles sont imbriqués tant et si bien qu'une partie d'une pièce du premier étage de l'un dépasse sur la parcelle de l'autre, qui lui est adjacent. Le propriétaire subissant le surplomb vend l'immeuble et inclus dans l'acte de vente une clause, originellement qualifiée de servitude, qui réserve la jouissance exclusive du surplomb, sans que le droit ne soit limité dans le temps. Par la suite, le propriétaire du fonds dominant cède l'immeuble à une société immobilière, qui le divisera en lots, l'un deux comprenant la pièce en situation de surplomb. À l'occasion de travaux, le nouvel acquéreur du fonds dominant endommage un conduit présent sur le fonds servant. À ce titre, le propriétaire du fonds servant va donc demander la nullité de la servitude grevant son fonds et la démolition de la pièce en situation de surplomb. La cour d'appel, fidèle à la jurisprudence de la Cour de cassation, prononça la nullité de la clause au motif qu'une servitude ne peut priver le propriétaire du fonds servant de toute jouissance ou partie de sa propriété<sup>1489</sup>. Non content de cette décision, le syndicat de copropriété et l'acquéreur du fonds dominant se pourvoient en cassation en arguant que la clause de départ n'était pas constitutive d'une servitude mais d'un droit réel de jouissance spéciale et, qu'à ce titre, les juges du fonds auraient dû dépasser la dénomination de servitude présente dans l'acte et requalifier justement le droit en cause<sup>1490</sup>. La troisième chambre civile de la Cour de cassation contrôle et valide la qualification retenue par les juges du fonds en précisant que la clause était expresse, non équivoque, et qu'elle était alors constitutive d'une servitude.

---

<sup>1487</sup> Sur ce point : N. Laurent-Bonne, « Le droit réel de jouissance spéciale dans un contexte familial », *op.cit.*

<sup>1488</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 6 juin 2019, n° 18-14547 : Berlaud, *Gaz. Pal.*, juill. 2019, 41 ; Botrel, *Dalloz actu*, 3 juillet 2019 ; Danos, *JCP G*, n°27, juillet 2019, 729 ; Dubarry, *D.*, 2019, 1689 ; Laurent, *Defrénois*, juill. 2019, 30 ; Rouvière, *LEDIU*, 2019, n°122, p.7 ; Sturlèse, *Gaz. Pal.*, juillet 2019, 15 ; Vern, *Gaz. Pal.*, juillet 2019, Sturlèse, *Defrénois*, juillet 2019, 26 ; du même auteur : *D.*, 2019, 1684, François, *D.*, 2019, 1660.

<sup>1489</sup> En ce sens : Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 24 mai 2000, n° 97-22255, Bull. civ., III, n°113 ; Libchaber, *D.*, 2001, 151 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2000, 1, n°21 ; Bergel, *RDI*, 2000, 316. ; C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 12 décembre 2007, n° 06-18288 : Gavin-Milan-Oosterlynck, *RDI*, 2008, 268.

<sup>1490</sup> Il convient de rappeler que l'article 12 du Code de procédure civile permet au juge de dépasser les qualifications retenues par les parties en recherchant l'intention commune des parties.

Cet arrêt n'apporte pas de précision sur le contenu du droit réel de jouissance spéciale, il ne répond pas à la question, qui ne lui était pas posée par ailleurs, de savoir si un tel droit pouvait être qualifié de droit réel de jouissance spéciale<sup>1491</sup>. En revanche, il apporte une précision essentielle quant à l'usage qui peut être fait des droits réels innomés. Effectivement, le pourvoi avait tout intérêt à faire reconnaître, au détriment de la qualification de servitude, celle de droit réel de jouissance spéciale, permettant ainsi d'échapper aux causes de nullités des servitudes. Dès lors, en donnant raison aux juges du fonds d'avoir qualifié ce droit de servitude, les juges de la Cour de cassation ferment une porte d'entrée à l'ensemble des plaideurs qui souhaiteraient requalifier, *a posteriori*, un droit réel principal en droit réel innomé dans le seul but d'en évincer les causes de nullités<sup>1492</sup>. Comme l'a soulevé un auteur, le droit réel de jouissance spéciale « *ne peut être ce droit caméléon, le joker, qui serait la porte ouverte à toute les requalifications, absorbant tous les droits réels nommés et s'affranchissant, par la liberté de création qui le caractérise, de toute limitation, dès lors que sa qualification première heurterait une règle impérative qui lui est spécifique* »<sup>1493</sup>. Ce faisant, la Cour de cassation protège non seulement la notion de servitude, mais également celle de propriété, du moins en l'espèce. De même, en refusant la qualification de droit de jouissance spéciale, la Cour rappelle, en creux, qu'il s'agit d'un droit conventionnel et que les parties doivent avoir démontré, dans les conventions, la volonté de s'extirper des droits réels innomés<sup>1494</sup>.

En somme, la Cour régulatrice ne fait qu'appliquer sa propre jurisprudence, celle qui conditionnait la possibilité de créer des droits réels *sui generis* au respect des règles d'ordre

---

<sup>1491</sup> En tout état de cause, il est possible de douter qu'une telle qualification puisse lui être reconnue. En l'espèce, le droit conférerait une jouissance exclusive du surplomb, à titre perpétuel. Loin d'être une jouissance d'une utilité particulière et définie, la jouissance exclusive du surplomb, quant on lui rajoute la perpétuité, prend les caractères de la propriété. Une propriété qui ne dit pas son nom, qui divise le fonds, et qui ne pourrait être une jouissance spéciale du bien. En ce sens : F. Vern, « Précisions jurisprudentielle sur la qualification des droits réels », *Gaz. Pal., op.cit.*

<sup>1492</sup> La question de la subsidiarité des droits réels de jouissance spéciale a été soulevé par Julien Dubarry : J. Dubarry, « Comment cantonner le domaine des droits réels de jouissance spéciale pour préserver celui des autres droits réels », *D.*, 2019, p.1689 *sqq.* L'auteur défend une approche *absolue* de la subsidiarité, c'est-à-dire que les droits réels de jouissance spéciale ne pourraient servir de requalification possible pour les servitudes. L'argument tient de la distinction opérée par l'article 543 du Code civil entre la catégorie des droits réels de jouissance et les services fonciers. Dès lors, la subsidiarité des droits réels de jouissance spéciale ne vaudrait que pour la requalification d'un usufruit ou d'un droit d'usage et d'habitation. L'auteur soulève pourtant que cette solution ne paraît pas être retenue de la Cour de cassation, favorable à une subsidiarité *contingente*, c'est-à-dire impossible dans le cadre du non respect des règles d'ordre public. Ce dernier point de vue a notamment été défendu par l'Avocat général Sturlèse : B. Sturlèse, *Defrénois*, p. 26 *sqq.*

<sup>1493</sup> F. Danos, « Servitude et droit réel de jouissance spéciale », *JCP G*, 2019, n°27, 730.

<sup>1494</sup> À l'inverse, dans l'arrêt du 7 juin 2018, la volonté des parties s'était formalisée dans l'acte additif au règlement de copropriété.



public. Partant de là, pourrait-on lire dans cet arrêt plus que ce qu'il ne semble dire ? Pourrait-on dépasser le cas de la requalification pour entrer dans celui de la création des droits réels ? Tel ne semble pas être le cas, la Cour de cassation ne s'étant pas encore prononcée en ce sens. Pourtant, il semble que ceux-ci soient tout de même restreints, ils contiennent une limite ontologique que présuppose le caractère "spéciale" de la jouissance. Ils portent en eux la détermination d'une jouissance restreinte, cantonnée et limitée<sup>1495</sup>. À ce titre, un droit de jouissance spéciale qui calquerait sa jouissance sur le modèle de l'usufruit, et dont la qualification initiale ne servirait qu'à éluder les règles impératives de l'usufruit, ne respecterait pas les conditions posées par la Cour de cassation, celles du respect des règles d'ordre public. Telle serait, peut-être, la limite des droits réels *sui generis* que sont les droits réels conférant le bénéfice de la jouissance spéciale d'un bien. Pour en être tout à fait certain, encore faudrait-il que la Cour de cassation soit invitée à se prononcer.

\*\*\*\*\*

**471. La liberté de constituer des droits réels conventionnels.** À la lecture des différents arrêts de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, la situation semble aujourd'hui acquise : la liberté de création des droits réels est désormais affirmée, pour peu de ne pas contrevenir aux règles d'ordre public. Le temps de la sclérose des potentialités offertes par les choses, à travers leurs utilités et les usages qui en naissent, est révolu. La théorie d'un *numerus clausus* des droits réels imposée par une lecture restrictive de l'article 543 du Code civil est désormais hors propos. Il s'agit d'un véritable mouvement de libéralisation, un mouvement fondé sur la reconnaissance de la volonté du propriétaire, une volonté guidée par les choses, leurs utilités et les usages qui en découlent. Loin du dogmatisme qui guidait les droits réels en 1804, la conventionalité qui guide aujourd'hui les droits réels de jouissance spéciale permet une approche plus pragmatique des usages des choses. Ces nouveaux droits réels s'inscrivent parfaitement dans l'idée d'une propriété modulateur que nous avons défendu<sup>1496</sup>, notamment en offrant au propriétaire la possibilité de distribuer les utilités de son bien.

**472. Des droits réels dans lesquels git la fonctionnalisation.** En ce qu'elle est spéciale, donc limitée à une ou des utilités du bien, la jouissance est ici vectrice de fonctionnalisation.

---

<sup>1495</sup> En ce sens, J. François, « Qu'est-ce qu'un droit réel de jouissance spéciale », *D.*, 2019, p.1660 *sqq.*

<sup>1496</sup> Voir *Supra* n° 287.

Nous avons vu que les mécanismes de fonctionnalisation que sont l'affectation et la destination peuvent s'intégrer dans de nombreux mécanismes juridiques, permettant alors de guider l'usage du bien vers une finalité particulière<sup>1497</sup>. En ce sens, il est possible de percevoir une jouissance affectée, soit par la limitation du droit à certaines utilités particulières, soit par une fonction spécifique qui guidera les possibles usages<sup>1498</sup>. En définitive, il nous est possible de dire que la liberté de création des droits réels est aujourd'hui une réalité de notre droit civil des biens et que la notion jurisprudentielle de droit réel de jouissance spéciale en est sa matérialisation. Le mouvement de contractualisation du droit des biens offre de nouveaux horizons juridiques, tout en relativisant les vérités d'hier. Il convient alors de se tourner vers les potentialités offertes par ce renouveau, et plus spécifiquement par les applications collectives qui pourraient naître de la libéralisation des droits réels.

## **Section 2 : La dimension collective du « droit de jouissance spéciale », la mise en place de l'usage partagé du bien**

La déclinaison des droits réels de jouissance spéciale en outil permettant l'usage partagé d'une chose appropriée apparaît comme une potentialité pratique non négligeable. Pour s'en rendre compte, il convient tout d'abord de démontrer que le démembrement n'est pas celui de la propriété, mais bien plutôt des utilités offertes par les choses. Ainsi, le droit réel de jouissance spéciale permettrait de pouvoir partager les usages d'une chose appropriée entre le propriétaire de cette chose et le titulaire du droit réel de jouissance spéciale (I). Cette approche entraîne alors la possibilité de concevoir le rapport réel de manière plus collective : de façon classique via une pluralité de titulaires d'un droit portant sur un même usage, mais également de manière renouvelée en superposant les droits de jouissance spéciale sur le même bien (II).

### **I/ La théorie du démembrement à l'appui de l'usage partagé d'un bien**

À regarder la littérature juridique qui évoque le droit de jouissance spéciale, il ressort un intérêt de la doctrine pour le régime de ce droit, et spécifiquement pour la question de sa durée, mais plus rarement sur le partage qu'il opère par rapport à la chose. Les auteurs sont

---

<sup>1497</sup> Voir *Supra* n° 440.

<sup>1498</sup> En ce sens : C. Khun, « Liberté de créer des droits réels sui generis », *JCP N*, n°45-46, 2014, p. 53, spé. p. 56. ; N. Laurent-Bonne, « Le droit réel de jouissance spéciale dans un contexte familial », *op.cit.*

unanimes sur un point : la technique utilisée est celle du démembrement<sup>1499</sup>. Seulement, il existe une divergence doctrinale profonde sur la question de ce qui est démembré. Ainsi, si le démembrement peut se voir reconnaître pour objet les prérogatives classiquement rattachées à la propriété, avec en toile de fond le principe de démembrement de la propriété elle-même (A), le démembrement peut également se comprendre à partir des utilités de la chose (B). Pris ainsi, ce n'est donc plus la propriété qui est démembrée, mais les utilités de la chose appropriée. Dans le cadre d'une logique d'usage partagé, le démembrement des utilités du bien est la technique centrale.

### A. L'analyse classique : le démembrement du droit de propriété

**473.** Ancrée dans les esprits<sup>1500</sup>, l'analyse classique du démembrement repose sur un postulat simple : le démembrement prend pour objet le droit de propriété et donc ses attributs : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. À ce titre, l'usufruit reste le modèle topique du démembrement du droit de propriété, l'*usus* et le *fructus* étant confiés à l'usufruitier alors que l'*abusus* reste davantage l'apanage du nu-propiétaire<sup>1501</sup>. Ce partage des attributs du droit de propriété est alors nécessairement temporaire, la propriété ayant vocation à recouvrer ses différents attributs afin d'être pleine et entière. Dans ce cadre d'analyse, le terme « propriété » que contient l'expression « démembrement de la propriété » est entendu au sens subjectif.

---

<sup>1499</sup> Voir notamment les notes commentant l'arrêt du 31 octobre 2012 rendu par la 3<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation : Bergel, *RDI*, 2013, 80 ; Testu, *JCP G*, 2012, n° 12 ; Trados, *D.*, 2012, 2596 ; Tranchant, Defrénois, 2013, n° 1, p.12 ; Agostini, *LPA*, 2013, n° 12, 11. Pour une approche plus étendue de la question : L. d'Avout, B. Mallet-Bricout, *D.*, 2013, 53.

<sup>1500</sup> Par exemple : F. Terré, P. Simler, *Droit civil, les biens*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., Coll. Précis, 2018, n°771 ; J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Les biens*, LGDJ, 2<sup>nd</sup> éd., Coll. Traité de droit civil, 2010, n°244.

<sup>1501</sup> En ce sens : C.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, Victor Lagier, T. 1, 1836, n°7, p.7. Plus récemment : J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Les biens, op.cit.*, n°245 : « *Droit réel de jouissance sur la chose d'autrui, l'usufruit procède d'un démembrement de la pleine propriété. L'usufruitier est investi de l'usus et du fructus (...) tandis que le propriétaire ne conserve qu'une nue-propriété qui ne se réduit pas complètement à l'abusus* ». Cette approche procède d'une analyse de l'abusus confondant la disposition juridique et matérielle du bien. Or, les droits du nu-propiétaire sur le bien sont limités : il a le droit aux produits du bien mais ne peut le détruire, et donc en disposer matériellement. Il peut, en revanche, en disposer juridiquement (à propos d'une vente d'un bien grevé d'usufruit : C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 28 mars 1990, Bull. civ. III, n° 92). Dès lors, à suivre la théorie classique, l'usufruitier ne pourrait avoir sur le bien que le droit d'user et de jouir du bien, sans pouvoir en disposer, matériellement et juridiquement. Or, cette analyse est contredite par les dispositions du Code civil lui-même, pris en son article 595, lorsqu'il reconnaît que l'usufruitier peut « *vendre ou céder son droit à titre gratuit* ». Pareillement, il a été soutenu, notamment dans le cas spécifique du quasi-usufruit, que l'usufruitier pouvait disposer matériellement de la chose : M. Fabre, *L'usufruit atypique, Contribution à la notion de démembrement de la propriété*, Thèse, Paris II, 2018, n° 354. Cependant, on reconnaît volontiers que cette approche classique n'est que rarement prise per se. Elle a subi un processus de relativisation, reconnaissant tant ses limites que ses contradictions. En ce sens : C. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Les biens, droit réels principaux, op.cit.*, n°442.

**474.** Cette approche repose sur deux principes essentiels. Dans un premier temps, le droit de propriété se définirait par son contenu, c'est à dire par fameux triptyque « *usus – fructus – abusus* ». La propriété se caractériserait alors par une réunion d'ensemble des attributs qui la composent. Démembrer, c'est ainsi soustraire l'une des prérogatives du propriétaire<sup>1502</sup>. Corollaire de cette approche, le droit de propriété est considéré comme un droit réel, le plus puissant de tous puisque le seul regroupant en son sein l'ensemble des prérogatives qu'il offre au propriétaire. Il est aussi, et surtout, ce par quoi tout commence et tout termine, le démembrement de la propriété étant issu du droit de propriété. À partir de là, les démembrements du droit de propriété prévus dans le Code civil sont principalement décrits par l'article 543 du Code civil : « *on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services à prétendre* ». Ici, le premier des droits réels cité est évidemment la propriété, sont ensuite évoqués les droits de jouissance, autrement dit d'une part l'usufruit en ce qu'il réunit l'*usus* et le *fructus* entre les mains du titulaire du droit et d'autre part le droit d'usage et d'habitation qui est un droit de jouissance amoindri. Enfin, les « services fonciers » dans lesquels se rangent traditionnellement les servitudes. Cette approche subjective du démembrement est cependant largement contestée, et même les auteurs qui prennent position pour elle reconnaissent son manque de réalisme<sup>1503</sup>.

## **B. L'analyse renouvelée du démembrement : le démembrement des utilités de la chose appropriée**

**475. Critique de la théorie classique de la propriété.** La contestation de la théorie classique du démembrement est devenue un classique de la littérature juridique. Dans la suite de la critique portée par le Marquis de Vareilles-Sommières<sup>1504</sup>, des auteurs<sup>1505</sup>, contestant l'approche classique, œuvrent tout autant contre la définition classique de la propriété dont la

---

<sup>1502</sup> C. Atias, *Les biens, op.cit.*, n°79 : « Une première méthode consiste à diviser, entre plusieurs personnes, le pouvoir qui, dans son entier, est celui du propriétaire ».

<sup>1503</sup> F. Terré, P. Simler, *Droit civil, les biens, op.cit.*, n° 771 : « *Il reste que, outre ses vertus didactiques, l'idée de démembrement, que ne récuse pas la doctrine majoritaire, n'est pas contraire à la réalité, si l'on admet qu'elle est plus une image que l'expression d'une réalité physique* » ; Dans une approche critique : M. Boudot, « L'image du "démembrement" dans la doctrine française », in *L'enseignement du droit au début du XXIème siècle, perspective critique*, Lextenso, 2010, p. 33 : « [La] théorie, qui n'est guère qu'une image en vérité, s'appuie sur le postulat irréfragable que la propriété étant l'archétype des droits réels, le seul à être plein et entier, tous les droits réels autres que la propriété n'en seraient que des morceaux, des fractions, des divisions, des cisaillements ».

<sup>1504</sup> Ms de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ*, 1905, p.443 *sqq.*

<sup>1505</sup> P. Berlioz, *Droit de biens*, Ellipses, Coll. Cours magistral, 2014 ; W. Dross, *Les choses, op.cit.*, n° 114 *sqq.* ; F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens, op.cit.*,

théorie du démembrement de la propriété n'est que le corollaire. Vareilles-Sommières estime que la propriété, bien qu'affaiblie par une convention ou une disposition légale, n'en reste pas moins la propriété. L'auteur aura ses mots : « *La propriété incomplète, tout autant que la propriété complète, est la propriété et la propriété entière. Entier et complet ne sont pas synonymes* »<sup>1506</sup>. Toutefois, quand la propriété est incomplète du fait d'un démembrement, même si elle reste entière, on ne peut pas dire qu'elle équivaut à la somme des droits pouvant exister sur la chose. Et l'auteur de poursuivre : « *Il serait encore moins inexact mais encore inexact de dire que la propriété est la somme des droits qu'une même personne peut avoir sur une chose. Cette formule se retrouvera par hasard conforme à la réalité dans le cas où la propriété atteint son plein, mais elle est fausse dans tous les autres cas* »<sup>1507</sup>.

Prenons pour exemple l'usufruit, il y a d'un côté l'usufruitier titulaire de l'*usus* et du *fructus* et, de l'autre, le nu-propriétaire titulaire quant à lui de l'*abusus*. Toutefois, les règles légales consacrent le statut de propriétaire au nu-propriétaire<sup>1508</sup>, il sera cependant limité dans ses actes puisqu'il ne pourra pas user et abuser de son bien, la destruction de la chose lui étant interdite. Il peut même être soutenu que son droit de propriété n'a aucune incidence pratique<sup>1509</sup>. Or, comme il a été dit, la propriété reste la propriété entière même si elle se voit privée d'une de ses prérogatives définies à l'article 544. Dès lors, il est impossible de la définir comme étant la somme de prérogatives ; il convient alors de donner crédit à la phrase de Pierre Berlioz : « *Ainsi, puisqu'elle (la propriété) peut subir des restrictions tout en ne perdant pas sa nature, la propriété ne peut être définie par aucune prérogative particulière* »<sup>1510</sup>. On peut donc aisément percevoir que la critique première touche le concept de démembrement de propriété, mais que la critique de fond porte sur la définition même de la propriété. Ainsi, le rejet de la théorie classique de la propriété emporte nécessairement le rejet de la théorie classique du démembrement, la seconde découlant de la première.

**476. Renouveau de la théorie du démembrement.** Dès lors, la technique du démembrement est-elle privée de toute substance ? Assurément non. Pour nous en convaincre, regardons avec attention l'approche structurale de la propriété défendue par William

---

<sup>1506</sup> Ms de Vareilles-Sommières, *op.cit.*, p.446.

<sup>1507</sup> Ms de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété, *op.cit.*, p.447.

<sup>1508</sup> Article 578 du Code civil : « *L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance* ».

<sup>1509</sup> F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens, op.cit.*, p. 497 *sqq.*

<sup>1510</sup> P. Berlioz, *La notion de bien*, LGDJ, 2007, n° 733, p.239.

Dross<sup>1511</sup>. Comme dans le cadre de la doctrine classique, la définition de la propriété va induire une nouvelle définition du démembrement. Dès lors, pour William Dross : « *l'approche structurale de la propriété propose de reconsidérer la propriété à travers l'analyse de la dépendance qu'elle entretient avec les choses qui en sont l'objet. Ce qui tend, en d'autres mots, à une proposition (...) la propriété est un droit qui porte sur les choses* »<sup>1512</sup>. Dans cette logique, l'auteur va s'éloigner de l'analyse classique du triptyque Bartolien en ne percevant pas l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* comme étant les prérogatives du propriétaire sur son bien, mais comme les utilités qui peuvent être offertes par la chose. Il y a donc ici un déplacement du triptyque du sujet (les prérogatives du propriétaire) vers l'objet (les utilités de la chose)<sup>1513</sup>.

On ne peut que soutenir cette approche. En effet, s'il s'agissait effectivement de la transcription des prérogatives du propriétaire, toutes seraient donc, à moins d'un quelconque démembrement, entre les mains du propriétaire. Dans cette logique, les qualités intrinsèques de la chose importent peu. L'ensemble des prérogatives serait, par définition, lié au statut du propriétaire et donc du sujet de droit. D'un point de vue réaliste, cette approche ne paraît tenir. Pour nous en convaincre, un seul exemple devrait suffire. Si *Primus* est propriétaire d'un clou, la théorie classique veut qu'il ait sur celui-ci l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, la réunion des trois éléments définissant son droit de propriété. Évidemment, il peut en user, en mésuser ou même le détruire. Pourtant, que l'on sache, le clou n'est pas susceptible de produire des fruits, qu'ils soient naturels, civils ou industriels. Dès lors, le *fructus* est ici inopérant. Peut-on encore considérer qu'il est propriétaire de ce clou ? La logique voudrait que non puisqu'une des prérogatives est ici inexistante alors qu'elle est pourtant consubstantielle à la définition même de la propriété. Le triptyque réside alors dans une vérité beaucoup moins abstraite et plus modeste : il n'est que la traduction des potentielles utilités des choses.

---

<sup>1511</sup> Pour une approche synthétique de la théorie : W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ*, 2012, p.412 *sqq.* ; pour une présentation générale de la théorie : W. Dross, *Les choses, op.cit.*

<sup>1512</sup> W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », *op.cit.*, p.421.

<sup>1513</sup> Cette approche n'est pas propre à William Dross, on trouvait déjà cette logique chez Vareilles-Sommières : « *Les auteurs présentent comme une analyse de la propriété la distinction qu'ont faites les Romains et qu'on a conservée entre le jus utendi, le jus fruendi, et le jus abutendi. C'est inexact. Il y a là une synthèse des services qu'il est possible de tirer des choses, mais non point une analyse du droit de propriété. Si c'était vraiment une analyse de la propriété, on devrait nécessairement retrouver partout et toujours dans la propriété les trois droits collectifs énoncés, et tout droit qui ne comprendrait pas tous les droits ne serait pas de la propriété. Or il y a des cas où la propriété, tout en étant parfaitement digne de son nom et sans que personne le lui conteste, ne comprend pas tel ou tel des trois droits prétendument révélés en elle par l'analyse.* » : Ms de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », *op.cit.*, p.486 ; Dans un sens similaire: F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens, op.cit.*, n° 209.

**477. Le démembrement des utilités du bien.** Évidemment, cette représentation n'est pas sans influence sur la manière de se représenter la technique du démembrement. À partir du moment où les éléments du triptyque ne sont plus des prérogatives qui composent la propriété, et donc les prérogatives liées au statut de propriétaire, mais simplement les utilités potentielles de la chose appropriée, ce n'est plus le droit de propriété qui est démembré, mais bien l'objet du droit qui est démembré d'une utilité<sup>1514</sup>. Avec cette approche, la technique du démembrement se raccorde, un peu, à l'approche médiévale de la relation homme/choses, celle du partage des diverses utilités que le premier peut soustraire aux secondes. L'usage se trouve nécessairement au cœur de cette approche. Ici, ce n'est pas le droit d'usage qui peut être démembré, autrement dit le *jus utendi*, mais bien les différents usages qu'une chose peut offrir. Il s'agit alors d'une spécification des usages, puisqu'il devient possible d'envisager un démembrement portant uniquement sur une utilité extrêmement spécifique, c'est ainsi que les médiévaux opéraient un partage varié des usages d'une chose<sup>1515</sup>, celle-ci étant perçue par ses utilités et non sa corporalité. Le terme de démembrement de la propriété n'est pour autant pas condamné, il suffit simplement de reconnaître que ce n'est pas la propriété subjective qui est démembrée mais la propriété objective, prise en ses utilités.

**478. Analyse du droit de jouissance spéciale à l'aune de la théorie renouvelée du démembrement.** Le cas du droit réel de jouissance spéciale s'intègre alors parfaitement dans cette approche du démembrement. Ici, ce n'est pas la propriété qui se voit démembrée, mais simplement les utilités de la chose appropriée. Ainsi, le fait que la dimension spéciale de la jouissance se caractérise par une spécification des usages possibles de la chose ne va pas contredire la théorie ; elle en est, au contraire, sa représentation la plus logique. Surtout, et il s'agit ici du point central quant à notre étude, elle permet d'envisager aisément l'usage partagé d'un bien. Puisque ce n'est plus la propriété subjective qui est démembrée, la multiplication des démembrements des utilités de la chose n'apparaît pas, à première vue,

---

<sup>1514</sup> Comme le souligne Remy Libchaber : « *Le démembrement n'est pas une scission à l'intérieur de la propriété, qui laisserait en présence de deux fragments désarticulés : elle consiste dans l'amputation temporaire de certaines utilités du bien au détriment du propriétaire, mais au profit des titulaires de droits réels qui jouissent alors de la possibilité d'accéder directement à ces utilités* », R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, p.309 ; Voir également : W. Dross, *Les choses, op.cit.* : « *le démembrement n'opère pas au niveau du droit de propriété pour répartir les prérogatives qu'il confère entre le propriétaire et le titulaire du droit réel démembré. Il intervient au plan de l'objet approprié, lequel n'est pas alors saisi dans sa dimension matérielle mais dans sa dimension économique* ».

<sup>1515</sup> Sur la notion de saisine (*Supra* n° 79 *sqq.*) et les droits collectifs coutumiers (*Supra* n° 86 *sqq.*).

comme un morcellement du droit de propriété. Il est donc possible de percevoir une dimension collective potentielle dans le cas des droits réels conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un bien.

## **II/ La potentialité collective des droits réels *sui generis***

Classiquement, la figure des droits réels est souvent comprise comme un rapport individuel entre le titulaire du droit réel et le propriétaire de la chose sur laquelle porte le droit. Cela étant, les droits réels possèdent en eux une dimension collective. Pour l'appréhender, il convient de s'intéresser d'abord à la structure collective du droit, autrement dit à la multiplicité de titulaires d'un droit réel *sui generis* (A) avant d'envisager le caractère collectif à travers le prisme de l'objet sur lequel le droit porte, c'est-à-dire par la multiplication des rapports réels sur un même objet (B). La potentialité collective des droits réels *sui generis* prendrait donc le visage de Janus, dual, en offrant, d'une part, la possibilité d'une multiplicité de titulaires d'un droit de jouissance spéciale sur la chose et, d'autre part, celle de la multiplicité de droits de jouissance spéciale sur la chose.

### **A. La multiplicité de titulaires ou de bénéficiaires d'un même droit réel**

La structure collective des droits réels peut trouver sa traduction dans une multiplicité de bénéficiaires d'un même droit réel. Cette dimension collective n'est pas nouvelle et ne doit pas être comprise comme la conséquence des jurisprudences récentes concernant la libre constitution des droits réels. Cela étant, cette dimension collective peut tout à fait être envisagée pour le droit de jouissance spéciale. En la matière, la dimension collective se traduit traditionnellement par une indivision entre les différents bénéficiaires et donc, *in fine*, par la suprématie de l'individuel sur le collectif, même si cette institution n'est pas dénuée de caractère communautaire (1). Cependant, certaines décisions jurisprudentielles s'inscrivent dans un dépassement de cette logique, par la reconnaissance de multiples bénéficiaires, mais d'une titularité unique (2).

#### **1. Entre individuel et collectif, l'indivision entre les différents titulaires d'un même droit**

**479. La reconnaissance de l'indivision.** La dimension collective des droits réels peut parfois se conjuguer au singulier, et l'usage partagé de la chose prendre la forme de la



concurrence. Par exemple, par un arrêt en date du 16 mai 2001, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a reconnu le caractère indivis d'un « droit de jeu » : « *le droit de jeu (...) était un démembrement du droit réel dont était titulaire la société Riviera golf club, preneur du bail emphytéotique, ayant la nature d'un droit d'usage, et, sous-entendu dès l'origine comme indivis puisqu'il ne pouvait y avoir un seul attributaire, conférait à ses cotitulaires l'utilisation pendant un certain nombre d'années du golf et de l'ensemble des installations* »<sup>1516</sup>. Ici, il existe donc un droit dit « de jeu », qualifié de droit d'usage par la Cour de cassation et ayant de multiples « cotitulaires ». Ce faisant, c'est donc le régime de l'indivision qui fut appliqué par les juges de la Haute juridiction. En effet, le fait qu'il soit précisé que le droit en question était « *sous-entendu dès l'origine comme indivis* » démontre bien qu'il s'agit d'une interprétation des juges. Avec cet exemple, il est montré que l'indivision peut, le cas échéant, être envisagée pour des droits réels qui ne sont pas nommés dans le Code civil. Dès lors, une application au cas des droits réels innomés apparaît tout à fait envisageable. Désormais, il convient de déterminer si la potentialité collective ne concerne que la multiplicité des titulaires du droit, ou si le régime de l'indivision porte en lui les caractéristiques d'une gestion collective.

**480. La dimension hybride de l'indivision : la gestion commune.** Traditionnellement, l'indivision est présentée comme la traduction plurale de la conception civiliste de la propriété. Cette approche se confirme sur plusieurs points : d'abord par la concurrence des différents droits qui composent l'indivision<sup>1517</sup>, ensuite parce que la raison d'être de l'indivision est le partage<sup>1518</sup> et le retour à l'état normal des choses, c'est-à-dire la pleine propriété. L'indivision est donc souvent définie comme un état anomal et temporaire<sup>1519</sup>, et

---

<sup>1516</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 16 mai 2001, n° 98-14062.

<sup>1517</sup> Avec l'indivision, chaque indivisaire est réputé propriétaire exclusif de la quote-part qu'il détient. Comme le soulignait en son temps Planiol : « *la copropriété indivise, c'est donc toujours la propriété individuelle, avec confusion matérielle des parts* ». M. Planiol, G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, T.III, LGDJ, 1928, n° 3005.

<sup>1518</sup> Le Code civil, en son article 815 al.1, dispose : « *Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué* ». Ce principe a, selon une partie de la doctrine, valeur constitutionnelle depuis la décision du Constitutionnel en date du 9 novembre 1999. Sur ce point : T. Revet, *RTD civ*, 2000, p.870 : « (la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel) confère urbi et orbi un caractère fondamental au droit de demander le partage ». Pour la décision : Cons. Const., 9 novembre 1999, Décision n° 99-419, PACS ; N. MolFessis, *JCP G*, 2000, 210.

<sup>1519</sup> « *L'état d'indivision, inconfortable juridiquement et réputé néfaste économiquement, constitue toujours une situation anormale, qui doit revenir, à première demande et moyennant partage, à la propriété individuelle* » : F. Terré, P. Simler, *Les biens*, op.cit., n°552.

semble s'opposer à l'idée de communauté<sup>1520</sup>. Cette dernière considération ne peut être qu'approuvée, à condition de raisonner uniquement sur la question de l'allocation des droits entre les différents titulaires. À l'inverse des communaux médiévaux, reposant sur un seul droit de propriété communautaire<sup>1521</sup>, l'indivision est quant à elle caractérisée par une pluralité de droits individuels. Pour autant, est-ce à dire que l'idée de communauté est à exclure de l'indivision ? En déplaçant le prisme d'analyse vers la question de la gestion du bien, la dimension communautaire de l'indivision pourrait ressurgir.

Les différentes réformes successives de l'indivision ont, nous semble-t-il, convergé dans un sens commun : celui de la mise en place de mécanismes permettant la gestion commune du bien indivis. C'est ainsi que la règle initiale d'unanimité d'administration des biens indivis a laissé place à la règle de la majorité. Ce changement décisionnel n'est pas uniquement d'ordre technique, il porte en lui les germes d'un virage communautaire de l'institution de l'indivision. En effet, la règle de l'unanimité est l'expression de l'individualisme, puisque le seul intérêt individuel peut s'opposer à l'intérêt commun. Avec la majorité, c'est l'intérêt collectif qui prime sur l'intérêt commun. De même, le juge joue désormais le rôle du protecteur de cet intérêt commun puisque ce dernier peut, selon l'article 815-5 du Code civil, autoriser un indivisaire à « *passer seul un acte pour lequel le consentement d'un coindivisaire serait nécessaire, si le refus de celui-ci met en péril l'intérêt commun* » ; ou encore, selon l'article 815-6, « *prescrire ou autoriser toutes mesures urgentes que requiert l'intérêt commun* ».

**481. La dimension hybride : la relativisation du droit au partage.** Cette dimension communautaire de la gestion du bien indivis ne saurait entraîner une appréhension globale de l'institution. Elle reste fondamentalement hybride, individuelle par sa nature et ses fondements, communautaire par son régime de gestion. L'un des exemples topiques de cet entre-deux est le droit au partage. Ce droit est inhérent à l'indivision. N'a-t-il pas été dit, d'ailleurs, que l'indivision était « *l'antichambre du partage* »<sup>1522</sup> ? Assurément, les réformes successives ont conservé l'importance du principe, tout en offrant la possibilité d'inscrire l'indivision dans une certaine durée. Tout d'abord, l'article 815 du Code civil prévoit que si

---

<sup>1520</sup> F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, op.cit., n° 347, p.513 : « *Là où la communauté est une authentique propriété collective, l'indivision n'est qu'une propriété individuelle parce qu'elle repose sur une pluralité de droits propres* ».

<sup>1521</sup> Supra n° 83.

<sup>1522</sup> F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, op.cit., n° 347.

« nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision », la mise en place d'un sursis au partage est tout de même possible « par jugement ou convention ». Ce sursis au partage, prévu à l'article 820 du Code civil, est également accompagné de la technique du maintien dans l'indivision prévue en l'article 821 du même code. Enfin, dans le cadre des indivisions conventionnelles, l'article 1873-3 du Code civil autorise la conclusion d'une convention d'indivision interdisant le partage pour une durée de 5 années, tout en précisant que la reconduction tacite de la durée est possible si la convention le prévoit.

**482. Application au cas du droit de jouissance spéciale.** À partir de ces différents points concernant la pluralité de titulaires de droits de même nature portant sur un même bien, peut-on dire que l'indivision serait une technique qui pourrait permettre la mise en place d'un usage partagé d'un bien et, pourquoi pas, d'une véritable communauté d'usage ?

En raison du caractère hybride de l'indivision, la réponse ne saurait être franche. La dimension communautaire de la gestion du bien indivis se voit irrémédiablement contrebalancée par le droit au partage, qui demeure l'épine dorsale de l'institution. L'usage partagé n'a pas vocation à la durabilité, le fondement même de l'indivision s'y oppose. Les techniques de sursis au partage ne doivent être comprises que comme des palliatifs ne permettant pas d'instaurer une communauté d'usagers stable. Une solution pourrait être trouvée dans le régime spécifique de la convention d'indivision. Effectivement, le fait que les coïndivisaires puissent, à l'unanimité<sup>1523</sup>, décider de rester dans l'indivision, notamment pour une durée déterminée de 5 années maximum reconductible, apparaît comme un court-circuitage du droit au partage. Cela étant, selon l'article 1873-1 du Code civil, les conventions d'indivision sont strictement limitées à « ceux qui ont des droits à exercer sur des biens indivis, à titre de propriétaires, de nus-propriétaires ou d'usufruitiers »<sup>1524</sup>. Le cas du droit de jouissance spéciale n'entrant pas dans le champ d'application dudit article, la convention d'indivision et son régime ne lui sont pas applicables. À défaut d'une telle possibilité, l'indivision sera donc régie par les articles 815 et suivants du Code civil.

---

<sup>1523</sup> Article 1873-2 du Code civil (al 1.) : « Les coïndivisaires, s'ils y consentent tous, peuvent convenir de demeurer dans l'indivision ». (Nous surlignons).

<sup>1524</sup> Article 1873-1 du Code civil : « Ceux qui ont des droits à exercer sur des biens indivis, à titre de propriétaires, de nus-propriétaires ou d'usufruitiers peuvent passer des conventions relatives à l'exercice de ces droits ».

En définitive, si certains auteurs classent aujourd'hui l'indivision parmi les formes de propriété commune<sup>1525</sup>, et que d'autres y voient un rapprochement avec la notion de *commons*<sup>1526</sup>, nous analysons cette dernière comme une forme de propriété plurale qui pourrait permettre un usage partagé et commun d'un bien, mais dont la durabilité semble être difficile à mettre en place, en plus de dénaturer l'antique institution. En ce sens, la fonction des droits réels de jouissance spéciale se caractérise par un démembrement des utilités de la chose entre un ou plusieurs titulaires et le propriétaire. Telle n'est pas la fonction de l'indivision, qui multiplie les propriétés individuelles et exclusives sur une même chose. Comme l'a souligné Frédéric Zenati-Castaing, l'indivision fut l'un des vecteurs de la « *déchéance du paradigme communautaire* »<sup>1527</sup>, l'outil civiliste qui permit d'instaurer de la propriété plurale, donc individualiste, en remplacement des propriétés fondées sur le partage des utilités du bien. L'indivision ne peut être porteuse d'un système hybride d'appropriation, elle n'est pas une modulation de la propriété.

## **2. La logique communautaire : les membres d'une communauté comme bénéficiaires d'un droit réel *sui generis***

**483. Reconnaissance jurisprudentielle.** La dimension collective des droits réels *sui generis* peut également prendre une forme communautaire. Contraire à la logique civiliste, ces droits nous rappellent aux communautés et à l'importance de celles-ci dans l'Ancien droit<sup>1528</sup>. C'est en ce sens que la Cour de cassation a reconnu un droit de seconde herbe au profit d'habitants d'un village : « *le droit de seconde herbe revendiqué représentait bien une charge pour le fonds des consorts Z..., il ne bénéficiait pas à un fonds dominant, mais profitait seulement aux habitants d'une entité territoriale et (que) l'exercice de ce droit n'impliquait pas d'être propriétaire foncier à l'endroit considéré* »<sup>1529</sup>. Elle a également reconnu un droit de passage aux habitants parisiens et passants : « *le droit de passage ne bénéficiant pas à un fonds dominant mais aux habitants de la ville de Paris ainsi qu'à tous les passants, devait*

---

<sup>1525</sup> Selon Florent Masson, la propriété commune, catégorie comprenant l'indivision, pourrait se définir ainsi : « *La propriété commune n'est donc rien d'autre qu'une propriété privée à plusieurs* ». F. Masson, La propriété commune, Thèse, Paris I, 2016, p.592.

<sup>1526</sup> W. Dross, « L'indivision », Dictionnaire des biens communs, M.Cornu, F.Orsi et J.Rochfeld (dir.), P.U.F, 2017, p. 660 sqq., spéc. p.661 : « *C'est dire que les indivisaires ne sont pas étrangers les uns aux autres mais qu'ils forment au contraire une véritable communauté à l'égard de laquelle l'idée de commons fait sens. Cette prise de conscience a contribué à modifier profondément le visage sinon la nature de l'indivision* ».

<sup>1527</sup> F. Zenati-Castaing, « Le crépuscule de la propriété moderne, essai de synthèse des modèles propriétaires », in *Les modèles propriétaires*, LGDJ, Coll. Actes & colloques, 2012, p.228.

<sup>1528</sup> Sur le rôle central des différentes communautés à l'époque médiévale : *Supra* n° 48 à 51.

<sup>1529</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 25 mars 1992 : n° 89-21866 : Bull. civ., III, n° 106 : La Marinière, D., 1993, 65.

s'analyser comme une charge grevant à perpétuité, selon l'acte qui l'a institué, le fonds des copropriétaires de l'immeuble »<sup>1530</sup>. Plus significatif encore, les juges toulousains<sup>1531</sup> ont également reconnu la communauté des ecclésiastiques, présents et futurs, comme bénéficiaire d'un droit de jouissance. Ce faisant, la communauté n'étant pas personnifiée, elle conclura à une jouissance réelle. Suivant cette analyse, la Cour de cassation, en 1887, reconnaissait l'existence « d'un droit réel de jouissance sui generis reconnu aux curés et desservants sur les presbytères dont la propriété appartient aux communes »<sup>1532</sup>. Cette dimension communautaire se retrouve également dans des droits d'usage spécifiques, notamment forestiers, qui trouvaient leurs origines dans des titres dont l'origine provenait de l'Ancien droit.

**484. La figure hybride : « les droits d'usage réels ».** Dans l'étude de Caroline Gau-Cabée portant sur les différents droits d'usage issus de l'Ancien droit, l'auteure avait utilisé la qualification de « droit d'usage réel ». Elle relève trois caractéristiques pour ces types de droits : « c'est un droit **réel** – qui greève un fonds au profil d'un autre fonds – **perpétuel** – parce qu'attaché au fonds et non à la personne – emportant la **jouissance** dans la limite des besoins du fonds dominant »<sup>1533</sup>. Ces trois caractéristiques, que l'on retrouve pour partie dans le cadre de la servitude réelle (un fonds grevant un autre fonds) et du droit d'usage personnel (la jouissance dans la limite des besoins du fonds dominant), caractériseraient le régime hybride du droit, et son caractère *sui generis*. Cela étant, la jurisprudence de la Cour de cassation n'a jamais pleinement reconnu ce caractère hybride, préférant rechercher ses solutions dans le Code, créant ainsi des régimes « ambivalent(s) »<sup>1534</sup>. Évidemment, cette analyse ressort d'une lecture attentive de la jurisprudence du XIX<sup>ème</sup> siècle, époque où le Code civil était glorifié et où le *numerus clausus* des droits réels prenait son essor doctrinal<sup>1535</sup>.

**485. La qualification de droit réel de jouissance spéciale.** Avec la chute confirmée de la théorie du *numerus clausus* des droits réels, nul doute que les juges, s'ils venaient à être confrontés à l'un de ces droits, pourraient utiliser la nouvelle figure des droits réels de

---

<sup>1530</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 6 mars 1996 : n° 93-17424 : Bergel, *RDI*, 1996, 536.

<sup>1531</sup> Toulouse, 24 décembre 1884 : *D.*, 1886, II, 265 ; *S.*, 1925, II, 209.

<sup>1532</sup> C. cass., civ., 17 février 1897 : *S.*, 1887, I, 265.

<sup>1533</sup> C. Cau-Gabée, « La jurisprudence et les silences du Code civil. Lecture d'une carence originelle », *Droits*, n°47, 2008, p.9. ; Pour une étude plus approfondie, du même auteur : *Droits d'usage et Code civil : l'invention d'un hybride juridique*, LGDJ, Coll. Thèses, 2006.

<sup>1534</sup> *Ibid.*, p.18.

<sup>1535</sup> En ce sens : *Supra* n° 134 à 137.

jouissance spéciale<sup>1536</sup>. Effectivement, comme nous l'avons vu, la spécificité de ce droit semble se trouver dans une jouissance amoindrie, d'où le caractère spécial de la jouissance, et dans la mise en place d'un régime conventionnel, pour peu qu'il ne trouble pas les règles d'ordre public propres aux droits réels principaux. À partir de là, il est aisé de percevoir que les jouissances des anciens droits ici étudiés sont, par nature, restreintes. À l'instar du droit de jouissance spéciale, ces droits se caractérisent par une spécification de l'usage : tel est le cas du droit de « seconde herbe », ou d'un simple droit de « passage » reconnu à des passants. Dans un cas, comme dans l'autre, la jouissance se cantonne à un ou plusieurs usages spécifiques de la chose. La conception médiévo-coutumière de l'appréhension de la chose est ici pleinement représentée<sup>1537</sup>. Une conception qui ne considère pas la chose sous le prisme de son unité matérielle, mais sous celui de ses utilités. Ainsi, si ces droits *sui generis* ont souvent été compris comme la rémanence de l'Ancien droit, la nouvelle qualification de droit de jouissance spéciale pourrait leur offrir un nouvel écrin.

**486. Un bénéfice du droit lié à un statut communautaire.** Plus que la jouissance, la spécificité de ces droits réside notamment dans la détermination de ces bénéficiaires. En effet, ce n'est pas ici le fonds qui est bénéficiaire, mais bien une communauté déterminée. Ce n'est pas tant la qualité de la personne vis-à-vis d'un droit qui compte, mais bien le rattachement à une communauté qui offre ici la faculté de jouir du droit. Le différentiel est important : la détermination de la qualité de bénéficiaire se fonde sur le seul critère d'appartenance à la communauté, un critère qui peut donc être exogène à la relation juridique à la chose. Surtout, en rattachant le bénéfice du droit aux membres d'une communauté, la qualité de bénéficiaire peut reposer sur une relative indétermination des bénéficiaires effectifs du droit, indétermination qui entraîne une qualité de bénéficiaire extrêmement mouvante. Cette analyse se confirme au regard des deux arrêts précités. Dans le cas du droit de seconde herbe, les bénéficiaires du droit étaient les habitants d'une entité géographique commune. Surtout, cette qualité n'est pas ici conditionnée à un statut réel particulier puisque le droit précise qu'il n'est pas nécessaire d'être propriétaire foncier afin de jouir du droit de seconde herbe. Le critère est donc celui de l'appartenance à une communauté d'habitants. Le critère communautaire est ici défini de façon claire et permet de déterminer avec précision les titulaires du droit. À

---

<sup>1536</sup> Analysant les anciens droits ruraux comme des candidats à la qualification de droits réels de jouissance spéciale : J.-C. Hoche, « *Les applications en droit rural* », in *Les nouveaux droits réels*, *op.cit.*, p.36 *sq.* ; Pour une analyse du droit de passage reconnu aux passants parisiens : C. Bartoloméo, « Analyse et formule d'un droit de jouissance spéciale », *Deffrénois*, n°23, 2016, p. 1253 *sqq.*

<sup>1537</sup> Voir *Supra* n° 79

l'inverse, dans le cadre du droit de passage conféré aux habitants parisiens et aux passants, le critère communautaire est extrêmement flou et la détermination des titulaires confine à l'infini puisque, par nature, les passants ne peuvent être identifiés. Il s'agit d'une qualité de bénéficiaire éphémère, qui ne vaut que pour le temps de l'usage.

**487. Vers une titularité communautaire ?** Si un droit réel de jouissance spéciale peut être reconnu au bénéfice d'une communauté, il paraît cependant difficile de faire de cette communauté la titulaire de ce droit, la titularité nécessitant la personnalité juridique et donc, un processus de personnification. C'est ainsi qu'une auteure, prenant pour exemple le droit de passage conféré aux passants parisiens, propose d'utiliser le droit réel de jouissance spéciale pour exporter ce type de solutions. Dès lors, seule la commune pourrait être reconnue titulaire du droit, tout en reconnaissant le bénéfice de la jouissance à tous les passants<sup>1538</sup>. Pourtant, ne pourrait-on pas envisager de dépasser le statut de simple bénéficiaire de la jouissance pour reconnaître la titularité du droit à des communautés, notamment dans le cadre de communautés déterminées (d'habitants, religieuses, etc.). La difficulté est patente, et semble s'opposer aux traditions civilistes. Le propre du droit moderne fut de combattre les communautés par leur individualisation, la personnalité civile et morale fut l'arme individualiste qui a permis de rendre propre ce qui était auparavant commun<sup>1539</sup>. Cependant, le droit français, prenant fait de l'existence de certaines communautés d'habitants dans des territoires ultra-marins<sup>1540</sup>, reconnaît l'existence de « droits d'usage collectifs ». Il serait ici tentant d'y voir les balbutiements d'une potentielle reconnaissance d'une titularité communautaire. Pourtant, il suffit de regarder de plus près les dispositions spécifiques propres à ces « droits d'usage collectifs » pour comprendre que telle n'est pas la volonté du législateur. D'une part les communautés ne sont jamais décrites comme « titulaires » du droit

---

<sup>1538</sup> C. Bartoloméo, « Analyse et formule d'un droit de jouissance spéciale », *op.cit.*

<sup>1539</sup> F. Zenati-Castaing, « Le crépuscule de la propriété moderne », *op.cit.*, p.228 : « Une autre technique d'esprit individualiste a été mobilisée par la suite pour éradiquer le paradigme communautaire, la personnalité civile (...) Les civilistes allemands ont redécouvert au XIX<sup>ème</sup> siècle une invention des canonistes médiévaux transformant les universalités de personnes en des personnes au sens organique afin de renforcer les droits de celles-ci au détriment de leur membre ».

<sup>1540</sup> « Par dérogation à l'article L. 241-1, l'autorité administrative compétente de l'État constate, au profit des seules communautés d'habitants qui tiennent traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt, l'existence sur les terrains domaniaux de l'État et des collectivités territoriales de droits d'usage collectifs pour l'exercice de toute activité nécessaire à la subsistance de ces communautés. En ce qui concerne les forêts des collectivités territoriales, le constat est prononcé après avis de la collectivité propriétaire ».

d'usage collectif mais seulement comme « bénéficiaires »<sup>1541</sup>. D'autre part, les communautés sont, pour reprendre l'expression de Sarah Vanuxem, « *doublées par des personnes morales* »<sup>1542</sup>. Effectivement, il faut reconnaître que la titularité des communautés est rejetée par les dispositions en vigueur, la constitution d'une personne morale étant une condition nécessaire afin que ces communautés d'habitation puissent bénéficier d'une concession à titre gratuit de certains terrains domaniaux<sup>1543</sup>.

**488.** Avec cet exemple précis, on comprend la difficulté à pouvoir faire reconnaître la titularité d'un droit, quel qu'il soit, à une communauté. L'absence de personnification est un frein à la titularité. Seule une représentation personnifiée de la communauté, comme une association par exemple, pourrait être titulaire d'un droit par le truchement de la personnalité civile. Mais n'est-ce pas, alors, détourner l'idée même de communauté ? Il semble qu'il ne peut y avoir de doute sur ce point, le droit moderne ayant parfaitement rempli son office. Il faudra alors, avec d'autres auteurs, rechercher des solutions alternatives, dans notre histoire<sup>1544</sup>, ou sous d'autres latitudes<sup>1545</sup>. Ainsi, pour le strict cadre de l'usage partagé du

---

<sup>1541</sup> Article R. 170-56 du Code du domaine de l'Etat: « *Le préfet constate au profit des communautés d'habitants qui tirent traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt l'existence sur les terrains domaniaux de la Guyane de droits d'usage collectifs pour la pratique de la chasse, de la pêche et, d'une manière générale, pour l'exercice de toute activité nécessaire à la subsistance de ces communautés (...) L'arrêté détermine la situation, la superficie et la consistance des terrains, rappelle l'identité et la composition de la communauté d'habitants bénéficiaires et précise la nature des droits d'usages dont l'exercice est reconnu* ». (Nous soulignons). Nous précisons que l'article, abrogé par l'article 3 du décret n° 2014-930 du 19 août 2014, reste en vigueur à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin.

<sup>1542</sup> S. Vanuxem, « Des communautés d'habitants pour la transition écologique et solidaire », in *Le droit des biens au service de la transition écologique*, B. Grimonprez (dir.), Dalloz, Coll. Thème & commentaires, 2018, p.55 sqq.

<sup>1543</sup> Article R. 170-58 du Code du domaine de l'Etat : « *Les communautés d'habitants mentionnées à l'article R.170-56, constituées en associations ou en sociétés, peuvent demander à bénéficier d'une concession à titre gratuit des terrains domaniaux situés dans une zone déterminée en vue de la culture ou de l'élevage ou pour pourvoir à l'habitat de leurs membres* ». (Nous soulignons). Nous précisons, comme pour l'article R. 170-56, que son abrogation ne vaut pas pour l'ensemble des territoires ultra-marins.

<sup>1544</sup> Il a ainsi été proposé de remettre au goût du jour la théorie de Moïse de Ravenne et d'opérer un rattachement des droits non pas à une personne mais au lieu de la communauté, et donc à la chose. Dans une telle approche, c'est le *reicentrisme* médiéval, comme l'a formulé Paolo Grossi, qui se voit revivifié. Voir : S. Vanuxem, « Des communautés d'habitants pour la transition écologique et solidaire », *op.cit.*, p. 59.



bien, il faut nous tourner vers une alternative fondée sur une distribution des utilités du bien : celle de la multiplication des droits réels de jouissance spéciale sur un même bien.

## B. La multiplicité de droits réels de jouissance spéciale sur la chose d'autrui

La faculté de créer, pour un propriétaire, une multiplicité de droits réels sur un même bien ne semble pas, de prime abord, être prohibée par les lois et règlements. Si certains auteurs y voient une contradiction avec l'ordre public des biens<sup>1546</sup>, il nous paraît, au contraire, qu'il s'agit, à l'aune de la libéralisation des droits réels, d'une opportunité offerte au propriétaire. Ainsi, après avoir évincé l'obstacle politique de l'ordre public des biens (1), nous essaierons de rendre compte de la potentialité économique et collective de la multiplicité des droits réels de jouissance spéciale sur un même bien (2).

### 1. Une solution conforme à l'ordre public des biens

**489. Perspective.** Comme l'ont souligné Maîtres Muzard et Pommier<sup>1547</sup>, le droit réel de jouissance spéciale possède des perspectives d'utilisations pratiques qui dépasseraient le stade de simple palliatif aux droits nommés, pour arriver à des usages nouveaux. Évoquant « *le glissement de la propriété au profit de l'usage* »<sup>1548</sup>, les auteurs évoquent des cas de mise en place de jouissance « *alternative ou partagée* »<sup>1549</sup>. C'est ainsi, par exemple, que *Primus* pourrait accorder à *Secundus* le droit de jouir de son château solognot lors de la période de brame des cerfs, alors même qu'il a également accordé à *Tertius* un droit de pêche dans

---

<sup>1545</sup> Loin de notre tradition civiliste, certains pays étrangers ont reconnu des entités naturelles précises comme sujet de droit (des fleuves, notamment en Nouvelle-Zélande et en Colombie), et donc titulaires de droits et de devoirs. Véritable personnification de la nature, les communautés n'en sont pas pour autant exclues, elles peuvent être conçues comme les représentantes des intérêts de cette " personne-nature ". Tel est notamment le cas en Nouvelle-Zélande où des communautés Maoris déterminées sont les gardiennes des intérêts du fleuve. Cela entraîne une recomposition du rapport entre homme et chose et relativise pleinement la question de l'appropriation et plus spécifiquement encore de l'appropriation privative des terres communautaires. Sur ces questions : J. Rochfeld, « Défense du climat : les figures des communautés de protection de " ressources communes " », in *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?*, M. Hautereau-Boutonnet, S. Porchy-Simon, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2019, p.225 *sqq.*, spéc. p.238 *sqq.* ; L. Te Aho, « La gouvernance des rivières en Nouvelle-Zélande : une solution élégante ? », in *Le bon usage de la Terre : Penser le droit dans une planète finie*, Actes du colloques international : *The Right Use of the Earth : Knowledge, power and duties in a finité Planet*, L. d'Ambrosio (dir.), *RJE*, vol. 43, 2018, p. 103 *sqq.*

<sup>1546</sup> Pour exemple : T. Génicon, « L'ordre public des biens et les servitudes : réflexions sur les incidences du droit de jouissance spéciale », in *Liberté contractuelle et droits réels*, *op.cit.*

<sup>1547</sup> A. Muzard, C. Pommier, « Les applications en matière immobilière », in *Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale*, *op.cit.*, p.23.

<sup>1548</sup> A. Muzard, C. Pommier, « Les applications en matière immobilière », *op.cit.*, p. 23.

<sup>1549</sup> *Ibid.*

l'étang qui orne le domaine familial, précision faite que ce droit de pêche est temporairement fixé sur la période du traditionnel « Festival de Chambord ». En soit, les possibilités sont nombreuses et ne trouvent de limite que dans la nature des choses et l'imagination humaine.

À première vue, la seule entrave à cette possibilité résidait dans une interprétation restrictive de l'article 543 du Code civil, c'est à dire en analysant les droits nommés dans le Code civil comme une nomenclature indépassable en termes de création. Cet argument étant désormais caduc, on pourrait donc conclure – et de manière lapidaire – qu'il n'existe actuellement aucun obstacle aux démembrements multiples des utilités d'un bien approprié, du moment que cela respecte les règles de l'ordre public des biens. Encore faut-il définir ces éléments caractéristiques.

#### **490. Ordre public des biens et multiplication de droits réels : la position traditionnelle.**

Le problème majeur lié à la question de l'ordre public réside principalement dans sa définition, bien souvent qualifiée d'insaisissable<sup>1550</sup>. Il peut concerner, tout d'abord, le respect des règles impératives du Code civil portant sur les droits réels principaux. Il peut également prendre une substance plus philosophique, il sera alors considéré comme le garant de l'ordre civil, de la notion de propriété et de la liberté individuelle qui en est le corollaire<sup>1551</sup>.

En ce sens, il se pourrait que la multiplication des droits réels de jouissance spéciale sur un même bien soit, à défaut d'être condamnée, au moins condamnable. De la sorte, pour Thomas Génicon<sup>1552</sup>, l'ordre public des biens trouve ses raisons dans l'œuvre révolutionnaire et ses aspirations politiques. Il se détermine à travers la notion de propriété, sa définition, sa place dans l'ordonnement juridique, et son ontologie propre ; il est le socle de sa protection. Pour l'auteur, la notion de propriété s'est construite autour de l'idée du pouvoir souverain du propriétaire sur son bien, sa protection nécessitant donc d'éviter, d'une part, tout retour au double domaine féodal et, d'autre part, l'inspiration coutumière qui tend à multiplier les droits sur un même bien. Aussi, l'ordre public des biens pourrait se définir par « *la protection de la souveraineté-liberté de l'individu sur son bien (...) la nécessité des pouvoirs suffisamment étendus sur la chose pour permettre au propriétaire d'exercer une jouissance large et effective de l'ensemble des utilités du bien considéré (...) pour garantir, à terme, sa vocation*

---

<sup>1550</sup> Preuve s'il en est, Philippe Malaurie a, dans sa thèse de doctorat, identifié le nombre de définitions de l'ordre public à plus de 22 : P. Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, Éd. Matot-Braine, 1953.

<sup>1551</sup> F. Zenati, *RTD civ*, 1992, p. 162 (note sous C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 4 mars 1992, n° 90-13145).

<sup>1552</sup> T. Génicon, « L'ordre public des biens et les servitudes : réflexions sur les incidences du droit de jouissance spéciale », *op.cit.*, p.109 *sqq.*

*naturelle à recouvrer une jouissance pleine et exclusive* ». <sup>1553</sup> Et l'auteur de continuer : « *l'ordre public des biens entend préserver leur libre aliénation, étant entendu que plus un bien est grevé de charges, moins il circule* » <sup>1554</sup>.

**491. Critique de la position traditionnelle.** Si l'on se prête à un travail d'exégèse, il est possible de distinguer deux éléments qui seraient en contradiction avec la figure du propriétaire souverain : la multiplication des droits sur le bien approprié et le caractère perpétuel de ces droits <sup>1555</sup>. Concernant le premier de ces deux points, l'argumentaire utilisé ne nous paraît pas convaincant. D'un point de vue théorique, celui-ci repose sur un postulat qui est celui de la figure du propriétaire souverain. Dans cette approche, la multiplication des droits réels sur un bien approprié serait la négation du supposé pouvoir plénipotentiaire du propriétaire sur son bien. Loin d'être une fidèle transcription de la pensée civiliste et codificatrice, la détermination d'un lien consubstantiel entre les notions de souveraineté et de propriété découle davantage de la pensée propre de certains auteurs de la moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle <sup>1556</sup>, et s'inscrit dans la construction du dogme propriétaire <sup>1557</sup>. Il est donc possible de dire que la défense d'un ordre public s'inscrivant dans une logique de protection du lien « propriété-souveraineté » correspond à une défense du dogme propriétaire. À ce titre, il ne nous paraît pas indépassable, la propriété pouvant subir certaines modulations. Il serait même possible de détourner l'argument contre lui-même ; en considérant que le propriétaire est un souverain de son bien, rien alors ne limiterait son bon plaisir et il pourrait choisir pleinement qui peut, avec lui, jouir des utilités du bien.

**492.** Le second argument est indépendant du postulat du « propriétaire-souverain », il est d'ordre économique : la multiplication des droits réels sur un même bien condamnerait le bien à ne plus circuler sur le marché. L'argument est classique et déjà utilisé par les physiocrates

---

<sup>1553</sup> *Ibid.*, p.111

<sup>1554</sup> *Ibid.*

<sup>1555</sup> Nous reviendrons plus avant sur la question de la perpétuité des droits réels, cette dernière pouvant effectivement être une menace pour l'institution de la propriété et donc être perçue comme contraire à l'ordre public des biens. Il nous semblerait cependant que des palliatifs puissent être envisagés afin de pouvoir concilier le respect de cet ordre public et la reconnaissance de droits réels perpétuels. Sur ces développements : Partie II, Titre II, Chap. II, Sect. 2.

<sup>1556</sup> J.-L. Halpérin, « Propriété et souveraineté de 1789 à 1804 », *Droits*, n°22, 1995, p.67 *sqq.*

<sup>1557</sup> Sur la mise en place du dogme propriétaire: *Supra* n° 131. Sur l'analyse du dogme propriétaire comme un « obstacle épistémologique » : *Supra* n° 132 et 133.

afin de condamner les formes collectives d'appropriation foncière<sup>1558</sup>. En réalité, il ne nous semble pas que ce dernier argument soit parfaitement recevable. L'approche qui consisterait à percevoir les techniques d'appropriation médiévale comme étant économiquement inefficaces est aujourd'hui surannée. Certes, la multiplication des charges sur un bien peut, de fait, le retirer temporairement du marché – le bien ne sera pas autant attractif qu'un bien sur lequel aucun droit réel n'est constitué – puisque les droits réels seront opposables aux nouveaux acquéreurs. Pourtant, le démembrement des utilités du bien peut également permettre une valorisation de la chose par la maximisation des usages qui peuvent être objets de droits<sup>1559</sup>. En déplaçant le critère économique de l'échange des choses à ses usages, il est possible de conclure que la multiplication des droits de jouissance spéciale sur un même bien n'entraîne pas une totale paralysie économique du bien. Pour s'en convaincre, il convient donc de changer de prisme d'analyse.

**493.** En réalité, la seule contrainte liée à l'ordre public qui apparaît comme infranchissable reste la liberté du propriétaire et de ses successeurs. En soi, la multiplication de droits de jouissance spéciale sur son bien ne remet pas en cause la liberté du propriétaire. Cela mérite cependant d'être précisé. À l'aune de la jouissance, puis de la perpétuité, les deux éléments étant intrinsèquement liés. Afin d'éviter de vider la propriété de toute substance, il convient de préciser que seules des jouissances spéciales, c'est-à-dire restreintes et cantonnées, peuvent être envisagées. La notion de servitude le prouve, un même bien peut être soumis à une multiplicité de servitudes, conventionnelles ou non, sans que cela ne vide la propriété de sa substance. Dans le cas contraire, la Cour de cassation a reconnu la nullité de la servitude qui priverait propriétaire du fonds servant de sa propriété<sup>1560</sup>. La servitude, comme le droit réel de

---

<sup>1558</sup> Cet argument est notamment repris par Thomas Génicon : « *Dans le même temps, à l'échelle du commerce cette fois, le risque est réel, en pulvérisant les jouissances en une poussière de prérogatives de noyer les biens dans une forme rampante de collectivisme, confortée par l'impossibilité de fait de sa circulation* » : T. Génicon, « L'ordre public des biens et les servitudes, réflexions sur les incidences du droit de jouissance spéciale », *op.cit.*, p.125.

L'auteur reprendra également le célèbre argument de Gareth Hardin dit de la « Tragédie des communs » (Sur ce point : *Supra* n° XXX) : « *Il n'en demeure pas moins que le danger existe, à la seule échelle du bien, qu'à force de distribuer ces utilités entre une multitude de protagonistes, on empêche sa saine gestion et sa juste valorisation* » : *Ibid.*

<sup>1559</sup> Les études sur les semi-communs ont démontré que le partage des systèmes mixtes d'appropriation pouvaient être vecteur de bénéfices mutuels entre les titulaires des différents droits portant sur la chose. Pour reprendre l'exemple topique de la vaine pâture, le propriétaire du champ sur lequel vont paître le bétail d'autrui bénéficiera d'un intérêt économique substantiel grâce à un engrais gratuit. À l'inverse, les bénéficiaires du droit de vaine pâture pourront faire l'économie de l'acquisition d'un pâturage spécifique à cet effet, ou de son entretien. Sur ces questions : *Supra* n° XX. Pour une analyse économique et juridique du phénomène d'inclusion : D. B. Kelly, « The Right to include », *Emory Law Journal*, vol. 63, 2014, p. 857 *sqq.*, spéc. p. 871 *sqq.*

<sup>1560</sup> En ce sens : C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 24 mai 2000, n°97-22255 : Bergel, *RDI*, 2000, 316 ; Libchaber, *D.*, 2001, 151 ; C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 12 décembre 2007, n° 06-18288 : Gavin-Milan-Oosterlynck, *RDI*, 2008, 268.

jouissance spéciale, ne peuvent avoir pour finalité de créer un droit de jouissance exclusif de l'ensemble des utilités du bien. Ils ne doivent avoir pour objet que certaines utilités spécifiées. Ce faisant, la multiplication des droits réels de jouissance spéciale sur un même bien ne conviendrait pas à remettre en cause l'ordre public des biens.

Dans ces conditions, seule la dimension perpétuelle de ces droits pourrait mettre à mal la liberté du propriétaire et de ses ayants droits, en faisant renaître de ces cendres la division pérenne de la propriété<sup>1561</sup>. Ainsi, à elle seule, la superposition des droits de jouissance spéciale ne paraît donc pas être une menace pour l'ordre public des biens. Si certains auteurs prônent l'encadrement législatif de l'éventuelle superposition des droits réels de jouissance spéciale<sup>1562</sup>, il nous semble que c'est la volonté du propriétaire qui doit ici s'exprimer pleinement. Dès lors, c'est aux potentialités de la superposition des droits réels de jouissance qu'il nous faut nous intéresser.

## 2. Une perspective permettant le partage des utilités d'un même bien

La superposition des droits réels de jouissance sur un même bien peut permettre un réel partage de ses utilités entre des bénéficiaires différents. Pour autant, le partage des utilités du bien pourrait faire penser à l'indivision d'une même utilité, ce qu'il convient d'exclure, du moins partiellement (a). Ce faisant, cela permettra d'envisager comment la multiplication de droits réels de jouissance spéciale sur un même bien pourrait être vectrice d'un système hybride d'appropriation, à défaut, pour le moment, de pouvoir être un vecteur de « commun »<sup>1563</sup> (b).

---

<sup>1561</sup> En ce sens, un auteur analyse le premier arrêt « Maison de Poésie » comme pouvant être vecteur de propriétés partiales, c'est-à-dire des propriétés simultanées, sans que cela ne soit perçu comme une cause de rejet du droit réel de jouissance spéciale. Voir : F.-X. Testu, « L'autonomie de la volonté, source de droits réels principaux », *JCP N*, 2013, n°12, 1262.

<sup>1562</sup> R. Boffa, « L'ordre public des biens au XXIème siècle : rapport de synthèse », in *Liberté contractuelle et droits réels, op.cit.*, p.277 *sqq.*, spé. p.286. Et l'auteur de justifier sa position en voyant dans la libre expression de la volonté du propriétaire de démembrer les utilités de son bien une menace pour l'ordre public des biens: « Mais je pense que ce mouvement de pulvérisation des utilités de la chose, qui amène à diviser la propriété à l'infini, doit être prévu par le législateur. Les individus ne peuvent morceler, à leur guise, les utilités de la chose, car cela revient à renier la définition de la propriété qui figure dans la Déclaration de 1789. Sommes-nous prêts à renier cette Déclaration au XXIème siècle ? », *Ibid.* p.289.

<sup>1563</sup> La définition des communs, telle que nous l'avons retenu, est celle résultant des travaux d'Elinor Ostrom : Voir *Supra* n° 170 *sqq.*

## a) L'exclusion partielle de l'indivision des droits réels de jouissance

**494.** La dimension collective des droits réels n'exclue pas leur indivision, répondant au principe même de sa définition qui veut que l'indivision se caractérise comme une concurrence de droits de même nature portant sur un même bien. Cependant, la Cour de cassation a établi une lecture extensive du principe. En effet, si elle a toujours prôné l'absence d'indivision entre l'usufruitier et le nu-propiétaire<sup>1564</sup>, elle a pour autant reconnu l'existence d'une indivision entre propriétaire et usufruitier<sup>1565</sup>. En se fondant sur la théorie de l'usufruit causal<sup>1566</sup>, et donc sur l'approche classique du démembrement de la propriété, la Cour de cassation a pu justifier cette position. Si cette solution n'a pas été sans critique, notamment par la doctrine qui s'oppose à la définition classique de la propriété et du démembrement<sup>1567</sup>, il convient de préciser que les magistrats du Quai de l'horloge ont fait preuve de prudence en évoquant non pas une indivision en usufruit, mais seulement une indivision en jouissance<sup>1568</sup>.

**495.** Cependant, il est possible d'analyser cette « indivision en jouissance » à travers le prisme de l'objet du droit, autrement dit des utilités sur lesquelles le droit repose. Ainsi, pour William Dross : « *Sitôt que plusieurs individus peuvent prétendre concurremment tirer parti des mêmes utilités, la situation d'indivision est caractérisée et le partage doit pouvoir être en principe exigé* »<sup>1569</sup>, tandis que Nathalie Pierre s'était déjà inscrite en ce sens dans sa thèse de doctorat<sup>1570</sup>. Un argument sémantique vient à l'appui de cette approche : la Cour de cassation évoque l'indivision « *en jouissance* » et non l'indivision en usufruit. Ici, le complément du nom ne porte pas sur la détermination d'un droit déterminé, comme cela est le cas pour

---

<sup>1564</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 7 juillet 1993, n° 92-19193 : Bull. civ., III, n°112 ; C. ass plén., 3<sup>ème</sup> civ., 31 octobre 2000, n° 97-20732 ; C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 4 juillet 2007 : n° 06-16702.

<sup>1565</sup> C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 6 février 2001, n° 98-19060 : Bull. civ, I, n°24 ; Patarin, *RTD civ*, 2001, 640 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2001, 358.

<sup>1566</sup> « *Les postglossateurs, artisans de la réification du droit de propriété, vont transformer en droit l'ususfructus du propriétaire. L'usufruit causal est un droit qui, joint à la proprietas, elle-même érigée en droit, forme le plenum dominium. La théorie classique de la propriété est née.* » F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens, op.cit.*, n° 343.

<sup>1567</sup> Pour les tenants du néo-personnalisme, la propriété n'ayant aucune commune nature avec l'usufruit, la reconnaissance d'une indivision ne peut être envisageable. Voir : F. Zenati, *RTD civ*, 1990, p.523 *sqq.*

<sup>1568</sup> Pour exemple : C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 26 septembre 2007, n°06-14422 : Bull. civ, I, n°307. C'est ainsi que l'arrêt précise : « *Qu'en statuant ainsi, alors que, les droits successoraux de Mme X... s'élevant à un quart en usufruit et ceux de ses enfants à trois quarts en pleine propriété et à un quart en nue-propiété, il existait une indivision en jouissance entre Mme X... et ses enfants, la cour d'appel a violé les textes susvisés, par refus d'application (...).* » (Nous soulignons).

<sup>1569</sup> W. Dross, *Les choses, op.cit.*, p.299.

<sup>1570</sup> N. Pierre, *Les indivisions complexes*, Thèse, Nancy 2, 2003, n°41 : « *selon une définition ouverte, l'indivision ne concerne pas seulement les concours de droits nommés identiques, notamment les droits réels ; elle vise également la mise en concurrence de prérogatives de même nature* ». (Cité par W.Dross, *op.cit.*).

l'indivision d'usufruits, mais sur les prérogatives rattachées au droit en cause, c'est-à-dire la jouissance.

À partir de là, qu'en est-il pour deux droits dits « de jouissance spéciale » portant sur des utilités différentes d'un même bien ? Peut-on dire avec certitude que le régime de l'indivision viendrait à s'appliquer ? Si la jurisprudence de la Cour de cassation n'a pas encore été confrontée à ce cas de figure, il ne semble pas que cette solution soit envisageable. En effet, dans le cadre des droits dits « *de jouissance spéciale* », la seule sémantique ne peut permettre de conclure à la nature commune du droit, tout dépendra du contenu de la « jouissance spéciale ». Ce qui pourrait être vrai pour l'usufruit ou le droit d'usage ne peut l'être pour le droit de jouissance spéciale. La reconnaissance d'une « indivision en jouissance » nous le rappelle et confirme notre analyse. En effet, dans un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 7 juillet 2016<sup>1571</sup>, a été reconnue une situation d'indivision entre un droit d'usage et d'habitation et un droit de propriété. Encore une fois, les natures respectives des droits ne sont pas communes. Or, si une telle solution peut trouver une explication dans la théorie de l'usufruit causal – ce que semble faire la Cour de cassation – il est également possible de raisonner à partir des prérogatives des droits indivis. Ici, la Cour rappelle que l'indivision « *peut ne porter que sur une partie des droits des intéressés* », autrement dit que la concurrence des droits ne s'étendra pas au-delà du droit d'usage et d'habitation, droit en l'espèce le plus limité. La solution peut se comprendre, le droit d'habitation était en l'espèce exercé « *conjointement* » entre son titulaire et le propriétaire du bien, les prérogatives de chacun sur le bien étaient donc similaires, du moins dans la limite du droit d'usage et d'habitation. Ainsi, même si les droits ne sont pas de nature identique, il existait bien une concurrence quant aux prérogatives de chacun sur le bien. La solution paraît donc, sur ce point, parfaitement logique. Il s'agit bien d'une indivision en jouissance.

Dès lors, si l'identité de prérogatives conduit à un état de concurrence et donc d'indivision, peut-on raisonner *a contrario* ? Il nous semble que oui. L'état de concurrence ne pourrait être reconnu sur des droits ne portant pas sur les mêmes utilités, il y aurait ainsi plusieurs jouissances spéciales distinctes. L'état de concurrence étant la clef de voûte de la notion

---

<sup>1571</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 7 juillet 2016, n° 15-10278 : Danos, *RDC*, 2016, 737 ; Julienne, *D.*, 2016, 2263 ; Marcie-Morin et Niel, *AJDI*, 2017, 136 ; Bergel, *RDI*, 2016, 541 ; Casey, *AJ fam*, 2016, 439 ; Lerond, *Gaz. Pal.*, 13 décembre 2016, 71 ; Guéguan, *JCP N*, 9 déc. 2016, p. 34 ; Penin, *JCP. N.* 25 novembre 2016, 38 ; Périnet-Marquet, *JCP N*, 18 novembre 2016 ; Sturlèse, *JCP G*, 2016, 1911 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2016, 2054 ; Dross, *RTD civ*, 2017, 180 ; Perruchot-Triboulet, *RDLC*, 2016, n°142, 30 ; Seube, *Dr. et patrim.*, 2016, n°263, 96.

d'indivision, elle serait ici absente. Il apparaît logique de conclure que quand bien même un propriétaire constituerait deux droits de jouissance spéciale ne portant pas sur les mêmes utilités, les droits ne pourraient se voir reconnaître le statut de droit indivis.

**496.** *In fine*, trois situations peuvent être distinguées :

1) Un propriétaire vient reconnaître à plusieurs titulaires déterminés un droit de jouissance spéciale portant sur une même utilité de son bien, le droit sera alors indivis car il existe une concurrence de droits similaires, tant en nature qu'en prérogatives.

2) Un propriétaire vient reconnaître pour bénéficiaire d'un droit réel de jouissance spéciale les membres d'une communauté. Les membres ne sont pas nominativement désignés et c'est l'appartenance à la communauté via des critères spécifiés qui emporte la qualité de bénéficiaire. Seule une personne morale est reconnue titulaire du droit.

3) Un propriétaire constitue, sur son bien, une pluralité de droits de jouissance spéciale portant sur des utilités différentes. Ces droits ne portant pas sur les mêmes utilités, il existe une pluralité de jouissances. Ces droits vont donc prendre la forme de droits réels simultanés – plusieurs droits sont ainsi reconnus sur un même bien – mais aucunement de droits indivis, le principe de concurrence des droits étant ici absent.

L'originalité de cette dernière situation mérite d'être mise en perspective.

#### **b) La multiplication des droits réels de jouissance spéciale sur un même bien : vers des "communs" ?**

À première vue, la multiplication de droits de jouissance sur un même bien pourrait ressembler à la conception Ostromienne du système d'appropriation des communs, celle d'une propriété conçue comme faisceau de droits, chaque droit du faisceau pouvant être distribué. D'un point de vue pratique, des rapprochements peuvent être opérés, mais l'opposition théorique reste patente.

**497. Opposition théorique.** Concevoir le rapprochement entre la superposition de droits réels sur un bien approprié et la théorie de la propriété comme « *bundle of rights* » paraît difficilement concevable. Quelques points suffiront à résumer cette impossibilité.



Le premier est placé sous le signe de l'évidence : la théorie de la propriété conçue comme un *bundle of rights* est une théorie de la propriété à part entière<sup>1572</sup>. Autrement dit, la propriété se définit par sa décomposition en plusieurs droits, ces derniers pouvant être distribués. Il s'agit donc bien d'un état génésiaque. À l'inverse, la libre création des droits réels, et la multiplicité de ces derniers sur un bien, ne nécessite pas une nouvelle définition de la propriété. Il n'en demeure pas moins que le propriétaire peut l'inscrire dans une dimension plus collective – voire sociale – en reconnaissant des droits de jouissance spéciale sur son bien. Là où la décomposition de la propriété résulte d'une situation initiale dans la théorie américaine de la propriété, la multiplication des droits réels de jouissance spéciale procède d'une décision du propriétaire, elle est une potentialité nouvelle du droit civil des biens. Dès lors, le prisme de la relation entre homme et choses s'en voit bouleversé. La multiplication des droits réels sur le bien replace la chose au cœur du concept d'appropriation ; à l'inverse, l'approche américaine se conçoit comme « *un ensemble de relations juridiques qui relie les personnes entre elles et secondairement ou accessoirement implique une chose* »<sup>1573</sup>. En définitive, la théorie américaine de la propriété est, comme son nom l'indique, une définition de la propriété. Elle ne conçoit pas un propriétaire, mais plusieurs, l'objet n'étant plus alors pris dans sa corporéité mais comme des droits de jouissances incorporels portant sur la chose. À s'inscrire dans la pensée réaliste américaine, il n'y a plus un propriétaire du bien matériel, mais plusieurs propriétaires de prérogatives sur la chose, l'ensemble ne pouvant être compris que par les droits et obligations interpersonnels de chacun. Partant, le faisceau ne serait pas exclusivement composé des droits distribués, il reconnaîtrait également l'ensemble des intérêts existants sur la chose.

**498.** On retrouverait alors la caractéristique principale de la saisine médiévale, une appropriation fondée sur les utilités<sup>1574</sup> de la chose et non sur sa corporéité. Ce serait un changement tellement profond qu'il produirait un nouveau paradigme et nécessiterait de rompre définitivement avec la définition de la propriété donnée en l'article 544 du Code

---

<sup>1572</sup> Nous avons rejeté, en première partie de cette étude, la tentation de le (re)théorisation de la propriété civiliste à partir de la théorie dite du « *bundle of rights* ». Pour les différents aspects de ce refus, voir : *Supra* n° 276 *sqq.*

<sup>1573</sup> T.W. Merrill, H.E. Smith, « What happened to Property in Law and Economic ? », *The Yale Law Journal*, vol. 111, n°2, 2001, p.357 *sqq.*, spé. p.365. (Traduction libre).

<sup>1574</sup> Dans son introduction historique au droit des biens, Anne-Marie Patault fait le lien entre la notion de saisine médiévale et de propriété des droits. En ce sens : A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F, coll. Droits fondamentaux, 1989, p.143.

civil<sup>1575</sup>. À l'inverse, la multiplication des droits réels de jouissance spéciale sur un bien ne s'oppose pas théoriquement à la définition civiliste de la propriété, elle reste inchangée. Il ne s'agit que d'une potentialité de la modulation de la propriété qui s'exprime dans la volonté du propriétaire. En multipliant les droits réels de jouissance spéciale sur son bien, le propriétaire ne fait qu'inclure autrui dans le rapport d'appropriation qu'il entretient avec la chose.

**499. Rapprochement pratique : le partage des utilités de la chose.** Cela étant, la différenciation théorique des deux situations ne doit pas nous amener à rejeter en bloc les accointances qui peuvent exister. En effet, en regardant les différents droits qui grèvent la chose, les deux situations étudiées paraissent se rapprocher, notamment par le prisme du partage des utilités du bien. En effet, dans le cadre de la théorie américaine, le principe de concevoir la propriété comme un faisceau de droits se conjugue avec l'idée d'un partage de ces droits entre des titulaires différents. Cette conception est d'ailleurs très bien démontrée par Ostrom, quand celle-ci évoque les différents types de « *commoners* »<sup>1576</sup>, chacun d'entre eux étant titulaires d'un ou plusieurs droits du faisceau. Il y a ici un lien direct avec la possibilité désormais acquise de libre démembrement des utilités du bien. Comme le rappelle Laurent Pfister : « *dans de nombreuses hypothèses, la propriété dite démembrée emporte un accès à la ressource, souvent immobilière, ou à tout le moins à l'une de ses utilités, au profit d'autrui, voire partagé entre plusieurs. En cela elle comporte un élément de définition des communs* »<sup>1577</sup>. L'auteur évoque ici l'ensemble des démembrements de propriété qui peuvent générer un accès et notamment les formes d'accès subi ; formes que nous avons déjà étudiées en amont et dont la technique centrale repose sur une fonctionnalisation spécifique d'origine légale ou réglementaire. Dans le cadre de la libéralisation des droits réels, c'est bien d'une inclusion volontaire dont il est question, puisqu'elle est à l'initiative du propriétaire. À ce titre, la multiplication des droits réels de jouissance spéciale sur un même bien peut se concevoir comme l'un des éléments nécessaires de création d'un commun, en ce qu'il va

---

<sup>1575</sup> En ce sens, la proposition de Fabien Girard est particulièrement éclairante. L'auteur propose ainsi de prendre modèle sur le *bundle of rights* afin de créer librement des droits réels *sui generis* (droit d'accès à un fonds dans le but d'observer la nature, démembrements de biens incorporels, fiducie environnementale). Une telle position nécessiterait cependant de rompre définitivement avec les institutions actuelles, et de concevoir la propriété comme étant un faisceau de droits : F. Girard, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux. Repenser la propriété à partir du bundle of rights », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, n°6, 2016, p. 185 sqq.

<sup>1576</sup> Sur ce point : *Supra* n° 187 à 190.

<sup>1577</sup> L. Pfister, « Propriété démembrée ou démembrement de propriété », in *Dictionnaire des biens communs*, *op.cit.*, p.964 sqq., spéc. p.967.

permettre la réalisation d'un usage partagé volontaire<sup>1578</sup>. Pour reprendre les mots de deux auteurs : « *le modèle du propriétaire souverain s'atrophie au profit d'une propriété ressourcée qu'il faut repenser dans ses utilités "partageables et variables" »*<sup>1579</sup>.

**500. Rapprochement pratique : la préservation de la chose.** Que cela soit une volonté directe du propriétaire ou non, la multiplication des droits réels sur un même bien va naturellement tendre à sa préservation. La raison est qu'en confiant la jouissance d'une utilité particulière de son bien, le propriétaire vient nécessairement limiter son pouvoir d'action sur la chose. On retrouve, ici, le principe de l'affectation propre au droit réel, le propriétaire limite volontairement son pouvoir de jouissance sur la chose en transférant la jouissance d'une utilité ou plusieurs utilités à autrui<sup>1580</sup>. Dans le cadre des droits réels de jouissance spéciale, la détermination spécifique de la jouissance emporte son affectation. La jouissance du titulaire sera guidée par le contenu du droit réel de jouissance spéciale. En effet, lorsque les utilités sont partagées, chaque titulaire ne peut agir dans la limite des prérogatives qui lui sont reconnues. Le propriétaire verra ainsi son pouvoir de nuisance – sa faculté de mésusage notamment – réduite par son obligation de respecter les prérogatives des différents titulaires de droits réels sur son bien. Il est donc possible de voir ici un rapprochement pratique avec les communs, la seule différence étant que la situation n'est pas toujours ici le fruit d'une volonté commune, mais plutôt la conséquence d'une pulvérisation des utilités de la chose entre le propriétaire et les différents titulaires de droits réels. Ce phénomène avait été largement souligné lorsque les démembrements s'inscrivaient avec force comme une composante du système d'appropriation médiéval<sup>1581</sup>.

---

<sup>1578</sup> Sans évoquer spécifiquement la question des « communs », Mustapha Mekki s'interroge sur les applications potentielles du droit réel de jouissance spéciale en droit de l'environnement. Ce faisant, il opère un rapprochement avec l'idée de la propriété comme « *bundle of rights* » : M. Mekki, « Les virtualités écologiques du droit réel de jouissance spécial », *op.cit.*, n° 5. Dans un sens plus large encore, Benoît Grimonprez évoque la dématérialisation du droit de propriété, portant davantage sur les utilités du bien que sur sa matérialité. Subséquemment, l'auteur évoque un retour « à un état de raffinement qui rappelle la vieille saisine de l'Ancien droit. Sous ce jour nouveau, des similitudes troublantes apparaissent avec ce que les anglo-saxons nomment le *bundle of rights* » : B. Grimonprez, « Le droit de propriété à l'ère du changement climatique », in *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?*, M. Hauterau-Boutenet et S. Porchy-Simon (dir.), Dalloz, coll. Thème et commentaire, 2019, p. 243 *sqq.*, p.254.

<sup>1579</sup> L. Neyret et N. Reboul-Maupin, « Droit des biens (Panorama) », *D.*, 2915, p.1863.

<sup>1580</sup> Sur le lien entre affectation et droit réel : P. Berlioz, *Les biens, op.cit.*, n° 350.

<sup>1581</sup> E. Meiller, « Le droit réel, vecteur de service environnemental », *op.cit.*, p.79 : « *Il est intéressant de noter, en tout cas, que le droit commun des droits réels sui generis vient de ces anciens droits d'usage communaux. Ceux-ci correspondaient à une logique foncière ancienne (...) Mais ils induisaient des conséquences environnementales. Ainsi, celui dont la forêt était grevée d'un droit d'affouage (droit de prélever du bois de chauffe) et d'un droit de marronnage (droit de prélever du bois de charpente) au profit de la collectivité voisine, était contraint à une gestion durable de sa forêt, en raison des droits réels sur son bien, sans pouvoir défricher de sa seule volonté* ».

Dans un autre sens, certainement plus constructif, le partage des utilités d'un bien pourrait également être vecteur de protection de la chose<sup>1582</sup>. La logique ne serait pas alors de se fonder sur la paralysie du pouvoir de mésusage des titulaires de droits sur le bien, mais de distribuer certaines utilités spécifiques dont le contenu pourrait avoir un rôle actif dans le phénomène de préservation du bien. On peut ainsi imaginer qu'un propriétaire d'une forêt de conifères puisse contracter un droit réel de jouissance spéciale reconnaissant le droit, pour un apiculteur amateur, d'installer des ruches dans cette forêt. Le bénéficiaire du droit jouirait ainsi de la spécificité du lieu, lui assurant une collecte de miel de montagne. Ce faisant, le propriétaire de la forêt bénéficierait quant à lui du processus de pollinisation indispensable à la préservation de sa forêt. Ce même propriétaire pourrait également reconnaître un droit réel de jouissance spéciale conférant la possibilité, pour un tiers, de procéder aux coupes prévues par un plan de gestion volontaire<sup>1583</sup>. Ce droit reconnu permettra à son titulaire de bénéficier de bois de chauffage tout en assurant une gestion durable de la forêt. Enfin, ce même propriétaire pourrait également reconnaître, à une association ou à une école, le droit réel de jouissance spéciale d'observer la nature<sup>1584</sup>.

**501. Perspective pour la construction d'un système hybride d'appropriation à partir de la libre constitution des droits réels.** L'exemple précité nécessite de le réintégrer dans le champ théorique. La libre constitution des droits réels innomés ne paraît pas, à première vue, être générateur de « communs » comme pouvait l'entendre Elinor Ostrom. Si nous avons vu que le système d'appropriation des communs est difficilement conciliable avec la définition de la propriété qui ressort de l'article 544, il faudrait également la mise en place d'un système de gouvernance<sup>1585</sup>. En soi, la distribution des utilités d'un bien ne réalise pas, à elle seule, la

---

<sup>1582</sup> Par exemples : M. Mekki, « L'avenir de l'environnement et le droit des biens », in *L'avenir du droit des biens*, R. Boffa (dir.), LGDJ, Coll. Grands colloques, 2016, p.181 *sqq.* ; du même auteur : « Les virtualités environnementales du droit réel de jouissance spéciale », *op.cit.* ; L. d'Avout, B. Mallet-Bricout, « De l'autonomie, de la durée et des causes d'extinction des droits réels de jouissance spéciale », *D.* 2017, 134.

<sup>1583</sup> Le plan simple de gestion volontaire est un document qui précise les différentes actions permettant une bonne gestion de sa forêt. Il permet ainsi de déterminer une « feuille de route » permettant d'inscrire son bien dans une logique de protection.

<sup>1584</sup> Comme le souligne un auteur : « *Il ne faut pas en minimiser la portée en matière environnementale. L'affirmation selon laquelle le droit des biens comporte divers mécanismes permettant, tels le droit d'usage, d'organiser la coexistence de droits sur un même fonds est extrêmement importante (...). De même, l'accès à un fonds en vue d'y observer la nature peut être envisagé (...). Il est temps de se débarrasser de réticences qui ne sont dues qu'au respect pour la vieille terreur d'un retour à l'ordre féodal* » : F.-G. Trébulle, « Consécration du caractère réel du droit de chasse », *RDI*, 2003, p. 317 *sqq.*

<sup>1585</sup> Sur la définition du système de gouvernance des communs fonciers : *Supra* n° 173 à 178.

mise en place d'un système de gouvernance qui ne peut naître que de la volonté des acteurs du commun<sup>1586</sup>.

**502.** Cependant, la multiplication des droits réels de jouissance spéciale sur un même bien peut s'analyser comme étant un système hybride d'appropriation, c'est-à-dire fondé sur la reconnaissance de droits d'usages spécifiques et d'un droit de propriété. Pour reprendre l'exemple précité, la présence d'un système hybride d'appropriation se caractérise par la distribution de certaines utilités du bien entre des titulaires différents, dont les bénéficiaires peuvent être tant individualisés (le droit d'installer des ruches sur le fonds) que collectifs (le droit d'observation reconnu à une école et dont les bénéficiaires seront les élèves, présents et futurs). Le système hybride d'appropriation pouvant, comme c'est le cas en l'espèce, être formé autour d'un intérêt collectif qu'est la préservation du bien. Telle serait l'une des potentialités de la distribution des utilités d'un bien par son propriétaire, celle de concevoir son rapport d'appropriation dans une forme d'inclusivité qui répondrait à une fonctionnalisation collective déterminée. En permettant l'accès à certaines utilités spécifiées, le propriétaire procéderait à une modulation de sa propriété, tout en imprimant aux différents droits reconnus sur sa chose une finalité particulière.

\*\*\*\*\*

**503. Une potentialité collective limitée : l'indivision.** En s'extirpant définitivement du cantonnement du *numerus clausus* des réels dans lequel une partie de la doctrine les avait enfermé, les droits réels peuvent désormais prendre une tonalité plus collective. Il convenait alors de regarder les différentes potentialités collectives de ce nouveau droit. C'est ainsi que l'indivision a pu être envisagée, notamment sous le prisme d'un droit réel de jouissance spéciale ayant une pluralité de titulaire. S'il est vrai que le régime de l'indivision a, au fil des réformes, pris une teinte collective indéniable, la notion n'en demeure pas moins ontologiquement individualiste. À moins de rénover la notion sous un prisme nouveau<sup>1587</sup>, l'indivision se conçoit toujours comme un état anormal dont la vocation reste le partage. La potentialité collective d'indivision est donc limitée par sa nature même.

---

<sup>1586</sup> Pour Elinor Ostrom, la question de la gouvernance des communs est primordiale dans l'élaboration d'un commun. Sans système de gouvernance, pas de commun. Voir notamment : *Supra* n° 192 à 194.

<sup>1587</sup> Sur la question de l'approche de l'indivision à but durable, voir : *Supra* n° 392 à 403.

**504. Une potentialité collective bridée : les droits réels d'inspiration communautaire.**

À l'inverse, le détour vers les droits réels *sui generis* d'inspiration communautaires fut riche d'enseignement. Reconnus avec parcimonie par la Cour de cassation, ces droits se caractérisent par leur caractère *sui generis*, notamment en distinguant la titularité du droit, reconnue à une personne morale, de ses bénéficiaires effectifs, qui sont les membres de la communauté. Nul doute que ces droits réels spécifiques, s'ils venaient à être soumis aux juges, pourraient être requalifiés de droit réel de jouissance spéciale. La dimension collective est alors forte, mais biaisée, par une titularité individuelle.

**505. Une potentialité collective affirmée : la multiplication des droits réels de jouissance spéciale sur un même bien.** En permettant de librement distribuer des utilités spécifiques, le droit réel de jouissance spéciale peut être analysé comme un outil permettant la réalisation de l'usage partagé d'un bien. C'est ainsi qu'un propriétaire pourrait librement démembrer les utilités de la chose appropriée et en réaliser leur distribution. Ce faisant, il modulerait sa propriété en soustrayant à son pouvoir de jouissance des utilités désormais confiées à des tiers, le propriétaire s'inscrivant alors volontairement dans une démarche inclusive de la propriété. Dans ce schéma, le rapport d'appropriation s'en verrait bouleversé. En rompant avec la maîtrise individuelle des utilités de la chose, la multiplication des droits réels de jouissance spéciale permettrait de concevoir le rapport d'appropriation sous un prisme nouveau, celui d'un système hybride, mêlant, en son sein, la propriété et des droits d'usage portant sur des utilités spécifiques reconnus à des tiers.

## Conclusion du Chapitre I

**506. Le constat, la redécouverte d'une appréhension médiévale des choses.** Le vent libéral qui souffle sur le droit des biens depuis quelques années semble porter avec lui l'héritage médiéval du droit des biens<sup>1588</sup>. En permettant de concevoir des droits réels en dehors des modèles prévus dans le Code civil, il est désormais possible de créer des droits réels portant sur des utilités spécifiques et déterminées. Contrairement à la jouissance de l'usufruit qui a vocation à englober la quasi-totalité des utilités de la chose grevée, la jouissance est ici spéciale. C'est en ce sens que la Cour de cassation a évoqué un « droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale du bien ». Le lien avec la conception que les médiévaux se faisaient des choses est alors ténu, ceux-ci percevant les choses par leurs utilités et non par leur corporéité. Pris dans leur ensemble, les droits réels permettent désormais d'appréhender les choses tant par sa corporéité que par ses utilités, aussi précises soient-elles. Il s'agit, à n'en pas douter, d'une avancée pratique non négligeable qui pourrait permettre une maximisation des différentes utilités qu'une chose puisse offrir. Aussi, comme le droit médiéval nous y invite, la possibilité de concevoir droit un réel de jouissance portant sur des utilités précises permet d'envisager la distribution de ces utilités entre plusieurs titulaires différents. Il ne semble pas, cependant, que l'on puisse sonner le retour de l'ordre féodal. La Cour de cassation a, semble-t-il, posé des limites aux droits réels de jouissance spéciale. La première est d'ordre structurel et repose sur le caractère spécial de la jouissance, c'est à dire une jouissance précise et déterminée, qui la distingue des droits réels de jouissance principaux. La seconde est relative à l'ordre public, c'est ainsi qu'un droit réel de jouissance spéciale ne pourrait servir au plaideur souhaitant jouir d'une requalification d'un droit en « droit de jouissance spéciale » dans le seul but d'évincer les règles impératives des droits réels principaux qui relèvent du respect de l'ordre public. Loin d'être le cheval de Troie qui viendrait vider de toute substance les droits réels principaux, le droit réel de jouissance

---

<sup>1588</sup> Les exemples sont ici nombreux, quelques-uns suffiront à exposer ce courant : P. Legal, « Les vertus de la propriété. Des fondements de l'Ancien droit aux attentes contemporaines », in *Liberté contractuelle et droits réels, op.cit.*, p.11 *sqq.* ; F. Masson, « Liberté de créer des droits réels sui generis perpétuels en copropriété : la promesse de l'aube ? », *D.*, 2018, p.1577 *sqq.* L'auteur, s'il ne prend pas expressément partie, reconnaît cependant le virage « médiéval » pris par la Cour de cassation : « *Arrêt après arrêt, le droit français des biens renoue partiellement avec son passé médiéval, trop longtemps délaissé ou jugé irrationnel. L'Ancien Droit est en train de prendre sa revanche. De même que le code de 1804 réussit en son temps à faire œuvre de synthèse dans de nombreux domaines entre droit romain, droits coutumiers et droit révolutionnaire, l'heure est venue de faire de même en matière de droits réels* ». Cette tendance n'est pas nouvelle, Patault ayant déjà démontré la résurgence des formes de propriétés simultanées : A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F, Coll. Droit fondamental, 1989, n° 208 *sqq.* ; Du même auteure, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens histoire de l'immeuble corporel », in *L'Evolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes Journées René Savatier, P.U.F, 1991, p. 3 *sqq.*

spéciale doit plutôt s'analyser comme un outil pratique qui, sans renverser l'ordre établi, replace les choses et leurs utilités au cœur du droit des biens. En cela, les droits réels de jouissance spéciale réalisent le partage des utilités de la chose d'autrui.

**507. Vers un outil permettant une fonctionnalisation collective du rapport d'appropriation ?** La distribution des utilités d'un bien étant aujourd'hui possible, la voie de l'usage partagé semble tracée. Néanmoins, nous avons vu que les différentes formes d'usage partagé se couplent souvent d'une finalité particulière, qu'elle soit de protection d'un bien, du partage de connaissances<sup>1589</sup>. Le partage des utilités d'une chose est donc souvent subordonné à un intérêt collectif. C'est peut-être ici la potentialité la plus intéressante des droits réels de jouissance spéciale, celle de permettre, par l'usage partagé d'un bien, la réalisation d'un but déterminé, d'une finalité précise. En ce sens, les droits réels de jouissance spéciale pourraient permettre une fonctionnalisation collective du rapport d'appropriation, l'ensemble étant subordonné à la volonté du propriétaire. Dès lors, la seule question de la constitution de droits réels *sui generis* ne saurait suffire à rendre compte de cette potentialité. Il convient d'interroger le point qui a le plus cristallisé les passions, celui de la durée de ces droits réels de jouissance spéciale. Or, envisager la perpétuité des droits réels et c'est le fantôme de la propriété divisée qui ressurgit. Pourtant, la distribution des utilités d'une chose sur une longue durée pourrait avoir des vertus pratiques essentielles, notamment dans le cadre de la protection de certains biens. C'est donc à travers ses incertitudes et ses virtualités que la perpétuité des droits réels de jouissance spéciale doit être interrogée.

---

<sup>1589</sup> Nous avons relevé deux logiques qui président à l'usage partagé d'un bien, les logiques dites de protection et celles dites d'accès. Pour une présentation de ces logiques : *Supra* n° 209 *sqq.*



## Chapitre II

### La pérennité du partage des utilités de la chose : pour une perpétuité relative des droits réels innomés

**508. La perpétuité comme débat central des droits réels de jouissance spéciale.** En mettant fin à la théorie du *numerus clausus* des droits réels, la Haute-Juridiction a ouvert le débat sur la question de la durée de ces droits réels. Il faut dire que la troisième chambre civile de la Cour de cassation semble procéder à une politique des « *petits pas* »<sup>1590</sup>, précisant, par arrêts successifs, sa pensée sur la question. Les commentaires ont été nombreux, et les avis divergent grandement sur un débat qui reste sensible. En évoquant la perpétuité des droits réels, c'est évidemment, en creux, la question de la place de la propriété dans l'ordonnement juridique qui se profile. Il est vrai, si l'on pouvait considérer que droits réels *sui generis* singeant la propriété au point d'en devenir, comme elle, pleinement perpétuelle, alors ces droits en deviendraient ses concurrents directs. Une telle solution serait révolutionnaire, voire contre-révolutionnaire, et emporterait avec elle le morcellement définitif de la propriété, surtout si l'on surajoute, à cette possibilité, la faculté de chaque propriétaire à pouvoir multiplier les droits réels de jouissance spéciale sur le bien. En réalité, le débat doit être ici précisé, la perpétuité n'est pas l'apanage de la propriété, elle se décline également, de manière atténuée, dans le cadre des servitudes.

**509. La distinction entre une perpétuité « pleine et entière » et une perpétuité « relative ».** Malgré une appellation similaire, la perpétuité telle qu'elle se caractérise dans la propriété se distingue de la perpétuité des servitudes. Comme le souligne un auteur « *la perpétuité de la propriété ne fait véritablement sens que mise au regard du caractère temporaire des démembrements de celle-ci. C'est par contraste en quelque sorte qu'elle est perpétuelle* »<sup>1591</sup>. La servitude, si elle se caractérise par la possibilité d'être perpétuelle<sup>1592</sup>, ne calque pas son modèle temporaire sur celui de la propriété. À ce titre, il existerait, en droit français, deux types de perpétuité : la perpétuité « pleine et entière » et la perpétuité

---

<sup>1590</sup> L. d'Avout, B. Mallet-Bricout, « De l'autonomie, de la durée et des causes d'extinction des droits réels de jouissance spéciale », *D.*, 2017. p.134 *sqq.*

<sup>1591</sup> W. Dross, « Que l'article 544 nous dit-il de la propriété ? », *RTD civ*, 2015, p.27 *sqq.*, spéc. p.28.

<sup>1592</sup> Les servitudes conventionnelles peuvent parfaitement être limitées dans le temps : C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 22 mars 1989, n°87-17454, Bull. civ., III, n°73 ; Bergel, *RDI.*, 1989, 447 ; Zenati, *RTD civ*, 1989, 592 ; Robert, *D.*, 1990, 90.

« relative ». Malgré un silence originel du Code civil sur ce point, désormais corrigé en l'article 2227<sup>1593</sup> du Code civil, le principe de la perpétuité de la propriété se conçoit avant tout dans son caractère imprescriptible, reconnu depuis longtemps<sup>1594</sup>, et à de nombreuses reprises<sup>1595</sup>, par la jurisprudence de la Cour de cassation. Il s'agit, sur ce point, de la définition retenue par l'*opinio communis doctorum*<sup>1596</sup> : la propriété est perpétuelle puisqu'elle est imprescriptible. À l'inverse, les servitudes ne sont pas considérées, selon cette définition, comme étant perpétuelles. Cependant, les servitudes sont, depuis près d'un siècle, considérées comme telles<sup>1597</sup> alors qu'elles sont, depuis 1804, soumises à une prescription trentenaire<sup>1598</sup> et s'éteignent également lorsqu'elles ne sont plus utiles aux fonds qu'elles servent<sup>1599</sup>. La distinction se fonde ici sur l'usage du droit. Là où l'imprescriptibilité permet de jouir comme on veut de la propriété, et donc de ne pas en jouir, la servitude est quant à elle soumise à des règles d'extinction liées directement à son usage : le non-usage trentenaire, mais également l'usage devenu impossible ou inutile. Ainsi, la perpétuité de la propriété découle du caractère absolu de la propriété, comme le rappellent de célèbres arrêts<sup>1600</sup>, alors que la perpétuité de la servitude est dépendante de son caractère utile pour le fonds grevé<sup>1601</sup>.

---

<sup>1593</sup> Article 2227 du Code civil : « *Le droit de propriété est imprescriptible. Sous cette réserve, les actions réelles immobilières se prescrivent par trente ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». L'interprétation du texte n'est pas forcément aisée, notamment au regard de l'article 2224 du même code. Sur ce point : B.Mallet-Bricout, *D.*, 2008, p.2460.

<sup>1594</sup> Req., 12 juillet 1905 : Walh, *S.*, 1907, I, 273 ; Potier, *DP*, 1907, I, 141.

<sup>1595</sup> C. cass., civ. 3<sup>ème</sup>, 16 mai 1974, n°73-10851 ; Bull. civ., III, n°208 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 5 juin 2002, n°00-16077, Bull. civ., I, n°129 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2003, I, 117 ; Pillet, *D.*, 2003, p.1461.

<sup>1596</sup> Pour exemples : F.Terré, P.Simler, *Les biens*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., coll. Précis, 2018, n°150 ; W. Dross, *Les choses*, LGDJ, 2012, n°79-1 ; P. Berlioz, *Droit des biens, op.cit.*, n°293 ; C. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Les biens, droits réels principaux, op.cit.*, n°250 : « *Il est vrai que la perpétuité a été admise en jurisprudence pour des droits réels de jouissance attachés à un droit de propriété. Cependant, il ne peut s'agir de la perpétuité au sens de celle de la propriété, c'est-à-dire l'imprescriptibilité* ».

<sup>1597</sup> C. cass., civ., 5 mai 1919 : *DP*, 1923, I, 230.

<sup>1598</sup> Article 706 du Code civil : « *La servitude est éteinte par le non-usage trentenaire* ».

<sup>1599</sup> Article 703 du Code civil : « *Les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user* ».

<sup>1600</sup> Voir l'affaire de l'étang Napoléon : Cass., ass. plén., 27 juin 1972, Bull. Ass. plén., n° 3 ; Lindon, *D.* 1972. 705 ; Goubeaux et Jegouzo, *JCP G*, 1973. II. 17331 ; Cabanac, *Gaz. Pal.* 1972. II. 579 ; Bredin, *RTD civ*, 1973, 14. Voir également l'affaire dite du trésor de la rue Mouffetard : T. civ. Seine, 1er juin 1949 : Ripert, *D.*, 1949., 550 .

<sup>1601</sup> L'application de la prescription extinctive des servitudes a pu être analysée par la différence de fonction qu'il existe entre la perpétuité de la propriété et la perpétuité des servitudes : « *En effet, si le droit de propriété n'est pas susceptible de faire l'objet de la prescription extinctive, c'est parce que les attributs du propriétaire sur la chose sont à ce point complets qu'il peut en faire ce qu'il veut, y compris ne pas exercer son droit sur celle-ci. Au contraire, le bénéficiaire d'une servitude sur l'immeuble d'autrui n'a pas la maîtrise absolue de cet immeuble à l'instar du propriétaire. Il n'a aucun droit limité et fondé sur l'utilité de l'immeuble dans l'exercice de son propre droit de propriété (...) Mais, s'il en fait usage, la servitude durera autant qu'elle lui est utile et qu'elle est exercée. C'est en ce sens seulement qu'on peut dire que la servitude est perpétuelle, ce qui, on le voit, n'a pas la même signification qu'en ce qui concerne la propriété* » : C. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Les biens, droits réels principaux, op.cit.*, n°829.

D'un autre côté, la servitude serait perpétuelle tout en s'éteignant avec le non-usage trentenaire. La perpétuité est alors définie par l'absence de terme. Cette définition de la perpétuité est loin d'être abandonnée : ce qui est perpétuel, c'est ce qui dure toujours. Nous rejoignons cet avis, notamment parce que cette définition est ressortie des inquiétudes relatives à la potentielle perpétuité des droits réels de jouissance spéciale et qu'il convient, dès lors, d'y répondre<sup>1602</sup>. Conséquemment, nous opposons deux formes de perpétuité : celle qui serait « pleine et entière », à l'image de la propriété, laquelle serait la résultat d'une combinaison entre absence de terme au droit et imprescriptibilité ; celle qui serait « relative », à l'image des servitudes, laquelle serait la résultat d'une combinaison entre absence de terme au droit et causes d'extinction du droit liées à son usage<sup>1603</sup>. Dans le cadre des droits réels innomés, c'est cette potentialité qu'il convient d'explorer.

**510. La perpétuité des droits réels innomés, mais pourquoi ?** En liminaire à toutes considérations sur la potentielle technicité propre à la mise en place d'une perpétuité relative des droits réels *sui generis*, encore faut-il répondre à une question essentielle, celle qui vient justifier, d'un point de vue pratique, notre proposition : pourquoi la perpétuité ?

Il convient d'abord de préciser que la perpétuité doit devenir une possibilité, mais qu'en aucun cas elle ne saurait être le modèle temporel général. Il ne doit s'agir que d'une potentialité, offerte au titre de la flexibilité juridique pour répondre au besoin de ses acteurs. En effet, la question d'une longue durée, voire d'une très longue durée, apparaît parfois

---

<sup>1602</sup> Pour exemple : R. Libchaber, « Les habits neufs de la perpétuité », *RDC*, 2013, p.584 *sqq* : « *L'admission de la perpétuité s'arrête là : toutes les autres manifestations de volonté sont précaires par leurs effets ! C'est ainsi que la durée des contrats doit être limitée, tout comme les droits réels, sur la chose d'autrui donc, qui s'éteignent normalement avec le passage du temps* ». Ici, la définition de la perpétuité est calquée sur la dimension temporelle du droit et non sur son extinction par non-usage. Voir également : F. Danos, « Le caractère temporaire du droit réel de jouissance spéciale consenti sur la durée de vie de la personne morale bénéficiaire », *RDC*, 2017, p.123 *sqq* : « *La perpétuité ne peut être que l'horizon de la seule propriété, lui permettant de dépasser et de recouvrir tous les droits réels qui viennent grever les différentes utilités de la chose. La perpétuité participe, par conséquent, de l'essence même du droit de propriété (...) les droits réels sur la chose d'autrui devant alors nécessairement être limités dans le temps* ».

<sup>1603</sup> William Dross, évoquant la notion de perpétuité, évoquera la différence entre perpétuité des servitudes et la perpétuité de la propriété : « *Encore faut-il lever d'emblée l'ambiguïté qui affecte cette notion. Il est très différent en effet de dire qu'un droit est perpétuel parce qu'il peut être constitué sans limitation de temps ou qu'il l'est parce qu'il n'est pas sujet à la prescription extinctive. Schématiquement, si l'on raisonne dans le cadre des droits réels, l'usufruit n'est pas perpétuel ni dans la première, ni dans la seconde acception, les servitudes le sont dans la première mais non dans la seconde (puisqu'elles s'éteignent par le non usage) et la propriété est perpétuelle à la fois dans la première et la seconde* » : W. Dross, « La perpétuité des droits réels *sui generis* », *JCP G*, 2012, p. 1557 *sqq*.

nécessaire<sup>1604</sup>. La détermination d'une durée, si celle-ci est laissée à la volonté des parties, va bien souvent se calculer par rapport à la chose qui subit le droit, mais également par rapport aux différents intérêts en présence. Il est logique qu'un droit de jouissance spéciale conférant le droit d'utiliser un terrain de football privé ne soit pas forcément confié pour une durée aussi longue qu'un droit inscrit dans une finalité de protection environnementale. De plus, dans une hypothèse où plusieurs droits réels de jouissance spéciale coexisteraient sur un même bien, la perpétuité de ces droits ferait croître encore davantage l'obligation de respecter le bien soumis au partage des utilités. En effet, une grande temporalité emporterait également une plus grande responsabilité du titulaire du droit sur le bien, notamment dans sa préservation, afin de ne pas obérer l'usage des autres titulaires de droits. Ainsi, si l'on reprend notre idée de départ, la perpétuité des droits réels de jouissance spéciale pourrait être un facteur déterminant permettant le partage des utilités d'une chose et donc, par lien de corrélation, un vecteur de système d'appropriation hybride.

La question, finalement, n'est pas celle de savoir s'il est possible ou non de reconnaître une forme de perpétuité des droits réels *sui generis*, mais bien plutôt de déterminer comment faire pour que cette perpétuité soit possible. En effet, le choix de reconnaître la perpétuité des droits réels *sui generis* n'est pas, en soi, un débat juridique. Il repose davantage sur des questions de politiques législatives, voire d'idéologie<sup>1605</sup>. En revanche, il appartient au juriste de démontrer que la conception de droits réels *sui generis* perpétuels peut se conjuguer avec le respect de l'ordre public des biens.

Une telle appréhension de la question de la perpétuité nécessite donc, en premier lieu, d'analyser les solutions actuelles en matière de droits réels innomés. Contrairement aux droits

---

<sup>1604</sup> Dans un article consacré à la dimension environnementaliste des droits réels, Eric Meiller évoque la nécessité de devoir recourir à des droits de longues durées, notamment quand ces derniers sont assortis d'une obligation réelle accessoire : « Prenons l'exemple d'un droit réel imposant la replantation d'une forêt de hêtres. Cet arbre atteint sa maturité autour du siècle. Mais, surtout, pendant la première décennie de sa vie, celui-ci a besoin de croître à l'ombre des autres arbres. Aussi, l'obligation de replanter du hêtre suppose plusieurs étapes successives, sur plusieurs décennies (...) Seuls des droits à très long terme peuvent donc servir de cadre à l'obligation de replantation. », E. Meiller, « Le droit réel : vecteur de services environnementaux », in *Le droit des biens au service de la transition écologique*, B.Grimonprez (dir.), Dalloz, 2018, p.75 ; Voir également : M. Mekki, « Les virtualités environnementales du droit réel de jouissance spéciale », *RDC*, 2014, n°110c3, p.105 sqq, spéc. n° 7 : « L'intérêt d'un droit réel de jouissance spéciale, du moins en matière environnementale, réside dans l'existence d'obligations négatives et positives de nature perpétuelle. Cette perpétuité est une condition utile et nécessaire » ; Dans un sens similaire : L. d'Avout, B. Mallet-Bricout, « De l'autonomie, de la durée et des causes d'extinction des droits réels de jouissance spéciale », *D.*, 2017,134.

<sup>1605</sup> Évoquant la question des droits réels de jouissance spéciale, William Dross précise : « C'est une question de choix politique et économique : de ce point de vue, le juridique ne dicte rien. Il est seulement regrettable qu'une question d'une telle importance ne soit abordée qu'à titre incident, et qui plus est par la jurisprudence et non le législateur » : W. Dross, *Les choses*, op.cit., n° 132-2.

réels principaux, celles-ci n'ont pas le mérite de la clarté. Ainsi, si la Cour de cassation a semble-t-il sonné le glas pour la perpétuité des droits réels de jouissance spéciale par la Cour de cassation, la perpétuité des droits réels innomés n'est pas inconnue de notre droit (Section 1). À partir de là, nous entreprendrons de rechercher une voie nouvelle : celle d'une potentielle perpétuité des droits réels innomés, mais relative car inscrite dans le respect de l'ordre public des biens, une perpétuité pouvant rendre pérenne l'usage partagé d'un bien (Section 2).

### **Section 1 : L'absence d'unité de la durée des droits réels innomés**

En reconnaissant l'existence d'un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un bien, la Cour de cassation a également dû se prononcer sur la durée de ce droit. Le propre de l'innomé, c'est de pouvoir s'extraire des différents régimes des droits réels principaux et des limites temporelles qu'ils imposent. Face à cet inconnu, la troisième chambre civile de la Cour de cassation semble condamner, malgré quelques hésitations, la perpétuité des droits réels de jouissance (I). Cependant, il ne faudrait pas faire flèche de tout bois et exclure la perpétuité du champ des droits réels innomés. En effet, que cela soit dans le cadre du droit de la copropriété ou dans des logiques communautaires, la Cour de cassation reconnaît des droits réels perpétuels. De même, l'application pratique de la jurisprudence « Maison de Poésie II » pourrait conduire à une perpétuité factuelle. Bien que contestée, la perpétuité des droits réels innomés trouve parfois un terrain d'expression (II).

#### **I/ Principe : Détermination de la durée par la convention**

De la lecture combinée des trois arrêts qui évoquent de droit de jouissance spéciale<sup>1606</sup>, la Cour de cassation a en effet rappelé que le droit réel de jouissance spéciale « *s'il n'est pas limité dans le temps par les parties, ne peut être perpétuel et s'éteint dans les conditions*

---

<sup>1606</sup> Nous entendons ce droit pris dans son acceptation générale, c'est-à-dire quand pour un droit réel de jouissance spéciale personnel, et non dans le cas particulier de la copropriété.

prévues par les articles 619 et 625 du Code civil »<sup>1607</sup> et que « ce droit qui avait été concédé pour la durée de la Fondation, et non à perpétuité »<sup>1608</sup>. Que cela nous apprend-il de la durée des droits de jouissance spéciale ? Trois éléments de réponse apparaissent clairement. Tout d'abord, la durée trentenaire – celle envisagée pour l'usufruit et le droit d'usage et d'habitation – est ici supplétive. Autrement dit, les parties peuvent y déroger par convention. Cela étant dit, la Cour vient apporter une limite en indiquant que le droit de jouissance spéciale ne saurait être perpétuel, mais qu'il peut être viager, et ce même dans le cadre d'une personne morale bénéficiaire. Ce sont donc deux éléments qu'il convient de distinguer. D'abord, la reconnaissance, pour les parties, de fixer librement la durée de leur droit (A), tout évincant la potentialité de la perpétuité (B).

### **A. Une durée potentiellement fixée par la volonté des parties**

**511. La durée trentenaire des droits réels nommés est supplétive.** Lorsque la Cour évoque le fait qu'il soit possible de créer des droits de jouissance spéciale à la condition que ceux-ci n'aillent pas à l'encontre de l'ordre public, la question de la durée de ces droits se pose naturellement. Sans même évoquer la question de l'éventuelle perpétuité de ces droits nouveaux, il est légitime de s'interroger sur la possibilité d'échapper aux durées classiques prévues par le Code civil.

**512. Les interrogations de l'arrêt « Maison de Poésie ».** L'arrêt « Maison de Poésie I » offre une ébauche de réponse, qui a suscité de nombreux commentaires doctrinaux<sup>1609</sup>. Dans

---

<sup>1607</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 28 janvier 2015, n° 14-10013, Bull. III, n°13 : Sturlèse, *JCP G*, 2015, 251 ; Agostini, *LEDIU*, 2015, n° 3, 1 ; Barbiéry, *LPA*, 2015, n°44, 11 ; Dubarry et Julienne, *JCP N*, 2015, 1083 ; Parance, *RLDC*, 2015, n° 127, 70 ; Boffa, *RDC*, 2015, 272 ; Cohet, *RTDI*, 2015, n°2, p.53 ; Juillet, *Constr.-urb.*, 2015, comm. 55 ; Feydeau, *JCP G*, 2015, 413 ; Le Normand, *JCP E*, 2015, 1390 ; Le Rudulier, *AJDI*, 2015, 304 ; Mallet-Bricout, *D.*, 2015, 599 ; Dross, *RTD civ*, 2015, 413 ; Milleville, *JCP G*, 2015, 148 ; Bergel, *RDI*, 2015, 175 ; Andreu et Thomassin, *Defrénois*, 2015, 419 ; Thomat-Raynaud, *Gaz. Pal.*, 2015, n° 160, 36 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2015, p.901 ; Perruchot-Triboulet, *RLDC*, 2015, n° 127, 70 ; Pezzella, *RTDI*, 2015, n°1, 51 ; Revet, *JCP G*, 2015, 252 ; Sablière, *AJDI*, 2015, 823 ; Tadros, *Dr. et patrim.*, 2015, 600.

<sup>1608</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 8 septembre 2016, n°14-26.953 : Milleville, *JCP G*, 2016, 978 ; Dubarry et Streiff, *JCP N*, 2016, 10294 ; Laurent, *JCP G*, 2016, 1172 ; Périnet-Marquet, *Defrénois*, 2016, n°21, 9 ; Bergel, *RDI*, 2016, 598 ; Seube, *Dr et patrim.*, 2016, 93 ; Sizaïre, *Constr.-urb.*, 2016, n°134 ; Gailliard, *Gaz. Pal.*, 13 déc. 2016, 73 ; Dross, *RTD civ*, 2016, 894 ; d'Avout et Mallet-Bricout, *D.*, 2017, 134 ; Boffa, *RDC*, 2017, 108 ; Danos, *RDC*, 2017, 123.

<sup>1609</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 31 octobre 2012, n°11-16.304, Bull. III, n°159 : Agostini, *LPA*, 2013, n° 12, 10, Tadros, *D.*, 2012, 2596 ; d'Avout et Mallet-Bricout, *D.*, 2013, 53 ; Cohet-Cordey, *AJDI*, 2013, 540 ; Bergel, *RDI*, 2013, 80 ; Testu, *JCP G*, 2012, 1400 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2013, I, 429, n° 12 ; Tranchant, *Defrénois*, 2013, 12 ; Seube, *RDC*, 2013, 627 ; Thomassin, *LPA*, 29 oct. 2013, p.10 ; Dross, *RTD civ*, 2013, 141 ; Dubarry et Julienne, *RLDC*, 2013, n° 101, p.7 ; Agostini, *LPA*, 16 janv. 2013, 12 ; Libchaber, *RDC*, 2013, 584 ; Painchaux, *RTDI*, 2014, 11. ; Khun, *JCP N*, n° 45, 2014, 132, Reboul-Maupin, *D.*, 2013, 2123.

cette affaire, les juges du Quai de l'horloge rejettent l'argumentation retenue par la Cour d'appel. Pour celle-ci, le droit est qualifié de droit d'usage et d'habitation et se voit alors restreint à une durée similaire à celle du droit d'usufruit, c'est à dire 30 ans lorsqu'il s'agit d'une personne morale. Selon la Cour de cassation, la qualification diffère, puisqu'il s'agit d'un « *droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale* »<sup>1610</sup> et que, dès lors, le régime du droit d'usage et d'habitation ne trouve pas à s'appliquer. À l'inverse, la Cour vient ici reconnaître la durée fixée par les parties, à savoir la durée de l'existence de la fondation<sup>1611</sup>. De l'ensemble, la solution paraît se dessiner : la volonté des parties peut influencer directement sur la durée du droit réel de jouissance spéciale. Pour autant, cela ne répond qu'à une seule des interrogations que suscite le pourvoi et ne permet pas de déterminer la solution dans le cas où les parties n'auraient pas expressément délimité la durée.

**513. La solution de l'arrêt « ERDF ».** L'arrêt dit « ERDF », rendu en date du 28 janvier 2015 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, vient rendre compte du caractère supplétif des articles 619 et 625 du Code civil. En effet, si les parties n'ont pas déterminé la durée de leur droit, la cour régulatrice précise que le droit de jouissance spéciale viendra s'éteindre, en conformité aux dispositions des articles 619 et 625 du Code civil<sup>1612</sup>. Il s'agit d'une avancée non négligeable, qui vient préciser le régime des droits de jouissance spéciale. L'impérativité de la durée trentenaire ne valant que dans le silence des parties, il est possible de conclure que cette durée n'est que supplétive. Le principe est donc précis : dans le cadre des droits réels de jouissance spéciale, les parties peuvent, par elles-mêmes, fixer la durée du droit. L'application de la durée trentenaire découlant des dispositions des articles 619 et 625 du Code civil ne trouve à s'appliquer que dans le cadre du silence des parties sur la durée du droit de jouissance spéciale.

Une position divergente a pu être envisagée. Certains auteurs ont pu faire primer le caractère impératif de la durée trentenaire des droits réels de jouissance spéciale. C'est ainsi que Lionel Andreu évoque le fait « *que c'est précisément cette même durée de trente ans lorsque le titulaire du droit est une personne morale (et la durée de son premier titulaire s'il est une*

---

<sup>1610</sup> Arrêt précité.

<sup>1611</sup> *Ibid.*, : « *alors que les parties étaient convenues de conférer à la Maison de Poésie, pendant toute la durée de son existence, la jouissance ou l'occupation des locaux où elle était installée* ».

<sup>1612</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 28 janvier 2015, n°14-10013 : commentaires et notes précités.

*personne physique) qui s'imposera aux parties à la convention »<sup>1613</sup>. Il est aisé de comprendre l'intérêt d'une telle solution : apporter un régime commun aux différents droits réels de jouissance, qu'il s'agisse d'un droit de jouissance spéciale, d'un droit d'usufruit<sup>1614</sup> ou d'un droit d'usage et d'habitation. Cependant, cette approche n'a pas été confirmée par la Cour de cassation avec l'arrêt « Maison de Poésie II ».*

**514. La confirmation du principe par l'arrêt « Maison de Poésie II ».** Avec l'arrêt « Maison de Poésie II »<sup>1615</sup>, rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 8 septembre 2016, le caractère supplétif des dispositions des articles 619 et 625 du Code civil est confirmé. En effet, la Cour va ici exclure l'application de ces dispositions<sup>1616</sup> au motif que la volonté des parties s'est exprimée en fixant une durée viagère au droit. La durée n'étant alors pas perpétuelle<sup>1617</sup>, le droit réel créé n'entraîne pas en conflit avec l'ordre public. Dans le cadre des droits réels de jouissance spéciale, le caractère supplétif des articles 619 et 625 du Code civil est donc définitivement entériné.

**515. La durée trentenaire des droits réels nommés n'est pas d'ordre public.** On ne peut que saluer le libéralisme d'une telle décision. En effet, en rompant avec l'esprit de 1804, la Cour de cassation offre une approche plus économique du droit en permettant le partage des utilités de la chose et vient y adjoindre la liberté de fixer conventionnellement la durée de ce partage. En précisant cela, la Cour vient également répondre à une interrogation portant sur le lien potentiel entre ordre public des biens et durée des droits réels. Plus précisément encore, la Cour de cassation tranche en excluant la durée trentenaire des droits réels de l'ordre public des biens. Certains auteurs, reconnaissant le principe de libre constitution des droits réels,

---

<sup>1613</sup> L.Andreu, « Analyse et régime des droits de jouissance spéciale », in *Liberté contractuelle et droits réels*, *op.cit.*, p.149.

<sup>1614</sup> *Ibid.*, p.144 : L'auteur évoquera l'usufruit comme modèle des droits de jouissance. Cette position rapproche alors le régime du droit réel de jouissance spéciale des propositions de réformes du livre II du Code civil de l'Association Henri Capitant, le droit de jouissance étant également limité à 30 ans (Article 611 : *Le droit réel de jouissance spéciale s'éteint : - par l'expiration de temps pour lequel il a été consenti, lequel ne peut excéder trente ans*).

<sup>1615</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 8 septembre 2016, n° 14-26953 : d'Avout et Mallet-Bricout, *D.*, 2017, 134 ; Dubarry et Streiff, *JCP N*, 2016, p.1294 ; Laurent, *JCP G*, 2016, p.1172. ; Dross, *RTD civ*, 2016, p.894 ; Bergel, *RTD civ*, 2016, p.598 ; Melleville, *JCP G*, 2016, p.1692 ; Barbieri, *LPA*, 4 nov. 2016, p.11 ; Périnet-Marquet, *Deffrénois*, 2016, 9 ; Gaillard, *Gaz. Pal.*, 13 déc. 2016, 73 ; Triboulet, *RLDC*, 2016, n°142, 28 ; Seube, *Dr. et patrim.*, 2016, n° 263, 93 ; Sizaire, *Constr.-urb.*, 2016, comm. 134 ; Tranchant, *Deffrénois*, 2016, n° 22, 7 ; Reboul-Maupin, *D.*, 2017, 1789.

<sup>1616</sup> Arrêt précité : « *que ce droit, qui n'était pas régi par les dispositions des articles 619 et 625 du code civil* ».

<sup>1617</sup> *Ibid.* : « *qui a constaté que ce droit avait été concédé pour la durée de la Fondation, et non à perpétuité* ». Il n'empêche que le caractère viager des personnes morales peut interroger sur sa propension à réaliser une perpétuité factuelle.



s'opposaient en effet à la libre détermination de leur durée<sup>1618</sup>. Par cette position, la durée des nouveaux droits réels aurait dû être calquée sur le régime des droits réels nommés, c'est à dire 30 ans dans le cadre d'une personne morale bénéficiaire, l'argument principal résidant dans le fait que cette durée trentenaire serait d'ordre public et qu'il ne serait donc pas possible d'y déroger. Ici, la Cour de cassation répond clairement à cette position doctrinale. Le raisonnement tient en deux étapes. Tout d'abord, les juges de la troisième chambre civile rappellent qu'il est désormais possible « *sous réserve d'ordre public* », de « *consentir un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien* ». Dans la suite de l'arrêt, en évoquant le caractère supplétif des articles 619 et 625 du Code civil, la Cour de cassation va expressément exclure la durée trentenaire des droits réels de l'ordre public des biens. En effet, si cette durée n'est que supplétive et s'applique dans le seul cadre où le droit « *n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties* », c'est bien qu'elle ne peut être d'ordre public puisque la constitution des droits de jouissance spéciale est limitée par la nécessité de respecter l'ordre public. Subséquemment, ce qui est d'ordre public, c'est la présence d'une durée et non une délimitation précise de cette durée, fut-elle trentenaire.

En définitive, il est donc possible de conclure que les droits réels de jouissance spéciale peuvent être créés pour une durée supérieure à celle déterminée pour l'usufruit et le droit d'usage et d'habitation. La volonté des parties prime ici la tentation d'unification de la durée des droits réels de jouissance. Cependant, à défaut d'accord express des parties quant à la durée, c'est le régime de l'usufruit et du droit d'usage et d'habitation qui viendra s'imposer. Le champ des possibles, de la flexibilité du rapport aux choses, est donc ouvert. En couplant le principe de liberté de démembrements des utilités des biens avec une possibilité de déterminer conventionnellement la durée de ces démembrements, la Cour de cassation a opéré une avancée majeure dans le paysage juridique du droit des biens. Il est même possible de percevoir dans la jurisprudence de la 3<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation un dépassement de la proposition doctrinale de réforme du livre II. En effet, si l'initiative du droit de jouissance spéciale est due au travail de l'association Henri Capitant, ce dernier était conditionné à une durée trentenaire. Comme le soulignent les initiateurs du projet : « *Ce droit réel de jouissance spéciale, qui peut porter, par exemple, sur le droit de pêcher sur le bord*

---

<sup>1618</sup> Sur ce point : L. Andreu, « Analyse et régime des droits de jouissance spéciale », in *Liberté contractuelle et droits réels*, op.cit., n° 14 : « *Et si l'arrêt n'apporte aucune précision sur la durée du droit de jouissance spéciale en présence d'une fixation conventionnelle, il n'interdit pas de penser que c'est précisément cette même durée de trente ans (...) qui s'imposera aux parties à la convention. En foi de quoi il est possible d'estimer (...) que l'application des règles relatives à la durée de l'usufruit au droit de jouissance spéciale s'impose de lege lata* ».

*d'un étang, d'utiliser certaines installations sportives, etc, est bien évidemment temporaire, limité à trente ans et, donc, non viager* »<sup>1619</sup>. Affranchi de cette limite temporaire, le droit réel de jouissance a pris un tournant libéral.

## **B. Le refus de la perpétuité**

La lecture combinée des différents arrêts portant sur les droits réels de jouissance spéciale a confirmé la libre détermination de la durée du droit par les parties. Le libéralisme juridique est donc à l'ordre du jour. Cependant, cette faculté offerte aux parties reste encadrée. Afin de ne pas franchir le Rubicon, et faire ressurgir le spectre des propriétés simultanées, les juges de la Cour de cassation sont venus proscrire la perpétuité des nouveaux droits réels de jouissance spéciale. Cette solution provient des inquiétudes qui sont nées de l'arrêt *Maison de Poésie I* (1), avant d'être dissipée par les arrêts *ERDF* et *Maison de Poésie II* (2).

### **1. La solution « Maison de la Poésie I », la tentation libérale ?**

**516.** À la lecture de l'arrêt « *Maison de la Poésie* », les interrogations sont nombreuses et la position de la Cour de cassation peu claire. En effet, au delà de la libre constitution des droits réels, la question de la perpétuité de droits réels de jouissance se pose également. Dans son attendu, les juges ont ainsi précisé « *qu'en statuant ainsi, alors que les parties étaient convenues de conférer à La Maison de Poésie, pendant toute la durée de son existence, la jouissance ou l'occupation des locaux où elle était installée ou de locaux de remplacement, la cour d'appel, qui a méconnu leur volonté de constituer un droit réel au profit de la fondation, a violé les textes susvisés* ». Ainsi, si le libéralisme de la décision peut se percevoir dans la reconnaissance d'une liberté de constitution des droits réels, elle pourrait également être libérale en affranchissant ces droits d'une quelconque durée.

La difficulté d'analyse repose sur la qualité de personne morale du bénéficiaire du droit de jouissance spéciale. En effet, le droit est ici attribué pour toute la durée de l'existence de la fondation, il a donc un caractère viager. Or, contrairement aux personnes physiques, celui-ci reste pour le moins factice, les personnes morales ayant, sous conditions diverses, la faculté

---

<sup>1619</sup> Cité par : M. Leroy, « Le propriétaire peut consentir un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien », *Gaz. Pal.*, 23 février 2013, n°119t3.

de se perpétuer dans le temps. Le spectre de la perpétuité n'est alors pas loin.<sup>1620</sup> Si l'idée n'est pas inexacte, il nous paraît cependant qu'il ne pourrait s'agir d'une perpétuité de droit mais plutôt d'une perpétuité purement factuelle<sup>1621</sup>. Cela étant, un autre argument en faveur d'une potentielle perpétuité a pu être relevé. En se fondant sur le visa de l'arrêt, et plus précisément sur l'article 1134 ancien du Code civil, la Cour de cassation entend donner une force nouvelle à la volonté des parties, une volonté qui se trouve dans la libre constitution des droits réels mais également, comme nous l'avons vu, dans la détermination de la durée du droit réel. Dès lors, analyse a été faite qu'il serait possible, sur le fondement de la liberté contractuelle, de créer des droits réels de longues durées pouvant se « *concevoir sur plusieurs générations de titulaires* »<sup>1622</sup>. De nouveau, le spectre de la perpétuité semble roder. Face à ces nombreuses interrogations, certains commentateurs<sup>1623</sup> se sont inquiétés de la menace que pourrait constituer la liberté de pouvoir créer des droits réels *sui generis* perpétuels, une menace pour le droit de propriété et pour l'ordre civil des biens dans sa globalité.

## 2. « Maison de la Poésie II », la réaction salvifique ?

Face à tant de remous, la Cour de cassation est venue préciser sa jurisprudence concernant les droits de jouissance spéciale. Profitant d'un second pourvoi, l'affaire dite « Maison de la Poésie » a offert aux juges de la 3<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation l'occasion de s'exprimer et d'affiner la solution donnée en 2012. Aussi, l'analyse qui peut être établie de cet arrêt ne saurait faire fi de la décision « ERDF » rendue en 2015 par la même chambre. C'est donc la lecture combinée des arrêts « Maison de la Poésie II » et « ERDF » qu'il faut entreprendre, afin de pouvoir au mieux appréhender la solution finale.

**517. La fin du débat : le refus de la perpétuité.** Cette précision liminaire étant réalisée, il convient désormais d'évoquer l'élément central de l'arrêt : la détermination de la durée du droit réel conférant une jouissance spéciale de son bien. Dans son attendu, la Cour de cassation précise que « *que ce droit avait été concédé pour la durée de la fondation, et non à*

---

<sup>1620</sup> Sur cet avis : R. Libchaber, « Les habits neufs de la propriété », *RDI*, 2013, n°2, p.584 *sqq.*

<sup>1621</sup> Sur cette analyse : *Infra* n° 519 à 528.

<sup>1622</sup> L. Tranchant, « Coup de tonnerre sur le numerus clausus des droits réels : un droit réel de jouissance spéciale peut être accordé à une personne morale pour une durée supérieure à trente ans », *Deffrénois*, 15 janvier 2013, p.16.

<sup>1623</sup> On notera, pour l'exemple, la potentielle « *machine à faire sauter le droit de propriété* » décrite par un auteur (T. Revet, « Le droit réel dit de jouissance spéciale et le temps », *JCP G*, 2015, p.252 *sqq.*, n° 1) ou encore la « *charge explosive au cœur du droit civil des biens* » (J. Laurent, « Maison de Poésie II : Combien de temps dure la perpétuité en France ? », *JCP G*, 2016, p. 172 *sqq.*).

*perpétuité, en a exactement déduit, répondant aux conclusions dont elle était saisie, que ce droit, qui n'était pas régi par les dispositions des articles 619 et 625 du Code civil, n'était pas expiré et qu'aucune disposition légale ne prévoyait qu'il soit limité à une durée de trente ans* ». Finalement, rien ne change ou presque. La Cour vient ici compléter sa position donnée lors de l'affaire « Maison de la Poésie I » et dissiper quelques doutes.

Que doit-on retirer de cet attendu ? La première chose, et la plus essentielle, c'est la confirmation de la prohibition des droits réels de jouissance spéciale perpétuels. Dès lors, s'il est possible de définir la durée du droit réel, et que cette durée peut excéder la durée trentenaire, le droit ne peut pas pour autant être perpétuel. En faisant cela, la Cour de cassation a répondu avec netteté à la plus grande crainte d'une partie de la doctrine. En effet, la potentialité de pouvoir concevoir librement des droits réels de jouissance spéciale perpétuels entraîne un démembrement des utilités du bien permanent. Avec des droits réels perpétuels, c'est l'esprit de 1804 qui se voit bafouer, emportant avec lui la définition moderne de propriété. En ce sens, concevoir des droits réels qui puissent être perpétuels, tant par leur durée que leur imprescriptibilité, revient à faire rejaillir les propriétés simultanées. La propriété conçue comme la réunion de l'ensemble des utilités du bien entre les mains du propriétaire pourrait laisser place, par la volonté du propriétaire, à une multiplication de propriétés sur un même bien, à des propriétés-jouissances. Nul doute que ce n'est pas la volonté des hauts magistrats et que la prohibition des droits de jouissance spéciale perpétuels s'inscrit dans ce sens. C'est donc à dessein que nous évoquons une réaction salvifique de la part de la 3<sup>ème</sup> Cour de cassation, une réaction qui vient préserver l'âme de la propriété civiliste. Cela étant, si nous pouvons comparer l'âme de la propriété aux caractères qui la définissent, il appartient de nous demander si le corps de la propriété est également sauvegardé, autrement dit si sa substance est préservée. Pour cela, il convient de percevoir quelles sont les frontières de cette non perpétuité.

**518. L'ambiguïté de la décision : la durée d'un droit définie pour la durée de la vie d'une personne morale est temporaire.** Comme nous l'avons vu en amont, la Cour de cassation conditionne le respect de l'ordre public à la détermination conventionnelle d'une durée. C'est notamment pour cela qu'une durée indéterminée, ou plutôt l'absence de détermination de la durée, renverrait aux dispositions des articles 619 et 625 du Code civil. C'est ce que nous avons démontré comme le caractère supplétif de la durée trentenaire des droits réels de jouissance spéciale. Or, en l'espèce, toute la question était de savoir si la durée

établie pour le droit en question était perpétuelle ou non. Telle était, du moins, l'interrogation de la doctrine par rapport à la première décision dite « Maison de la Poésie ».<sup>1624</sup> Il est vrai qu'il y a lieu de s'interroger, puisque le droit était ici attribué pour toute la durée de l'existence de la personne morale.

La réponse est ici claire mais pourrait détoner. En effet, la Cour de cassation reconnaît qu'un droit attribué pour une durée indexée sur l'existence de la personne morale bénéficiaire n'est pas perpétuel. Il apparaît clairement que la seule condition posée soit donc celle d'un délai, sans pour autant que ce délai ne soit clairement défini temporellement. Le caractère viager du droit rentre donc dans ces conditions. La solution apparaît logique, si l'on prend le terme de « perpétuité » dans son sens le plus commun, celui qui se fonde sur la seule temporalité : est perpétuel ce qui jamais ne prend fin<sup>1625</sup>. Or, le caractère viager du droit de jouissance spéciale laisse une perspective de dissolution de la personne morale, et donc des droits qui y affèrent. Il existe donc bien une forme de temporalité, non pas déterminée par une durée fixe, mais liée aux vicissitudes de la durée de vie des personnes morales. En soi, la perpétuité est donc écartée en droit, mais il est légitime de s'interroger sur son existence factuelle. L'âme de la propriété est donc préservée, il convient désormais de se demander si tel est aussi le cas pour son corps.

## **II/ Exceptions : De la perpétuité factuelle à la perpétuité reconnue**

Appliquée aux droits de jouissance spéciale, la question de la durée des droits réels se confronte à la prohibition de la perpétuité. Tel est le message véhiculé par la 3<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation à travers la saga jurisprudentielle portant sur les droits réels conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien. Malgré ce rappel, la question de la perpétuité des droits réels innomés n'est pas définitivement tranchée. À cela, deux raisons semblent apparaître. En premier lieu, la jurisprudence « Maison de la Poésie », en imposant un délai sans en définir les contours laisse une porte entrouverte, celle de la perpétuité factuelle (A). À côté de cela, la Cour de cassation a également pleinement reconnu la

---

<sup>1624</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 31 octobre 2012, n°11-16.304, Bull. III, n°159 : Agostini, *LPA*, 2013, n° 12, 10 ; Tadros, *D.* 2012, 2596 ; d'Avout et Mallet-Bricou, *D.*, 2013, 53 ; Cohet-Cordey, *AJDI*, 2013, 540 ; Bergel, *RDI*, 2013, 80 ; Testu, *JCP G*, 2012, 1400 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2013, I, 429, n° 12 ; Tranchant, *Deffrénois*, 2013, 12 ; Seube, *RDC*, 2013, 627 ; Thomassin, *LPA*, 29 oct. 2013, 10 ; Dross, *RTD civ*, 2013, 141 ; Dubarry et Julienne, *RLDC*. 2013, n° 101, p.7 ; Libchaber, *RDC*, 2013, 584 ; Painchaux, *RTDI*, 2014, 11. ; Khun, *JCP N*, n° 45, 2014, 132, Reboul-Maupin, *D.*, 2013, 2123.

<sup>1625</sup> Pris dans son sens le plus commun, la perpétuité se définit comme ce « *qui dure constamment, indéfiniment* ». Dictionnaire Larousse, V° Perpétuel, (En ligne).

dimension perpétuelle de certains droits réels innomés, ce qui n'est pas sans soulever quelques interrogations (B).

### **A. La perpétuité de fait**

À bien des égards, l'interrogation portant sur l'existence d'une perpétuité condamnée par le droit, mais existante dans les faits, apparaît comme centrale. Si la théorie peut tout à fait se passer de ces considérations, la pratique peut au contraire y voir un détournement intéressant des solutions légales et prétoriennes. Encore faut-il percevoir dans quel cas la perpétuité de fait pourrait être envisagée. Deux solutions pourraient ainsi conduire à cette hypothèse : d'abord par l'absence de cadre temporel précis concernant la durée du droit (1) ; ensuite par la possibilité d'infini que peut engendrer le caractère viager d'un droit ayant pour bénéficiaire une personne morale (2).

#### **1. Vers une durée potentiellement multiséculaire ?**

**519.** Comme nous l'avons vu, dans son dernier attendu, la Cour de cassation a non seulement mis fin à l'idée de la perpétuité des droits réels conférant le bénéfice de la jouissance spéciale d'un bien, mais a également rappelé que la durée trentenaire issue des articles 619 et 625 du Code civil n'était que supplétive. Ainsi, c'est uniquement en l'absence d'un délai conventionnellement fixé entre les parties qu'elle viendrait à s'appliquer. En somme, la Cour de cassation autorise la mise en place d'une durée conventionnelle, sans pour autant que cette durée soit reconnue comme perpétuelle. La question est donc la suivante : existent-ils des contours à cette durée conventionnelle ?

Sur ce point, la Cour de cassation est silencieuse, la seule limite à ne pas franchir étant la contrariété à l'ordre public. Ainsi, la principale interrogation réside dans la possibilité de concevoir des droits de jouissance spéciale sur une temporalité longue, mais déterminée. En effet, le terme fixe a l'avantage de ne pas créer une propriété divisée, les utilités démembrées ayant vocation à retourner dans le giron de la propriété. Pour autant, est-il possible de concevoir un droit réel conférant le bénéfice de la jouissance spéciale de son bien pour 100 ans, 200 ans ou même 300 ans ? Sur ce point, la Cour de cassation n'a pas été amenée à se prononcer. Cette absence de solution se complète aussi par un vide textuel (a), le droit de jouissance spéciale pouvant alors être envisagé en dehors des solutions classiques (b).

### a) L'absence de solution textuelle à la détermination d'un terme fixe

**520.** Dans le silence de la jurisprudence, la détermination du délai doit alors être recherchée dans d'éventuelles solutions textuelles. En réalité, n'est-ce pas ce que les juges du Quai de l'horloge ont déjà envisagé ? Il est possible de le penser. En effet, comme les motifs de l'arrêt « Maison de Poésie II » le précisent : « aucune disposition légale ne prévoyait qu'il soit limité à une durée de 30 ans ». En déterminant le caractère supplétif du régime de l'usufruit et du droit d'usage et d'habitation, et en considérant qu'aucune règle légale ne venait limiter à 30 ans la durée du droit réel de jouissance spéciale, les juges ont ainsi laissé le régime des droits réels nommés n'être qu'un parapet contre la perpétuité qui naîtrait de la non détermination d'un terme fixe, sans pour autant donner de contrainte précise à l'établissement du délai. En affirmant l'indépendance du régime des droits réels de jouissance spéciale quand la durée est établie par convention, les juges de la troisième chambre civile l'ont alors affranchie d'un quelconque rattachement aux règles légales relatives à un droit réel en particulier. Dès lors, la question de pouvoir constituer un droit réel pour une durée multiséculaire, ou même simplement supérieure à 99 ans, se pose. Puisqu'aucune disposition légale ne vient l'interdire expressément dans le cadre des droits réels de jouissance spéciale, et que la durée trentenaire n'est que supplétive, la détermination d'une durée centenaire ou bicentenaire n'apparaît pas inenvisageable<sup>1626</sup>.

L'hypothèse a de quoi choquer le juriste civiliste. Comme le rappelle William Dross, par une sorte de « réflexe pavlovien »<sup>1627</sup>, la barrière psychologique d'une durée supérieure à 99 ans peine à être franchie. En effet, quand on scrute le paysage juridique, en l'occurrence les durées des droits permettant la jouissance d'une chose, la limite se situe toujours à cette durée nonagénnaire : baux emphytéotique, baux à construction, louage de choses. Ainsi, cette durée trouverait-elle à s'appliquer comme une limite temporelle au droit réel innomé ?

---

<sup>1626</sup> Comme le souligne un auteur, la question reste vivace : « On ne peut en effet affirmer que la précarité des droits réels relève de l'ordre public des biens et donner plein effet à des stipulations contractuelles prévoyant un terme si lointain qu'il confine à la perpétuité : dira-t-on, par exemple, qu'un droit réel de jouissance spéciale consenti pour une durée de 350 ans n'est pas perpétuel ? Le débat n'est donc sans doute pas encore clos » : J.-B. Seube, *Dr et patrim.*, novembre 2016, 93.

<sup>1627</sup> W. Dross, « Que reste-t-il de l'arrêt Maison de la Poésie ? », *RTD civ*, 2015, p.413 *sqq.*

## b) Le rejet de la solution classique : la limite de 99 ans

Afin de pouvoir déterminer si la durée du droit de jouissance spéciale devrait être, ou non, limitée à une durée de 99 ans, il nous faut procéder en recherchant le fondement de cette règle afin de pouvoir établir une comparaison avec notre cas.

**521. Limitation du droit personnel à 99 ans.** Lorsque l'on évoque la limite temporelle des baux à 99 ans, le premier élément qui viendrait justifier cet encadrement temporel serait la nature personnelle du droit. Sans entrer dans le débat doctrinal<sup>1628</sup> portant sur la nature du bail, la Cour de cassation reconnaît depuis longtemps sa nature personnelle<sup>1629</sup>. Dès lors, il convient de s'interroger sur les raisons qui commandent l'imposition d'une telle limite.

Tout d'abord regardons les sources de cette limite temporelle. L'article 1709 du Code civil, relatif au louage de choses, et donc au contrat de bail, précise le caractère temporaire du droit : « *Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* ». À la lecture du texte, la détermination d'une durée maximale n'existe pas, elle est simplement quantifiée, de manière imprécise, à « *un certain temps* ». Il est aisé de comprendre l'intérêt d'une telle rédaction : la souplesse et la liberté laissées aux cocontractants. C'est donc la 3<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation qui viendra apporter une précision au régime du contrat de louage de choses en limitant sa durée à 99 annuités<sup>1630</sup>. Quelles sont alors les raisons d'une telle limite ? Le premier réflexe du juriste contemporain serait de trouver sa réponse dans le principe de la prohibition des engagements perpétuels. Ainsi, même si l'arrêt fut rendu sous l'empire du droit ancien<sup>1631</sup>, ce principe était déjà largement reconnu, que ce soit en doctrine ou en jurisprudence<sup>1632</sup>.

---

<sup>1628</sup> Pour un exposé du débat : W. Dross, *Les choses, op.cit.*, n°143 *sqq.* ; Pour une approche du bail comme ayant une nature réelle : J. Dérupe, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créances*, Dalloz, 1952.

<sup>1629</sup> Req., 6 mars 1861, *DP*, 1861, 1, 418 ; *S.* 1861, 1, p.713 ; C. cass., civ., 25 février 1865, *DP*, 1865, 1, 133 ; *S.*, 1865, 1, 133.

<sup>1630</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mai 1998, n° 96-15774, *Bull. civ.*, III, n°110.

<sup>1631</sup> Avant l'ordonnance de 2016, le Code civil était silencieux sur la question de la prohibition des engagements perpétuels. Aujourd'hui, l'article 1210 alinéas 1<sup>er</sup> du Code civil dispose : « les engagements perpétuels sont prohibés ».

<sup>1632</sup> Pour un exposé complet : S. Cozian, *La prohibition des engagements perpétuels*, thèse Montpellier I, 2009.



Une limite fondée sur la nature personnelle du droit. L'une des justifications les plus classiques à la limite temporelle du bail repose sur sa nature personnelle. Les droits personnels possèdent, dans certains cas, une caractéristique commune avec les droits réels : celle de permettre la jouissance d'un bien. Cela étant, une distinction fondamentale vient séparer les deux catégories. Le droit personnel est un droit à la chose, la jouissance de la chose provient de l'exercice du droit contre une personne, il s'agit d'un droit indirect à la jouissance de la chose. À l'inverse, le droit réel est un droit sur la chose, il est un droit direct de jouissance. Entre le droit personnel et le droit réel, il n'existe pas de différences de degré, mais de nature<sup>1633</sup>.

**522. Une limite non justifiée pour le droit réel de jouissance spéciale.** Il est alors aisé de comprendre la nécessité d'imposer une limite temporelle aux différents baux. La nature personnelle du droit entraîne le rattachement de ce droit à la personne. Le droit personnel va donc créer un lien entre un créancier et un débiteur, le second étant l'obligé du premier. À moins de prôner un retour au servage, la liberté personnelle du débiteur doit être pleinement garantie, et la durée du droit limitée. Comme le soulignait déjà Olier, « *dans la théorie de l'obligation, tout tend et prépare à l'extinction car c'est à ce moment précis que le débiteur est délié* »<sup>1634</sup>. À l'inverse, le droit réel a toujours été compris dans une forme de continuité, voire, pour certains, dans une certaine perpétuité<sup>1635</sup>. La proposition est beaucoup moins choquante que pour les droits personnels puisque l'objet du droit réel est le bien. Comme le rappelait Rigaud, le droit réel est attaché à la chose qu'il grève et va la suivre, en quelques mains qu'il passe<sup>1636</sup>. Ce rattachement du droit à la chose va permettre de concevoir un dépassement de la durée nonagénéraire des droits personnels. La raison est simple, le rapport réel permet, pour celui qui en subit la charge, de ne plus la supporter. Deux voies sont alors possibles : la disposition juridique du bien, mais encore, solution radicale, le déguerpissement. Ainsi, en ce qu'il ne lie pas les personnes entre elles, et qu'il est donc toujours possible d'y échapper, le droit réel de jouissance spéciale peut se concevoir comme pouvant être de (très) longue durée.

---

<sup>1633</sup> La question semble pourtant retrouver un intérêt nouveau avec les figures du bail réel immobilier et du bail réel solidaire. Pour une analyse de ce brouillage des catégories : B. Mallet-Bricout, « Baux réels et solidarité », *RTD civ*, 2016, p.949 *sqq.*

<sup>1634</sup> J. Olier, « Distinction entre les droits réels et les droits personnels », *Revue crit. lég. et juris.*, 1896, p.466 *sqq.*, spé. p.474.

<sup>1635</sup> P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 2003 (réédition de 1929), p.275 note 1, 3°.

<sup>1636</sup> L. Rigaud, *Le droit réel, Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, Thèse, Toulouse, 1912.

## 2. Le caractère viager du droit de jouissance spéciale d'une personne morale bénéficiaire : une possible perpétuité factuelle ?

**523. La perpétuité factuelle.** La question de la perpétuité factuelle, ou de fait, n'est pas, par définition, le fruit d'une reconnaissance juridique. À l'inverse, elle pourrait se caractériser par un détournement du principe de la prohibition des droits réels perpétuels puisqu'elle conduirait, tout en respectant le principe, à un droit dont la durée pourrait être infinie, donc perpétuelle en fait. Ainsi, en reconnaissant la temporalité d'un droit réel de jouissance spéciale accordé pour la durée de l'existence de la personne morale, la troisième chambre civile de la Cour de cassation n'a-t-elle pas ouvert la boîte de Pandore de la perpétuité factuelle<sup>1637</sup> ? Pour pouvoir répondre à cette interrogation, il convient de regarder les spécificités propres à la durée de vie des différentes personnes morales.

**524. Application de la jurisprudence « Maison de Poésie II » à l'ensemble des personnes morales.** Dans le cadre de la saga jurisprudentielle « Maison de la Poésie », la personne morale concernée par le droit de jouissance conférant un bénéfice de jouissance spéciale était une fondation d'utilité publique. Cela étant, il ne paraît pas, vu la rédaction des différents attendus, que la solution soit uniquement applicable pour ce type précis de personne morale, mais plutôt que son champ d'application concerne tout aussi bien les sociétés que les associations. Cette analyse peut notamment se déduire de la lecture combinée des arrêts « Maison de Poésie » (I et II) et « ERDF ». En effet, nous avons vu que dans le dernier arrêt rendu, l'attendu de la Cour de cassation reprenait la solution de l'arrêt « ERDF », afin de l'écarter en l'espèce. Or, dans ce dernier arrêt, le bénéficiaire du droit conférant un bénéfice de jouissance spéciale n'était pas une fondation mais une société, la société ERDF. Subséquemment, si la Cour de cassation avait pour but de cantonner la portée de sa décision

---

<sup>1637</sup> Si le terme de « perpétuité factuelle » n'est pas toujours utilisé par les commentateurs, la dimension potentiellement perpétuelle des droits de jouissance spéciale conférés à des personnes morales ressort de nombreuses analyses. Pour exemples: F. Danos, « Le caractère temporaire du droit réel de jouissance spéciale consenti sur la durée de vie de la personne morale bénéficiaire », *RDC*, 2017, n°113y4, p.123 ; W. Dross, « L'arrêt Maison de Poésie 2 : a-t-on seulement avancé ? », *RTD civ*, 2016, p. 894 *sqq.* Dans le même sens, à propos du premier arrêt Maison de Poésie : R. Libchaber, « Les habits neufs de la perpétuité », *RDC*, n°2, 2013, p. 584 *sqq.* De façon générale, on retrouve chez certains auteurs une critique forte de la décision, la figure de perpétuité déguisée étant souvent soulevée. Hugues Périnet-Marquet ne manquera pas d'établir un parallèle avec le droit féodal : H. Périnet-Marquet, « Possibilité de concéder un droit réel de jouissance spéciale pour la durée de vie d'une personne morale », *Defrénois*, novembre 2016, p.1119 *sqq.* Pour Julien Laurent, retient de la décision qu'« un monstre est né, dont on peine à comprendre comment il pourrait s'acclimater au sein de notre système de droit des biens », et analysera la décision d'aligner la durée du droit réel de jouissance spéciale sur la durée de vie de la personne morale comme un « *sophisme* » ou encore un « *subterfuge* » : J. Laurent, « Maison de Poésie II : combien de temps dure la perpétuité en droit français ? », *JCP G*, 2016, p. 1172 *sqq.*

aux seules fondations, la solution rendue ne reprendrait pas celle posée pour le cas d'une société commerciale. Cela se retrouve d'ailleurs dans les écrits du conseiller Olivier Échappé lorsque celui-ci précise « *qu'il est impossible de saisir le chemin parcouru entre ces deux arrêts*<sup>1638</sup>, *sans prendre en compte l'arrêt que nous avons rendu le 28 janvier 2015* »<sup>1639</sup>. À partir de là, ce sont donc les trois types de personnes morales (la fondation, la société et l'association) qu'il faut étudier.

**525. Durée de vie des fondations.** Prenons pour premier exemple le cas de la fondation « Maison de Poésie », à savoir une fondation d'utilité publique. Tout d'abord, il convient de distinguer entre les fondations simples et celles qui sont reconnues comme d'utilité publique. Selon l'article 18 de la loi n°90-559 en date du 4 juillet 1990, les fondations se définissent par un acte d'affectation irrévocable « *de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif* ». Et l'article de préciser que la personnalité morale des fondations est conditionnée à une reconnaissance d'utilité publique par décret du Conseil d'État.

Cependant, pour quelle durée la personnalité morale est-elle accordée ? La loi ne précise pas ce point, ce qui laisse à penser que la durée est indéterminée. À défaut de précision, il faut donc s'intéresser aux causes d'extinction de la personnalité morale des fondations d'utilité publique. Le Conseil d'État, dans son avis du 19 juin 2018, a prévu des statuts-types pour les fondations d'utilité publique<sup>1640</sup>. L'article 11 de ces statuts, relatif aux conditions de dissolution, prévoit que celle-ci peut provenir d'une décision du conseil de surveillance ou par retrait de la reconnaissance d'utilité publique, c'est-à-dire du Conseil d'État lui-même. En cela, la dissolution de la fondation d'utilité publique résulte d'une décision et non d'un terme. À ce titre, il convient de confirmer l'avis d'Hugues Périnet-Marquet quand il évoque une création « *à durée indéterminée* »<sup>1641</sup>. Dès lors, la perpétuité réelle n'est certes pas présente – puisqu'il existe toujours une possibilité de dissolution à tout moment – mais il est possible de conclure à une perpétuité factuelle potentielle ou, à tout le moins, à une existence de longue durée de la personne morale, et donc du droit réel qui y est lié.

---

<sup>1638</sup> L'auteur évoque ici les deux arrêts issus de l'affaire « Maison de Poésie ».

<sup>1639</sup> O. Echappé, « Propriété et droits réels principaux : les arrêts fondation Maison de Poésie », *op.cit.*

<sup>1640</sup> C.E, 19 juin 2018, n° 395060.

<sup>1641</sup> H. Périnet-Marquet, « Possibilité de concéder un droit réel de jouissance spéciale pour la durée de vie d'une personne morale », *Defrénois*, nov. 2016, p.1119 *sqq.*

**526. Durée de vie des sociétés.** Dans le cadre des sociétés, le Code civil, en son article 1838, prévoit une durée maximale d'existence : 99 ans. Dès lors, le droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale qui serait attribué pour la durée de l'existence de la société serait donc limité à une durée maximum de 99 ans. Ici, aucune perpétuité de fait n'est décelable, le droit civil recourant parfois à cette durée quasi-centenaire, notamment pour les baux emphytéotiques. Cependant, la lecture de l'article 1838 du Code civil doit être combinée à l'article 1844-6 du même code, puisque ce dernier article dispose qu'il est possible, pour les associés, de proroger l'existence de la société. Cette décision doit être votée à l'unanimité des associés ou, si les statuts le prévoient, à la majorité nécessaire à toute modification statutaire. De plus, l'article prévoit l'obligation de cette consultation sur la prorogation de la société au minimum un an avant sa date d'expiration. Quand bien même les associés n'auraient pas procédé à la consultation, la prorogation pourra désormais être réalisée postérieurement à la date d'expiration, emportant dès lors régulation<sup>1642</sup>. Il a également été soutenu, sans que cela ne soit pour l'instant reconnu en droit positif, que les associés pourraient se prévenir des formalités de prorogations en incluant, dans les statuts, une clause de prorogation tacite<sup>1643</sup>.

Ici encore, la potentialité de la perpétuité de fait est bien présente. En effet, aucune limitation de prorogation n'étant fixée, il est tout à fait envisageable qu'une société puisse faire l'objet de prorogations successives<sup>1644</sup>, son existence juridique pouvant être de plusieurs siècles, sans que cette durée ne soit qualifiée de perpétuelle<sup>1645</sup>. Dès lors, le droit réel ayant une durée fixée sur l'existence de la société, ce dernier pourra également s'inscrire dans une temporalité multiséculaire. La perpétuité factuelle serait alors une réalité pratique.

**527. Durée de vie des associations.** Le droit des associations, toujours régi par la loi de 1901 relative aux contrats d'association, ne connaît pas de dispositions précises qui détermineraient une durée légale d'existence. Cela se confirme à la lecture de l'article 4 de la

---

<sup>1642</sup> Cette nouveauté procède de la modification de l'article 1844-6 du Code civil par la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019, en son quatrième alinéa : « *Lorsque la consultation n'a pas eu lieu, le président du tribunal sur requête à la demande de tout associé dans l'année suivant la date d'expiration de la société, peut constater l'intention des associés de proroger la société et autoriser la consultation à titre de régularisation dans un délai de trois mois, le cas échéant en désignant un mandataire de justice chargé de la provoquer. Si la société est prorogée, les actes conformes à la loi et aux statuts antérieurs à la prorogation sont réputés réguliers et avoir été accomplis par la société ainsi prorogée* ».

<sup>1643</sup> N. Kilgus, « Les modalités de prorogation de la société, Reflexions autour de l'express, du tacite et de l'implicite », *RTD com*, 2019, p.313 *sqq.*

<sup>1644</sup> La prorogation doit se comprendre comme une modification du contrat, la possibilité de déterminer librement la durée de vie de la société par prorogation ne pourra dépasser la limite légale de 99 ans. Sur ce point : Article R. 210-2 du Code de commerce.

<sup>1645</sup> En ce sens : C. cass., com., 1<sup>er</sup> juin 1999, n° 97-14.918 : *RJDA*, 2000, n° 160.

loi, qui précise que : « *Tout membre d'une association qui n'est pas formée pour un temps déterminé peut s'en retirer en tout temps, après paiement des cotisations échues et de l'année courante, nonobstant toute clause contraire* ». La durée de l'association est donc déterminée conventionnellement, celle-ci peut être de durée précise ou indéterminée. Ainsi, si l'on applique la solution jurisprudentielle « Maison de Poésie II », il pourrait être possible de conclure qu'un droit réel de jouissance spéciale attribué pour la durée de vie d'une association, qu'elle soit à durée déterminée ou non, pourrait être frappé du sceau de la temporalité et ainsi échapper à la prohibition de la perpétuité des droits réels innomés. Pratiquement, en revanche, elle pourrait s'épanouir dans une certaine forme d'éternité. Le propriétaire constituant se trouve alors désarmé et confronté à un droit à la durée potentiellement perpétuelle, du moins en fait.

**528. Exemple.** Prenons l'exemple d'un droit réel dont une société commerciale serait bénéficiaire pour toute la durée de son existence. Malgré la limite temporelle qui prévoit que la durée d'une société est au maximum fixée à 99 ans, la potentielle prorogation de la société ne dépend que de la décision de ses associés. En cas de prorogation, c'est également le droit réel dont la société est bénéficiaire qui perdure. Par le jeu des prorogations successives, il peut donc y avoir l'instauration unilatérale d'une durée illimitée du droit réel. Privé de pouvoir de décision, le propriétaire qui a conféré le droit réel se voit donc confronté à une situation d'un droit perpétuel, du moins en fait, qui vient grever son bien<sup>1646</sup>. Or, si les moyens de dissolution de la personnalité morale peuvent provenir des membres internes de l'institution<sup>1647</sup> ou être imposée par une décision externe<sup>1648</sup>, le propriétaire ayant conféré le droit réel de jouissance spéciale ne possède pas de moyens juridiques pouvant influencer sur la durée de son existence. La perpétuité factuelle se fonde donc sur un double critère, la durée potentiellement indéfinie du droit concédé et l'absence de pouvoir du propriétaire. En définitive, si l'âme de la propriété est préservée par la prohibition de la perpétuité, son corps pourrait être, à terme, menacé par la propriété factuelle qui semble se dessiner.

---

<sup>1646</sup> Dans le cadre des associations et des fondations d'utilité publique, les modalités diffèrent mais la solution apparaît similaire, toutes deux pouvant être à durée indéterminée.

<sup>1647</sup> Comme en dispose l'article 1844-7 du Code civil, la société peut prendre fin : « 4° *Par la dissolution anticipée décidée par les associés* ».

<sup>1648</sup> Une société peut notamment faire l'objet d'une dissolution judiciaire. Sur ce point : Q. Némoz-Rajot, *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, Thèse, Lyon III, 2015, n° 440 sqq.

## B. La perpétuité reconnue

Si la perpétuité des droits réels peut être perçue, du moins théoriquement, comme une forme de monstruosité juridique venant saper l'héritage civiliste, la Cour de cassation a quant à elle affirmé, avec parcimonie et pour des raisons pratiques, la perpétuité de certains droits réels *sui generis*. Il ne s'agit cependant que de cas précis, limités aux droits de la copropriété des immeubles bâtis (1) et de certains droits réels collectifs (2).

### 1. La perpétuité de certains droits réels dans le cadre du droit de copropriété des immeubles bâtis

Dans le paysage des droits réels portant sur la chose d'autrui, le cas de la copropriété des immeubles bâtis se dessine comme une figure particulière. C'est de longue date que la jurisprudence de la Cour de cassation a reconnu le caractère perpétuel du droit réel *sui generis* qu'est le « droit de jouissance exclusif et privatif sur les parties communes » (a). Plus récemment, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence en reconnaissant la possibilité de créer, toujours dans le cadre de la copropriété des immeubles bâtis, des droits réels conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale à vocation perpétuelle. Cette avancée n'est pas sans interroger sur la perpétuité des droits réels de jouissance spéciale (b).

#### a) La perpétuité du « droit de jouissance exclusif et privatif sur les parties communes »

**529. Une perpétuité cantonnée.** Dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux droits réels portant sur la chose d'autrui, le cas de la copropriété fait l'objet d'un traitement particulier, cette dernière connaissant ainsi l'étrange figure des droits de jouissance exclusif et privatif sur les parties communes : un droit réel *sui generis* et cantonné au cas de la copropriété<sup>1649</sup>. Étrange, ce droit spécifique l'est quant à sa durée, puisque la Cour de cassation l'a reconnu comme étant un droit réel perpétuel et imprescriptible<sup>1650</sup>. La jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation a, par la suite, confirmé cette position initiale, en précisant que le droit pouvait s'acquérir par usucapion<sup>1651</sup>, alors

---

<sup>1649</sup> Voir *Supra* n° 457 à 460.

<sup>1650</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 4 mars 1992, n°90-13145, Bull. civ., III, n°73 : Atias, *D.*, 1992, 386 ; Capoulade et Giverdon, *RDI*, 1992, 240 ; Souleau, *Defrénois*, 1992, 1140 ; Zenati, *RTD civ*, 1993, 162 ; Ritschy, *AJDI*, 1993.

<sup>1651</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 24 octobre 2007, n° 06-19260, Bull. civ., III : Mallet-Bricout, *D.*, 2008, 2458 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2008, 127 ; Revet, *RTD. civ.*, 2008, 693. ; Seube, *Dr. et patrim.*, 2008, n°172.

qu'elle avait auparavant reconnu son caractère viager<sup>1652</sup>. Or, concevoir un droit réel perpétuel et imprescriptible, et c'est la figure de la propriété divisée qui ressurgit, la perpétuité du droit réel étant calquée sur celle de la propriété. Dès lors, en reconnaissant que le droit de jouissance exclusive sur les parties communes « *n'est pas un droit de propriété et ne peut constituer la partie privative d'un lot* »<sup>1653</sup>, la Cour de cassation organise une forme de propriété partiaria cachée derrière la qualification de droit réel.

Doté d'un véritable régime prétorien, le droit de jouissance exclusif sur les parties communes pourrait être considéré comme un premier coup de canif donné dans le principe de la limitation temporelle des droits réels. Cela étant, les différentes analyses doctrinales ont largement relativisé cette analyse. C'est ainsi que certains auteurs ont renié – au nom de la propriété – la qualité de ces droits à pouvoir être des droits réels<sup>1654</sup>. Pour d'autres, la reconnaissance de ce droit perpétuel peut se justifier par son caractère réel et son attachement aux lots<sup>1655</sup>.

**530.** Il serait cependant possible de raisonner à travers la structure même de la copropriété des immeubles bâtis et de ne pas voir la perpétuité du droit de jouissance exclusif comme une atteinte à l'ordre public des biens. Cette approche se fonde, en première analyse, sur la dimension quasi médiévale de la loi du 10 juillet 1965, une loi faisant de la copropriété des immeubles bâtis une sorte de propriété-jouissance fondée sur une appropriation des utilités de

---

<sup>1652</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 13 novembre 2003, n° 02-12384.

<sup>1653</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 6 juin 2007, n° 06-13477, Bull. civ., III, n°98 : Guérin, *AJDI*, 2007, 575 ; Atias, *D.*, 2007, 2536 ; Calfayan, *JCP N*, 2007, 1273 ; Capoulade, *AJDI*, 2007, 529 ; Guégan-Gélinet, *Rev. loyer*, 2007, n° 880 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2007, 197 ; Revet, *RTD civ.*, 2007, n° 880 ; Seube, *Dr. et patrim.*, 2008, n° 167.

Dans un sens similaire : C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 16 janvier 2008, n° 06-15314 : Bull. civ., III, n°8 : Atias, *Defrénois*, 2008, 1705 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2008, 194 ; Piedelièvre, *JCP N*, 2008, 1197 ; Seube, *Dr. et patrim.*, 2009, n° 172. Voir également : C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 8 octobre 2008, n° 07-16540 : Bull. civ., III, n°149 : Atias, *Defrénois*, 2009, 444 ; Mallet-Bricout, *Dr. et patrim.*, 2009, n°179 ; Seube, *Dr. et patrim.*, 2009, n° 178 ; Vignerot, *Loyer et copr.*, 2008, comm. 285.

<sup>1654</sup> F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens, op.cit.*, n°313 a) : « *En revanche, sous peine de revenir à une division de la propriété de la chose qu'il grève, le droit réel de jouissance doit nécessairement être limité dans le temps. Pour surmonter l'inextricable difficulté créée par l'attribution à un copropriétaire d'un droit prétendument réel de jouissance exclusive d'une partie commune, il conviendrait d'analyser la décision d'attribution d'un tel droit à un copropriétaire comme constitutive de l'engagement réel pris par tous les autres de ne pas exercer leur droit de propriété indivis sur la même fraction, durant le temps de l'efficacité du « droit » de jouissance commune (pour les mêmes raisons que celles justifiant la condamnation du caractère perpétuel du droit réel de jouissance exclusif, un tel engagement ne saurait qu'être temporaire).* »

<sup>1655</sup> J. Viatte, « La jouissance exclusive d'une partie commune », *Rev. loyers.*, 1976, 431 ; J.-M. Roux, « Le droit de jouissance exclusif des parties communes », *Loyers et copr.*, 2004, études 9 ; Contra : F. Vern, *Les objets juridiques, op.cit.*, n° 390.

la chose<sup>1656</sup>. Dans ce contexte spécifique, la reconnaissance d'un droit de jouissance exclusif perpétuel portant sur les parties communes ne serait qu'une réintroduction de la philosophie propre à la propriété civiliste, une forme d'éruption exclusiviste<sup>1657</sup>. Le caractère perpétuel du droit n'est alors pas perçu comme une souillure de notre tradition civiliste, mais bien plutôt comme un apport séminal. En somme, pour reprendre les mots d'un auteur, la perpétuité du droit de jouissance exclusif peut se justifier par ce qu'il porte « *sur une propriété non-exclusive, sur une propriété collective (accessoire à la propriété exclusive des copropriétaires constituée par les parties privatives du lot) différente de l'article 544 de la propriété* »<sup>1658</sup>.

## **b) La perpétuité reconnue pour un droit de jouissance spéciale**

**531.** Dans un arrêt récent rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation<sup>1659</sup>, les juges du Quai de l'horloge ont reconnu « *qu'est perpétuel un droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot* ». Cette solution, dont la Cour de cassation a souhaité une large diffusion (FS-P+B+R+I), n'est pas sans interroger sur la durée des droits réels de jouissance spéciale. Ici, deux positions divergent.

Certains auteurs soutiennent que la solution peut être génératrice d'une large portée, et que la perpétuité des droits réels de jouissance spéciale peut-être envisagée. Pour d'autres, la solution donnée par la Cour de cassation doit s'inscrire dans le stricte cadre de la copropriété, elle n'aurait donc pas vocation à remettre en cause la prohibition de la perpétuité des droits réels de jouissance spéciale. Pour mieux appréhender ces deux positions, revenons d'abord sur l'arrêt rendu.

---

<sup>1656</sup> A.-M. Patault, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens histoire de l'immeuble corporel », in *L'Évolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes Journées René Savatier, P.U.F, 1991, p. 3 *sqq.*, spéc. p.12 : « *Avec les propriétés simultanées, notamment (que le législateur lui-même a réintroduites dans notre droit par la loi de 1965 sur la copropriété des immeubles bâtis), on retourne à une autre culture juridique dans laquelle la matière n'est que le support nécessaire des propriétés-jouissances, immeubles incorporels, associées fondamentalement à un certain nombre de contraintes et dont le principe de base n'est pas la liberté mais la solidarité* » ; R. Boffa, « L'ordre public des biens du XXIème siècle : rapport de synthèse », in *Liberté contractuelle et droits réels, op.cit.*, p. 289.

<sup>1657</sup> R. Boffa, « Le droit de jouissance exclusif n'est toujours pas un droit de propriété », *RDC*, 2018, p.217

<sup>1658</sup> F. Danos, « Le droit réel de jouissance spéciale attaché à un lot de copropriété peut être perpétuel », *RDC*, 2018, p. 436.

<sup>1659</sup> C. cass. Civ 3<sup>ème</sup>, 7 juin 2018, n°17-17.240 : Barbiéri, *LPA*, 22 août 2018, 10 ; Bergel, *RDI*, 2018, 448 ; Danos, *RDC*, 2018, 436 ; Dross, *RTD civ.*, 2018, 712 ; Laurent, *Deffrénois*, 2018, n° 42, 33 ; Kilgus, *Dalloz actu*, 19 juin 2018 ; Lardeux, *LPA*, 8 octobre 2018, 8 ; Masson, *D.*, 2018, 1577 ; Tomasin, *AJDI*, 2019, 216 ; Danos, *RDC*, 2018, 436. ; Eeckhoudt, *LPA*, n°235, 2018, 9 ; Neyret et Reboul-Maupin, *D.*, 2018, 1772.



**532. Faits à l'origine du litige.** En 2004, une société civile immobilière avait acquis des lots à vocation commerciale, l'un deux étant partie intégrante d'un immeuble en copropriété et à usage de piscine. Cela étant, les anciens propriétaires (vendeurs en l'espèce) avaient signé, en 1970, une convention qui se surajoutait au règlement de copropriété et qui leur imposait, sans qu'une limite temporelle ne soit précisée, une obligation d'entretien de la piscine tout en autorisant l'accès à la piscine pour l'ensemble des copropriétaires durant les périodes de vacances scolaires. Souhaitant échapper à cette contrainte, la SCI a alors assigné le syndicat des copropriétaires en faisant valoir l'expiration du droit en question depuis le 20 août 2000, autrement dit après l'expiration d'une durée trentenaire. L'argument du pourvoi est assez habile. Prenant fait de l'arrêt ERDF, les droits réels ne peuvent être perpétuels et, en l'absence de durée déterminée par les parties, s'éteignent dans les conditions des articles 619 et 625 du Code civil. Dès lors, le droit en cause devrait être éteint, par non-usage trentenaire. Tel était l'argument principal du pourvoi.

Rejetant le pourvoi, les juges de la cour régulatrice vont opérer une substitution de motifs et affirmer « qu'est perpétuel un droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot (...), qu'il en résulte que ces droits sont perpétuels ; que, par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié ». La Cour de cassation vient donc reconnaître le caractère perpétuel d'un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale du bien, portant sur une partie privative, partagé entre tous les copropriétaires. En cela, la situation était donc similaire au droit de jouissance privatif, mais inversé. Là où le droit de jouissance privatif reconnaît un droit privatif sur une partie commune, le droit réel de jouissance spéciale reconnaissant un droit commun à tous les copropriétaires sur une partie privative. C'est donc vers la portée de cette solution qu'il convient de se tourner afin d'appréhender plus largement la question de savoir s'il est possible de créer des droits réels de jouissance spéciale perpétuels.

**533. Portée extensive de la solution.** Pour certains auteurs, l'arrêt du 7 juin 2018 pourrait être porteur d'avenir. Nous avons souligné, en amont, que la spécificité de la copropriété des immeubles bâtis avait peut-être été dépassée. La spécificité de la copropriété des immeubles bâtis tenant à la division de l'immeuble entre partie privative et partie commune était ici absente. Contrairement au droit de jouissance exclusif, qui consacre un droit perpétuel portant sur une partie commune, le droit de jouissance spéciale porte ici sur une partie privative. En ce sens, la solution pourrait avoir vocation à s'étendre aux rapports pouvant exister entre deux

immeubles situés en dehors du cadre de la copropriété des immeubles bâtis<sup>1660</sup>. Dans ce contexte, il serait possible d'avoir une lecture extensive de la portée de l'arrêt du 7 juin 2018, notamment quant à sa perpétuité. Ici, la perpétuité serait « *la conséquence directe du caractère bilatéralement réel du droit* »<sup>1661</sup>. Autrement dit, c'est l'attache du droit réel aux lots qui permet la perpétuité. En prenant en compte ces deux considérations, il se pourrait, comme le souligne une auteure « *que la limite de temps soit susceptible de se dégager d'une volonté contractuelle d'affecter un droit à un bien ou à un autre droit et ce, tant que le lien d'affectation subsiste, sans nécessairement contrevenir à la prohibition des engagements perpétuels* »<sup>1662</sup>. Dans une telle perspective, de quelle propriété pourrait-il s'agir ? Pour une auteure, le droit accessoire à la propriété ne pourrait emprunter le modèle de la perpétuité de la propriété, et serait donc nécessairement prescriptible<sup>1663</sup>.

**534. Portée restrictive de la solution.** Une approche plus nuancée de la portée de cet arrêt peut être défendue. Il convient, tout d'abord, de regarder l'attendu rendu par la Cour de cassation : « *qu'est perpétuel un droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot* ». Ici, la Cour de cassation vise spécifiquement le droit réel qui est « *attaché à un lot de copropriété* » et n'évoque pas, plus largement, un droit réel qui serait attaché à un fonds. Si l'on conjugue la forte diffusion de cet arrêt et la substitution de motifs qu'opèrent les magistrats de la Haute Juridiction, la tentation de percevoir une franche rupture avec la prohibition de la perpétuité des droits réels de

---

<sup>1660</sup> En ce sens : G. Lardeux, « La perpétuité des droits réels ou Boileau à la Cour de cassation : vingt fois sur le métier », *LPA*, 26 septembre 2018, n° 138z5, p. 3 *sqq.*, spéc. n°5-6 ; L. Tranchant, « Perpétuité d'un droit réel conférant le bénéfice de la jouissance spéciale d'un lot de copropriété », *Deffrénois*, 20 décembre 2018, p. 29 *sqq.* Cette solution avait déjà été souligné, suite à l'arrêt Maison de Poésie, par deux auteurs : L. d'Avout et B. Mallet-Bricout, *D.*, 2013, p. 53 *sqq.* : « *Le statut de la copropriété des immeubles bâtis reconnaît sans ambiguïté l'existence d'un droit de propriété privée au profit de chaque copropriétaire, ce qui permet à chacun de créer des droits réels de jouissance atypiques sur sa partie privative* ».

<sup>1661</sup> H. Périnet-Marquet, « Le droit de jouissance spéciale est perpétuel lorsqu'il est établi entre des lots de copropriété », *JCP G*, n° 36, 3 septembre 2018, p. 893 *sqq.*, n°2.

<sup>1662</sup> L. Tranchant, « Perpétuité d'un droit réel conférant le bénéfice de la jouissance spéciale d'un lot de copropriété », *op.cit.* ; Dans un sens similaire, mais en le regrettant : F. Danos, « Servitude et droit réel de jouissance spéciale », *JCP G*, n° 27, 8 juillet 2019, p.729 *sqq.*, spéc. n°2 : « *Dès lors que le droit réel de jouissance spéciale serait affecté ou attaché – c'est à dire accessoire – à un autre bien immobilier, il pourrait être perpétuel. Certes, l'arrêt du 7 juin 2018 ne s'applique, pour l'instant qu'aux lots de copropriété. Mais le fondement de la solution (qui repose sur le caractère accessoire du droit réel de jouissance spéciale au bien – ou plus précisément au droit de propriété du bien – au bénéfice duquel il est stipulé) peut être transposé au-delà de la seule copropriété* » ; voir également : J.-L. Bergel, « Un droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot est perpétuel », *RDI*, 2018, p.448 *sqq.* : « *Mais la question de savoir si, à défaut de durée conventionnelle, ces droits peuvent être perpétuels restait ouverte (...) Elle semble désormais tranchée par l'affirmative dans l'arrêt du 7 juin 2018, comme cela avait d'ailleurs été décidé dans le cas particulier des droits dits « de crû et à croître ».* Il faut selon nous s'en féliciter ».

<sup>1663</sup> C. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Les biens, droits réels principaux*, *op.cit.*, n° 745.

jouissance spéciale commence à se dissiper<sup>1664</sup>. Dans leur grande majorité, les auteurs vont donc conclure que le caractère perpétuel du droit réel de jouissance spéciale est ici cantonné au cas spécifique de la copropriété des immeubles bâtis, et donc, subséquentement, aux droits de jouissance spéciale qui seraient conclus entre lots et non entre fonds<sup>1665</sup>. Cette tendance est d'ailleurs confirmée, par Ludovic Jariel, conseiller à la troisième chambre civile de la Cour de cassation. Pour celui-ci, la lecture de l'arrêt du 7 juillet 2018 doit être combinée avec la jurisprudence portant sur les droits de jouissance exclusifs sur les parties communes, également perpétuels. Dès lors, c'est la cohérence de la jurisprudence en matière de copropriété qui a notamment dictée la solution, permettant de répondre aux inquiétudes des patriciens qui, suite à l'arrêt ERDF, pouvait légitimement s'interroger sur la potentielle remise en cause de la perpétuité du droit de jouissance exclusifs portant sur les parties communes<sup>1666</sup>.

Il convient, à notre sens, de ne pas donner une portée trop grande à cet arrêt, la volonté de la Cour de cassation de vouloir limiter – du moins pour le moment – sa solution au cadre spécifique de la copropriété des immeubles bâtis étant affirmée. Aussi, cette volonté de cantonnement des droits réels de jouissance spéciale perpétuel trouve une confirmation possible par l'arrêt rendu le 6 juin 2019<sup>1667</sup>. Dans ce cas, il s'agissait d'un droit qui emportait la jouissance d'une partie du fonds et consenti « au profit du fonds », sans qu'une durée ne soit strictement déterminée. La Cour de cassation aurait pu profiter de l'affaire pour étendre la solution donnée en matière de copropriété et permettre un décloisonnement de sa solution. Tel

---

<sup>1664</sup> En ce sens : F. Masson, « Liberté de créer des droits réels *sui generis* perpétuels en copropriété : la promesse de l'aube ? », *D.*, 2018, p. 1577 *sqq.*, spéc. n°10.

<sup>1665</sup> Pour exemples : J. Laurent, « Une servitude qui ne dit pas son nom ? », *Defrénois*, 2018, p.33 *sqq.* ; « Par conséquent, c'est bien la structure particulière de ce droit qui semble justifier, dans l'esprit de la Cour de cassation, que le droit réel de jouissance spéciale puisse être perpétuel. Sans qu'on puisse en être certain, on devine que c'est plus précisément la nature accessoire du droit au lot (à un bien donc) qui autorise, dans l'esprit des juges, la perpétuité du complexe de droits et obligations concédé. » ; Dans un sens similaire : J.-F. Barbiéri, « Revirement : le "droit de jouissance spéciale" peut à nouveau être perpétuel », *LPA*, 22 août 2018, p.10 *sqq.* ; L.-A. Poletti, « Un droit réel de jouissance spéciale grevant un lot au profit d'un autre lot est perpétuel », *Defrénois*, 30 août 2018, p.32 *sqq.* ; F. Danos, « Le droit réel de jouissance spéciale attaché à un lot de copropriété peut être perpétuel », *RDC*, 2018, n° 115n4, p.436 *sqq.* ; W. Dross, « La perpétuité du droit réel de jouissance spéciale : une réponse en trompe-l'œil », *RTD civ*, 2018, p.712 *sqq.* ; E. Colas, « Tous les types de droits réels de jouissance spéciale peuvent-ils être perpétuels ? », *LPA*, 8 octobre 2018, p.7 *sqq.* ; M. Eackhoudt, « Droit réels de jouissance spéciale : un inventaire à la Prévert », *LPA*, n° 235, 2018, p.9 ; H. Périnet-Marquet, « Le droit de jouissance spéciale est perpétuel lorsqu'il est établi entre des lots de copropriété », *JCP G*, n° 36, 3 septembre 2018, p. 893 *sqq.*, n°3 ; D. Tomasin, « Droit réel de jouissance spéciale et perpétuité », *AJDI*, 2019, p.216 *sqq.*

<sup>1666</sup> L. Jariel, Troisième rencontre de jurisprudence autour du droit immobilier, Cour de cassation, Support vidéo, (en ligne).

<sup>1667</sup> C. cass., 6 juin 2019, n° 18-14547 : Berlaud, *Gaz. Pal.*, juill. 2019, 41 ; Botrel, *Dalloz actu*, 3 juillet 2019 ; Danos, *JCP G*, n°27, juillet 2019, 729 ; Dubarry, *D.*, 2019, 1689 ; Laurent, *Defrénois*, juill. 2019, 30 ; Rouvière, *LEDIU*, 2019, n°122, p.7 ; Sturlèse, *Gaz. Pal.*, juill. 2019, 15 ; Vern, *Gaz. Pal.*, juillet 2019, Sturlèse, *Defrénois*, juill. 2019, 26 ; du même auteur : *D.*, 2019, 1684.

ne fut pas le cas, puisque la Cour de cassation a reconnu la justesse de la qualification retenue par les juges du fonds, c'est-à-dire la servitude. Cependant, le fait qu'il s'agissait, en l'espèce, d'une demande de requalification et non d'une qualification initiale laisse toujours un léger doute subsister<sup>1668</sup>. Il serait de bon ton, dans un temps proche, que la Cour de cassation soit amenée à y répondre, permettant ainsi de lever quelques doutes.

**535. La dimension collective du droit.** Pourtant, dans le paysage juridique français, le caractère perpétuel de ce droit réel de jouissance spéciale est pour le moins iconoclaste. Comme nous l'avons fait remarquer, si la présence d'une perpétuité factuelle est une réalité potentielle<sup>1669</sup>, la Cour de cassation a précisément rappelé l'impossibilité d'établir conventionnellement un droit réel perpétuel. Dès lors, le cas de la copropriété fait, à double titre, figure d'exception : en reconnaissant la perpétuité des droits de jouissance exclusifs et privatifs sur les parties communes et en reconnaissant également la perpétuité des droits réels conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale du bien dans le cadre de la copropriété. Cela étant, si la technique des deux droits semble similaire (tous deux se fondent sur un rattachement du droit aux lots, justifiant ainsi la perpétuité de ce droit), leurs conséquences théoriques paraissent s'opposer. À regarder la relation tripartite existante entre les notions de propriété, d'usage et de copropriété, le droit reconnu par l'arrêt du 7 juin 2018 s'inscrit comme le miroir collectif du droit de jouissance exclusif sur les parties communes. La relation est en effet inversée. Le droit de jouissance exclusif sur les parties communes peut en effet être perçu comme une rémanence d'exclusivisme dans une forme de propriété collective, voire de propriété-jouissance. L'usage est ici au service de l'individuel sur le collectif, puisque que le droit confère un usage exclusif d'une part des parties initialement communes. À l'inverse, dans le droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale reconnu dans l'arrêt, l'usage se conçoit comme étant fondamentalement collectif puisque accordé à l'ensemble des propriétaires et portant sur une partie privative. Ce droit collectif, dont les bénéficiaires sont les différents copropriétaires, n'est peut-être que le reflet d'une mouvance générale qui parcourt le droit des biens, une mouvance qui place l'usage partagé d'un bien, en l'occurrence d'une piscine, pour une communauté, celle des copropriétaires, comme une nouvelle appréhension des relations d'appropriation. Quant on adjoint à un droit qui permet l'usage partagé d'un bien la perpétuité, c'est le modèle civil des biens qu'on interroge.

---

<sup>1668</sup> En ce sens : F. Danos, « Servitude et droit réel de jouissance spéciale », *JCP G*, n° 27, 8 juillet 2019, doct. 729, spéc. n°3.

<sup>1669</sup> *Supra* n° 519 à 528.

## 2. La perpétuité reconnue pour des droits réels atypiques

En dehors des cas particuliers liés à la copropriété, la Cour de cassation a également reconnu la perpétuité d'un droit « à crû et à croître », notamment en reconnaissant que son non-usage trentenaire n'était pas une cause d'extinction (a), mais également en reconnaissant la perpétuité pour certains droits d'essence communautaire (b). Ces droits réels sont atypiques et ne correspondent pas au schéma classique des droits réels prévus par le Code civil. Ils ne sont donc pas rattachables à une institution particulière. Pour cela, la perpétuité peut trouver ici sa justification.

### a) Perpétuité pour le droit « à crû et à croître »

**536. Reconnaissance de la perpétuité dans le cadre d'un droit de bois « à cru et à croître ».** Dans un arrêt en date du 23 mai 2012<sup>1670</sup>, la Cour de cassation reconnaît la perpétuité d'un droit réel *sui generis*, un droit dit « à crû et à croître ». La perpétuité est ici claquée sur celle de la propriété, les juges reconnaissant que « *la prérogative ainsi concédée sur la parcelle litigieuse était perpétuelle et ne pouvait s'éteindre par le non-usage trentenaire* », elle est donc imprescriptible. Contrairement à la perpétuité relative des servitudes<sup>1671</sup>, ce droit réel reconnu dépasse largement les réponses classiques du droit des biens. Il reste à savoir comment l'analyser et, surtout, de percevoir si la solution est porteuse d'avenir.

**537. Une mauvaise qualification engendrant une propriété divisée ?** La détermination d'un droit réel perpétuel, situation anormale par excellence, a naturellement fait les choux gras du commentaire doctrinal. Certains auteurs ont ainsi analysé cette décision comme le retour d'une forme de propriété divisée, entraînant une rupture de l'unité de la propriété<sup>1672</sup>. À ce titre, il est vrai que la décision a de quoi surprendre. En reconnaissant la perpétuité d'un droit de bois « à cru et à croître », la Cour de cassation vient apporter une division permanente des

---

<sup>1670</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 23 mai 2012, n° 11-13202, *Bull. civ.* III, n° 84 : Agostini, *LPA*, 2012, n° 162, 17 ; d'Avout, *D.*, 2012, 1934 ; Barbieri, *LPA*, 2012, n° 213, 12 ; Danos, *Deffrénois*, 2012, n° 21, 1067 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2012, 1186 ; Perruchot-Triboulet, *RLDC*, 2012, 97 ; Revet, *RTD civ*, 2012, n° 10, 553.

<sup>1671</sup> Pour une distinction entre perpétuité "relative" des servitudes et perpétuité "pleine et entière" de la propriété : *Supra* n° 509.

<sup>1672</sup> F. Danos, « Perpétuité, droits réels sur la chose d'autrui et droit de superficie », *Deffrénois*, n°21, 2012, p.1067 *sqq* ; T. Revet, « Un nouveau cas de propriété divisée », *RTD civ*, 2012, p.553 *sqq*.

utilités de la chose. À considérer le bien par sa matérialité, comme le droit moderne nous y invite, la propriété se voit divisée et le propriétaire n'a pas vocation à recouvrir l'ensemble des utilités de son bien. À considérer le bien par ses utilités, il est possible de percevoir ici une répartition des utilités dont l'analyse prête à la définition de la propriété comme un faisceau de droits répartis entre différents titulaires. Quoi qu'il en soit, que l'on choisisse l'une ou l'autre perception, la situation ici donnée ne s'inscrit nullement dans le schéma classique du droit civil des biens.

**538.** Une autre solution semblait possible, sans qu'elle ne soit cependant explicitée pleinement par la Cour de cassation, celle du droit de superficie<sup>1673</sup>. La Cour de cassation va retenir le régime de la superficie, sans pour autant lui offrir sa juste qualification, préférant évoquer une « *prérogative (...) perpétuelle* ». Il est vrai que, traditionnellement, le droit dit « à cru et à croître » se définit par la possibilité, pour le titulaire du droit, de jouir de tous les bois, morts ou vivants, et à naître, sur un fonds appartenant à autrui. Cela ressemble à s'y méprendre à la définition qu'avait donnée, au XIX<sup>ème</sup> siècle, la Cour de cassation, du droit de superficie<sup>1674</sup>. Ce dernier n'étant alors rien d'autre qu'une propriété qui se caractérise par une distinction du fonds et des éléments qui y reposent<sup>1675</sup>. Avec la technique de la superficie, il existe une identité de nature entre le droit du tréfoncier et celui du superficiaire<sup>1676</sup>. La perpétuité se voyait alors justifiée, puisque reposaient sur un même fonds deux propriétés. La raison en est simple, le droit de superficie vient, par une fiction juridique, opérer un dédoublement de biens sur un bien originaire. Il y a donc création fictive d'une nouvelle propriété. À l'inverse, voir dans le droit « à crû et à croître » un droit réel inomé perpétuel, c'est reconnaître une propriété divisée, car il n'existe qu'un seul droit de propriété concurrencé par un droit réel perpétuel imprescriptible.

---

<sup>1673</sup> Les auteurs vont cependant, par une grande majorité, reconnaître la technique de la superficie : Voir les commentaires précités ; contra : C. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Les biens, droits réels principaux, op.cit.*, n°574-8.

<sup>1674</sup> C. cass., civ., 16 décembre 1873 : « *Le droit de superficie forme un droit de propriété distinct et séparé du fonds ; (...) il porte exclusivement sur les constructions, et les bois ou autres produits du sol qui font l'objet du contrat par lequel il a été stipulé ; (...) le concours d'un droit de superficie avec la propriété du tréfonds ne crée par un état d'indivision, ni quant à la propriété du sol, ni quant à la jouissance* ».

<sup>1675</sup> Dans une décision de 1873 (Cass. civ., 16 décembre 1873 : *DP*, 1874, 1, 249 ; Labbé, *S.*, 1874, 1, 457), la Cour de cassation avait reconnu et défini le droit de superficie : « *le droit de superficie forme un droit de propriété séparé et distinct du fonds ; il porte exclusivement sur les constructions, les bois et autres produits du sol qui font l'objet du contrat par lequel il a été stipulé ; le concours d'un droit de superficie avec la propriété du tréfonds ne crée aucun état d'indivision, ni quant à la propriété du sol, ni quant à la jouissance...* » (nous soulignons). Ici, il n'est pas peu dire que le droit « à crû et à croître » pouvait aisément être qualifié de droit de superficie.

<sup>1676</sup> Voir notamment : J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Les biens, op.cit.*, n° 286.

**539. Une solution sans avenir ?** Dans ces conditions, la reconnaissance d'une perpétuité pour le droit « à cru et à croître » ne saurait, après les différents arrêts rendus par la saga « Maison de la Poésie », être prise comme un pilier sur lequel s'appuyer. Au contraire, l'arrêt étant rendu avant l'arrêt dit « ERDF » et « Maison de la Poésie », il est possible de penser que s'il était rendu aujourd'hui, la décision pourrait être différente. En effet, à considérer qu'il ne s'agisse pas d'un droit de superficie mais bien d'un droit réel innomé, la solution devrait alors se calquer sur celles rendues en la matière. Dans le cas d'espèce, le droit n'étant pas conventionnellement limité dans le temps, sa qualification emporterait alors application de la jurisprudence « ERDF », et viendrait donc voir sa durée calquée sur celle de l'usufruit. En somme, il ne semble pas qu'il faille voir, à notre sens, un droit réel pleinement perpétuel, un retour à la division de la propriété mais, plutôt, un manque de clarté sur une qualification qui ne dit pas réellement son nom.

Cet arrêt pourrait cependant être symptomatique, nous semble-t-il, d'une volonté affirmée de la Cour de cassation qui, par la politique « des petits pas »<sup>1677</sup>, semble reconnaître aux démembrements des utilités des choses une vigueur nouvelle, une vigueur qui se conjuguerait avec l'idée d'une temporalité longue, voire d'une forme de perpétuité. Cette tentation de la Cour de cassation n'est pas nouvelle, elle a déjà été formalisée pour certains droits ayant une essence collective.

## **b) Perpétuité pour des droits d'usage collectif**

**540.** Dans le panel des décisions rendues par la Cour de cassation traitant directement des droits réels, la part des décisions qui reconnaissent la perpétuité n'est pas grande. Pourtant, avec parcimonie, la Cour régulatrice a parfois reconnu la dimension perpétuelle de certains droits d'usage collectif. Lorsque ces arrêts furent rendus au XIX<sup>ème</sup> siècle, la Cour de cassation justifia la perpétuité de ces droits particuliers par rattachement du droit au fonds grevé, tout en précisant le caractère prescriptible de ces droits, reprenant ainsi une solution presque analogique aux servitudes discontinues<sup>1678</sup>. La solution n'était dissolvante pour

---

<sup>1677</sup> B. Mallet-Bricout, L. d'Avout, « De l'autonomie, de la durée et des causes d'extinction des droits réels de jouissance spéciale », *D.*, 2017. 134, spéc. n° 13 *sqq.*

<sup>1678</sup> Dans son étude sur les droits d'usage et le Code civil, Caroline Cau-Gabée démontre l'importance qu'a eue, au XIX<sup>ème</sup> siècle, l'article 706 du Code civil portant sur la prescription extinctive pour non-usage des servitudes conventionnelles. Cet article fut, dans les nombreux conflits entre propriétaire et usagers, l'arme qui permit de justifier juridiquement le terme de ces droits d'usage immémoriaux : C. Gau-Gabée, *Droits d'usage et Code civil : l'invention d'un hybride juridique*, LGDJ, 2006, p. 366 *sqq.*

l'ordre public des biens, elle permettait de sauvegarder la propriété civiliste des fantômes de la féodalité<sup>1679</sup>. Devenues prescriptibles, ces anciennes conventions n'avaient pour destin que l'anecdote juridique. Cependant, à l'aune de l'arrêt rendu le 7 juin 2018 reconnaissant l'existence d'un droit réel de jouissance spéciale perpétuel entre parties privatives, les solutions des droits d'usage collectifs prennent une résonance particulière. En ayant une approche extensive de la portée de l'arrêt du 7 juin 2018, il serait possible de créer, conventionnellement, des droits réels de jouissance spéciale qui seraient, d'une part, attachés à un fonds et, d'autre part, perpétuels, tout en garantissant la jouissance à certains bénéficiaires. Une auteure<sup>1680</sup>, reconnaissant volontiers le grossissement du trait, se demande alors si la formation de droit hybride ne serait pas possible, inscrit dans un rapport entre fonds mais également dans un rapport entre fonds et personne. La question mérite d'être posée. Elle ne serait cependant pas nécessairement une nouveauté, mais plutôt une redécouverte, celle d'un concept forgé, en dehors du Code civil, par les juges du XIX<sup>ème</sup> siècle : les servitudes collectives<sup>1681</sup> ou les servitudes dites mixtes. Derrière cela, c'est la tension entre l'exclusivisme moderne et les aspirations collectives pré-modernes qui ressurgit. Cependant, la lecture restrictive de la solution de l'arrêt du 7 juin 2018 paraît condamner, du moins pour l'instant, cette analyse.

\*\*\*\*\*

**541. Perpétuité et droits réels, un "flou artistique".** Lorsque l'œil du juriste se pose sur la question de la perpétuité des droits réels portant sur la chose d'autrui, la première vue apparaît claire et limpide : la perpétuité est une caractéristique de la propriété et ne saurait être admise pour les droits réels portant sur la chose d'autrui. L'imprescriptibilité qui caractérise la perpétuité de la propriété ne saurait se partager. Même la servitude, lorsqu'elle est considérée comme perpétuelle, n'épouse pas cette caractéristique. La perpétuité n'est alors définie que par l'absence de durée du droit. Cela étant, si le juriste regarde plus attentivement, il s'apercevra que le tableau n'est pas aussi clair qu'il n'y paraît, des zones de flou apparaissant

---

<sup>1679</sup> Sur ce point : C. Gau-Gabée, *Droits d'usage et Code civil : l'invention d'un hybride juridique*, LGDJ, 2006 ; du même auteur : « La jurisprudence et les silences du Code civil. Lecture d'une carence originelle », *Droits*, n°47, 2008.

<sup>1680</sup> L. Tranchant, « Copropriété : Analyse et portée des arrêts récents de la 3<sup>ème</sup> chambre civile », *Defrénois*, n°17, 2019, p.25, V.

<sup>1681</sup> J. Hansenne, *La servitude collective modalité du service foncier individuel ou concept original ?*, Thèse, Liège, 1969, n°105 : « l'œuvre jurisprudentielle et doctrinale conduit à faire de l'usage collectif une servitude originale ».



alors avec parcimonie, l'œuvre du codificateur ayant reçu, ici ou là, les retouches des juges du Quai de l'horloge.

**542. La perpétuité spécifique des droits réels de jouissance dans le cadre de la copropriété des immeubles bâtis.** La retouche la plus significative se trouve à propos de certains droits de jouissance, reconnus perpétuels, dans le cadre de la copropriété des immeubles bâtis. Cela provient, originellement, de la nécessité pratique liée aux préoccupations quotidiennes des copropriétaires, ceux-ci souhaitant parfois bénéficier privativement d'une place de parking ou d'une parcelle de jardin sur les parties communes. Or, les copropriétaires étant à la fois propriétaire exclusif de sa partie privative et propriétaire indivis des parties communes, les conditions d'établissement de la servitude n'étaient pas réalisées. C'est en ce sens que la Cour de cassation a reconnu un droit de jouissance exclusif et privatif portant sur les parties communes comme étant perpétuel. Plus récemment, la même cour a admis la perpétuité d'un droit de jouissance spéciale entre parties privatives. Il semble qu'il faille comprendre cette décision comme une jurisprudence d'ensemble liée au contexte spécifique de la copropriété. Aussi, en déterminant la perpétuité de ce droit de jouissance spéciale, les juges de la Cour de cassation n'ont semblent-ils pas ouvert la voie à la perpétuité des droits réels de jouissance spéciale mais, au contraire, rappelé que le cadre de la copropriété des immeubles bâtis ne pouvait servir de modèle général.

**543. La perpétuité reconnue pour des droits réels issus de l'Ancien droit.** La perpétuité de certains droits *sui generis* a parfois été constatée. Il n'existe, sur ces différents droits, aucune solution d'ensemble, la perpétuité dépendant des titres sur lesquels ces droits se fondent. Aussi, si les juges venaient à être confrontés à de tels droits, la qualification de droit réel de jouissance spéciale leur serait sûrement reconnue. Pour autant, il est possible penser que cette perpétuité n'a pas vocation à être étendue à l'ensemble des droits réels de jouissance spéciale, elle semble également contingente à des droits qui trouvent, pour la plupart, leurs origines dans des temps anciens. Cependant, par une lecture extensive de l'arrêt reconnaissant la perpétuité d'un droit réel de jouissance spéciale dans le cadre de la copropriété, il pourrait être soutenu que la perpétuité des droits réels *sui generis* serait possible si ce droit établi un rapport réel et non personnel. À défaut de solution claire de la Cour de cassation, il convient cependant de rester prudent.

**544. La non perpétuité de droit ou la perpétuité de fait.** Enfin, dans une dernière retouche, la Cour de cassation a été amenée à trancher de la question de la perpétuité des droits réels conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale. Ici, plus que jamais, le flou est persistant et il devient difficile, même pour l'œil averti, de distinguer clairement les contours et les motifs de l'œuvre générale. D'abord parce que la Cour de cassation a précisé que la détermination d'une durée du droit était nécessaire, son indétermination renvoyant aux régimes de l'usufruit et du droit d'usage et d'habitation. Ensuite, parce qu'elle a reconnu que la durée de ce droit pouvait être fixée sur la durée de vie d'une personne morale. La perpétuité, chassée en droit, revient alors en fait, la durée de vie des personnes morales pouvant se prolonger sur un temps suffisamment long pour tendre à une forme perpétuité. De même, dans l'absence d'indication précise de sa part, la Cour de cassation laisse la porte ouverte à la mise en place de droit conférant le bénéfice de jouissance spéciale de longue durée. Si la perpétuité se caractérise par l'indéfini, alors le défini, même long, échappe à la définition retenue.

**545. Un rendu contrasté.** Dès lors, si l'on prend du recul sur la peinture générale, l'impression d'un "flou artistique" reste prégnante. Dans l'art pictural, le flou peut avoir deux origines : ou bien il est le fruit d'une mauvaise technique de l'artiste, engendrant alors une œuvre dont le rendu final n'est pas souhaité ; ou bien il est le résultat de la volonté de l'artiste, apportant alors une forme de complexité au rendu global. Tel pourrait être, selon nous, l'apport des retouches réalisées par la Cour de cassation. En apportant des nuances, le tableau perd en lisibilité ; l'œuvre générale, en revanche, gagne en potentialité. D'une œuvre originellement figurative, elle devient désormais abstraite, ouvrant alors le champ des possibles. Nul doute que la Cour de cassation poursuivra son œuvre, reste à déterminer quel en sera le rendu final.

**546. Réduction du prisme d'analyse aux droits réels de jouissance spéciale établissant un rapport entre personne et chose.** Face à des solutions dont on peine à déterminer la cohérence d'ensemble, il convient de réduire le prisme d'analyse. En effet, l'opposition apparaît marquée entre les droits réels qui établissent un rapport entre fonds et ceux qui se fondent sur un rapport entre une personne et un fonds. Si les premiers peuvent se voir reconnaître une forme de perpétuité, les seconds semblent condamnés à rester limités dans le temps. Or, dans le cadre de notre étude, nous avons vu que les formes d'usage partagé d'un

bien se réalisaient surtout par la reconnaissance d'un droit à un tiers<sup>1682</sup>. Telle était, également, notre définition des systèmes mixtes d'appropriation, c'est-à-dire un rapport d'appropriation où la propriété cohabite avec un partage de certaines des utilités du bien à des personnes différentes. C'est donc cette dernière piste qu'il convient d'explorer, celle des droits réels de jouissance spéciale établissant un rapport entre personne et choses. Dès lors, qu'il nous soit permis de détourner le regard, de ne plus scruter ce qui est, mais ce qui pourrait être. Alors, nous pourrions envisager une forme de perpétuité des droits réels innomés, une perpétuité respectueuse de l'ordre public des biens, une perpétuité que nous appellerons relative.

## **Section 2 : Les contours d'une perpétuité relative des droits réels *sui generis***

Prôner la perpétuité des droits réels *sui generis* pourrait être perçu comme révolutionnaire – voire contre-révolutionnaire. Telle n'est pas notre ambition. La perpétuité que nous proposons, parce qu'elle est relative, s'oppose à la perpétuité de la propriété. Comme pour la servitude, la perpétuité est amoindrie, elle se dessine dans l'absence de durée mais connaît certaines limites qui permettent d'y mettre un terme. Dès lors, cette approche nécessitera, en premier lieu, une entreprise de légitimation de la position, notamment en démontrant qu'il ne s'agirait pas d'une rupture frontale avec l'ordre public des biens (I). Par la suite, il conviendra de dessiner les contours de cette perpétuité « relative », en dressant les modes d'extinction du droit reconnu perpétuel (II). Avec ce travail, nous tenterons de démontrer que la perpétuité des droits réels *sui generis* peut être envisagée.

### **I/ La perpétuité relative des droits réels *sui generis* face à l'ordre public des biens**

**547. L'ordre public des biens et la perpétuité des droits réels.** Envisager la perpétuité des droits réels *sui generis* nécessite de l'inclure dans le respect de l'ordre public des biens. Pour bien des auteurs, l'ordre public des biens s'inscrit comme un horizon indépassable, le garant de l'ordre établi et de la pierre angulaire du droit des biens qu'est la propriété. Derrière cette défense de l'institution, c'est son corollaire, à savoir la liberté individuelle, qui est également visée. Aussi, avant de pouvoir confronter notre proposition à cet ordre public, il est nécessaire de tenter de le définir dans ses grandes lignes.

---

<sup>1682</sup> Tel est le cas, par exemple, pour les titulaires de droits reconnus par une licence libre (*Supra* n° 241 *sqq.*).

**548. La genèse du principe, la philosophie individualiste.** Tel qu'il se compose aujourd'hui, ou du moins se décrit, l'ordre public des biens est lié à la représentation de la propriété et de l'ordre politique, la première étant une émanation du second. Or, à bien y regarder, la propriété civiliste est intimement liée à la philosophie individualiste qui prédominait au XIX<sup>ème</sup> siècle, créant ainsi une identité commune entre le concept de propriété et celui de liberté individuelle<sup>1683</sup>, opérant une sorte de transsubstantiation. Nombreux sont les auteurs à avoir évoqué ce lien ; c'est ainsi que pour Accarias : « *L'homme est une individualité, un moi ; il a le droit et le pouvoir d'établir un rapport individuel entre lui et les objets extérieurs, en disant : ceci est à moi, en faisant de sa chose comme de sa personne ce qu'il veut, parce que c'est la personnalité humaine qui s'affirme dans le droit de propriété* »<sup>1684</sup>. Le même type de raisonnement étant également présent chez Ahrens, pour qui : « *De la personnalité, de l'être pour soi, découle l'avoir pour soi, ou la propriété individuelle privée. Celle-ci est ainsi la manifestation, et en quelque sorte la projection de la personnalité humaine dans le domaine matériel des choses. La propriété a donc sa raison d'existence dans la personnalité* »<sup>1685</sup>.

Cette philosophie individualiste va irriguer un discours juridique toujours mâtiné de considérations politiques. C'est ainsi que Demolombe, en condamnant l'idée de communauté de biens, rendra un brillant plaidoyer qui unifiera les concepts de propriété et de liberté individuelle : « *et alors, de quelque nom qu'on appelle cette prétendue forme sociale (...) tout cela, c'est la communauté, la promiscuité, le hideux communisme, c'est-à-dire la dégradation la plus profonde de l'humanité désormais réduite à l'état de troupeau ; tout cela, c'est l'anéantissement absolu non pas seulement de la liberté, mais de la personnalité humaine toute entière* »<sup>1686</sup>. Avec ces quelques mots, le prince de l'exégèse s'inscrit pleinement dans la philosophie individualiste ; la propriété individuelle s'oppose à la communauté en ce qu'elle est tant la garantie de la liberté de l'individu qu'un élément de définition de sa personnalité. L'auteur n'hésitant pas, en complément, à percevoir dans une décision reconnaissant la perpétuité d'un droit de chasse le retour à l'ordre féodal et donc une négation « *à la pensée politique qui a inspiré les rédacteurs de notre Code, et par suite à l'ordre social, tel qu'ils*

---

<sup>1683</sup> Nous avons déjà vu, en amont, que d'un point de vue strictement politique, le lien entre propriété et liberté individuelle résidait notamment dans le fait que la notion de propriété soit perçue comme un îlot de sécurité pour la liberté individuelle : *Supra* n° 124.

<sup>1684</sup> C. Accarias, *Précis de droit romain*, T.I, Paris, 1882, n°202.

<sup>1685</sup> H. Ahrens, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 6<sup>ème</sup> éd., T.II, Leipzig, 1868, p.118.

<sup>1686</sup> C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon, op.cit.*, T.IX, n°524.

*l'ont vu fonder* »<sup>1687</sup>. La finalité de la pensée individualiste vient donc faire de la propriété plus qu'un simple concept juridique, elle devient un élément central de la société qui conditionne la liberté du citoyen. Sur ce fondement philosophique, la perpétuité des droits réels apparaît comme étant une contradiction majeure ne pouvant être envisagée. Aussi, pour comprendre en quoi la perpétuité des droits réels pourrait être une négation de la propriété et de la liberté individuelle, il convient de quitter le champ de la pensée juridique pour entrer dans celui de la technique juridique.

**549. L'ordre public des biens et la perpétuité des droits réels, le renouveau de la question.** Dans un article faisant suite au premier arrêt « Maison de la Poésie », Rémy Libchaber rappelait l'impossibilité de concevoir des droits réels perpétuels : « *Car si l'on admet la perpétuité des droits réels, il s'en déduit par contre-coup que la propriété ne peut plus être cette plena in re potestas à quoi on la reconnaît volontiers : ni aujourd'hui ni même demain, le propriétaire ne pourra reconstituer cette plénitude des attributions qui est, depuis l'abolition du régime féodal, la marque de la propriété pleine et entière* »<sup>1688</sup>. Derrière la charge de l'auteur, c'est bien la défense de l'ordre public des biens dont il est question. Celle-ci est pourtant délicate tant la définition de l'ordre public des biens apparaît versatile, chaque auteur semblant y ranger ce qu'il entend, créant une notion « *mystérieuse* »<sup>1689</sup>. Pourtant, la question de la perpétuité des droits réels a ravivé la flamme de la doctrine sur ce point. C'est ainsi que certains auteurs en ont déduit que l'ordre public des biens « *entend contenir, autant que faire se peut, la constitution de charges réelles perpétuelles* »<sup>1690</sup>, le fondement de base étant le respect de la *plena in re potestas* qui définit la propriété. Dès lors, la perpétuité des droits réels serait une entrave à l'ordre public des biens, le propriétaire initial n'ayant plus vocation à récupérer la pleine jouissance de son bien.

---

<sup>1687</sup> *Ibid.*, n°526.

<sup>1688</sup> R. Libchaber, « Les habits neufs de la perpétuité », *op.cit.*

<sup>1689</sup> T. Génicon, « L'ordre public des biens et les servitudes : réflexions sur les incidences du droit de jouissance spéciale », *op.cit.* Sous la plume de Philippe Malaurie, l'ordre public avait pu trouver 23 définition de l'ordre public, preuve de son caractère insaisissable : P. Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, Éd. Matot-Braine, 1953. Plus récemment, le même auteur n'a pas hésité à comparer l'ordre public à la figure d'un "cheval indomptable" : P. Malaurie « Rapport de synthèse », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, T.Revet (dir.), Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1996.

<sup>1690</sup> Ici, il est référence aux formes divisées de la propriété, ainsi qu'aux multiplications des charges réelles sur un même bien. L'ordre public des biens serait donc le gardien veillant à garantir la propriété individuelle face à une résurgence du féodal double domaine et des formes coutumières de multiplications des charges réelles sur un même bien : T. Génicon, *op.cit.*, p.100 *sq.*

**550.** En ce sens, deux pourfendeurs de l'ordre public des biens furent identifiés : la volonté individuelle et son corollaire, la force obligatoire du contrat<sup>1691</sup>. En effet, par l'acte de volonté, il pourrait être possible de bousculer les qualifications, de dépasser les dogmes établis et de faire table rase des traditions. L'opposition entre ces deux grandes figures du droit – la propriété et la liberté contractuelle – est grande. À ce titre, l'ordre public des biens va souvent servir de parapet, permettant de sauvegarder la propriété et la liberté de chacun. Ici, la querelle n'est pas technique, elle repose sur un terreau idéologique et politique propre à chaque auteur. Pour certains, la liberté de l'individu se trouve dans la possibilité reconnue à chaque sujet de droit de pouvoir bénéficier d'une liberté d'action sur ses biens, au point de voir dans les articles du livre II du Code civil des dispositions supplétives de volonté<sup>1692</sup>. Pour d'autres, au contraire : « *c'est souvent le contrat qui asservit, et l'ordre public qui libère* »<sup>1693</sup>.

Ce débat, opposant, d'un côté, un ordre public des biens protecteur de la propriété, et, d'un autre côté, la liberté contractuelle, a ressurgi avec vigueur après le premier arrêt Maison de la Poésie. De ce fait, le fait de fixer la durée du droit sur la durée de vie de la fondation, et donc de conditionner une potentielle perpétuité factuelle, n'est que le fruit de la volonté des contractants. Il s'agit bien ici, si l'on reprend le débat de fond, d'une opposition entre la liberté de pouvoir fixer la durée du droit et le respect de la vocation de la propriété à recouvrer, *in fine*, l'ensemble des utilités du bien. Subséquemment, l'ordre public des biens condamnerait, au nom de la protection de la propriété, la perpétuité des droits réels<sup>1694</sup>. Il est d'ailleurs intéressant de voir que, dans son visa, la Cour de cassation se fonde sur deux articles qui pourraient s'opposer : les articles 544 et 1134 ancien du Code civil. En fondant sa solution sur ce double visa la Cour de cassation a, nous semble-t-il, démontré une certaine flexibilité de l'ordre public des biens. La propriété et le contrat peuvent coexister ; mieux, l'articulation de ces notions est aujourd'hui le cœur des nouveaux droits réels conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un bien. Cela se retrouve dans une lecture combinée des arrêts « Maison de Poésie » et de l'arrêt dit « ERDF ». Au vu des solutions rendues, la liberté de déterminer la durée des droits réels *sui generis* peut s'exprimer pleinement et dépasser les règles applicables aux droits communs, pour peu de ne pas franchir le pas de la perpétuité. À

---

<sup>1691</sup> En ce sens : R. Boffa, « L'ordre public des biens du XXIème siècle, rapport de synthèse », *op.cit.*, p. 277 *sqq.*

<sup>1692</sup> G. Lardeux, « Qu'est-ce que la propriété ? », *RTD civ*, 2013, p.741 *sqq.*, n° 20.

<sup>1693</sup> R. Boffa, *op.cit.*, p.282.

<sup>1694</sup> En ce sens : F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, Economica, 2007, n° 36 : « *la propriété ne peut s'accommoder de la coexistence d'un droit de jouissance perpétuel de tout ou partie des utilités de la chose qui priverait le propriétaire de sa vocation à jouir au moins potentiellement de l'intégralité des utilités de cette chose* ».

l'inverse, si les parties n'ont pas déterminé de durée au droit, les règles relatives à la durée de l'usufruit et du droit d'usage et d'habitation trouveront à s'appliquer.

**551.** Sans dire que l'ordre public des biens soit totalement relativisé, les juges de la Cour de cassation opèrent une forme de balance des intérêts entre le respect de la propriété et la liberté des parties à concevoir conventionnellement des droits réels *sui generis*. C'est donc dans cet entre-deux qu'il convient de se placer afin de confronter la potentielle perpétuité relative des droits réels *sui generis* face au respect de la propriété (A) et de son corollaire qu'est la liberté individuelle (B).

### **A. Perpétuité relative et sauvegarde de la propriété**

Reconnaître la perpétuité des droits réels, c'est potentiellement vider la propriété de sa substance. À ce titre, il s'agit ici d'une limite naturelle de l'ordre public des biens qui ne pourrait être franchie (1). Cela étant, cette menace ne saurait être généralisée pour l'ensemble des droits réels et plus spécifiquement encore pour les droits réels conférant le bénéfice d'une jouissance d'un bien, le caractère « spécial » de la jouissance évinçant tout risque de propriété nominale (2).

#### **1. La limite de l'ordre public : le risque de la propriété nominale**

En matière de droit de jouissance réel, il est souvent de bon ton que de raisonner à partir de son modèle principal qu'est l'usufruit. En ce sens, la perpétuité du droit d'usufruit aurait une conséquence majeure, celle de vider la propriété de la majeure partie de sa substance, et donc de faire du nu-propriétaire le titulaire d'une coquille pratiquement vide. La propriété n'aurait de propriété que le nom, le propriétaire n'ayant plus vocation à recouvrer l'ensemble des utilités de son bien. Il y aurait ainsi une propriété réelle, celle de l'usufruitier, qui embrasserait la somme des utilités essentielles de la chose, et la propriété nominale, celle du nu-propriétaire, vestige d'une propriété passée. Au regard des droits conférés à l'usufruitier, la limite temporelle de l'usufruit est une nécessité.

**552. L'assiette de l'usufruit.** Il a été soutenu que « les avantages que le propriétaire consent à l'usufruitier sont tels qu'il se trouve dépouillé de la quasi-totalité des utilités de la

chose »<sup>1695</sup>. D'autres encore, ne perçoivent pas dans l'usufruit un partage des utilités de la chose, puisque l'ensemble des utilités serait confié à l'usufruitier<sup>1696</sup>. Il est vrai qu'au regard des dispositions du Code civil, il est possible de voir, dans l'usufruit, une institution qui confie à l'usufruitier la jouissance presque complète des utilités de la chose. À reprendre les termes classiques, l'usufruitier va être titulaire de l'usage et de la jouissance de la chose en usufruit, comme en dispose l'article 578 du Code civil<sup>1697</sup>. Ainsi, hormis la faculté de mésuser du bien au point d'en altérer la substance, l'usufruitier jouit de l'ensemble des utilités de la chose. À l'inverse, le nu-propiétaire est quant à lui dans l'obligation, comme le dispose l'article 599 de Code civil alinéa 1<sup>er</sup><sup>1698</sup>, de ne pas nuire aux droits de l'usufruitier. Dès lors, l'ensemble des utilités est confié à l'usufruitier, qui dispose, quant aux utilités de la chose, de l'assiette du propriétaire.

**553. La limitation dans le temps de l'usufruit.** La vocation de l'usufruit est d'être limité temporellement, que le bénéficiaire soit une personne morale ou physique. C'est en ce sens que le Code civil prévoit différents modes d'extinction de l'usufruit. L'article 617 du Code civil prévoit ainsi que l'usufruit s'éteint de plusieurs façons : par la mort de l'usufruitier, l'expiration du temps pour lequel il a été accordé, la consolidation ou la réunion sur la même tête des qualités d'usufruitier et de nu-propiétaire, le non-usage du droit pendant trente ans et la perte de la chose grevée. Que faut-il en déduire ? Tout d'abord, qu'il est possible de fixer une durée, cette dernière n'étant strictement limitée que pour les personnes morales, à 30 ans. Pour les personnes physiques, le Code civil ne donne pas une délimitation stricte de la durée de l'usufruit ; en revanche, ce dernier est forcément de nature viagère<sup>1699</sup>. Autrement dit, deux

---

<sup>1695</sup> F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, op.cit., n° 339.

<sup>1696</sup> W. Dross, *Les choses*, op.cit., n° 81 : « C'est sur ce modèle du démembrement qu'est systématiquement analysé l'usufruit. Un tel modèle s'avère pourtant totalement impropre à décrire son objet, pour une raison simple : il est impossible de découvrir quelles sont les utilités de la chose qui demeurent au propriétaire une fois qu'il a consenti à un tiers un usufruit sur son bien. Il n'y en a au vrai aucune, car elles se retrouvent toutes en la maîtrise de l'usufruitier. Il n'est pas innocent que ce propriétaire soit précisément qualifié de nu-propiétaire : des utilités de la chose, il ne lui en reste pas ». De ce point de vue, l'auteur formalisera l'idée que l'usufruit est, en réalité, une propriété temporaire (*Ibid.*, n° 82 sq.). Voir également : F. Vern, *Les objets juridiques*, op.cit., n° 326, note 5 : « Il ne s'agit pas d'un droit établi sur la chose d'autrui (ou le prenant pour objet), mais d'un droit dont la chose d'autrui forme l'assiette d'exercice, ce qui est indéniable ». *Contra* : Pour une analyse voyant dans l'usufruit un partage des utilités conférées par une chose : M. Fabre, *L'usufruit atypique, Contribution à la notion de démembrement de la propriété*, Thèse, Paris II, 2018.

<sup>1697</sup> Article 578 du Code civil : « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance ».

<sup>1698</sup> Article 599 alinéa 1 du Code civil : « Le propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier ».

<sup>1699</sup> Cette nature viagère d'un l'usufruit conféré à des personnes physiques provient de la fonction d'un droit originellement conçu pour les besoins du titulaire, l'usufruit n'a donc pas vocation à s'étendre au-delà de la mort de son titulaire : C. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Les biens, droit réels principaux*, op.cit., n° 460.



solutions existent quant à sa durée : ou les parties ont déterminé une durée précise et le droit s'éteindra alors à son terme, ou les parties n'ont pas précisé de nature précise et le droit s'éteindra à la mort de l'usufruitier. Dans le cas où le trépas de l'usufruitier interviendrait avant la date d'expiration du droit, le principe est l'intransmissibilité à cause de mort de l'usufruit<sup>1700</sup>.

**554. La justification de la limite temporaire de l'usufruit : le danger de la propriété nominale**<sup>1701</sup>. L'absence de caractère supplétif de la durée de l'usufruit se justifie parfaitement par la volonté de sauvegarde de l'institution de la propriété. Pour le comprendre, il convient de faire le lien entre l'assiette de l'usufruit et sa durée : l'assiette étant extrêmement large, au point de réunir entre les mains de l'usufruitier l'ensemble des utilités offertes par la chose grevée, la perpétuité de l'usufruit rendrait impossible la réunion des utilités de la chose entre les mains du propriétaire. Dans son principe, l'usufruit va permettre une jouissance complète des utilités de la chose, jouissance qui doit revenir, une fois le droit éteint, au nu-propriétaire. C'est d'ailleurs pour cela que l'usufruitier se doit de conserver la substance du bien. Il s'agit d'une limite de la jouissance de l'usufruitier dans le but de préserver la propriété. Une telle limitation ne vaut que par le caractère nécessairement temporaire de l'usufruit, elle n'est que le reflet de la vocation du propriétaire à retrouver, à termes, la jouissance de l'ensemble des utilités du bien. C'est en ce sens que la Cour de cassation reconnaît que la conclusion d'un droit perpétuel exclue la qualification d'usufruit<sup>1702</sup>, il s'agirait d'une aliénation de la propriété<sup>1703</sup>. Or, si la perpétuité de l'usufruit était reconnue, la transmissibilité à cause de mort le serait également, en vertu du principe que

---

<sup>1700</sup> Ce principe fut notamment posé par un arrêt des chambres réunies en 1933 : Ch. réunies, 16 juin 1933, *DH*, 1933, 393. Pour une critique de cette solution, notamment dans le cadre de montage patrimonial complexe et ayant une forte valeur monétaire : V. Depabt-Sebag, « L'usufruit temporaire des personnes physiques. Une institution en cours de rénovation », *RTD civ*, 2010, p.669 *sqq.*

<sup>1701</sup> Sur ce point, voir notamment : S. Grimaldi, *Le caractère viager de l'usufruit*, thèse Paris II, 2000, p.52.

<sup>1702</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 18 janvier 1984, n° 82-16003, Bull. civ., III, n° 16 : Lafond, *JCP N*, 1987, 69 ; Barbiéry, *JCP G*, 1986, II, 20547 ; Zenati, *D.*, 1984, 504.

<sup>1703</sup> Un parallèle peut ici être dressé avec l'usufruit perpétuel reconnu en droit Polonais. Suite à la chute du régime socialiste, la Code civil Polonais a institué la notion d'usufruit perpétuel afin de reconnaître des droits de jouissance aux habitants d'immeubles situés sur des terrains aliénés par l'Etat. Cet usufruit perpétuel (en réalité limité à 99 ans) emporte une jouissance exclusive mais, également, la possibilité de disposer de son droit. Ce droit, qui singe la propriété sans la reconnaître pourra, à partir de 2005, être requalifié de propriété sur demande des titulaires. On comprend alors l'intérêt d'un tel mécanisme, celui de permettre la transition entre un régime socialiste connaissant de multiples formes de propriétés à celui d'un système fondé sur le modèle de la propriété individuelle et exclusive. Quoiqu'il en soit, la perpétuité de l'usufruit revient, d'une certaine manière, à diviser la propriété. Sur ces questions : T. Wardynski, « Un nouveau concept de propriété en Pologne », *RIDC*, n° 49-3, 1997, p. 587 *sqq.* ; voir également une décision récente qui conditionne la requalification de l'usufruit perpétuel en propriété aux seuls biens à destination d'habitation : Décision du Tribunal constitutionnel polonais, 10 mars 2015, n° K29/13.

les droits réels sont attachés à la chose grevée et qu'ils suivent en quelques mains qu'ils passent<sup>1704</sup>. À considérer cela, la seule hypothèse du retour de la jouissance de la chose entre les mains du propriétaire serait le caractère prescriptible du droit, l'imprescriptibilité étant traditionnellement une caractéristique réservée à la propriété<sup>1705</sup>. Envisager la perpétuité de l'usufruit, c'est condamner le bien à la paralysie, le retirer du circuit juridique. Il est d'évidence que personne n'aurait intérêt à acquérir un bien grevé d'un droit d'usufruit concédé à perpétuité, la simple propriété nominale n'emportant aucune jouissance du bien. La perpétuité des droits réels ne peut se concevoir quand celle-ci prive définitivement le propriétaire de la jouissance du bien.

## **2. Le rejet de la propriété nominale pour les droits réels innomés**

La menace que pourrait faire planer la perpétuité des droits réels innomés sur la propriété ne semble pas être d'actualité. La spécification de l'usage propre aux droits réels de jouissance spéciale étant, en effet, un frein naturel à la mise en place d'une propriété nominale. Ce qui vaut en usufruit ne vaut pas pour les droits réels de jouissance spéciale, l'assiette du droit étant limitée (a). Cela étant, la multiplication des droits réels de jouissance spéciale perpétuels sur un même bien pourrait devenir une menace sérieuse pour la propriété. Dans ce cas, seule la relativisation de la perpétuité pourrait permettre de ne pas remettre en cause l'ordre public des biens (b).

### **a) Le rejet du danger de la propriété nominale : la limitation de l'assiette des droits réels innomés.**

**555. La nécessaire distinction de l'usufruit et des droits réels *sui generis*.** Le débat portant sur la dimension perpétuelle des droits réels *sui generis* s'est souvent déporté sur la question de l'ordre public des biens, avec pour toile de fond l'exemple de l'usufruit. Dans un sens, cela pourrait s'avérer logique puisque la Cour de cassation a rappelé que les dispositions concernant la durée de l'usufruit devaient s'appliquer aux droits de jouissance spéciale lorsque les parties n'avaient pas conventionnellement déterminé une durée. Ainsi, il pourrait être envisageable de dresser des ponts entre les différents droits réels de jouissance et d'opérer

---

<sup>1704</sup> Sur ce point : L. Rigaud, *Le droit réel, Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, Thèse Toulouse, A. Nauze, 1912.

<sup>1705</sup> Voir cependant le droit « à cru et à croître » reconnu imprescriptible par la Cour de cassation : *Supra* n° 536 à 540.

une analogie entre perpétuité de l'usufruit et perpétuité des droits réels de jouissance spéciale. Cela étant, il ne nous semble pas que cela soit pleinement pertinent. Comme nous l'avons envisagé en amont, la limite temporaire de l'usufruit se justifie par le danger que la perpétuité pourrait faire courir à la notion de propriété, la menace étant caractérisée par la dimension de l'assiette du droit.

**556. La faible assiette des droits réels *sui generis*.** En tenant compte du risque de propriété nominale perçu avec la perpétuité de l'usufruit, qu'en est-il pour la perpétuité des droits réels *sui generis*, et plus spécifiquement des droits réels conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un bien ? Pour pouvoir répondre à cette interrogation, il convient de reprendre la distinction existante entre les droits réels qui confèrent une jouissance spéciale et les droits réels de jouissance classique comme l'usufruit ou le droit d'usage et d'habitation. À l'inverse, certains auteurs prônent une unité des différents droits de jouissance<sup>1706</sup>, voyant dans chacune des institutions un « *démembrement de la valeur d'usage de la chose* »<sup>1707</sup>. Ils traitent la question de la perpétuité sur un modèle également unitaire, celui de l'usufruit. Pour autant, il ne nous semble pas que cette voie soit parfaitement séduisante, l'assimilation des droits de jouissance spéciale aux autres droits réels de jouissance classique effaçant les particularités de la notion. Sur ce dernier point, il convient de signaler que l'une des différences majeures repose sur la détermination de l'assiette du droit. En effet, là où l'usufruit possède une assiette extrêmement large, reposant sur la quasi-totalité des utilités de la chose, le droit de jouissance conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale repose quant à lui sur une assiette beaucoup plus restreinte, voire minimale. Pour s'en rendre compte, il convient de porter l'attention, comme nous l'avons fait en amont, sur la détermination « spéciale » de la jouissance. En conséquence, le droit réel de jouissance spéciale confère une jouissance « *restreinte, délimitée, spécifique* »<sup>1708</sup> de la chose grevée et donc portant sur un ou plusieurs usages spécifiques.

**557. L'impossibilité d'une propriété nominale dans le cadre des droits réels conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale du bien.** Dès lors, une potentielle perpétuité des droits réels de jouissance spéciale viendrait-elle faire courir le risque de vider la propriété de

---

<sup>1706</sup> L. Andreu, « Analyse et régime des droits de jouissance spéciale », *op.cit.*, p.133 *sqq.*

<sup>1707</sup> *Ibid.*, p.144.

<sup>1708</sup> Voir, pour l'ensemble : L. d'Avout, B. Mallet-Bricout, « La liberté de création des droits réels aujourd'hui », *D.*, 2013, p.53 ; des mêmes auteurs : B. Mallet-Bricout, L. d'Avout, « De l'autonomie, de la durée et des causes des droits réels de jouissance spéciale », *D.*, 2017, p.134.

sa substance ? Contrairement à l'usufruit, le risque est ici dissipé. Effectivement, de part la jouissance restreinte qu'elle confère, la perpétuité ne viendrait que limiter la jouissance du propriétaire, sans pour autant l'en priver<sup>1709</sup>. Un parallèle peut être dressé avec le cas des servitudes conventionnelles, celles-ci encourageant la nullité, lorsque la servitude octroie une jouissance exclusive au fonds dominant<sup>1710</sup>.

Dans le cadre des droits réels de jouissance spéciale, il serait possible de voir, tout au plus, un morcellement de certaines utilités du bien, le propriétaire gardant la jouissance du reste des utilités de la chose. Par exemple, si le propriétaire d'un stade de football vient reconnaître, à une association sportive, le droit de pouvoir organiser des matchs sur son terrain tous les premiers vendredis soirs de chaque mois, il conserve l'essence de son droit de propriété. Hormis le vendredi soir, le propriétaire du stade pourra ainsi jouir de son bien le reste du temps. Il n'y a ici qu'un partage temporel d'une utilité du bien. La propriété n'est pas privée de son essence, quand bien même ce droit serait reconnu comme perpétuel. Il en va de même pour un droit réel de jouissance spéciale qui n'opérerait pas un partage temporel des utilités. C'est ainsi qu'un propriétaire pourrait reconnaître un droit réel de jouissance spéciale conférant le droit de naviguer en barque sur son étang. En conférant un usage aussi spécifique, le risque d'une propriété nominale s'évanouit, le propriétaire pouvant jouir de toutes les autres utilités que le fonds lui procure<sup>1711</sup>. Cette difficulté écartée, il convient cependant de la confronter à une potentielle multiplication des droits réels de jouissance spéciale sur un même bien.

---

<sup>1709</sup> Contra : F. Danos, « Servitude et droit réel de jouissance spéciale », *JCP G*, n° 27, 8 juillet 2019, p.729 *sqq.*, spéc. n°3 : « Mais concéder par un droit réel perpétuel la jouissance de certaines utilités du bien, n'est-ce pas déjà priver le propriétaire de la jouissance d'une partie de son bien ? Quoiqu'il en soit, transparait ici la volonté d'étendre le régime des servitudes au droit réel de jouissance spéciale (...) Sous couvert d'encadrer le droit réel de jouissance spéciale, c'est un véritable éclatement du droit de propriété que l'on procéderait ».

<sup>1710</sup> Sur ce point : voir Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 24 mai 2000, n° 97-22255, Bull. civ., III, n°113 ; Libchaber, *D.*, 2001, 151 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2000, 1, n°21 ; Bergel, *RDI*, 2000, 316.

<sup>1711</sup> En ce sens : « Si l'on a montré des réticences à admettre la perpétuité des droits réels de jouissance, notamment dans l'avant projet de réforme du droit des biens de l'Association Capitant, c'était pour ne pas risquer de vider le droit de propriété de sa substance et de crainte de ressusciter le spectre du « domaine utile » ou de créer une confusion avec les servitudes. Or la spécificité juridique des droits réels de jouissance spéciale et la spécialité de leur objet doivent éluder ces risques ... » : J.-L. Bergel, « Un droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot est perpétuel », *RDI*, 2018, p.448 *sqq.* Dans un sens similaire, Julien Dubarry évoque la possibilité de reconnaître une clause de perpétuité, uniquement « en présence d'une jouissance vraiment spéciale, limitée par rapport à la généralité de la jouissance résultant de l'usus et du fructus composant le droit de propriété. Sinon, la perpétuité du droit de jouissance spéciale entrerait en conflit avec celle du droit de propriété qui serait directement concurrencé et menacé » : J. Dubarry, « Le régime juridique du droit réel de jouissance spéciale », in *Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale*, NVP, Juin 2017, p.16, spéc. p. 18.

## **b) La difficulté potentielle : la multiplication des droits réels *sui generis* sur un même bien**

**558. Le ressort de la difficulté : la perpétuité « pleine et entière ».** La multiplication des droits réels de jouissance spéciale reconnus à des titulaires différents pourrait constituer une menace pour la propriété. Malgré le fait que leurs assiettes respectives soient réduites, une multiplication de droits portant sur des utilités différentes pourrait mener à une situation où les prérogatives du propriétaire se verraient réduites à peau de chagrin et le propriétaire lui-même à un statut de nu-propriétaire. La difficulté est ici majeure puisqu'à envisager une perpétuité modelée sur celle de la propriété, le propriétaire du bien se verrait alors directement concurrencé par les différents titulaires de droits réels de jouissance spéciale, au point de ne potentiellement jamais recouvrer ses prérogatives initiales. À tout le moins, le propriétaire ne disposerait d'aucune initiative permettant de mettre un terme au droit concédé. Il y aurait alors une superposition de propriétés sur un même bien, c'est-à-dire une division de la propriété originelle en une multiplicité de propriétés simultanées portant sur des utilités distinctes. D'un point de vue plus économique, le bien grevé de multiples droits perpétuels serait nécessairement exclu du circuit économique. Le résultat final serait alors un millefeuille juridique immuable. Dans ce cas, les défauts des institutions médiévales ressurgissent avec force. Nous ne saurions les envisager et, à ce titre, prôner une perpétuité calquée sur le modèle de la propriété. L'ordre public des biens se verrait alors clairement remis en cause, par l'éclatement définitif de la propriété<sup>1712</sup>.

**559. La difficulté écartée : la perpétuité relative.** Dans une approche relative de la perpétuité, la multiplication des droits réels de jouissance spéciale ne semble pas être une menace contre la propriété. Pour s'en convaincre, il convient de porter notre regard sur le droit des servitudes. En effet, contrairement à certains droits fondés sur une jouissance exclusive du bien, les servitudes sont limitées dans leur assiette, tant et si bien qu'une chose appropriée peut être grevée de plusieurs servitudes sans que l'on arrive à faire de la propriété du fonds grevé une coquille vide<sup>1713</sup>. Cette limitation de l'assiette des servitudes doit également être combinée avec la spécificité de leur perpétuité, celle d'une perpétuité limitée

---

<sup>1712</sup> F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, op.cit., n°313, p.476 : « Le caractère temporaire des droits réels participe de l'ordre public des biens car celui-ci ne saurait tolérer l'éclatement de la propriété inhérent aux droits réels perpétuels ».

<sup>1713</sup> Sur ce point, voir : E. Meiller, *La notion de servitude*, op.cit., n°268 : « Comme le bail et l'usufruit confèrent la détention exclusive d'un bien, il n'y aurait aucun intérêt à être propriétaire de la chose concernée si ces droits pouvaient être perpétuels. Là encore, cette approche n'est pas transposable aux servitudes ».

par des causes d'extinction du droit. C'est ainsi, par exemple, que les servitudes peuvent s'éteindre par l'impossibilité d'usage, ou par prescription trentenaire. On comprendra alors aisément qu'il ne peut s'agir d'une situation pouvant mener à une remise en cause de la notion de propriété. Ce point de vue semble confirmé, du moins en partie, avec l'arrêt rendu le 6 juin 2019<sup>1714</sup> par la troisième chambre civile de la Cour de cassation. Si la prohibition des servitudes conférant la jouissance exclusive d'un bien avait été reconnue par la Cour de cassation<sup>1715</sup>, celle-ci a désormais confirmé l'impossibilité de recourir à la qualification postérieure de droit réel de jouissance spéciale dans le but d'échapper aux règles impératives de la servitude.

Pour autant, la multiplication des droits réels de jouissance spéciale mènerait nécessairement à une superposition de droits aux assiettes restreintes, mais différentes, et qui pourrait, à l'extrême, priver le propriétaire de toutes les utilités de la chose. Une telle situation nécessiterait alors que des moyens soient trouvés afin de limiter la perpétuité et ainsi s'assurer que le propriétaire puisse recouvrer, dans certains cas, les utilités concédées. Sans pour autant prendre modèle sur les solutions données dans le cadre de la perpétuité relative des servitudes, il convient de rechercher des solutions adaptées aux spécificités des droits réels de jouissance spéciale. Dans ces conditions, la perpétuité des droits réels de jouissance spéciale pourra être envisagée, tout en respectant l'ordre public des biens.

## **B. Perpétuité relative et liberté individuelle**

En corollaire du risque de priver la propriété de son essence, la perpétuité des droits réels est également condamnée sur une considération plus politique : celle de la protection de la liberté individuelle (1). Si cette menace ne saurait être contestée, il ne convient pourtant pas d'arborer une condamnation d'ensemble, des solutions alternatives pouvant permettre de concilier la perpétuité des droits réels de jouissance spéciale et le respect de l'ordre public (2).

---

<sup>1714</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 6 juin 2019, n° 18-14547 : Berlaud, *Gaz. Pal.*, juill. 2019, 41 ; Botrel, *Dalloz actu*, 3 juillet 2019 ; Danos, *JCP G*, n°27, juillet 2019, 729 ; Dubarry, *D.*, 2019, 1689 ; Laurent, *Deffrénois*, juill. 2019, 30 ; Rouvière, *LEDIU*, 2019, n°122, p.7 ; Sturlèse, *Gaz. Pal.*, juill. 2019, 15 ; Vern, *Gaz. Pal.*, juillet 2019, Sturlèse, *Deffrénois*, juill. 2019, 26 ; du même auteur : *D.*, 2019, 1684, Francois, *D.*, 2019, 1660.

<sup>1715</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 24 mai 2000, n° 97-22255, Bull. civ., III, n°113 : Libchaber, *D.*, 2001, 151 ; Périnet-Marquet, *JCP G*, 2000, 1, n°21 ; Bergel, *RDI.*, 2000, 316.

## 1. La limite de l'ordre public : la protection de la liberté individuelle

Assise sur un terreau philosophique individualiste, la propriété est perçue comme le reflet cristallin de la liberté individuelle. Dans ce cadre d'analyse, la perpétuité des droits réels peut être perçue comme une remise en cause de la propriété en ce qu'elle va lier les propriétaires successifs, les privant ainsi d'une liberté inhérente à la propriété : celle de pouvoir disposer librement de son bien.

**560.** La question de la liberté du propriétaire est indubitablement liée à la question de la perpétuité des droits réels. En effet, nous avons vu que, d'une manière générale, la conception d'un droit réel perpétuel n'allait pas sans une division des utilités du bien – et donc de la propriété. L'ordre public des biens se dessine également dans une volonté de ne pas asservir le propriétaire, et plus encore ses ayants droits. C'est en ce sens que certains auteurs précisent que « *l'ordre social ne saurait tolérer que la volonté présente de deux individus aliène pour l'éternité et sans conditions la volonté présente de tous les futurs propriétaires et produise des effets indésirables à l'égard des tiers* »<sup>1716</sup>. C'est tout l'enjeu de la potentielle reconnaissance de la perpétuité des droits réels, même si celle-ci serait uniquement cantonnée aux droits réels conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale du bien.

Le problème se pose avec une acointance particulière pour les propriétaires successifs d'un même bien qui serait grevé d'un droit réel perpétuel. En effet, les droits réels, lorsque les textes ne prévoient pas de limitation particulière, sont attachés à la chose qu'ils grèvent<sup>1717</sup>. Autrement dit, les propriétaires successifs du bien grevé et les différents titulaires du droit réel se verront liés par le droit réel initial. C'est d'ailleurs ce cas qui fut présent dans l'arrêt du 23 mai 2012 portant sur les bois « à crû et à croître »<sup>1718</sup>. En l'espèce, le droit réel initial avait été établi par une convention en 1837. Les propriétaires actuels ont considéré que ledit droit était éteint par prescription extinctive. La Cour de cassation, pour sa part, a reconnu le caractère perpétuel du droit. En l'espèce, les propriétaires actuels voient toujours le bien grevé du droit réel établi en 1837, la perpétuité étant reconnue comme imprescriptible. Une atteinte à l'ordre public des biens pourrait être perçue dans le sens où les propriétaires du bien grevé se voient

---

<sup>1716</sup> R. Boffa, « L'ordre public des biens aux XXIème siècle », *op.cit.*, n° 9, p.283.

<sup>1717</sup> L. Rigaud, *Le droit réel, Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, Thèse Toulouse, 1912.

<sup>1718</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 23 mai 2012, n°11-13202 : Bull. civ. III, n°84.

privés d'une partie de leur liberté<sup>1719</sup>. Du point de vue pratique, la liberté d'interagir pleinement sur le bien ; du point de vue théorique, la liberté totale d'exprimer sa volonté sur le bien. Dans ce cas de figure, il eut été plus simple, pour la Cour de cassation, de s'exprimer clairement sur la nature des droits en cause, et de reconnaître ici la figure de la superficie, car la perpétuité des droits réels, lorsqu'elle a pour modèle la perpétuité de la propriété, va à l'encontre de l'ordre public des biens.

## 2. Une menace potentiellement limitée

La menace qui voudrait que la perpétuité des droits réels puisse remettre en cause l'ordre public des biens en établissant une forme d'asservissement des propriétaires futurs doit tout de même être relativisée. Cette dernière ne se conçoit pas de manière totalisante. Cette tentative de relativisation s'inscrit dans un double mouvement : d'abord celui de la délimitation de la menace, notamment par l'éviction des personnes morales constitutives de droits réels (a) ; ensuite par une limitation de la perpétuité en elle-même (b).

### a) Une menace écartée pour les personnes morales propriétaires ?

**561. Une menace cantonnée aux personnes physiques.** L'asservissement, par définition, se limite aux individus et personnes physiques, ce qui est prouvé par sa définition profane. L'asservissement est défini comme « *l'action d'asservir* »<sup>1720</sup>, ce dernier terme étant lui-même défini comme le fait de « *réduire quelqu'un, une collectivité à la servitude, à un état de dépendance complète* »<sup>1721</sup>. L'asservissement ne concerne donc non pas l'ensemble des personnes, mais l'individu, la personne humaine. C'est en ce sens que l'ordre public protège la liberté individuelle, c'est-à-dire la liberté des individus, et non la liberté personnelle, qui serait la liberté de toutes personnes, morales ou physiques. Cette distinction peut se justifier par la valeur protégée ici, à savoir la liberté. Concept fondamental, la garantie de la liberté de l'individu se double d'une garantie de sa dignité. Le débat est ici de l'ordre de l'éthique. Sur ce point, il ne semble pas que la protection de la liberté de la personne morale ait une valeur égale à celle de l'individu. Comme le souligne Romain Boffa : « *les volontés individuelles doivent préserver en toute hypothèse la liberté de la personne humaine en prévenant toute*

---

<sup>1719</sup> En ce sens : T. Revet, « Un nouveau cas de propriété divisée », *RTD civ*, 2012, 553.

<sup>1720</sup> Larousse, V° « Asservissement », (en ligne).

<sup>1721</sup> *Ibid.*, (nous surlignons).



*réification ou asservissement de celle-ci* »<sup>1722</sup>. Une distinction peut donc être opérée par rapport à l'ontologie propre aux deux types de personnes : là où la personne physique se définit par son humanité, la personne morale n'est qu'une fonction et se comprend par sa technicité. Un raisonnement similaire peut être perçu quand, dans un arrêt rendu par Chambre des Requêtes le 25 juin 1907<sup>1723</sup>, la Cour de cassation reconnaît la validité d'engagements perpétuels conclus entre deux personnes morales. Reprenant cet exemple, Mustapha Mekki justifie ainsi la possibilité de concevoir, dans le cadre spécifique de la protection environnementale, des droits réels de jouissances spéciales avec obligations positives. La liberté individuelle ne serait ainsi pas mise en cause<sup>1724</sup>.

Un tel discours pourrait cependant être décrit comme désuet, voire suranné. La reconnaissance des droits de la personnalité s'oppose à opérer une distinction frontale entre les deux types de personnes. Ce que Grégoire Loiseau a justement décrit comme la montée en puissance d'un « *technopersonnalisme* »<sup>1725</sup>, se caractérise par une forme d'égalité entre les personnes humaines et non humaines. Ce faisant, les secondes voient leur régime de protection claqué sur celui des premières. Dans ce contexte, nul doute que la perpétuité des droits réels pourraient concerner tout autant les personnes morales que les personnes physiques. Dès lors, c'est vers une autre solution qu'il convient de se tourner, celle d'une relativisation de la perpétuité.

## **b) Une menace évincée par la dimension « relative » de la perpétuité**

### **562. L'absence de modes d'extinction temporels des droits « pleinement » perpétuels.**

Prise dans sa définition la plus large qui soit, la perpétuité d'un droit se comprend comme le fait d'être illimité dans le temps et de ne pas pouvoir s'éteindre par le non-usage. Le temps n'a donc aucune emprise sur le droit, qui a vocation à perdurer autant que la chose sur laquelle il porte. Dès lors, si l'on accorde à une personne physique propriétaire la possibilité

---

<sup>1722</sup> R. Boffa, « L'ordre public des biens du XXIème siècle : rapport de synthèse », *op.cit.*, p. 290 ; dans un sens proche : « là où la liberté individuelle est menacée par la perpétuité, elle est interdite ; là où à l'inverse la perpétuité, ou une durée excessive, n'entrave pas la liberté de l'individu, le principe s'affaiblit » : R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. Société*, n°3, 1995, p.443.

<sup>1723</sup> Req., 25 juin 1907 : Berthelemy, *DP*, 1907, I, 337, spéc. p.338 « ce qui nous choque dans les rapports de particuliers à particuliers, en raison de la diminution de la personnalité qui résulte de toute obligation, nous apparaît sous un aspect différent dans les relations des personnes morales entre elles » (Cité par : M. Mekki, « Les potentialités environnementales du droit réel de jouissance spéciale », *op.cit.*, note n°16).

<sup>1724</sup> *Ibid.*

<sup>1725</sup> G. Loiseau, « Des droits humains pour des personnes non humaines », *D.*, 2011, p.2558.

de constituer un droit réel perpétuel sur son bien, ses héritiers se verraient privés de l'utilité conférée par le droit réel sans avoir de moyen de la recouvrer. Pour nous en convaincre, regardons les cas d'extinction de l'usufruit, modèle supposé des droits réels de jouissance : décès de l'usufruitier, expiration du temps pour lequel l'usufruit a été accordé, consolidation, non-usage durant trente ans du droit, perte de la chose et abus de jouissance<sup>1726</sup>. Une autre solution possible pour le propriétaire de se libérer de sa charge est le déguerpissement<sup>1727</sup>. Sur l'ensemble de ces modes d'extinction, seuls la consolidation, la perte de la chose et l'abus de jouissance ne sont pas liés à des considérations temporelles. À considérer les droits réels de jouissance spéciale comme perpétuels, leurs modes d'extinction se limiteraient donc à la perte de la chose, la consolidation et l'abus de jouissance. À défaut de cela, c'est la figure d'une division de la propriété qui ressurgit, et la privation de liberté d'action des propriétaires successifs. Il convient donc de trouver une autre solution en recherchant d'autres modes d'extinction du droit.

**563. La nécessité de « relativiser » la perpétuité : la recherche de modes d'extinction fondés sur l'usage du bien.** Comme nous l'avons vu, la notion de perpétuité n'est pas uniforme et ne jouit d'aucune définition légale ou jurisprudentielle. À tout le moins, la perpétuité d'un droit serait simplement le fait que ce dernier ne soit pas limité dans le temps. À ce titre, les servitudes sont un parfait exemple de ce phénomène. Cela étant, l'extinction des servitudes par non-usage trentenaire emporte nécessairement une approche différente de la notion de perpétuité. Ici, la perpétuité se cantonne à la seule dimension temporelle, celle de ne pas connaître de terme. L'imprescriptibilité reste l'apanage de la propriété. En opérant une relativisation de la perpétuité, c'est à dire en lui trouvant des limites qui puissent permettre au propriétaire de recouvrer les utilités de son bien – sans pour autant cloisonner l'exercice du droit dans une durée limitée – il nous semble que l'obstacle du respect de l'ordre public des biens pourrait être respecté. La nécessité du respect de l'ordre public impose de conjuguer la perpétuité avec la question de son usage, offrant alors la possibilité d'une limite temporelle de la perpétuité. En inscrivant volontairement le respect de l'ordre public comme une condition de la création de droits réels perpétuels, il est fait écho aux nombreuses préoccupations

---

<sup>1726</sup> Les modes d'extinction de l'usufruit sont prévus par les articles 617 et 618 du Code civil.

<sup>1727</sup> L'abandon du bien est en effet reconnu comme une solution pour se libérer de la charge qui pèse sur le bien. Cette solution est prévue par le Code civil, en matière d'usufruit (article 917) et en matière de servitudes (articles 656 et 699).

collectives qui pourraient avoir intérêt à créer des droits réels inscrits dans une longue temporalité<sup>1728</sup>.

### **III/ Les limites temporelles nécessaires à la perpétuité relative**

Afin de respecter l'ordre public des biens, il convient de rechercher les éléments qui pourraient, le cas échéant, respecter la vocation de la propriété tout en permettant la mise en place d'un usage partagé d'un bien sur une longue durée. Pour ce faire, nous avons déjà vu que la question de l'assiette du droit était centrale, afin d'éviter de vider la propriété de sa substance. Il ne s'agit cependant que de la première pierre à l'édifice de notre proposition. Il nous appartient désormais de la compléter en recherchant, toujours grâce à l'appareillage dogmatique du droit civil, des limites opérantes à la potentielle perpétuité des droits réels. Ainsi, cette perpétuité pourra être considérée comme pleinement relative : d'une part, par la limitation de l'assiette du droit et, d'autre part, en permettant au propriétaire de recouvrer les utilités du bien. Il s'agit alors de traiter des modes d'extinction d'un droit réel de jouissance spéciale perpétuel. À ce titre, deux éléments semblent envisageables : le caractère prescriptible du droit (A) et le rattachement de la durée du droit aux mécanismes de fonctionnalisation (B).

#### **A. Une perpétuité relative par le caractère prescriptible du droit**

L'approche de la notion de caractère prescriptible des droits est, en droit des biens, intimement liée à la question du caractère imprescriptible de la propriété. Plus que cela, la détermination du caractère imprescriptible de la propriété a souvent été perçue comme un élément de sa perpétuité. Le lien n'est pas forcément évident, tant d'un point de vue théorique que pratique. Ainsi, nous verrons dans un premier temps que la notion de perpétuité peut se construire en dehors d'un référencement à l'imprescriptibilité, permettant la potentialité de droits perpétuels et prescriptibles (1). Ensuite, il nous appartiendra de démontrer que le

---

<sup>1728</sup> En ce sens : « *Tout à l'inverse et très généralement, les droits réels de jouissance spéciale perpétuels pourraient être légitimés par les causes qu'ils permettent de soutenir, telles la défense de l'environnement pour les générations futures, la préservation d'un lieu de culte au bénéfice d'une communauté, la pérennité d'une sépulture familiale, ou son accès, au bénéfice des descendants, ou toute autre motivation socialement acceptable* » : L. d'Avout, B. Mallet-Bricout, « De l'autonomie, de la durée et des causes d'extinction des droits réels de jouissance spéciale », *op.cit.*, n°12. Dans un sens similaire : M. Mekki, « Les virtualités environnementales du droit réel de jouissance spéciale », *RDC*, n°1, 2014, p.105 *sqq.* ; E. Meiller, « Le droit réel, vecteur de services environnementaux », *op.cit.*, p.74 *sq.*

caractère prescriptible des droits réels innomés conclus dans une optique d'usage partagé doit être un élément central de leur définition (2).

## **1. La rupture du lien imprescriptibilité/perpétuité ou comment envisager des droits réels perpétuels et prescriptibles**

S'il est commun de lier les notions d'imprescriptibilité et de perpétuité, voire de faire de la première une composante de la seconde, c'est notamment en référencement à la propriété. Il faut dire que les deux notions peuvent s'analyser en un bloc unique, perçues comme complémentaires, puisque fondamentalement liées à la question de la durabilité du droit (a). Cela étant, une telle approche ne peut être totalisante. Au regard du droit positif, les liens unissant les deux notions apparaissent comme beaucoup plus diffus et permettent d'envisager pleinement un droit réel illimité dans le temps, mais non imprescriptible (b).

### **a) Des notions convergentes...**

**564. Le prisme de la convergence : la propriété.** À regarder la pensée des auteurs, l'imprescriptibilité a souvent été rattachée, en droit des biens, au concept de perpétuité, avec pour prisme général le droit de propriété. Plus que cela, l'imprescriptibilité serait une composante de la perpétuité, son autre pendant étant l'absence de limite temporelle<sup>1729</sup>. Il est vrai que l'imprescriptibilité de la perpétuité civiliste est reconnue depuis la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, pour qui « *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 devant l'oppression* ». Plus récemment, le législateur a gravé ce principe dans le marbre du Code civil, le nouvel article 2227 disposant que « *le droit de propriété est imprescriptible* »<sup>1730</sup>. L'une des composantes de la perpétuité de la propriété est donc pleinement reconnue. À l'inverse, la composante de la perpétuité en tant qu'absence de limite temporelle n'est, quant à elle, pas précisée par le Code civil. Sa vocation à la

---

<sup>1729</sup> Pour exemple : H. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, T. II, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd., vol 2, 1994, Paris, n°1347: « *La perpétuité du droit de propriété est une conséquence de son caractère absolu. Elle a deux aspects différents : le droit de propriété dure aussi longtemps que la chose ; le droit de propriété n'est pas éteint par le non-usage* ».

<sup>1730</sup> La reconnaissance du fait que la propriété ne pouvait s'éteindre par le non-usage est cependant reconnue de longue date par la jurisprudence : Ch. Req., 12 juillet 1905, *DP*, 1907, 1, 141. La solution ayant été rappelé à de nombreuses reprises par la suite, pour exemples : C. cass., Civ., 10 mai 1937, *DH*, 1931, 346 ; C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 7 octobre 1964, *Bull. civ.*, 1, n°340 ; C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 5 juin 2002, *Bull. civ.*, III, n°129 : Bergel, *RDI*, 2002, 386 ; Atias, *Defrénois*, 2002, 1310.

perpétuité temporelle ressort davantage de la lecture des principes qui gouvernent la propriété<sup>1731</sup>. Ainsi, la perpétuité de la propriété prend une figure bicéphale, composée de l'absence de durée et de l'imprescriptibilité<sup>1732</sup>.

**565. Le fondement de la convergence : la durabilité.** La confusion de l'absence de temporalité de la propriété et de son imprescriptibilité provient notamment du caractère absolu de la propriété. En effet, avoir le pouvoir de jouir d'un bien de la manière la plus absolue signifie également le pouvoir de ne pas en jouir ; or, pour que ce dernier soit assuré, il convient d'une part, de ne pas limiter la propriété dans le temps et, d'autre part, de ne pas sanctionner le non-usage. Aussi, à travers l'absolutisme propriétaire, se retrouve l'idée de durée. Avec l'absence de durée, la perpétuité prend une tonalité objective puisque liée à l'objet sur lequel porte la propriété ; avec l'imprescriptibilité, elle prend une tonalité subjective puisque liée à l'action du propriétaire. Il est donc possible de dire que pour la propriété, absence de limite temporelle et imprescriptibilité se complètent, formant une symbiose entre les dimensions objective et subjective de la perpétuité. En réalité, ces deux aspects de la perpétuité de la propriété ne sont que le reflet du terreau politique sur lequel elle repose. Comme le soulignait déjà Jossierand<sup>1733</sup>, l'imprescriptibilité est la garantie de la liberté du citoyen contre la puissance étatique. Dans le cas où le non-usage d'un immeuble entraînerait l'extinction de la propriété, c'est l'État qui en deviendrait propriétaire, en vertu des articles 539<sup>1734</sup> et 713<sup>1735</sup> du Code civil. En tout état de cause, la perpétuité de la propriété se conçoit donc d'un point de vue interne, dans la stricte relation de l'homme à la chose,

---

<sup>1731</sup> C'est ainsi que des auteurs vont trouver la justification de la perpétuité temporelle par référence au caractère illimité de son contenu (F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens, op.cit.*, n° 233) par son rattachement à l'objet sur lequel elle porte (J. Carbonnier, *Droit civil : Les biens, op.cit.*, n° 68) ou même sur le principe de la transmissibilité (J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Les biens, op.cit.*, n° 97).

<sup>1732</sup> Il a pu être soutenu que l'imprescriptibilité n'était pas une composante de la perpétuité de la propriété, mais l'un de ses effets. Pris en ce sens, la perpétuité serait surtout objective : C. Pourquier, *Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété*, PUAM, 2000.

<sup>1733</sup> L. Jossierand, *Cours de droit civil français*, T.I, 1933, p.780.

<sup>1734</sup> Article 539 du Code civil : « *Les biens des personnes qui décèdent sans héritier ou dont les successions sont abandonnées appartiennent à l'Etat* ».

<sup>1735</sup> Article 713 du Code civil : « *Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à la commune sur le territoire de laquelle ils sont situés. Par délibération du conseil municipal, la commune peut renoncer à exercer ses droits, sur tout ou partie de son territoire, au profit de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elle est membre. Les biens sans maître sont alors réputés appartenir à l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre.*

*Si la commune ou l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre renonce à exercer ses droits, la propriété est transférée de plein droit.*

*1° Pour les biens situés dans les zones définies à l'article L.322-1 du code de l'environnement, au Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres lorsqu'il en fait la demande ou, à défaut, au conservatoire régional d'espaces naturels agréé au titre de l'article L.414-11 du même code lorsqu'il en fait la demande ou, à défaut, à l'Etat ;*

*2° Pour les autres biens, à l'État. »*

comme une garantie du pouvoir plénipotentiaire du propriétaire sur son bien ; mais également, d'un point de vue externe, en étant une garantie de la liberté de l'individu face à l'État.

## b) ... mais non consubstantielles

**566. Un lien rompu, l'exemple des servitudes.** La rupture du lien entre les notions de perpétuité et d'imprescriptibilité n'est pas une nouveauté, des auteurs ayant déjà analysé une distinction possible : « *De ce fait, perpétuité et imprescriptibilité sont deux notions distinctes qui ne doivent pas être confondues. Certes, elles expriment toutes les deux une certaine durabilité du droit dans le temps, pour autant ces deux notions ne recouvrent pas l'une et l'autre* »<sup>1736</sup>. Il est vrai que le droit des servitudes reconnaît la prescription extinctive des servitudes pour non usage trentenaire<sup>1737</sup>, en même temps que sa perpétuité<sup>1738</sup> potentielle<sup>1739</sup>. La situation n'a rien de choquant. En effet, si la propriété ne connaît pas de prescription extinctive, c'est notamment pour éviter que les biens se retrouvent en déshérence ; dans le cas des servitudes, c'est le propriétaire du fonds qui recouvrera l'ensemble de ces utilités.

**567.** La prescription extinctive pourrait donc être, comme dans le cadre des servitudes, un mode d'extinction des droits réels de jouissance spéciale. En ce sens, la signification du caractère prescriptible de la servitude et du droit réel de jouissance spéciale pourrait trouver une caractéristique commune. Dans un cas, comme dans l'autre, il s'agit d'un droit nécessairement limité et inhérent à une utilité spécifique du bien<sup>1740</sup>. Dès lors, l'absence

---

<sup>1736</sup> T. Lamarche, « L'imprescriptibilité et le droit des biens », *RTD civ.*, 2004, p.403 *sqq* ; dans un sens similaire : C. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Les biens, droits réels principaux, op.cit.*, n°823 ; P. Berlioz, *Droit des biens, op.cit.*, n° 359 : « *En matière de propriété, la perpétuité signifie à la fois que le droit peut durer aussi longtemps que la chose, mais aussi et surtout qu'il ne s'éteint pas par le non-usage. Pour les servitudes, il en va donc différemment. La perpétuité est partielle, imparfaite, puisqu'elle ne comprend que la première des deux significations qu'elle revêt pour la propriété* ».

<sup>1737</sup> Article 706 du Code civil : « *La servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans* ».

<sup>1738</sup> C. cass., civ., 5 mai 1919, *DP*, 1923, I, 230.

<sup>1739</sup> Il est désormais reconnu que les parties peuvent conventionnellement déterminer un terme à la servitude. Sur ce point : C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 22 mars 1989, n°87-17454 : *Bull. civ.*, III, n°73 ; Bergel, *RDI*, 1989, 447 ; Zenati, *RTD civ.*, 1989, 592 ; Robert, *D.*, 1990, 90.

<sup>1740</sup> À propos de la signification de la perpétuité des servitudes, il a été précisé : « *La vocation à la perpétuité des servitudes n'a pas la même signification que pour le droit de propriété (...) le bénéficiaire d'une servitude sur l'immeuble d'autrui n'a pas la maîtrise absolue de cet immeuble à l'instar du propriétaire (...) si pendant trente ans il n'a point fait usage de la servitude, il n'est pas légitime de continuer à l'en faire bénéficier* » : C. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Les biens, droits réels principaux, op.cit.*, n°829

d'usage du droit pendant une durée supérieure à trente années justifie son extinction<sup>1741</sup>. Dans un tel cas, il est possible de considérer que la vocation du droit, ce pour quoi il a été créé, a disparu. L'imprescriptibilité n'aurait pas de sens, ni pour les servitudes, ni pour les droits réels de jouissance spéciale, l'utilité concédée retournant entre les mains de propriétaires.

**568. La détermination du lien, un choix politique.** *In fine*, la question de la perpétuité, en droit des biens, ne se comprend pas nécessairement dans une articulation entre perpétuité objective et subjective. La perpétuité peut réunir ces deux qualités, comme pour la propriété, ou se concevoir par une seule d'entre elles, comme pour les servitudes. La perpétuité peut donc se concevoir uniquement de manière objective ou subjective, l'indépendance des notions étant prouvée par le droit positif. Surtout, et c'est sans doute ici le plus important, la détermination du type de perpétuité ne dépend pas de la nature du droit, mais de la volonté politique de limiter ou de garantir la durabilité des droits. À ce titre, la conception des droits réels *sui generis* non limités dans le temps, mais soumis à la prescription extinctive, apparaît envisageable<sup>1742</sup>, avec pour modèle la prescription extinctive des servitudes<sup>1743</sup>. Encore faut-il, désormais, justifier cette proposition.

## **2. L'intérêt du caractère prescriptible des droits réels innomés dans le cadre de l'usage partagé d'un bien**

Dans le cadre d'un usage partagé d'un bien, le caractère prescriptible des droits qui en seraient le vecteur porte un double intérêt. Effectivement, en plus de garantir le respect de la

---

<sup>1741</sup> Cela a été soutenu pour des droits réels perpétuels inscrits dans une logique environnementale : « *Une dernière limite permet d'encadrer la portée de ce nouveau droit réel de jouissance spéciale. L'existence de ce droit réel de jouissance spéciale ne se justifie plus en cas de non-usage trentenaire. On peut comprendre que cette division et cette distribution des utilités du bien puissent justifier, dans l'intérêt général, ce caractère perpétuel. En revanche, si sa raison d'être disparaît, notamment en cas de non-usage trentenaire, ce droit doit s'éteindre par prescription pour permettre au propriétaire de récupérer l'exercice plein et entier de son droit sur le bien* » : M. Mekki, « Les virtualités environnementales du droit réel de jouissance spéciale », *op.cit.*, n°7.

<sup>1742</sup> Les auteurs sont désormais nombreux à concevoir la perpétuité des droits réels de jouissance spéciale, pour peu qu'ils puissent s'éteindre par un non-usage : L. d'Avout, B. Mallet-Bricout, *D.*, 2017, 134 ; L. Neyret et N. Reboul-Maupin, *D.*, 2015, 1863 ; M. Mekki, « Les virtualités environnementales du droit réel de jouissance spéciale », *op.cit.* ; B. Mallet-Bricout, « Le *numerus clausus* des droits réels, la fin d'un mythe » *op.cit.*, n°26 ; W. Dross, *JCP G*, 2012, 930 ; du même auteur : *RTD civ*, n°4, 2016, 894. *Contra* : A. Tadros, « La liberté d'aménager les droits réels principaux », in *Liberté contractuelle et droits réels*, Institut Varennes, coll. Colloques et essais, 2015, p.102 : « *certain auteurs proposent comme une solution [une perpétuité limitée par prescription pour non-usage trentenaire] pour expliquer le caractère perpétuel d'un droit de jouissance. Il semble difficile de souscrire à cette proposition parce qu'elle tend à une application de la perpétuité des servitudes déconnectée de son fondement* ».

<sup>1743</sup> En ce sens : N. Thomassin, *LPA*, 29 octobre 2013 ; A. Tadros, *D.*, 2012, 2596 ; W. Dross, *JCP G*, 2012 ; du même auteur : *RTD civ*, n°4, 2016, 894, L. d'Avout, B. Mallet-Bricout, *D.*, 2017, 134 ; B. Mallet-Bricout, « Le *numerus clausus* des droits réels, la fin d'un mythe » *op.cit.*, n°26.

propriété, le caractère prescriptible du droit va permettre de conditionner la durée du droit à l'usage effectif de l'utilité concédée (a), permettant ainsi un contrôle de l'usage partagé de la part du propriétaire (b).

#### a) Une durabilité du droit fixée sur l'usage effectif du bien

**569. L'absence d'intérêt d'un droit réel illimité dans sa durée et imprescriptible.** La perpétuité de la propriété, faisant corps avec l'absolutisme de la propriété, permet l'usage du bien comme l'entend le propriétaire, avec la possibilité de ne pas jouir du bien mais également d'en mésuser. Cette solution ne saurait convenir pour les droits réels *sui generis* pouvant mener à un usage partagé du bien. Pour s'en convaincre, il suffit de regarder la solution de la Cour de cassation pour le droit dit « à crû et à croître ». Ici, le droit était reconnu à l'image de la propriété, non limité dans le temps et imprescriptible<sup>1744</sup>. Deux conséquences peuvent être envisagées. D'une part, il est possible de voir ici une résurgence d'une propriété divisée<sup>1745</sup>, le propriétaire initial n'ayant pas vocation à recouvrer l'ensemble de ces utilités par l'écoulement du temps ou par le non-usage trentenaire du droit réel. D'autre part, la situation découlant de cette perpétuité peut entraîner une paralysie du bien quant à sa circulation juridique, l'intérêt d'acquérir la propriété d'un bien grevé perpétuellement étant limité<sup>1746</sup>.

Avec la prescription extinctive trentenaire du droit, le caractère perpétuel du droit est relativisé. La perpétuité, que nous appelons relative, est donc objective. Elle se caractérise par la possibilité de ne pas fixer de limite au droit créé tout en étant compensée par une potentielle extinction dans le cadre d'un non-usage trentenaire du droit. Cela a, pour première conséquence, de respecter l'ordre public des biens, dans le sens où la propriété n'est pas concurrencée par un droit qui en épouserait les mêmes caractères. Ensuite, cela a pour finalité de calquer la durée du droit sur l'usage effectif qui est fait par son titulaire. Ce faisant, durée

---

<sup>1744</sup> C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 23 mai 2012, n°11-13202 : « la cour d'appel en a exactement déduit que la prérogative ainsi concédée sur la parcelle litigieuse était perpétuelle et ne pouvait s'éteindre par le non-usage trentenaire ».

<sup>1745</sup> T. Revet, « Un nouveau cas de propriété divisée », *RTD civ*, 2012, p.553 *sqq* ; Il convient cependant de relativiser ce propos ou, du moins, d'évincer tout risque de retour à l'ordre féodal des biens. Comme le souligne Hugues Périnet-Marquet, le risque est « compte tenu de l'environnement actuel du droit de propriété, plus de l'ordre du fantasme que de la réalité » : H. Périnet-Marquet, « Droit des biens (Chroniques Septembre 2014 – mars 2015) », *JCP G*, n°18, 2015, p.904.

<sup>1746</sup> L'argumentaire est ancien, mais efficace (sur son utilisation par les physiocrates : *Supra* n° 108 à 112). Le bien perdrait de la valeur si un droit réel perpétuel le grevait ; la perte d'une partie de la valeur d'usage (perte proportionnelle à l'importance des utilités concédées) entraîne nécessairement une perte de la valeur marchande du bien.



du droit et effectivité de l'usage seraient liés, au point de faire du non respect du second une condition de l'extinction de la première.

## **b) Une méthode de contrôle de l'usage partagé**

**570. L'argument du caractère prescriptible de la propriété dans la théorie de la fonction sociale de la propriété.** Dans le cadre de la théorie de la fonction sociale de la propriété, le caractère prescriptible de la propriété a été défendu. Dans cette vision, l'imprescriptibilité de la propriété irait à l'encontre de sa fonction sociale puisque le bien dont il ne serait pas fait usage devrait réintégrer la communauté nationale. La justification se fonderait sur le fait que le non-usage du bien approprié équivaldrait à une forme d'expropriation de la communauté au profit du propriétaire inactif. On comprend aisément l'argument : le non-usage d'un bien va à l'encontre de l'intérêt commun et doit donc, à ce titre, être prescrit afin que la propriété retrouve sa fonction socialisante. Ainsi, pourquoi ne pas considérer « *qu'un droit inexploité se sclérose un peu comme un organe qui, n'étant plus sollicité, s'atrophie progressivement, au point de perdre sa fonction* »<sup>1747</sup>.

**571. Analogie avec les droits réels innomés.** Une analogie avec les droits réels *sui generis* permettant un usage partagé apparaît envisageable. En effet, le lien peut être fait, nous semble-t-il, entre le non-usage du bien approprié qui devrait retourner à la communauté nationale et le non-usage du bien soumis à un droit réel innomé. Dans ce dernier schéma, les utilités inexploitées par le titulaire du droit réel *sui generis* reviendraient entre les mains du propriétaire, ce qui permettrait une potentielle nouvelle allocation des utilités de la chose appropriée à autrui. Dès lors, si la théorie de la fonction sociale de la propriété évoque le non-usage du droit de propriété comme une forme d'expropriation de la communauté nationale au profit du propriétaire inactif, il peut en être de même dans le cadre des droits réels conférant un usage partagé de la chose, avec pour différence l'identification de la communauté dite expropriée. En effet, dans le cadre d'un usage partagé d'un même bien, la communauté n'est plus nationale mais restreinte, il s'agit alors d'une communauté d'utilisateurs. Nous avons supposé, en amont, que deux types de communauté d'utilisateurs pouvaient naître des droits réels *sui generis* : des communautés d'utilisateurs fondées sur un intérêt collectif immanent et les communautés d'utilisateurs reposant sur une somme d'intérêts particuliers, mais

---

<sup>1747</sup> T. Lamarche, « L'imprescriptibilité et le droit des biens », *op.cit.*, spé. n°1.

ayant comme intérêt commun le respect de la jouissance paisible des autres membres de la communauté d'usagers. Dans les deux cas, il nous semble que l'extinction du droit par non-usage trentenaire pourrait être perçue comme la mise en place d'un contrôle de l'usage partagé, un contrôle inscrit dans un but de protection de l'intérêt commun de la communauté et ayant pour critère l'usage effectif des utilités conférées par le droit réel *sui generis*. Il convient d'illustrer cette proposition.

**572. Exemple de droits réels de jouissance spéciale conféré autour d'un intérêt collectif.** Un propriétaire, souhaitant inscrire son bien dans une logique de protection, reconnaît à différents titulaires des droits réels de jouissance spéciale. Ainsi, pourrait-il créer, sur les vieux modèles des droits d'usage, un droit d'« éclaircir » la forêt. Ce droit reviendrait à sélectionner, de façon périodique, les pousses moins développées et de les couper afin de garantir la croissance des pousses prospères<sup>1748</sup>. Ce faisant, le titulaire du droit de réel de jouissance spéciale pourrait jouir des bois coupés pour se chauffer. De même, un droit de ramasser le bois mort pourrait être conventionnellement reconnu à un tiers et, pourquoi pas, à titre gratuit.

Ce faisant, le propriétaire pourrait s'assurer une gestion pérenne de sa forêt, et de deux manières. Premièrement, la multiplication des droits imposera, tant aux propriétaires qu'aux titulaires des droits réels de jouissance spéciale, de respecter la jouissance de chacun, évitant alors une gestion anarchique de la forêt<sup>1749</sup>. Secondement, la multiplication des titulaires de droits sur la chose permet également de répartir les tâches liées à l'entretien de la forêt, évitant ainsi au propriétaire le recours à une entreprise de travaux forestiers. À ce titre, la perpétuité relative de ces droits apparaît intéressante, elle permet de sécuriser la gestion pérenne de la forêt, les titulaires successifs du bien étant obligés de respecter différents droits grevés sur la chose. À l'inverse, pour le cas d'un titulaire inactif du droit réel de jouissance spéciale, le caractère prescriptible du droit permettrait au propriétaire, du moins après trente ans, de pouvoir procéder, s'il le souhaite, à une nouvelle allocation de l'utilité anciennement concédée. Dans le cas contraire, le propriétaire recouvrera pleinement la jouissance de l'utilité.

---

<sup>1748</sup> Il est possible d'envisager que la détermination de coupes soit fixée par un plan simple de gestion volontaire.

<sup>1749</sup> En ce sens : *Supra* n° 500.

En définitive, certains auteurs perçoivent dans la prescription extinctive de certains droits réels un effet libératoire pour la propriété<sup>1750</sup>, ce que nous approuvons également. Cela étant, cet effet libératoire se conçoit ici comme étant individuel puisqu'inscrit dans une logique de démembrement individuel. Dans une acceptation collective du démembrement, autrement dit dans une logique d'usage partagé du bien, la prescription extinctive des droits réels *sui generis* peut être perçue comme génératrice d'un double effet libératoire : individuel et collectif. Individuel, d'une part, puisque le propriétaire du bien va recouvrer les utilités conférées par le droit prescrit ; collectif, d'autre part, cette fois du point de vue de la communauté d'usagers, en permettant une préservation de l'intérêt collectif.

## **B. Une perpétuité relative par la prise en compte de la fonctionnalisation**

**573.** Comme nous l'avons proposé en amont, la présence d'un mécanisme de fonctionnalisation pourrait être perçue comme un vecteur essentiel afin de permettre l'usage partagé d'un bien. Ainsi, rien n'empêche de penser qu'il soit possible d'affecter – ou de destiner – un droit réel inomé à un usage particulier. À ce titre, les notions sont inhérentes aux différents droits réels, que cela soit par le jeu du propriétaire ou par la destination naturelle des biens. Le phénomène de fonctionnalisation joue donc un rôle, en ce qu'il fixe une finalité particulière qui va nécessairement guider l'usage du titulaire du droit fonctionnalisé. Cela étant, il nous semble que son rôle ne s'arrête pas là, que la fonctionnalisation peut également servir de limite à la perpétuité en instaurant un mode de contrôle de la durée du droit réel inomé. Aussi, il convient de rechercher, dans les solutions qui prévalent pour les droits réels principaux codifiés, les solutions qui pourraient être applicables au cas des droits réels inomés.

À ce titre, la fonctionnalisation pourrait être une source d'extinction du droit : une extinction liée à la réalisation de l'affectation ou une sanction pour non-respect de l'affectation. Il est alors possible d'envisager la mise en place de mécanismes entraînant l'extinction du droit pour réalisation du but déterminé (2) ; de même, en raisonnant à partir de l'abus de jouissance, il est également concevable de percevoir dans l'usage contraire à la fonctionnalisation un mode d'extinction du droit réel inomé (1). Dans un cas comme dans l'autre, l'indexation de la perpétuité au mécanisme de fonctionnalisation s'inscrit dans la

---

<sup>1750</sup> W. Dross, *Les choses, op.cit.*, n°78-2.

même lignée que notre proposition de rendre les droits réels innomés prescriptibles : l'ordre public des biens est protégé par la mise en place d'une perpétuité relative tournée vers un contrôle de l'usage partagé du bien.

### **1. L'extinction par le non-respect de la fonctionnalisation : l'exemple de l'abus de jouissance**

Cause d'extinction de l'usufruit et du droit d'usage et d'habitation, l'abus de jouissance doit se comprendre comme une sanction relative à une obligation essentielle, celle de conserver la substance du bien grevé du droit d'usufruit<sup>1751</sup>. Or, si la substance a souvent été définie par la matérialité de la chose (a), le rattachement de la notion à celle de destination apparaît plus représentatif de ce que représentent, aujourd'hui, ces droits réels principaux, et plus spécifiquement l'usufruit (b). À considérer la substance par la destination, l'abus de jouissance revient donc à sanctionner le non-respect de la fonctionnalisation, ce qui paraît parfaitement envisageable dans le cadre des droits réels innomés (c).

#### **a) La substance perçue à travers la matérialité : conception restrictive de l'abus de jouissance**

**574. Le rejet du rattachement de la substance à la matière.** De la manière la plus classique, la substance est souvent analysée comme étant la traduction de la matérialité du bien. Dans cette approche, toute destruction du bien emporte nécessairement abus de jouissance puisque la substance ne serait pas conservée. Il en va de même lorsque le bien subit des dégradations matérielles, le critère souvent retenu par les juges étant celui de la gravité de la dégradation<sup>1752</sup>. À regarder l'article 618 du Code civil, la sémantique utilisée apparaît confirmer cette approche de la substance puisque l'abus de jouissance serait constitué

---

<sup>1751</sup> Si l'usufruitier peut jouir du bien grevé comme le propriétaire, il a néanmoins l'obligation d'en conserver la substance ; cela ressort de la définition donnée par l'article 578 du Code civil : « *L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance* ». Cet article se complète à la lecture de l'article 618 al 1 du Code civil, qui vient ajouter au cause d'extinction du droit d'usufruit l'abus de jouissance : « *L'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien* ». Ainsi, à la lecture combinée des articles 578 et 618 du code civil, le non-respect de l'obligation de conserver la substance du bien grevé peut se caractériser comme un abus de jouissance et mener à l'extinction du droit d'usufruit. Concernant le droit d'usage et d'habitation, les causes d'extinction sont similaires au droit d'usufruit, comme le dispose l'article 625 du Code civil. Dès lors, l'abus de jouissance est également une cause d'extinction du droit d'usage et d'habitation.

<sup>1752</sup> Pour exemple : CA Pau, 22 novembre 1990, *JurisData* n° 1990-045724.

par « *des dégradations sur le fonds* » ou « *en le laissant dépérir faute d'entretien* ». Cette approche de la substance par la matière doit cependant être remise en cause. Indubitablement, l'analyse de certains textes du Code civil invite à ne pas assimiler la substance à la matérialité. Suivant certains auteurs sur ce point<sup>1753</sup>, la conception de la substance de la chose à travers sa matérialité ne tient pas au regard des droits reconnus à l'usufruitier par le Code civil sur la coupe de certains arbres de hautes futaies<sup>1754</sup>, des bois de taillis<sup>1755</sup> et encore aux mines et carrières<sup>1756</sup>. Ces biens sont traditionnellement reconnus comme des produits, et non comme des fruits, justement parce qu'ils portent atteinte à la matérialité du bien. Dès lors, il paraît difficilement envisageable, sauf à les considérer comme des exceptions, que des droits reconnus aux usufruitiers peuvent altérer matériellement le bien sans qu'ils n'en altèrent la substance. De même, l'usage de certains biens de consommation ne peut se faire sans une détérioration, voire leur disparition, notamment pour les biens consommables. Une nouvelle inadéquation entre les droits reconnus à l'usufruitier et la conception matérielle de la substance se révèle encore<sup>1757</sup>. De surcroît, l'assimilation de la substance à la matérialité s'oppose à la conception des usufruits portant sur des biens incorporels, et donc dépourvu de tout *corpus*<sup>1758</sup>. C'est ainsi qu'il a été proposé de rattacher la substance à la valeur d'échange du bien<sup>1759</sup>. Une telle solution, si elle est innovante, reste cependant restrictive et ne semble valoir que pour certains types de biens incorporels. À l'inverse, certains biens incorporels, comme les titres sociaux, peuvent générer un pouvoir de participation aux décisions

---

<sup>1753</sup> E. Dockès, « Essai sur la notion d'usufruit », *RTD civ*, 1995, p. 479 *sqq* ; W. Dross, *Les choses, op.cit.*, n° 94-1.

<sup>1754</sup> Article 591 du Code civil : « *L'usufruitier profite encore, toujours en se conformant aux époques et à l'usage des anciens propriétaires, des parties de bois de haute futaie qui ont été mises en coupes réglées, soit que ces coupes se fassent périodiquement sur une certaine étendue de terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la surface du domaine.* »

<sup>1755</sup> Article 590 du Code civil : « *Si l'usufruit comprend des bois taillis, l'usufruitier est tenu d'observer l'ordre et la quotité des coupes, conformément à l'aménagement ou à l'usage constant des propriétaires ; sans indemnité toutefois en faveur de l'usufruitier ou de ses héritiers, pour les coupes ordinaires, soit de taillis, soit de baliveaux, soit de futaie, qu'il n'aurait pas faites pendant sa jouissance. Les arbres qu'on peut tirer d'une pépinière sans la dégrader ne font aussi partie de l'usufruit qu'à la charge par l'usufruitier de se conformer aux usages des lieux pour le remplacement.* »

<sup>1756</sup> Article 598 du Code civil : « *Il jouit aussi, de la même manière que le propriétaire, des mines et carrières qui sont en exploitation à l'ouverture de l'usufruit ; et néanmoins, s'il s'agit d'une exploitation qui ne puisse être faite sans une concession, l'usufruitier ne pourra en jouir qu'après en avoir obtenu la permission du Président de la République. Il n'a aucun droit aux mines et carrières non encore ouvertes, ni aux tourbières dont l'exploitation n'est point encore commencée, ni au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit.* »

<sup>1757</sup> E. Dockès, « Essai sur la notion d'usufruit », *RTD civ*, 1995, p.479 *sqq*, spéc. p.493.

<sup>1758</sup> Sur une telle analyse : M. Fabre, *L'usufruit atypique, contribution à la notion de démembrement de la propriété*, thèse, Paris II, 2018, n° 461

<sup>1759</sup> En ce sens : A. Tadros, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèse, 2013, spéc. n° 76 ; N. Kilgus, *L'usufruit des biens incorporels*, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, 2018, n°331.

collectives. Un tel pouvoir ne pourrait ici se réduire à la valeur d'échange du bien<sup>1760</sup>. De toutes ces analyses, il peut ressortir que la notion de substance ne peut se limiter à la question de la matérialité du bien.

## **b) La substance perçue à travers la fonctionnalisation ou la conception extensive de l'abus de jouissance**

**575. Le rattachement de la substance à la fonctionnalisation.** À l'inverse de la définition de la substance par sa matérialité, la transcription de la substance à travers la notion de destination – et donc de fonctionnalisation – offre une approche globalisante permettant d'embrasser l'ensemble des phénomènes d'abus de jouissance. Cette approche, que l'on retrouve chez les grandes plumes du droit civil<sup>1761</sup>, mais que l'on doit plus récemment à Emmanuel Dockès<sup>1762</sup>, pourrait se résumer en une phrase : « *On viendrait à penser que l'usufruitier a droit à toutes les utilités du bien grevé, pourvu qu'il en respecte la finalité, la destination* ». C'est donc l'approche matérialiste de la substance qui s'éteint ici, au profit d'une substance fondée sur les utilités de la chose grevée et plus spécifiquement sur la finalité donnée aux usages du bien.

**576. Fondement textuel et jurisprudentiel.** À regarder de près le régime du droit d'usufruit, et plus précisément les droits de l'usufruitier, les dispositions du Code civil prennent largement appui sur la notion de destination. Sans être exhaustif, il est possible de citer l'article 591 du Code civil qui fait référence aux « *époques et à l'usage des anciens propriétaires* », l'article 590 qui évoque « *l'usage constant des propriétaires* », ou encore, l'article 589 qui précise que « *l'usufruitier a le droit de s'en servir pour l'usage auquel elles sont destinées* ». Le critère de la destination serait notamment utilisé afin de permettre à l'usufruitier de jouir du bien grevé tout en altérant sa substance matérielle, la destination primant alors la sauvegarde de la substance matérielle. Il est même possible de dire, comme pour le cas des mines, que les dégradations matérielles sont inhérentes à la destination du bien. Dans un ordre d'idée similaire, la Cour de cassation a reconnu que la modification de

---

<sup>1760</sup> M. Fabre, *op.cit.*, n° 213.

<sup>1761</sup> L'approche de la substance à travers la notion de destination n'est pas nouvelle. Pour Demolombe, la substance traduit les biens : « *à raison de leur forme et de la destination qui en résulte* » (*Cours de droit civil, op.cit.*, p.181). Ici, l'auteur dessine l'idée que la matérialité du bien va instaurer une destination naturelle du bien, destination que l'usufruitier se doit de respecter. Jadis, Pothier avait déjà reconnu comme obligation à l'usufruitier « *de ne pas changer la forme de l'héritage, et de ne pas le convertir à d'autres usages* » (Pothier, *Traité du Douaire*, 1770, n°214).

<sup>1762</sup> E. Dockès, « *Essai sur la notion d'usufruit* », *op.cit.*, p.479 *sqq.*

l'affectation d'un local équivalait à une « *altération de la substance* » du bien<sup>1763</sup>. Il n'est alors nullement question d'une dégradation matérielle du bien et, subséquemment, de l'altération de sa substance matérielle. La substance est ici rattachée à l'usage du bien qui fut déterminé par le propriétaire.

**577. Le rattachement de la matérialité à la substance comme destination.** Comprendre la notion de substance à travers la destination permet également d'avoir une approche qui englobe tant l'usage contraire à la destination que la dégradation matérielle ou l'anéantissement du bien. Dans certains cas, la dégradation matérielle du bien est inhérente à la destination de ce bien. C'est ainsi que la destination naturelle d'une mine sera d'être exploitée, ce qui induit nécessairement un appauvrissement de la matière du bien. Il ne saurait donc y avoir un abus de jouissance en se fondant sur la non conservation de la substance matérielle du bien. Cela étant, il ne s'agit ici, pour l'essentiel, que de cas minoritaires. Pour l'essentiel, le respect de la destination du bien va de pair avec la conservation matérielle du bien<sup>1764</sup>. En ce sens, l'usufruitier d'un potager souhaitant y construire une piscine hors-sol pourrait voir son acte qualifié d'abus de jouissance. Dans ce cas, les modifications matérielles du bien induisent un changement de destination de celui-ci. Il est donc possible de conclure que l'approche de la substance à travers le prisme de la destination permet une représentation plus juste de l'obligation de conservation de la substance de l'usufruit. Voyons donc, à présent, si l'obligation de conserver la jouissance du bien peut être déclinée aux cas des droits réels innomés.

### **c) L'abus de jouissance comme sanction pour non-respect de la fonctionnalisation**

**578. Application de l'obligation de conservation de la substance aux droits réels innomés ?** Le droit réel de jouissance spéciale se révèle, selon nous, d'un contenant plus que d'un contenu. La liberté contractuelle serait donc génératrice du régime de chaque droit réel de jouissance. À ce titre, le cas de la durée du droit est un exemple parlant ; le droit pouvant être limité dans le temps, viager, ou, comme nous le proposons, perpétuel. Pour autant, cela voudrait-il dire que ces droits ne bénéficieraient pas de règles communes avec les autres droits

---

<sup>1763</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 5 décembre 1968 : *D.*, 1969, p.274 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 4 juin 1975, Bull. civ., III, n°194.

<sup>1764</sup> Une approche plus philosophique de la substance a également été défendue, elle se propose de reconnaître la forme et la destination du bien comme des éléments de la substance, cependant celle-ci se définirait tant dans la matérialité, la forme finale du bien, l'action du propriétaire et la destination. Sur cette analyse : E. Treppoz, « La substance dans le Code civil », *RRJ*, 2006, p. 1275 *sq.*, spéc. n°16.

réels portant sur la chose d'autrui ? Ici, le doute subsiste, la Cour de cassation n'ayant pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la question. Pourtant, on sait déjà, depuis l'arrêt dit « ERDF », que la Cour régulatrice n'hésite pas à recourir aux dispositions relatives au droit d'usufruit et au droit d'usage et d'habitation. Dès lors, *quid* de l'obligation de conserver la substance du bien ? Doit-elle être considérée comme une obligation propre au droit de jouissance spéciale ou, à l'inverse, comme étant à la merci de la liberté contractuelle ?

Il nous semble que l'obligation de préserver la substance du bien soit propre à l'ensemble des droits réels de jouissance<sup>1765</sup>. Que cette dernière soit spéciale ou non, la jouissance inclut nécessairement l'obligation, pour le titulaire du droit, de respecter la vocation des utilités concédées à revenir entre les mains du propriétaire. Dans le cas où le droit serait reconnu comme perpétuel, la règle garderait son principe. La possibilité d'extinction du droit par non-usage trentenaire obligerait également le titulaire d'un droit réel de jouissance spéciale perpétuelle à préserver la substance du bien. Le droit réel reste inféodé à la propriété. Il serait même possible d'aller plus loin en affirmant que la conservation de la substance est une règle d'ordre public et que le droit de jouissance spéciale ne peut y déroger<sup>1766</sup> : l'obligation de conservation de la substance du bien ayant pour finalité de préserver la propriété. À considérer que cette obligation ne fasse pas partie du régime des droits réels innomés – ou simplement soit supplétive de volonté – avec, dans le même temps, l'abus de jouissance qui en est son corollaire, alors le titulaire du droit réel de jouissance spéciale pourrait jouir de son utilité de manière contraire à sa destination. Pour l'usufruit, comme pour le droit de jouissance spéciale, l'obligation de conserver la substance est, et doit être, un élément de contrôle nécessaire de l'usage réalisé par le titulaire. Le respect de la fonctionnalisation qu'impose cette obligation est donc, à notre sens, une composante du régime des droits réels innomés.

---

<sup>1765</sup> Pour une analyse du droit de jouissance spéciale à travers le prisme des droits de jouissance – et donc la recherche d'un régime quasi calqué sur le droit d'usufruit – voir : L. Andreu, « Analyse et régime des droits de jouissance spéciale », in *Liberté contractuelle et droits réels*, op.cit., p.133 sqq. L'auteur précise, dans le cadre de l'obligation de conservation de la substance du bien : « *S'agissant des contraintes, le titulaire du droit subit une obligation de préserver la substance de la chose (rappr. art. 578 ; laquelle ne saurait toutefois impliquer sa responsabilité pour les détérioration naturelles de la chose : rappr. art. 589, 615 et s.)* » : *Ibid.*, p.147.

<sup>1766</sup> Cette approche n'est pas partagée par l'ensemble des auteurs. C'est ainsi, par exemple, que Nicolas Laurent-Bonne prévient de la nécessité, pour les futurs rédacteurs d'actes, d'inscrire l'obligation de conserver la substance dans les actes ou, plus largement, de renvoyer au régime du droit d'usufruit pour certains cas. Dès lors, si la liberté contractuelle peut s'exprimer ici pleinement, c'est que l'obligation de conserver la substance n'est pas une règle d'ordre public. Voir : N. Laurent-Bonne, *AJ fam.*, 2019, p.144.



**579. Une obligation intégrée dans le caractère spécial de la jouissance.** Dans le cadre de l'usufruit, l'obligation de conservation de la substance trouve son origine dans le marbre du Code civil en son article 578. Si l'on se livre à une rapide analyse de cette disposition, il est possible de percevoir l'obligation de conservation de la substance comme une forme de contre balancier permettant de limiter la jouissance de l'usufruitier, ce dernier étant reconnu comme pouvant jouir du bien « *comme le propriétaire* » lui-même. L'analogie avec l'article 544 du Code civil est alors tentante, les deux se construisant sur la mise en place d'un principe de jouissance absolue du bien par la suite limitée : la limite des lois et règlements pour la propriété et l'obligation de conserver la substance pour le droit d'usufruit. C'est donc parce que la jouissance du bien peut s'exprimer pleinement qu'elle doit être limitée, en fonction soit de l'intérêt général dans le cadre de la propriété, soit de l'intérêt du propriétaire dans le cadre de l'usufruit.

Lorsque l'on regarde le droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un bien, cette limitation de jouissance apparaît consubstantielle au caractère spécial de la jouissance. Comme déjà souligné, il s'agit ici d'une jouissance restrictive, amoindrie, qui s'appliquera souvent à une utilité précise du bien. Autrement dit, le caractère spécial de la jouissance instaure une faculté limitée de jouissance du titulaire du droit par un mécanisme de spécification de l'usage du bien. En instaurant, pour l'usufruit, une obligation de conservation de la substance, le législateur a ainsi voulu cloisonner la jouissance au respect d'une certaine destination. Dans le cadre des droits de jouissance spéciale, le droit porte en lui-même sa propre limitation.

**580. Illustration.** Par exemple, *Primus* octroi à *Secundus*, par un droit réel de jouissance spéciale, la jouissance de son navire de plaisance durant la période estivale, mais uniquement en dehors des eaux internationales. Ici, les frontières de la jouissance sont clairement définies, en cela elle est spéciale : l'usage qui doit être fait du bateau est précisé (il s'agit d'un navire ayant pour finalité la plaisance et non la pêche ou le transport de marchandises), la temporalité de cette jouissance (uniquement durant la période estivale), et même la délimitation géographique de son usage (limitation aux eaux territoriales). Le droit porte donc en lui-même les délimitations de la jouissance, tant et si bien que tout usage contraire pourra être sanctionné d'un abus de jouissance. À l'inverse, si *Primus* octroi à *Secundus* un droit d'usufruit sur son navire, *Secundus* pourra jouir du bien comme le propriétaire avec pour limite l'obligation de conserver la substance. La différence entre les deux droits est ici

importante, le droit de jouissance spéciale portant les limites de la jouissance du titulaire dans le contenu du droit. Un contenu qui est, par définition, fonctionnalisé. Cela étant, il ne faudrait pas faire feu de tout bois et comprendre que la destination – et donc la fonctionnalisation – soit identique dans le cadre de l’usufruit et du droit réel de jouissance spéciale.

**581. La fonctionnalisation du droit de jouissance spéciale, entre subjectivisme et objectivisme.** À l’aune des droits réels de jouissance spéciale, la fonctionnalisation apparaît comme étant tant l’expression de la volonté du propriétaire que des potentialités offertes par les choses. La volonté, d’une part, puisque c’est elle qui se formalise dans la détermination de la jouissance et de sa délimitation. Les choses, d’autre part, en ce qu’elles semblent guider le propriétaire dans la construction de sa volonté, en lui offrant certaines utilités ; mais aussi, élément plus troublant, en devenant la finalité même de la fonctionnalisation, son but. C’est ainsi, par exemple, qu’un propriétaire pourrait établir un, ou plusieurs, droit(s) de jouissance spéciale afin d’assurer la conservation d’un bien. Ici, la chose guide la volonté, et le droit ne devient que le mécanisme de protection de la chose. Quoi qu’il en soit, c’est bien la volonté qui s’extériorise en déterminant les contours et limites de la jouissance. À l’instar d’un auteur, il est donc possible de dire que la jouissance est ici affectée (donc, dans notre vocabulaire, fonctionnalisée) et cantonnée<sup>1767</sup>. Dès lors, si l’on raisonne par le mécanisme de sanction, l’abus de jouissance pourrait être compris comme tout acte allant à l’encontre de la fonctionnalisation de la jouissance.

**582. L’abus de jouissance, mécanisme de relativisation de la perpétuité.** L’abus de jouissance – tel que prévu par le Code civil pour l’usufruit et le droit d’usage et d’habitation à l’article 618 du Code civil, permet de sanctionner le titulaire du droit qui ne respecterait pas son obligation de conserver la substance du bien grevé. Une sanction qui pourrait aller, en fonction de la gravité de l’atteinte, jusqu’à la déchéance du terme et donc la cessation de l’usufruit. Appliqué au droit réel de jouissance spéciale, l’abus de jouissance pourrait être un mécanisme de contrôle de l’usage du droit. Autrement dit, il prend ici pleinement la forme d’une sanction pour non-respect de la fonctionnalisation. C’est ainsi que toute action dépassant la stricte délimitation de l’usage déterminé pourra être la source à une action d’abus de jouissance par le propriétaire. À l’instar du caractère prescriptible du droit réel de

---

<sup>1767</sup> N. Laurent-Bonne, « Le droit réel de jouissance spéciale dans un contexte familial », *AJ fam.*, Dalloz, 2019, p.144 : « *Ce droit réel de jouissance spéciale confère ensuite à son titulaire une jouissance affectée (...) ce droit réel de jouissance spéciale confère à son titulaire une jouissance cantonnée (...)* » ; dans un sens similaire : C. Khun, « Liberté de créer des droits réels *sui generis* », *JCP N*, n°45-46, 2014, p.53, spé. p.56.

jouissance spéciale, la possibilité de sanctionner l'obligation de respecter la substance du bien peut être analysée comme un mécanisme de relativisation de la perpétuité. Elle est alors contrôlée, l'usage conforme à la fonctionnalisation prenant la forme de la pérennité du droit, alors que le mésusage emporte sa potentielle extinction.

## **2. L'extinction du droit par la réalisation de la fonctionnalisation**

Les techniques de sanction ne sont pas les seuls outils permettant d'obtenir une adéquation entre le phénomène de fonctionnalisation propre aux droits réels de jouissance spéciale et la potentielle perpétuité relative de ces derniers. À regarder le paysage juridique, il existe en effet des techniques permettant l'extinction conditionnelle d'un droit. Appliquées aux droits de jouissance spéciale perpétuels, ces techniques permettraient de relativiser encore plus la perpétuité en déterminant un terme conditionné à la réalisation du but déterminé. Ainsi, après avoir évincé la condition résolutoire telle qu'appliquée pour le droit d'usufruit (a), nous rechercherons la solution dans l'extinction de la fiducie par la réalisation du but poursuivi (b), avant d'en faire application pour les cas du droit de jouissance spéciale (c).

### **a) La technique rejetée : la condition résolutoire**

**583. L'extinction du droit d'usufruit par la mise en place d'une condition résolutoire.** Si la condition résolutoire n'est pas prévue comme une cause d'extinction du droit d'usufruit<sup>1768</sup>, elle n'en demeure pas moins un mécanisme essentiel du droit des obligations, lequel vient s'accorder avec la possibilité d'établir un usufruit conditionnel, comme le prévoit l'article 580 du Code civil. Comme le rappelle Demolombe « *à ces modes d'extinction, il faut ajouter ceux qui résultent encore des principes du droit commun, c'est à dire : (...) l'accomplissement de la condition résolutoire, sous laquelle l'usufruit aurait été constitué* »<sup>1769</sup>. Il est d'ailleurs notable que ce sont surtout les exégèses qui viennent à l'évoquer comme l'un des modes d'extinction. C'est ainsi que Duranton illustre cette possibilité : « *si j'ai légué à quelqu'un l'usufruit de ma main, mais à condition que si mon frère revient des îles, l'usufruit cessera ; si, en effet, cet événement se réalise, le droit prend fin aussitôt. Il en serait de même du cas où je léguerais à une personne l'usufruit de tel bien*

---

<sup>1768</sup> L'article 617 du Code civil ne fait pas mention de la réalisation d'une condition résolutoire comme cause d'extinction du droit d'usufruit.

<sup>1769</sup> C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, T.X, Paris, 1854, n°666.

*jusqu'à ce qu'elle fût pourvue de tel emploi : le cas prévu arrivant, l'usufruit cesserait au même moment. Cet événement étant incertain, il fait condition, et rend conditionnelle l'extinction de l'usufruit. Il en est ainsi de tout autre événement qui, dans l'esprit du titre constitutif, doit opérer la cessation du droit »<sup>1770</sup>. Et l'auteur de continuer, en précisant : « Si l'usufruit est établi jusqu'à un certain jour, ou jusqu'à ce que tel événement arrive, ce qui est une condition résolutoire, il cesse par l'arrivée du jour ou de l'événement ; et il cesserait aussi, comme on le dira encore dans la suite, par la mort de l'usufruitier survenue avant l'arrivée du jour ou de la condition ; car ce terme, ou cette condition, n'a point été mis pour étendre sa durée au-delà de ses limites ordinaires, mais bien, au contraire, pour la restreindre : l'usufruit est un droit personnel, qui conséquemment s'éteint avec la personne »<sup>1771</sup>.*

Ces quelques phrases sont riches en enseignements. D'abord, la condition résolutoire permettrait d'aligner l'extinction du droit sur un événement à la réalisation incertaine. Il y a donc bien, dans ce cas, une conditionnalité de l'extinction du droit qui échappe à la dimension temporelle du terme déterminé. Cela étant, il est également précisé que la condition résolutoire n'a pas pour vocation à proroger le terme et créer, ainsi, une forme de perpétuité factuelle qui tendrait à vider la propriété de sa substance. Comme nous l'avons vu, cette menace est écartée pour le cas du droit réel de jouissance spéciale. Il ne semble alors qu'aucun contre argument ne vienne s'opposer à la mise en place d'une condition résolutoire comme mode d'extinction du droit de jouissance spéciale. Cela étant, il ne nous semble pas que la condition résolutoire soit le modèle le plus pertinent, notamment si l'on prend en compte une multiplication de droits réels de jouissance spéciale sur un même bien.

**584. Le rejet de la condition résolutoire.** Prévue par la combinaison des alinéas 1 et 3 de l'article 1304 du Code civil<sup>1772</sup>, la condition résolutoire se définit tout d'abord par la condition, autrement dit « *un événement futur et incertain* », une condition dite résolutoire en ce que « *son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation* ». Pour comprendre notre tentation de rejeter ce mécanisme comme mode d'extinction des droits réels de jouissance spéciale multiples sur un même bien, il convient de s'intéresser à la structure de la

---

<sup>1770</sup> M. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, T.IV, 1826, Paris, n° 665.

<sup>1771</sup> *Ibid.*, n°507

<sup>1772</sup> Article 1304 du Code civil : « *L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain. La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple. Elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation.* »

condition. Traditionnellement, il est d'usage de distinguer deux types de conditions : causale et potestative, le critère de distinction reposant sur la réalisation de la condition par la volonté propre des parties<sup>1773</sup>. C'est ainsi, selon les anciens articles du Code civil, que la condition casuelle était définie comme « *celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur* »<sup>1774</sup> alors que « *la condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher* »<sup>1775</sup>. Pour que la condition résolutoire ne soit pas frappée de nullité, son critère de réalisation ne doit pas être purement potestatif<sup>1776</sup>. Quoi qu'il en soit, c'est-à-dire que la condition soit casuelle ou non purement potestative, il ne semble pas que la condition résolutoire soit en phase avec l'idée de lier l'extinction du droit avec la réalisation de sa fonctionnalisation. En effet, la condition est ici reliée à un événement extérieur aux parties, mais surtout extérieur au rapport de droit fonctionnalisé. C'est ainsi, pour reprendre les exemples donnés par les exégètes, qu'un usufruit pourrait cesser à la réalisation de la condition qu'un tiers au contrat revienne des îles. Il y a donc, à notre sens, un trop grand décalage entre le principe de fonctionnalisation et la technique de la condition résolutoire pour que celle-ci soit pleinement opérante. Il convient donc de nous tourner vers une technique d'extinction d'un droit directement liée à l'idée de fonctionnalisation.

## **b) La technique choisie : la réalisation du but poursuivi**

**585.** L'extinction d'un droit – ou d'un contrat – pour réalisation d'un but poursuivi peut puiser son essence dans la technique de la fiducie. Construite autour de la notion d'affectation, la fiducie peut se définir comme génitrice d'une « propriété affectée »<sup>1777</sup>. L'affectation est d'abord à l'origine du contrat de fiducie, puisque le constituant va

---

<sup>1773</sup> Sur la question de la distinction et de la définition des conditions, voir notamment : F. Chénéde, « Charles Demolombe, la condition potestative », *RDC*, 2013, p.291 *sqq.*; J. Rochfeld, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ 2001, p.747 *sqq.*; S. Valoty, *La potestativité dans les rapports contractuels*, PUAM, 1999.

<sup>1774</sup> Article 1169 ancien du Code civil.

<sup>1775</sup> Article 1170 ancien du Code civil.

<sup>1776</sup> Sur les problématiques liées à la détermination du caractère « purement » potestatif d'une condition : Y. Lequette, F. Terré, P. Simler, F. Chénéde : *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., Coll. Précis, 2018, n° 1339 *sqq.*

<sup>1777</sup> F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens, op.cit.*, n° 252 *sqq.*, p. 404 *sqq.*

déterminer une finalité et un but à atteindre<sup>1778</sup>. L'affectation conditionne l'application de la fiducie puisqu'elle va guider, à travers sa finalité, l'administration des biens fiduciaires<sup>1779</sup>. L'affectation peut également conditionner l'extinction la fiducie, puisque la réalisation du but poursuivi va mettre fin au contrat de fiducie. Sur ce dernier point, qui nous intéresse en premier lieu, le Code civil prévoit que « *le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique, par la survenance du terme ou par la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme* »<sup>1780</sup>. À la lecture du premier aliéna de l'article 2029 du Code civil, on constate que la réalisation du but poursuivi va mettre fin au contrat de fiducie. La logique est implacable : le contrat de fiducie étant créé dans l'optique de la réalisation d'une finalité, celle-ci atteinte, le contrat de fiducie n'a plus de raison d'exister. Cela étant, il ne faut pas oublier de faire mention de la dernière partie de cet alinéa, puisqu'il conditionne temporellement la possible fin du contrat par la réalisation du but poursuivi<sup>1781</sup>. Ici, comme dans le cadre de l'usufruit, le temporel prime sur le fonctionnel et ce, malgré le fait que la fiducie soit conçue uniquement pour la réalisation de ce but. Le constat est donc sans appel : le contrat de fiducie peut prendre fin même si la réalisation du but poursuivi n'est pas atteinte. Dès lors, il convient de rechercher si l'extinction pour réalisation du but poursuivi pourrait être envisagée dans le cadre des droits réels de jouissance spéciale perpétuels.

### c) Application au cas du droit réel de jouissance spéciale

**586. Le type de fonctionnalisation concernée.** Considérer la réalisation du but déterminé comme une cause d'extinction potentielle du droit réel de jouissance spéciale nécessite de réaliser une distinction entre les différents types de fonctionnalisation. Plus spécifiquement d'ailleurs, une distinction entre les fonctionnalisations fondées sur un objectif à atteindre et celles qui se réalisent par le simple usage. En amont, nous avons en effet décrit le phénomène

---

<sup>1778</sup> L'article 2011 du Code civil rappelle que la détermination d'un but est une condition de constitution de la fiducie : « *La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ».

<sup>1779</sup> Évoquant les missions du fiduciaire, Camille Gouret rappelle le rôle fondamentale joué par l'affectation contractuelle : « *La mission qui lui a été confiée est déterminée par le contrat, d'après l'affectation (finalité) poursuivie par les parties. Plus précisément, en fonction du but recherché, ces dernières vont délimiter le cadre à l'intérieur duquel il va évoluer le temps de l'opération* » : C. Gouret, *L'administration fiduciaire : contribution à l'étude de la fiducie*, Thèse, Montpellier, 2017, p.371 sqq.

<sup>1780</sup> Article 2029 du Code civil.

<sup>1781</sup> Article 2018 du Code civil prévoit, depuis 2008, que la durée du contrat de fiducie ne peut excéder 99 ans.

de fonctionnalisation par la mise en place d'un but, d'une finalité, accompagnée de moyens qui en permettent la réalisation. Prenons, pour exemple, un droit de jouissance spéciale conférant la possibilité de récolter les fruits d'une vigne durant les deux premières semaines de chaque mois de septembre. Ici, la fonctionnalisation repose tout d'abord sur la technique du démembrement des usages de la chose, à savoir récolter les fruits, tout en définissant précisément les contours de la jouissance. Le processus de fonctionnalisation va ici surtout se caractériser par une spécialisation de l'usage du bien. Dans un tel cas, faire de la réalisation du but déterminé une cause d'extinction du droit n'aurait pas de sens, la réalisation du but étant consubstantielle à la jouissance. À l'inverse, il est possible d'imaginer qu'un droit de jouissance spéciale puisse s'inscrire dans une logique déterminant un but à réaliser. Tel serait le cas, par exemple, si le propriétaire spécifiait que le droit réel de jouissance spéciale est conféré dans un but de protection environnementale. Il en serait de même si le propriétaire multipliait les droits réels de jouissance spéciale sur son bien et inscrivait celui-ci dans une véritable fonctionnalisation collective, laquelle aurait pour but la protection du bien approprié tout en organisant un partage de ses utilités. Dans ce schéma, le but n'est pas réalisé par le simple usage, il est conditionnel et potentiel. Dès lors, l'extinction du droit par la réalisation du but peut être envisagée. Il convient, pour ce faire, de déterminer qui pourrait contrôler la réalisation du but déterminé. Face au silence du Code sur ce point<sup>1782</sup>, il convient de ne plus raisonner par analogie au régime de la fiducie, mais de rechercher la solution dans le mécanisme de l'affectation, celle-ci ayant été décrite comme un mécanisme de fonctionnalisation. En ce sens, l'affectation est un acte du propriétaire qui imprime sa volonté dans la chose. Partant qu'affecter son bien, c'est également en disposer<sup>1783</sup>, il reviendrait au propriétaire de déterminer si réalisation du but poursuivi est achevée.

**587. Le but réalisé : un terme incertain ?** Dès lors, la reconnaissance d'une extinction du droit pour réalisation du but déterminé doit nous interroger sur sa potentielle qualification en tant que « terme extinctif », ce qui permettrait alors plus qu'une simple relativisation de la perpétuité. La question mérite d'être posée. En effet, si nous prônons la potentielle perpétuité relative des droits réels de jouissance spéciale, ce n'est pas pour l'heure la position de la Cour de cassation. En revanche, cette dernière a rappelé que n'était pas considéré comme perpétuel

---

<sup>1782</sup> L'article 2029 du Code civil prévoit simplement que la réalisation du but est une des causes de l'extinction du contrat de fiducie, il est en revanche silencieux sur le contrôle de la réalisation effective du but déterminé. Comme le souligne Messieurs Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, l'extinction pour réalisation du but fut surtout prévue dans le cadre des fiducies sûreté ou dans le cadre d'une fiducie ayant pour finalité le transfert d'un bien : F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens, op.cit.*, n° 284.

<sup>1783</sup> Voir *Supra* n° 324.

le droit dont la durée était fixée sur la durée de vie de la personne morale titulaire dudit droit. Dans ce cas, le terme a une fonction extinctive. Une fois l'événement réalisé, le droit réel s'éteindra également. Contrairement à la condition, le terme repose sur un événement certain. Cependant, si terme il y a, celui-ci n'est pas inscrit dans une temporalité précise mais repose sur la réalisation d'un événement certain qu'est la fin de la vie de la personne morale. Le terme peut donc être qualifié d'incertain, puisque l'événement qui conditionne le terme est certain, mais que le moment de sa réalisation ne l'est pas<sup>1784</sup>.

Pourrait-on, dans le cadre d'un but déterminé, raisonner par analogie ? Cela aurait un double mérite, celui de la logique et de la continuité. Logique en ce que les deux termes seraient incertains. Encore faudrait-il, dans ce cas, que le but déterminé puisse être reconnu comme un événement dont la réalisation est certaine. La continuité, ensuite, en ce que les juges s'inscriraient pleinement dans le régime libéral des droits réels de jouissance, un régime où s'exprime la volonté des parties, pour peu qu'elle ne soit pas contraire à l'ordre public.

**588. Le cas des buts non réalisables : vers la perpétuité de fait.** Les conditions de la réalisation d'un but déterminé dépendent principalement de deux facteurs : les moyens mis en œuvre et le caractère réalisable de l'objectif. Sur ce dernier point, il faut convenir que certains objectifs sont, par définition, irréalisables ou, plutôt, s'inscrivent dans une somme d'actes successifs qui n'ont pas vocation à s'arrêter. Prenons l'exemple de plusieurs droits de jouissance spéciale conférés sur un bien et dont l'objectif en serait la préservation. L'objectif peut-il être, un jour, compris comme étant réalisé ? Qu'il soit permis d'en douter. La préservation d'un bien, surtout dans une logique environnementaliste, est une affaire de tous les instants, la réalité d'un jour n'étant pas celle du lendemain.

Disons-le sans ambages : la protection s'inscrit dans une forme de pérennité. Dès lors, à considérer que l'extinction du droit par la réalisation d'un but déterminé puisse être qualifiée de terme incertain, le droit tendrait nécessairement vers une perpétuité de fait<sup>1785</sup>. Les rédacteurs de droit réels de jouissance spéciale pourraient, peut-être, percevoir une forme de détournement de la prohibition de constituer des droits réels innomés perpétuels. À l'inverse,

---

<sup>1784</sup> « L'événement constitutif du terme est toujours certain, mais le moment de son avènement peut être incertain. La problématique de la certitude ou de l'incertitude du moment de l'arrivée du terme est identique pour les termes suspensif ou extinctif » : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., Coll. Précis, 2019, n° 1356.

<sup>1785</sup> Selon notre interprétation, la perpétuité de fait est, depuis la saga jurisprudentielle « Maison de Poésie », une réalité de notre droit positif, la durée du droit réel de jouissance spéciale pouvant être fixée sur la durée de vie d'une personne morale. Sur ce point : *Supra* n° 519 à 528.



dans le cadre d'une perpétuité relative reconnue, la détermination d'un but n'aurait pas lieu d'être. En effet, les techniques de relativisation de la perpétuité comme le caractère prescriptible du droit par non-usage et l'obligation d'en conserver la substance suffisent à ne pas créer une perpétuité concurrente à celle de la propriété. Dans ce cas de figure, la mise en place d'une cause d'extinction du droit par la réalisation d'un but déterminé, mais pérenne, serait totalement surabondante.

**589. L'intérêt dans le cadre des communautés d'usagers.** Il nous semble pourtant que la mise en place d'une extinction du droit par la réalisation d'un but déterminé trouve son principal intérêt dans le cadre d'une communauté de titulaires de droits de jouissance différents sur un même bien réunie autour d'un intérêt collectif, lui-même formalisé par le but déterminé. Les titulaires de droits réels de jouissance spéciale vont ainsi voir leurs différents droits guidés vers un objectif commun, et ce malgré les différentes prérogatives accordées à chacun. Dès lors, en inscrivant le démembrement des utilités de la chose dans un rapport de continuité, une communauté pourrait se créer entre les titulaires des droits de jouissance spéciale et le propriétaire, une communauté ayant pour finalité la réalisation du but déterminé. Illustrons cette hypothèse. On pourrait ainsi imaginer, sur le modèle de ce qui existe dans certains *ranchs* du nord des Etats-Unis, une association souhaitant mettre en place un « sanctuaire animalier » dont la fonction serait de recueillir les animaux voués à l'abandon. L'association pourrait alors reconnaître certains droits réels de jouissance spéciale – à d'autres associations ou à des particuliers – afin de parfaire le lieu pour l'accueil des futurs animaux. On pourrait imaginer, à ce titre, un droit de participer à la construction du lieu, un droit d'entretenir les terrains extérieurs, etc. Dans ce contexte, le but déterminé serait la construction effective des différentes infrastructures nécessaires à la pérennité d'un tel lieu. Une fois l'événement réalisé, les différents droits reconnus auraient vocation à s'éteindre.

**590. L'intérêt pratique, un effet libératoire concomitant.** En conséquence, en déterminant la réalisation du but déterminé comme une cause d'extinction du droit – et donc des différents droits qui composent la communauté – l'effet libératoire généré aura pour finalité d'être immédiat, la réalisation du but poursuivi emportant alors le retour complet des utilités de la chose entre les mains du propriétaire. Il faut reconnaître que la multiplication de droits réels de jouissance spéciale perpétuels pourrait générer une extinction des droits non simultanés. Avec l'extinction du droit pour réalisation du but poursuivi, le propriétaire peut ainsi déterminer pleinement l'événement qui permettra le retour complet de la *plena in re*

*potesta*. Ici, la relativisation de la perpétuité est dans sa pleine expression car réduite à l'indétermination de la durée du droit. La communauté, construite autour d'un intérêt commun, n'est donc pas éternelle, elle se construit pour la réalisation de celui-ci. Bien sûr, la réalisation du but poursuivi comprise comme cause d'extinction du droit réel de jouissance spéciale peut également se coupler des autres modes d'extinction que sont la prescription extinctive pour non-usage du droit et la sanction pour non respect de la substance du bien. L'ensemble formant alors une sécurisation de la propriété, mais également de l'ordre public des biens.

\*\*\*\*\*

La perpétuité des droits réels de jouissance spéciale pourrait, à certains égards, être perçue comme une remise en cause des grands principes du droit civil des biens. Pourtant, le caractère spécial de la jouissance, c'est-à-dire cantonné à une utilité précise, permet d'envisager cette solution. Le risque de vider la propriété de sa substance s'amenuise et, avec lui, la menace supposée contre l'ordre public des biens. Cette limite structurelle des droits réels de jouissance spéciale peut également être complétée en recherchant des limites à leur perpétuité. En comparaison à la perpétuité de la propriété, la perpétuité des droits réels de jouissance spéciale serait alors relative.

**591. Première limite, la prescription extinctive.** En prenant modèle sur les servitudes conventionnelles, la perpétuité des droits réels de jouissance spéciale peut-être envisagée par l'extinction du droit par non-usage trentenaire. Cette limite se fonde sur le fondement de la jouissance, c'est-à-dire de permettre à un tiers de jouir d'une ou plusieurs utilités d'un bien. Si le titulaire ne fait plus un usage effectif du droit, celui-ci perd sa vocation première et trouve une raison à son extinction.

**592. Deuxième limite, l'abus de jouissance.** Le droit réel de jouissance spéciale se singularise par une jouissance précise et déterminée, l'assiette de son droit est donc limitée. Partant, son titulaire doit en respecter les contours. Comme pour l'usufruit, le respect de la substance du bien grevé peut être appréhendé comme une obligation nécessaire. Ainsi, toute action du titulaire du droit réel de jouissance spéciale qui attenterait à la substance du bien, et donc à sa destination, pourrait faire l'objet d'une action du propriétaire pour abus de jouissance visant à éteindre le droit en cause. Ce faisant, le propriétaire du bien grevé possède

une possibilité de contrôle de la jouissance effective du droit. La perpétuité potentielle du droit réel de jouissance spéciale est donc relativisée.

**593. Troisième limite, la réalisation du but déterminé.** Dans des cas spécifiques, le propriétaire pourrait concéder un ou plusieurs droits réels de jouissance spéciale dans un objectif particulier. Ces droits de jouissance spéciale seraient alors purement fonctionnels, leur existence serait alors conditionnée pour la réalisation du but déterminé. Une fois celui-ci réalisé, le droit viendrait à s'éteindre. Plus qu'une relativisation de la propriété, cette solution pourrait s'inclure dans la jurisprudence de la Cour de cassation, pour peu que le but déterminé puisse être qualifié de terme incertain, comme l'est la durée de vie d'une personne morale.

## Conclusion du chapitre II

**594. Le principe : la prohibition de la perpétuité des droits réels innomés.** Face à la reconnaissance des droits réels innomés, et plus spécifiquement du droit réel de jouissance spéciale, la troisième chambre civile de la Cour de cassation semble affirmer un principe clair : la perpétuité de ces droits réels est prohibée. Ainsi, si les parties peuvent librement prévoir la durée du droit, son indétermination emportera l'application du régime du droit d'usufruit et d'usage et d'habitation. Le droit sera alors viager pour les personnes physiques, et d'une durée trentenaire pour les personnes morales.

**595. À l'ombre du principe : la perpétuité factuelle.** Malgré l'affirmation de ce principe, les solutions pratiques de la jurisprudence « Maison de Poésie » n'apparaissent pas respectueuses du principe de la non perpétuité des droits réels. En reconnaissant qu'il est possible de fixer la durée du droit sur la vie d'une personne morale, la Cour a ouvert la voie à la perpétuité factuelle. En droit, le principe est protégé ; le viager est un terme incertain, le droit n'est donc pas perpétuel. En pratique, en revanche, la conséquence est différente. Contrairement à la vie biologique des personnes physiques, la vie des personnes morales n'est que juridique. La perpétuité peut donc se concevoir ici par une prorogation juridique de la vie des personnes morales. Si ce n'est en droit, la perpétuité prend ici une teinte factuelle.

**596. Les exceptions au principe : la perpétuité reconnue de certains droits innomés.** La perpétuité se retrouve également dans certains droits réels *sui generis*. C'est ainsi que la Cour de cassation a reconnu, dans le cadre la copropriété des immeubles bâtis, la perpétuité d'un droit réel de jouissance exclusif et privatif sur les parties communes, tout comme la perpétuité d'un droit réel de jouissance spéciale entre parties privatives. Dictées par des considérations pratiques, ces solutions ne semblent pas vouées à s'extraire du cadre de la perpétuité. La Cour de cassation a également pu reconnaître la perpétuité de certains démembrements originaux de la propriété. Fondés sur des titres trouvant leurs origines dans l'Ancien droit, la perpétuité reconnue à ces droits ne paraît pas pouvoir être transposée à des droits réels de jouissance spéciale actuels.

**597. Ordre public des biens et perpétuité des droits réels de jouissance spéciale.** Si la perpétuité des droits réels ressort comme une forme de monstruosité juridique, c'est parce qu'elle serait une menace fondamentale à l'ordre public des biens. Souvent évanescent, propre à chaque auteur, l'ordre public des biens viserait notamment à protéger la propriété et son corollaire qu'est la liberté individuelle. En ce sens, il est indéniable que reconnaître la perpétuité du droit d'usufruit conduirait nécessairement à priver le nu-propiétaire de sa vocation à recouvrer la pleine jouissance des utilités de son bien. Cela étant, l'ordre public des biens doit être entendu avec une certaine souplesse et non comme le garant de la vision dogmatique de la propriété faisant du propriétaire un souverain de son bien. Dès lors, la perpétuité des droits réels pourrait être envisagée, à condition qu'elle ne soit pas calquée sur la perpétuité de la propriété. Le processus choisi est celui de la relativisation de la perpétuité, c'est-à-dire la recherche de mécanismes de contrôle permettant l'extinction du droit. Une perpétuité certes, mais qui peut connaître un terme.

**598. La relativisation de la perpétuité par la structure des droits réels de jouissance spéciale.** Le processus de relativisation de la perpétuité s'appuie sur un constat : il ne pourrait valoir que dans le cadre de droits réels innomés dit de jouissance spéciale. Comme sa dénomination nous le rappelle, le caractère spécial de la jouissance se caractérise par une jouissance qui, au regard des droits réels principaux que sont l'usufruit et le droit d'usage et d'habitation, se trouve amoindrie. Le droit réel de jouissance spéciale, nouveau réceptacle de l'innomé, se fonde donc sur une spécialisation des usages du bien et un démembrement de ses utilités. Cette limitation définitionnelle de l'assiette du droit emporte la possibilité de concevoir une perpétuité du droit puisque la menace d'une propriété vidée de sa substance

disparaît<sup>1786</sup>. Le droit de jouissance spéciale porte donc, par sa structure, la possibilité de devenir perpétuel.

**599. La relativisation de la perpétuité : la recherche des mécanismes de contrôle.** La recherche des techniques éventuelles qui pourraient permettre la relativisation de la perpétuité peuvent se trouver dans ce qui existe déjà dans notre droit des biens. C'est ainsi, par exemple, que la prescription extinctive du droit pour non-usage doit être une limite reconnue à la perpétuité des droits réels de jouissance spéciale. De même, le respect de la substance du bien grevé apparaît comme une obligation essentielle. À défaut, le propriétaire pourrait opposer au titulaire du droit une action pour abus de jouissance dans le but d'éteindre le droit. Enfin, la possibilité de fixer la durée du droit sur la réalisation d'un but déterminé peut être vu comme la dernière pierre à l'édifice. Dans l'ensemble, la perpétuité des droits réels innomés se verrait encadrée et délimitée par des mécanismes de contrôle de la durée du droit. Surtout, ces mécanismes s'inscrivent tous dans une optique de contrôle de l'usage du bien. Le caractère prescriptible du droit peut ainsi être un élément de sanction du non-usage, l'obligation de respecter la substance du bien être un élément de sanction de mésusage du bien. L'extinction du droit pour réalisation du but déterminé va, quant à elle, s'inscrire dans une logique de fonctionnalisation du rapport d'appropriation et ainsi faire de l'usage les conditions de l'accomplissement de la finalité exprimée.

**600. La propriété relative, retour vers le futur ?** *In fine*, avec la relativisation de la perpétuité, ce que nous proposons nous rapproche du modèle médiéval. Mais d'un modèle médiéval chimiquement pur. En effet, là où la définition contemporaine de la perpétuité se conçoit dans une forme d'éternité, dans ce qui n'a pas de fin ; les médiévaux vont quant à eux définir la perpétuité par ce qui a un début et une fin, l'épicentre du concept tournant autour de la continuité du droit<sup>1787</sup>. Avec la perpétuité relative, la perpétuité ne se conçoit déjà plus dans l'idée d'éternité puisque ce qui peut s'arrêter n'est pas, par définition, éternel. La perpétuité se construit alors sous l'égide de la continuité et de la pérennité du droit. L'absoluité qui prédomine à l'idée d'éternité est alors évincée par les mécanismes de contrôle de la

---

<sup>1786</sup> À l'inverse, prôner une perpétuité relative pour le droit d'usufruit nous paraîtrait contraire à l'ordre public des biens. La propriété serait alors purement nominale, le nu-propriétaire n'ayant plus vocation à recouvrer la maîtrise de l'ensemble des utilités du bien.

<sup>1787</sup> On doit à Eric Meiller la redécouverte de la notion médiévale de la perpétuité : « La perpétuité était en effet distinguée tant de l'éternité que de la sempiternité. L'éternité n'a ni début, ni fin, la sempiternité a un début et une fin, et la perpétuité a un début et une fin. En d'autres termes, affirmer avec les Médiévaux que la servitude est perpétuelle revient à dire qu'elle dure jusqu'à ce qu'elle s'éteigne » : E. Meiller, *La notion de servitude*, LGDJ, Coll. Thèses, 2012, n° 269.

perpétuité. Ce qui est relatif n'est plus absolu. La dimension relative de la perpétuité prend encore une dimension plus significative lorsque la constitution d'un droit trouve sa raison d'être dans la réalisation d'un objectif à atteindre. Par les mécanismes de fonctionnalisation, la durée du droit est alors liée à la finalité déterminée et à son accomplissement, ce dernier emportant l'extinction du droit. Ici, la perpétuité se conçoit dans l'idée de continuité du droit et non son éternité.

En proposant de renouer avec la définition médiévale de la perpétuité, ne pourrait-on pas considérer qu'une faculté nouvelle puisse être ouverte aux parties, permettant à la fois l'instauration de droits pérennes portant sur la chose d'autrui tout en respectant l'institution de la propriété ? Le passé, ici, peut-être porteur d'avenir.

## Conclusion du Titre

**601. Le renouveau des droits réels : la reconnaissance d'un droit réel de jouissance spéciale.** Par une suite d'arrêts, la 3<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation a tranché un vif débat, celui de l'existence d'un *numerus clausus* des droits réels limitant *de jure* la création de droits réels aux seuls existant dans le Code civil. En reconnaissant qu'il était possible de créer des droits de jouissance spéciale et donc des droits innomés, les juges du Quai de l'Horloge ont définitivement enterré la théorie du *numerus clausus* des droits réels. Par effet de miroir, ils ont également ouvert le champ des possibles, la seule limite clairement admise étant le respect de l'ordre public.

**602. Le ressort : la liberté contractuelle.** Confirmation de cette volonté nouvelle des juges de la Cour de cassation, ces derniers ont signé leur œuvre d'un double visa : les articles 544 et 1134 (ancien) du Code civil. Si l'utilisation de l'article 544 n'a rien de surprenant, celle de l'article 1134 vient consacrer la place nouvelle de la liberté contractuelle en tant qu'élément d'organisation du rapport d'appropriation. À ce titre, et sous réserves du respect de l'ordre public, le régime des droits réels innomés peut se construire par la conventionalité ce qui permet une meilleure adaptabilité aux différents enjeux pratiques.

**603. La conséquence donnée : le partage des utilités de la chose appropriée.** Conséquence directe de cette liberté de constitution des droits réels, il est désormais possible de démembrer les utilités du bien. Loin d'être un point de détail, cela entraîne une nouvelle appréhension de la chose et de ses utilités. En effet, les droits réels de jouissance principaux reposent traditionnellement sur une approche matérialiste du bien, elle-même fondée sur l'idée de démembrement de la propriété et sur sa définition par le célèbre triptyque Bartolien. Avec le droit réel de jouissance spéciale, c'est une approche de la chose à travers ses usages qui se dessine. Il est désormais possible d'accorder un droit réel portant sur un usage extrêmement spécifié de la chose appropriée. Le droit réel de jouissance spéciale repose donc sur le démembrement des utilités du bien et sur une spécification de ces usages. Il porte en lui l'essence du partage des utilités du bien. Un partage qui se conjugue de façon binaire entre le propriétaire et le titulaire du droit, mais qui peut également s'envisager de manière plus collective.

**604. La conséquence construite : l'approche collective des droits réels de jouissance spéciale.** En permettant de démembrer les différentes utilités de la chose appropriée, le droit réel de jouissance spéciale permet également d'envisager la multiplication de ces droits sur un même bien. Dans ce cas de figure, le partage des utilités prendrait une dimension collective caractérisée par des jouissances simultanées portant sur des utilités différentes. La perspective d'une répartition des usages de la chose appropriée entre différents titulaires de droit serait alors réalisée, tout comme la fonctionnalisation collective du bien. Derrière cela, c'est l'idée de communauté d'usagers inscrite autour d'un bien qui grandit. Encore faut-il, pour cela, interroger le rapport pouvant s'établir entre droit réel de jouissance spéciale et fonctionnalisation collective.

**605. Droit réel de jouissance spéciale et fonctionnalisation collective.** Le terme de fonctionnalisation collective traduit un phénomène d'affectation du bien à une finalité collective, permettant ainsi son usage partagé. Cette finalité collective pourrait être, par exemple la protection du bien, notamment en raison de ses qualités naturelles. Or, comme la notion d'affectation le suggère, la finalité déterminée doit prendre appui sur des techniques précises qui en permettent la réalisation, notamment par des normes d'usage. Ici, le droit réel de jouissance serait ainsi l'élément technique qui permettrait la réalisation de cette finalité.

**606. Droit réel de jouissance spéciale et modulation de la propriété.** Le droit réel de jouissance spéciale va limiter les prérogatives du propriétaire sur son bien. Ce principe est propre à l'affectation, en choisissant de constituer un droit réel de jouissance spéciale, le propriétaire affecte l'utilité concédée, pour le service d'un tiers. Subséquemment, le propriétaire restreint sa jouissance et s'oblige à respecter le droit de jouissance portant sur sa chose. Cette limitation de la jouissance du propriétaire peut prendre une teinte définitivement collective si le propriétaire multiplie les droits réels de jouissance spéciale sur son bien. En ce sens, le droit réel de jouissance spéciale module la dimension matérielle de la propriété, c'est-à-dire son absolutisme. D'un point de vue relationnel, la reconnaissance d'une multiplicité de titulaires de droit réel de jouissance spéciale entraîne une modulation de l'exclusivisme du propriétaire. Le bien se verrait alors grevé d'une multiplicité de droits portant sur des utilités différentes. En cela, les droits réels de jouissance spéciale peuvent être analysés comme de potentiels vecteurs d'une fonctionnalisation collective. Dès lors, c'est la question de sa durée qui se pose, afin de déterminer si cette fonctionnalisation peut se pérenniser.



**607. La règle temporelle : la prohibition de la perpétuité des droits réels de jouissance spéciale.** Depuis le premier arrêt portant sur les droits réels de jouissance spéciale, la question de sa durée – et de sa potentielle perpétuité – s’est posée. À cela, la troisième chambre de la Cour de cassation a clairement répondu que les droits réels de jouissance spéciale ne pouvaient être perpétuels, en ajoutant qu’à défaut de terme conventionnellement déterminé, les règles prévalant en matière d’usufruit et du droit d’usage et d’habitation trouvaient à s’appliquer. La règle connaît aussi ses exceptions. Ainsi en est-il pour un droit réel de jouissance spéciale attaché à un lot de copropriété ou, par un arrêt rendu en amont, pour un droit innomé « à croître et à crû ». De même, la reconnaissance du caractère viager d’un droit réel de jouissance spéciale d’une personne morale entraîne, *de facto*, une indétermination de la durée de ce droit. Dans ce cadre, c’est une forme de perpétuité factuelle qui pourrait se dessiner. Par ses exceptions, ou ses conséquences pratiques, la prohibition de la perpétuité des droits réels de jouissance spéciale prend la forme d’un colosse aux pieds d’argile.

**608. La proposition : la perpétuité relative des droits réels de jouissance spéciale.** La question de la perpétuité des droits réels sur la chose d’autrui a, pour la notion de propriété, une résonance funeste. Ainsi, si les démembrements des utilités du bien subvertissent la propriété, la perpétuité de ceux-ci en serait la totale négation. Tel serait le cas d’un usufruit concédé à perpétuité. Cela réside dans l’assiette du droit d’usufruit. L’usufruitier jouissant du bien comme le propriétaire, la reconnaissance de la perpétuité du droit priverait le propriétaire de sa vocation à recouvrer la jouissance de la totalité des utilités du bien. Cette affirmation ne vaut pas pour les droits réels de jouissance spéciale, ces derniers procurent une jouissance réduite et s’inscrivent dans un phénomène de fonctionnalisation du bien. Le propriétaire se verrait alors concurrencé sur une ou plusieurs utilités déterminées mais sa jouissance serait toujours effective. Le droit réel de jouissance spéciale possède donc, dans sa structure, les éléments d’une relativisation de la perpétuité. Il convient cependant d’aller plus avant, et d’opérer une complète relativisation de la perpétuité en proposant que celle-ci soit encadrée par des mécanismes permettant l’extinction du droit.

**609. Les techniques proposées : la mise en place de mécanismes de contrôle de la perpétuité.** Concevoir une relativisation de la perpétuité, c’est agir afin que celle-ci ne soit pas un calque de la perpétuité de la propriété, ce qui évincerait alors l’effet de concurrence des droits réels de jouissance spéciale sur la propriété. Pour ce faire, la détermination conventionnelle du régime des droits réels de jouissance spéciale est une aubaine, elle permet

de rechercher, dans le droit positif des biens, les solutions utiles à la réalisation de cet objectif. C'est ainsi que des solutions peuvent être trouvées dans le régime de certains droits réels principaux. Tout d'abord, la perpétuité pourrait être limitée par une prescription extinctive trentenaire, en prenant modèle sur les servitudes conventionnelles. À défaut d'usage effectif du droit dans une certaine durée, celui-ci aurait vocation à s'éteindre. Ensuite, la reconnaissance d'une obligation de respecter la substance du bien permettrait au propriétaire d'opposer l'abus de jouissance en cas d'usage contraire à la destination du bien. La dernière technique est quant à elle un mécanisme de contrôle *ex ante*, il s'agit de conditionner la durée du droit à la réalisation d'un objectif déterminé. En effet, il est possible, pour ne pas dire probable, que la multiplication des droits réels de jouissance spéciale puisse être effectuée dans un but déterminé, voire dans un intérêt collectif commun. L'existence des droits concédés serait alors conditionnée par la réalisation de cet objectif. Une fois celui-ci réalisé, les droits réels de jouissance spéciale auraient vocation à s'éteindre.

**610. La projection :** La liberté de démembrement des utilités d'un bien est déjà, en soit, une forme de révolution. Il s'agit de l'enterrement de la théorie du *numerus clausus* des droits réels, qui a longtemps façonné l'esprit des juristes. Y adjoindre la perpétuité et c'est l'honnie contre-révolution qui ressurgit. Il est vrai que la solution proposée ressemble, parfois, à ce que les juristes médiévaux pratiquaient jadis. Cette ressemblance provient de la manière d'appréhender la chose, c'est-à-dire à travers ses utilités et ses usages. Dès lors, le morcellement des utilités, leur partage, ne paraît pas être une monstruosité juridique mais, au contraire, une maximisation de l'usage des choses. Ainsi, si la propriété intellectuelle, et plus spécifiquement la propriété littéraire et artistique, permet l'usage partagé du bien, il nous semble que les droits réels de jouissance spéciale pourraient faire de même. Cela se caractériserait par des formes hybrides d'appropriation où se côtoieraient l'usage partagé d'un bien et la propriété. Comme dans le cadre des licences libres, c'est de la propriété que naît l'usage partagé.

## Conclusion de la Seconde Partie

**611.** La propriété peut se concilier avec l'usage partagé d'un bien. Il faut, pour ce faire, que les utilités de la chose appropriée puissent être distribuées entre différents titulaires. La propriété, à elle seule, ne peut réaliser ce partage. En ce sens, cette seconde partie avait pour objectif de rechercher les techniques qui permettent de moduler la propriété et de lui donner une coloration plus inclusive qu'exclusive.

**612.** La première technique ressort de ce nous avons dénommé les mécanismes de fonctionnalisation, à savoir les techniques d'affectation et de destination. En déterminant une finalité précise, ces techniques vont permettre de limiter et ainsi guider l'usage qui peut être fait du bien. Aussi, cette finalité peut être collective. C'est ainsi que le législateur ou l'administration peuvent affecter certaines utilités d'un bien privé dans une finalité collective. Tel est le cas des exceptions au droit d'auteur. Par exemple, l'exception dite de copie privée est opérée le partage d'une utilité de l'œuvre en l'affectant à l'usage du public. Dans ce cas, c'est l'exclusivisme qui est modulé, l'auteur ne pouvant pas agir en contrefaçon contre le copiste privé. Il s'agit donc d'une fonctionnalisation collective du rapport d'appropriation, l'affectation permettant l'usage partagé d'une ou plusieurs utilités du bien.

**613.** Cela étant, cette possibilité ne semble pas être l'apanage des seuls pouvoirs publics. L'affectation reste et demeure un pouvoir du propriétaire. Aussi, le propriétaire peut affecter son bien à une finalité collective et ainsi opérer un partage des utilités de la chose. On retrouve ce phénomène dans des logiques précises, notamment lorsque le propriétaire souhaite protéger son bien ou réaliser le partage de celui-ci pour l'améliorer. À ce titre, l'exemple le plus saillant d'une fonctionnalisation collective à l'initiative est le phénomène des licences libres. Par ce mécanisme contractuel, l'auteur d'une œuvre peut distribuer les utilités économiques de son bien à des tiers, permettant de les inclure dans le rapport d'appropriation.

**614.** Dans le cadre spécifique d'une logique de protection, la fonctionnalisation collective, bien que possible, reste limitée. On retrouve cette possibilité avec l'obligation réelle environnementale ou, à la marge, dans le cadre du régime de protection des monuments historiques. La différence avec les biens intellectuels est alors prégnante, le propriétaire ne bénéficiant pas d'un mécanisme général permettant de distribuer les utilités de son bien. Cependant, une nouvelle voie lui est désormais offerte avec la possibilité de

constituer, sur son bien, des droits réels de jouissance spéciale. Droits à l'essence conventionnelle, ces droits nouveaux se caractérisent par la faculté de créer des droits réels portant potentiellement sur des utilités très précises. Ce faisant, le propriétaire pourrait réaliser le partage de l'usage du bien entre plusieurs titulaires de droit réels de jouissance spéciale et lui-même. Le bien serait alors fonctionnalisé collectivement. Dans une logique prospective, il serait possible de reconnaître une perpétuité relative de ces droits réels, c'est-à-dire non calquée sur la perpétuité de la propriété et limitée par la mise en place de mécanismes de contrôle pouvant, le cas échéant, permettre l'extinction du droit. Une telle solution aurait le mérite d'inscrire la relation collective formée par le partage des utilités de la chose dans une continuité et ainsi permettre la réalisation d'objectifs de longue durée, comme peut l'être, notamment, la préservation environnementale d'un bien.

**615.** En somme, la conciliation entre usage partagé et propriété n'est pas une illusion. Si l'usage partagé d'un bien est traditionnellement du à la volonté législative ou administrative, sa réalisation par la volonté du propriétaire est une donnée nouvelle. Elle est une potentialité de la propriété. Par les techniques ici présentées, le propriétaire a désormais la faculté de choisir entre un modèle exclusif ou un modèle inclusif. La volonté du propriétaire est ici essentielle, mais paraît conditionnée par les qualités des choses et leurs utilités.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

**616.** Aux termes de cette étude, la relation de l'usage partagé et de la propriété semble s'éclaircir. Les notions paraissent se retrouver, comme au confluent de deux fleuves, au point de converger vers un rivage commun. Telle n'est pourtant pas la vision originelle des notions, qui se comprennent par opposition. La recherche historique a, sur ce point, permis de relater cet antagonisme de départ.

**617. L'usage partagé, la caractéristique de l'appropriation médiévale.** Au Moyen-âge, la chose n'est pas perçue par sa corporéité mais par ses utilités. Cette vision utilitariste se retrouve parfaitement avec la notion de saisine qui se définit comme étant une jouissance d'utilité. Dès lors, une même chose corporelle peut être l'objet de plusieurs saisines, entraînant une superposition de droits sur la chose. Le droit coutumier reconnaît également des droits collectifs à certaines catégories de la population, ce qui se traduit par la faculté de pouvoir jouir d'une utilité précise d'un bien. Les nécessiteux ont, par exemple, le droit de ramasser les épis de blé tombés au sol après la récolte. En somme, l'usage partagé du bien, à travers ses utilités, est la caractéristique principale du système d'appropriation médiéval. L'homme n'est pas inscrit dans un rapport de domination des choses, il en est un simple usager. En cela, le rapport entre homme et chose est situé sur un plan horizontal.

**618. La propriété exclusive, paradigme moderne.** Le droit moderne a imposé une nouvelle rationalité, la chose n'est dès lors plus perçue par ses utilités, mais par sa corporéité. Le rapport entre homme et chose a évolué, il s'est verticalisé. L'homme est désormais perçu comme pouvant dominer la chose, en jouir pleinement et donc disposer de sa matière. Juridiquement, cela nécessite qu'il puisse entretenir un rapport exclusif sur la chose, c'est-à-dire individuel, afin d'avoir la maîtrise de l'ensemble de ses utilités. Ce faisant, les différents droits qui pouvaient grever la chose dans le droit médiéval sont voués à disparaître, remplacés par la propriété exclusive. Le droit moderne a donc façonné la propriété à l'image d'un homme nouveau, au point de rendre la notion consubstantielle à la nature humaine. Cristallisée par le Code civil, cette vision sera par suite dogmatisée au XIX<sup>ème</sup> siècle, créant la figure du propriétaire-souverain. Pour le droit moderne, l'usage partagé de la chose appropriée, et donc du bien, est une négation de la nature exclusive de la propriété.

**619. L'hybridation contemporaine.** Le droit contemporain apparaît plus complexe. Les rémanences de l'usage partagé d'un bien sont nombreuses et protéiformes. L'étude de la théorie dite des « communs » que nous avons livrée a été, à cet égard, significative. Elle a permis de rendre compte que l'appropriation n'est pas monolithique et qu'elle ne peut être réduite à la seule conception individuelle et exclusive. En effet, les « communs » se caractérisent par un mode d'appropriation où les utilités du bien sont distribuées au sein d'une communauté organisée, afin de répondre à un intérêt collectif qui se cristallise dans la gestion pérenne d'une ressource foncière ou dans l'amélioration substantielle d'une ressource informationnelle. Partant, deux logiques ont pu être analysées : l'une de protection du bien et l'autre d'accès au bien. Cela a permis de dépasser le strict cadre des communs et d'observer de nouvelles formes d'usage partagé d'un bien, donc de rendre compte d'une hybridation possible entre les notions d'usage partagé et de propriété.

**620. La réception théorique de l'hybridation : la propriété inclusive.** La mise en relation de ce phénomène et de la propriété fut une étape nécessaire. Pour certains, le collectif ne pourrait se concilier avec le propre, l'usage partagé s'opposerait alors à la propriété. Pour d'autres, la propriété devrait faire l'objet d'une nouvelle théorisation avec le modèle américain du *Bundle of Rights* pour référence. Pourtant, une autre solution se dessine, plus respectueuse de notre tradition et pouvant s'accorder avec le droit positif. Dans le schéma retenu, l'usage partagé d'un bien est une potentialité qui peut naître de la propriété. La propriété pourrait ainsi être tout autant exclusive qu'inclusive. En premier lieu, l'usage partagé d'un bien peut être imposé par le législateur. La solution est classique et s'inscrit dans la seconde partie de l'article 544 du Code civil. En second lieu, c'est le propriétaire qui procède à une distribution des utilités du bien et réalise son usage partagé. Théoriquement, cette possibilité s'inscrit comme le pendant négatif de l'exclusivisme. Si le propriétaire a la faculté d'exclure autrui de son bien, il peut également décider de l'inclure. Toutefois, la reconnaissance d'une telle potentialité impose de rompre avec la vision dogmatique du propriétaire souverain. Aussi, concevoir la propriété inclusive nécessite d'embrasser sa dimension instrumentale.

**621. La réception technique de l'hybridation : la modulation de la propriété.** Pour inclure autrui dans un rapport d'appropriation, encore faut-il procéder à un aménagement des caractères de la propriété. D'un point de vue matériel, en prenant l'absolutisme comme référence, moduler la propriété revient à limiter les pouvoirs du propriétaire sur le bien. Le

propriétaire n'est alors plus souverain de la chose, celle-ci voyant ces usages partagés. D'un point de vue relationnel, moduler la propriété revient à reconnaître des droits existants qui permettent la jouissance d'une ou plusieurs personnes sur le bien. Dès lors, c'est l'exclusivisme qui est modulé. Aussi, la recherche des techniques permettant cette modulation fut une étape essentielle, car, avec elles, ce sont les techniques de conciliation qui se révèlent.

**622. La technique de conciliation transversale : la fonctionnalisation collective.** La première des techniques peut être analysée comme un mécanisme général permettant la modulation de la propriété : la fonctionnalisation. Avec ce terme, nous proposons de transcrire le mode opératoire réalisé à travers les notions d'affectation et de destination. Affecter son bien, ou sa propriété, c'est lui donner une finalité. C'est donc l'instrumentaliser, en l'accompagnant de techniques qui permettent sa réalisation (obligation positive ou négative, par exemple). L'affectation va ainsi finaliser le rapport d'appropriation en instaurant des normes d'usage qu'il conviendra de suivre. Cette technique d'affectation peut prendre une résonance particulière lorsqu'elle s'inscrit dans une logique collective, ce que nous avons dénommé des fonctionnalisations collectives. En réceptionnant un intérêt collectif, pour le propriétaire ou, au nom de l'intérêt général, pour le législateur, l'affectation va prendre une dimension collective en réalisant le partage des utilités du bien. Cela aura un double effet : limiter le pouvoir du propriétaire sur son bien et inclure autrui dans le rapport d'appropriation.

**623. La recherche des fonctionnalisations collectives dans le droit positif.** Par l'étude du droit positif, plusieurs techniques ont pu être analysées comme réalisant cette fonctionnalisation collective. Elles peuvent tout d'abord prendre la forme d'une affectation imposée au propriétaire. C'est notamment le cas de certaines exceptions au droit d'auteur qui vont permettre au public de jouir d'une utilité initialement réservée à l'auteur. Elles peuvent également être réalisées par le propriétaire lui-même. Celui-ci pourra ainsi utiliser l'outil contractuel afin de réaliser cette fonctionnalisation collective, notamment grâce aux licences dites libres. Ici, le propriétaire va réaliser le partage de l'usage de son bien en permettant aux licenciés d'user librement des utilités de l'œuvre appropriée. De même, dans le cadre des biens fonciers, le propriétaire peut contracter une obligation réelle environnementale avec une personne morale habilitée. Son bien s'inscrira alors dans une finalité de protection tout en réalisant un partage de ses utilités. Pour autant, l'usage partagé d'un bien foncier ne se réalise pas avec autant de facilité que pour une œuvre de l'esprit. En appréhendant le bien à partir de ses utilités économiques, le Code de la propriété intellectuelle facilite leurs distributions. Les

techniques présentes en droit des biens sont quant à elles dépendantes de la vision corporelle de la chose, elles ne permettent pas de distribuer librement les utilités d'un bien entre plusieurs titulaires de droit. En ce sens, le Code civil est le reflet de l'antagonisme historique opposant l'usage partagé d'un bien et la propriété, ces techniques ne laissant que peu de place à leur conciliation.

**624. La technique renouvelée, les droits réels de jouissance spéciale.** En libérant les droits réels de la théorie du *numerus clausus* des droits réels, la Cour de cassation opère un mouvement de contractualisation du droit des biens dont le droit réel de jouissance spéciale est l'exemple saillant. À travers eux, la possibilité de conférer des droits réels portant sur des utilités spécifiques et déterminées est reconnue. La jouissance est spéciale par opposition à la jouissance générale que confère par exemple l'usufruit. En permettant des jouissances aussi restreintes, les potentialités collectives de ces droits se révèlent. Rien ne semble empêcher, *a priori*, que le propriétaire du bien opère une distribution des utilités de son bien en contractant, avec des titulaires différents, plusieurs droits réels de jouissance spéciale portant sur des utilités déterminées. L'usage partagé du bien serait alors réalisé par l'affectation de certaines de ses utilités à plusieurs titulaires, réalisant ainsi l'usage partagé du bien. Cette potentialité pourrait prendre une tournure plus collective encore lorsqu'un intérêt collectif, la protection du bien par exemple, commanderait ces affectations. La fonctionnalisation collective du bien apparaîtrait pleinement retranscrite, ce qui pourrait conduire à la mise en place d'une communauté de titulaires de droits créée autour d'une chose, par la distribution de ses utilités. Ce faisant, la communauté sortirait des entrailles de la propriété.

**625. Proposition pour la perpétuité relative des droits réels de jouissance spéciale.** La dimension collective des droits réels de jouissance spéciale nécessitait d'interroger leur temporalité. Si la Cour de cassation refuse, pour l'instant, de reconnaître la perpétuité des droits réels de jouissance spéciale, elle permet d'inscrire le droit dans le temps long, notamment en permettant aux parties de fixer la durée du droit sur la durée de vie des personnes morales. La perpétuité, bien que prohibée en droit, devient factuelle. Dès lors, la question de la perpétuité de ces droits réels pouvait être envisagée sous un prisme nouveau. Nous avons alors proposé la perpétuité des droits réels de jouissance spéciale, celle-ci devant néanmoins être relativisée par la mise en place de mécanismes d'extinction du droit (prescription extinctive, abus de jouissance, réalisation du but déterminé) afin de ne pas concurrencer la propriété. Conçue ainsi, la perpétuité prend une résonance toute médiévale,



celle d'un droit inscrit dans la continuité et non dans l'éternité. Une telle possibilité permettrait de finaliser le rapport d'appropriation en vue de la réalisation de certains intérêts collectifs.

**626. Le retour aux choses, à leurs utilités.** Le retour des logiques collectives qui font de l'usage partagé d'un bien une réalité positive peut être analysé sous un prisme plus large. S'intéresser à la question générale de l'appropriation, de ses multiples expressions, c'est nécessairement interroger le regard que l'homme pose sur les choses. Aussi, que l'usage partagé soit le résultat d'une imposition législative ou d'une volonté du propriétaire, il induit une représentation de la chose appropriée comme une somme d'utilités pouvant, le cas échéant, être distribuée à autrui. Est-ce à dire que la chose n'a plus vocation à être comprise par sa corporéité ? Nous ne le pensons pas. La propriété exclusive et individuelle n'a pas vocation à disparaître, elle demeure le modèle principal de l'appropriation. Il semble plutôt qu'elle puisse également être le réceptacle d'un intérêt collectif. Comme les logiques de protection et d'accès semblent le confirmer, l'intérêt collectif qui sied au partage des utilités des choses n'est, peut-être, que la redécouverte des choses. Les utilités d'un bien informationnel peuvent ainsi être librement partagées entre une multiplicité de personnes parce que ce bien est doué d'ubiquité. De même, l'environnement nécessite d'être protégé, car les biens qui le composent doivent être transmis aux générations futures. Sans aller jusqu'à affirmer que les choses dictent les solutions, elles les inspirent. Dès lors, la conciliation de l'usage partagé et de la propriété pourrait être perçue comme la conciliation de l'objectivisme et du subjectivisme.

**627. La conciliation des héritages ?** Au regard de notre passé juridique, cette conciliation de l'usage partagé et de la propriété trouve un certain écho. Le retour de l'usage partagé signe la renaissance de la tradition médiévale de l'appropriation, du moins en matière immobilière. S'il faut se garder d'ériger des ponts trop francs entre des époques et des droits différents, le lien de filiation est perceptible. Évoquant la possibilité d'une conception atemporelle de la propriété, Philippe Jestaz la décrit comme « *l'appartenance d'une chose, corporelle ou incorporelle, à titre privé ou public, avec ou sans affectation, avec ou sans charges, enfin avec ou sans éclatement de certains usages ou valeurs au profit de plusieurs titulaires* »<sup>1788</sup>. Si l'auteur reconnaît volontiers le caractère iconoclaste d'une telle définition, la conclusion de

---

<sup>1788</sup> P. Jestaz, « L'atemporalité et l'autonomie des grands concepts en droit privé », in *Penser l'ancien droit privé*, X. Prévost et N. Laurent-Bonne (dir.), LGDJ, 2018, p. 57.

notre étude semble s'en rapprocher. La propriété, en se conciliant avec l'usage partagé du bien, gagne en potentialité. Plus tout à fait moderne, elle s'adapte aux considérations de son temps.

## BIBLIOGRAPHIE

### *Ouvrages juridiques*

#### *Manuels et ouvrages généraux*

**Ahrens (H.)**, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, T. 2, Leipzig, 1868.

**Atias (C.)**, *Droit civil. Les biens*, Litec, 4<sup>ème</sup> éd, 1999.

**Aubry (C.) et Rau (C.)**,

- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, T. 2, 4<sup>ème</sup> éd., 1869.
- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, T. 2, 1<sup>ère</sup> éd., 1839.

**Bergel (J.-L.), Bruschi (M.), Cimamonti (S.)**, *Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010.

**Berlioz (P.)**, *Droit des biens*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2014.

**Binctin (N.)**, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., Coll. Manuel, 2018.

**Capitant (H.), Terré (F.), Lequette (Y.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, T.1, 13<sup>ème</sup> éd., 2015.

**Carbonnier (J.)**, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, P.U.F, T. 2, 1<sup>ère</sup> éd., Coll. Quadrages, 2004.

**Champeil-Desplats (V.)**, *Méthodologie du droit et sciences du droit*, Dalloz, 2014.

**Chapus (R.)**, *Droit administratif général*, Montchrétien, T.2, 15<sup>ème</sup> éd., Coll. Domat droit public, 2001.

**Choisy (S.)**, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, Publication de l'IRPI, Paris, 2002.

**Cohen (V.-D.),** *Les logiciels libres. Cadre juridique et licences associées*, éd. AFNOR, Coll. Droit & PME, 2014.

**David (R.), Jauffret-Spinosi (C.), Goré (M.),** *Les grands systèmes de droits contemporains*, Dalloz, coll. Précis, 12<sup>ème</sup> éd., Paris, 2016.

**de Gaudemar (H.),** *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse, Paris II, 2006.

**Demante (A.-M.),** *Cours analytique de Code civil*, T. 2, Plon, 1881.

**Demolombe (C.),**

- *Cours de code Napoléon, De la distinction des biens ; de la propriété ; de l'usufruit ; de l'usage et de l'habitation*, T. 2, 1854.
- *Cours de Code Napoléon, Traité de la distinction des biens*, T. 1, 1881.

**Desbois (H.),** « Le droit d'auteur en France », Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 1978.

**Deumier (P.),** *Introduction générale au droit*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., Coll. Manuel, 2019.

**Duguit (L.),** *Les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, éd. F. Alcan, 1912.

**Duranton (A.),** *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. 4, 2<sup>ème</sup> éd., 1828.

**Foulquier (N.),** *Droit administratif des biens*, LexisNexis, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, 2015.

**Gauthier (P.-Y.),** *Propriété littéraire et artistique*, P.U.F, 11<sup>ème</sup> éd., Coll. Droit fondamental, 2019.

**Godfrin (P.), Degoffe (M.),** *Droit administratif des biens*, 12<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2018.

**Josserand (L.),**

- *Cours de droit civil français*, T. 1, 1933.
- *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Préface Deroussin (D.), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2006.

**Larroumet (C.), Mallet-Bricout (B.),** *Traité de droit civil : Les biens, droits réels principaux*, Economica, T.2, 6<sup>ème</sup> éd., Coll. Corpus droit privé, 2019.

**Laurent (F.),** *Principe de droit civil*, T. 6, 1869.

**Lesenne (N.-M.),** *De la propriété avec ses démembrements*, Cosse et Marchal, 1858.

**Malaurie (P.), Aynes (L.),** *Les biens*, LGDJ, 7ème éd, Coll. Droit civil, 2017.

**Malinvaud (P.),** *Le cadre juridique des relations économiques (introduction au droit)*, Litec, 1975.

**Marcadé (V.-N.),** *Éléments du droit civil français ou explication méthodique et raisonnée du code civil*, 2<sup>ème</sup> éd, 1844.

**Mazeaud (H., L., et J), Chabas (F.),** *Leçon de droit civil*, Montchrestien, T.2, 8<sup>ème</sup> éd, vol. 2, 1994.

**Mazeaud (H.),** *Leçons de droit civil*, Montchrestien, T. 2, 8<sup>ème</sup> éd., voL.2, 1994.

**Merlin de Douai (P.-A.),** *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5 éd, 1827-1828.

**Patault (A.-M.),** *Introduction à l'histoire du droit des biens*, P.U.F, coll. Droit fondamental, 1989.

**Planiol (M.), Ripert (G.),**

- *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, T. 3, 11<sup>ème</sup> éd., 1928.
- *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, T. 3, 2<sup>ème</sup> éd., 1952.
- Avec Boulanger (J.), *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, T. 1, 5<sup>ème</sup> éd., 1950.

**Planiol (M.),** *Traité élémentaire de droit civil*, T. 1, 1<sup>ère</sup> éd. Pichon, 1900.

**Proudhon (J.-B.-V.),**

- *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, T. 1, 2<sup>ème</sup> éd., 1836.

- *Traité du domaine de la propriété, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, T. 1, 1839.

**Roland (H.), Boyer (L.),** *Adages du droit français*, 4<sup>ème</sup> éd., Litec, 1999.

**Rochfeld (J.),** *Les grandes notions du droit privé*, P.U.F, Coll. Thémis, 2<sup>ème</sup> éd., 2013.

**Sacco (R.),** *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991.

**Saleilles (R.),**

- *De la personnalité juridique*, éd. A. Rousseau, 2<sup>ème</sup> éd., 1922.
- *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 1925.

**Sirinelli (P.), Galvada (C.), Simon (G.),** *Lamy droit des médias et de la communication*, Lamy, 2000.

**Terré (F.), Simler (P.),** *Les biens*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., Coll. Précis, 2018.

**Terré (F.), Simler (P.), Lequette (Y.), Chénéde (F.),** *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., Coll. Précis, 2018.

**Toullier (C.-B.-M.),**

- *Le droit civil français suivant l'ordre du code civil*, T. 3, 3<sup>ème</sup> éd., 1820.
- *Le droit civil français suivant l'ordre du code civil*, T. 3, 4<sup>ème</sup> éd., 1822.
- *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, T.1, 5<sup>ème</sup> éd., 1824.

**Van Lang (A.),** *Droit de l'environnement*, P.U.F, 3<sup>ème</sup> éd., Coll. Thémis, 2011.

**Viandier (A.),** *Recherche de légistique comparée*, Springer Verlag, Berlin, 1988.

**Vivant (M.), Bruguières (J.-M.),**

- *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., Coll. Précis, 2016.
- *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., Coll. Précis, 2019.

**Von Savigny (F.-C.),**

- *Du fondement de la protection possessoire. Révision de la théorie de la possession*, Gand et Paris, Trad. par de Meulenaere (O.), 1875.
- *Traité de la possession en droit romain*, 7<sup>ème</sup> éd., Bruylant, Trad. par Staedtler (H.), Bruxelles, 1966.

## ***Ouvrages spéciaux***

### *Thèses*

**Agostini (F.-X.)**, *La jouissance des biens*, Thèse, Aix-en-Provence, 2017.

**Arsac (A.)**, *La propriété fiduciaire : nature et régime*, LGDJ, Coll. Droit des affaires, 2015.

**Aubry (M. C.)**, *Le patrimoine d'affectation*, Thèse, Paris 13, 2010.

**Balivet (B.)**, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Thèse, Lyon III, 2004.

**Barbier (G.)**, *La subjectivisation des choses en droit privé*, Thèse, Bordeaux, 2016.

**Barrière (F.)**, *La réception du Trust au travers de la fiducie*, Litec, 2004.

**Becquet (S.)**, *Le bien industriel*, LGDJ, Coll. Thèses, 2005.

**Belfanti (L.)**, *La notion de destination de l'immeuble en copropriété*, Thèse, Montpellier I, 1999.

**Berger-Tarare (C.)**, *Le fiduciaire défaillant, Regards croisés en droit des biens et droit des obligations*, LGDJ, Coll. Thèses, 2015.

**Berlioz (P.)**, *La notion de bien*, LGDJ, Coll. Thèses, 2007.

**Boffa (R.)**, *La destination de la chose*, Defrénois, Coll. Doctorat & Notariat, 2008.

**Brunet (F.)**, *La normativité du droit*, éd. Mare & Martin, 2011.

**Chamard (C.)**, *La distinction des biens publics et des biens privés, contribution à la définition de la notion de biens publics*, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2004.

**Chardeaux (M.-A.)**, *Les choses communes*, LGDJ, Coll. Thèses, 2006.

**Chiffert (L.)**, *De la vaine pâture*, Thèse, Paris, 1899.

**Clément-Fontaine (M.)**, *L'oeuvre libre*, Larcier, Coll. Création Information Communication 2014.

**Cozian (S.)**, *La prohibition des engagements perpétuels*, Thèse, Montpellier I, 2009.

**Deffairi (M.)**, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, éd. IRJS, Coll. André Tunc, 2015.

**Dieng (M.)**, *Exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, Thèse, Paris II, 2012.

**Dreveau (C.)**, *L'affectation de l'immeuble : étude de droits des biens et de droits des contrats*, Thèse, Nantes, 2008.

**Ducoin (C.)**, *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil*, Thèse, Lyon, 1913.

**Dusollier (S.)**, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, Coll. Création Information Communication, 2<sup>nd</sup> éd., 2007.

**F. Danos**, *Propriété, possession et opposabilité*, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2007.

**Fabre (M.)**, *L'usufruit atypique, Contribution à la notion de démembrement de la propriété*, Thèse, Paris II, 2018.



**Fresne (B.)**, *Les dérogations au droit de reproduction des œuvres en droit français*, Thèse, Paris, 1973.

**Gaillard (A.)**, *Le fondement du droit des sépultures*, Institut Universitaire Varenne, Coll. Thèses, 2017.

**Galopin (B.)**, *Les exceptions à un usage public en droit d'auteur*, LexisNexis, Paris, 2012.

**Gau-Cabée (C.)**, *Droits d'usage et code civil, l'invention d'un hybride juridique*, LGDJ, Coll. Thèses, 2006.

**Gerry-Vernières (S.)**, *Les petites sources du droit, à propos des sources étatiques non contraignantes*, Economica, 2012.

**Gounot (E.)**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Rousseau, 1912.

**Gouret (C.)**, *L'administration fiduciaire, contribution à l'étude de la fiducie*, Thèse, Montpellier, 2017.

**Grimaldi (S.)**, *Le caractère viager de l'usufruit : essai de pratique professionnelle*, thèse Paris II, 2000, p. 52.

**Guinchard (S.)**, *L'affectation des biens en droit privé*, LGDJ, 1976.

**Gulphe (P.)**, *L'immobilisation par destination*, Thèse, Paris, 1943.

**Hansenne (J.)**, *La servitude collective modalité du service foncier individuel ou concept original ?*, Thèse, Liège, 1969.

**Hauser (J.)**, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, Bibl. de droit privé, 1971.

**Inserguet-Brisset (V.)**, *Propriété publique et environnement*, LGDJ, 1994.

**Kilgus (N.),** *L'usufruit des biens incorporels*, Defrénois, Coll. Doctorat et Notariat, 2018.

**Lafay (F.),** *La modulation du droit par le juge, étude de droit privé et de sciences criminelles*, PUAM, 2006.

**Leray (G.),** *L'immeuble et la protection de la nature*, LGDJ, Coll. Thèses, 2019.

**Logeat (C.),** *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques. 2011.

**Malaurie (P.),** *L'ordre public et le contrat*, éd. Matot-Braine, 1953.

**Masson (F.),** *La propriété commune*, Thèse, Paris I, 2016.

**Meiller (E.),** *La notion de servitude*, LGDJ, Coll. Thèses, 2012.

**Mekki (M.),** *L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Coll. Thèses, 2004.

**Monteillet (V.),** *La contractualisation du droit de l'environnement*, LGDJ, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2017.

**Moreau (A.),** *Le copyleft appliqué à la création hors logiciel, une reformulation des données culturelles*, Thèse, Nice, 2011.

**Némoz-Rajot (Q.),** *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, Thèse, Lyon III, 2015.

**Niort (J.-F.),** *Homo civilis, Contribution à l'histoire du Code civil français*, T. 1, PUAM, 2004.

**Nory (J.),** *Le droit de propriété et l'intérêt général*, Thèse, Lille, 1923.

**Oppetit (B.),** *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, Thèse, Paris, 1963.

**Ottimofiore (G.),** *Le droit de propriété, un droit fondamental entre inclusion et exclusion*, Schulthess, Coll. Travaux de la faculté de droit de l'Université de Fribourg, Genève, 2012.

**Pichard (M.),** *Le droit à*, Études de législation française, Economica, Coll. Recherches Juridiques, 2006.

**Pourquier (C.),** *Propriété et perpétuité, Essai sur la durée du droit de propriété*, PUAM, 2000.

**Ravenne (S.),** *Les propriétés imparfaites, Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, Thèse, Paris-Dauphine, 2007.

**Raynard (J.),** *Droit d'auteur et conflits de lois*, Litec, 1990.

**Renoux-Zagamé (M.-F.),** *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Droz, 1987.

**Rigaud (L.),** *Le droit réel, Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, Thèse, Toulouse, 1912.

**Rolain (M.),** *Les limitations au droit de propriété en matière immobilière*, Thèse, Nice, 2015.

**Saugez (H.),** *L'affectation des biens à l'utilité publique : Contribution à la théorie générale du domaine public*, Thèse Orléans, 2012.

**Schmaltz (B.),** *Les personnes publiques propriétaires*, Lyon, 2014.

**Séchier-Dechevrens (J.),** *Essai sur la notion d'immobilisation par destination*, Thèse Lyon, 2005.

**Simler (C.),** *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, Coll. du CEIPI, 2010.

**Storck (J.-P.),** *Recherche sur le rôle de la destination des biens en droit privé*, Thèse, Strasbourg, 1979.

**Tadros (A.),** *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèse, 2013.

**Torricelli-Chrifi (S.),** *La pratique notariale, source du droit*, Defrénois, Coll. Doctorat et Notariat, 2015.

**Trémorin (Y.),** *L'immobilisation par destination*, Thèse, Potiers, 2000.

**Trigeaud (J.-M.),** *La possession des biens immobiliers*, Économica, 1981.

**Valoty (S.),** *La potestativité dans les rapports contractuels*, PUAM, 1999.

**Vanuxem (S.),** *Les choses saisies par la propriété*, IRJS éd, Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc, 2012.

**Vern (F.),** *Les objets juridiques. Recherches en droit des biens*, Thèse, IEP Paris, 2018.

**Xifaras (M.),** *La propriété, étude de philosophie du droit*, P.U.F, 2004.

**Yolka (P.),** *La propriété publique : éléments pour une théorie*, LGDJ, 1997.

**Zenati (F.),** *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Lyon 3, 1981.

### ***Monographies***

**Barraud (B.),** *Le droit postmoderne*, L'Harmattan, Paris, 2017.

**Baudrillart (J.-J.),** *Traité général des eaux et forêts*, Huzard, Paris, 1825.

**Boncert (P.-F.),** *Inconvénients des droits féodaux*, Paris, 1776.

**Chevallier (J.),** *L'État postmoderne*, LGDJ, 5ème éd., 2017.

**de Béchillon (D.),** *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, éd. Odile Jacob, 1997.

**Garsonnet (E.),** *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, Larose, Paris, 1879.

**Gérard (P.), Ost (F.), van de Kerchove (M.),** *Droit négocié, droit imposé ?*, FUSL, Bruxelles, 1996.

**Grotius (H.),** *Le droit de la guerre et de la paix*, Trad. par Barbeyrac (J.), T. 1, Amsterdam, 1724.

**Lamarque (J.),** *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*, LGDJ, 1973.

**Lessig (L.),** *L'avenir des idées*, P.U.L, 2005, Lyon.

**Locke (J.),** *Traité du gouvernement civil*, Trad. par Mazel (D.), 1725, n°27.

**Me Roland,** *Étude sur la loi du 23 Mars 1855 sur la transcription hypothécaire, principalement dans ses rapports avec les notaires*, Toulon, 1881.

**Ost (F.),** *La nature hors la loi, l'écologie à l'épreuve du droit*, La découverte, 2003.

**Ost (F.), van de Kerchove (M.),** *de la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, PFUSL, 2<sup>nd</sup> éd., 2010, Bruxelles.

**Rémond-Gouilloud (M.),** *Du droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement*, P.U.F, 1989.

**Renouard (A.-C.),** *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes de droit civil sur les personnes et sur les choses* », éd. Guillaumin, 1860.

**Supiot (A.),** *La contractualisation de la société*, Université de tous les savoirs, 2001.

**Troplong (M.)**, *Commentaire de la loi du 23 Mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, C. Hingray, 1856, Paris.

**Villey (M.)**,

- préface de la thèse de Ar. Poulantzas (N.), *Nature des choses et droit, essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, LGDJ, Bibl. de philosophie du droit, 1965.
- *La formation de la pensée juridique moderne*, P.U.F, coll. Léviathan, Paris, 2003.
- *Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais*, Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2009.

**Worms (F.) (dir.)**, *Droit de l'homme et philosophie, une anthologie (1789-1914)*, CNRS éd., 2009.

### *Ouvrages collectifs*

**Boccon-Gibod (T.) et Crétois (P.) (dir.)**, *État social, propriété publique et biens communs*, éd. Le bord de l'eau, 2015.

**Boffa (R.) (dir.)**, *L'avenir du droit des biens*, LGDJ, coll. Grands colloques, 2016.

**Bruguière (J.-M.), Mallet-Pujot (N.), Robin (A.) (dir.)**, *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, Coll. Institut de Droit des Affaires, 2007.

**Chaigneau (A.) (dir.)**, *Fonctions de la propriété et communs, regards comparatistes*, Société de législation comparée, Coll. Droit comparé et européen, Vol. 27, Paris, 2017.

**Coriat (B.) (dir.)**, *Le retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire*, L.L.L., Paris, 2015.

**Couture (M.), Dubé (M.) et Malissard (P.) (dir.)**, *Propriété intellectuelle et université. Entre la libre circulation des idées et la privatisation des savoirs*, Presses de l'Université du Québec, Coll. Enseignement supérieur, 2000.

**Ewald (F.) (dir.)**, *Naissance du Code civil*, Flammarion, 2<sup>nd</sup> éd., 2004.

**Falque (M.) et Massenet (M.) (dir.)**, *Droits de propriété et environnement*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1997.

**Falque (M.), Lafonte (H.) et Saglio (J.-F.) (dir.)**, *Les Ressources foncières, Droits de propriété, économie et environnement*, VIème conférence internationale, Bruylant, 2007.

**Grimonprez (B.) (dir)**, *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2018.

**M. Hauterau-Boutenet (M.) et Porchy-Simon (S.) (dir.)**, « *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?* », Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2019.

**Hauterau-Boutonet (M.) (dir.)**, *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*, PUAM, Coll. Droit(s) de l'environnement, 2014.

**Herrera (C.M.) (dir)**, *Actualité de Kelsen en France*, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2001.

**Huten (N.), Struillou (J.-F.) (dir.)**, *Les servitudes environnementales*, Les Cahiers du GRIDAUH, n°28, 2015.

**Julien (J.) et Rebourg (M.) (dir)**, *Les patrimoines affectés*, Presses de l'Université de Toulouse I Capitole – LGDJ – Lextenso, Coll. Actes du colloque de l'IFR, 2013.

**Mousseron (P.)**, *Les usages, L'autre droit de l'entreprise*, Coll. Droit & Professionnel, LexisNexis, 2014.

**Ost (F.) et Gutwirth (S.) (dir)**, *Quel avenir pour le droit de l'environnement*, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1996.

**Pâques (M.) (dir.)**, *Le droit de propriété et Natura 2000. Rapport de synthèse et rapports nationaux*, Bruylant, 2005.

**Vanuxem (S.) et Guibet-Lafaye (C.) (dir.)**, *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, PUAM, 2015.

## *Encyclopédies*

**Cornu (M.), Orsi (F.), Rochfeld (J.) (dir.),** *Dictionnaire des biens communs*, P.U.F, Coll. Quadrige, 2017 :

- **Assier-Andrieu (L.),** « Communauté (Anthropologie du droit), p. 221.
- **Binctin (N.),** « Licence (Propriété intellectuelle) » ; p. 739.
- **Binctin (N.),** « Limitations en droit des brevets », p. 752.
- **Boffa (R.),** « Biens destinés ». p. 119.
- **Broca (S.),** « Boyle (James) », p. 139.
- **Cangelosi (E.),** « Communis », p. 258.
- **Chardeaux (M.-A.),** « Eau ». p. 461.
- **Clément-Fontaine (M.),** « Communauté épistémique (numérique) (approche juridique) », p. 237.
- **Coriat (B.),** « Communs (approche économique) », p. 268.
- **Coriat (B.),** « Communs informationnels », p. 275.
- **Cornu (M.), Leniaud (J.-M.),** « Monument historique (approche historique de l'art et approche juridique) », p. 814.
- **Danis-Fatôme (A.),** « Le domaine public environnemental », p. 388.
- **Danos (F.),** « Jhering (Rudof von) », p. 715.
- **de Saint-Victor (J.),** « Communaux », p. 89.
- **Deffairi (M.),** « Le patrimoine commun de la Nation ». p. 893.
- **Dross (W.),** « Indivision ». p. 660.



- **Dusollier (S.)**, « Exceptions et limitations au droit d'auteur ». p. 528.
- **Dusollier (S.)**, « Semicommuns ». p. 1099.
- **Grossi (P.)**, « Droit civiques d'usage (Italie) », p. 439.
- **Halpérin (J.-L.)**, « Fonction sociale de la propriété », p. 559.
- **Krikorian (G.)**, « Licence obligatoire » p. 745.
- **Martin (G.)**, « Biens environnements (approche juridique) ». p. 122.
- **Martin (G.)**, « Servitude environnementale ». p. 1116.
- **Mekki (M.)**, « Intérêt collectif », p. 687.
- **Mekki (M.)**, « Intérêt commun », p. 687.
- **Mekki (M.)**, « Intérêt général (approche juridique) », p. 695.
- **Mercier (S.)**, « Enclosure de la connaissance (approche pratique) », p. 512.
- **Napoli (P.)**, « Usage », p. 1185.
- **Orsi (F.)**, « Faisceau de droits (*Bundle of rights*) » p. 547.
- **Ost (F.)**, « Transpropriation », p. 1177.
- **Rochfeld (J.)**, « Accès (enjeux théoriques) », p. 7.
- **Rochfeld (J.)**, « Chose commune (approche juridique) ». p. 176.
- **Rochfeld (J.)**, « communauté négative, positive, diffuse ». p. 241.
- **Rochfeld (J.)**, **Dusollier (S.)**, « Propriété inclusive », p. 983.
- **Rolin (F.)**, « Servitude d'utilité publique ». p. 1113.
- **Sultan (F.)**, « *Commoner* » p. 202. P. 204.
- **Vanuxem (S.)**, « Chose ». p. 172.

- **Weinstein (O.)**, « Gouvernance ». p. 601.

**Cornu (G.) (dir)**, *Vocabulaire juridique*, P.U.F, 12<sup>ème</sup> éd., 2018 :

- V° « Acte juridique »

**Guinchard (S.) et Debard (T.) (dir)**, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 27<sup>ème</sup> éd., 2019

- V° « Acte juridique »

**Assier-Andrieu (L.)**, « Coutume et usage », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Alland (D.) et Rials (S.) (dir.), P.U.F, coll. *Quadriges*, 2003, p. 317 .

**Delebecque (A.)**, *Bulletin usuel des lois et arrêtés concernant l'administration générale 1539-1813*, Bruylant, Bruxelles, 1861.

**Sériaux (A.)**, « Modes d'acquisition de la propriété. Choses communes », article 714, *JurisClasseur civil*, 2011.

## **Articles**

**Albiges (C.)**, « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD civ*, 2016, p. 795.

**Alleaume (C.)**, « La contractualisation des exceptions – la situation en France », *Propri. Intell.*, 2007, p. 437.

**Amselek (P.)**, « Éléments d'une définition de la recherche juridique », *APD*, n° 24, 1979, p.303.

**Ancel (P.)**, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ*, 1999, p. 771.

**Andreu (L.)**,

- « L'intégration jurisprudentielle des projets de réformes dans le droit positif », *D.*, 2013, p. 2108.
- « Analyse et régime des droits de jouissance spéciale », in *Liberté contractuelle et droits réels*, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 137.

**Arnaud (A.-J.),** « Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le droit postmoderne », *Droit et société*, n°17, 1991, p. 38.

**Aubin (D.), Nahrath (S.), Varone (F.),** « Paysage et propriété : un retour vers la *pluria dominia* », article publié sur la base de données du centre international de recherche sur les problèmes environnementaux : <http://www.icrei.fr/documentation/gestion-en-commun/>. 2006.

**Audren (F.), Fillon (C.),** « Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale », *RTD civ*, 2009, p. 9.

**Barale (J.),** « Le régime juridique de l'eau, richesse nationale (Loi du 16 décembre 1964) », *RDP*, 1965, p. 615.

**Barbièri (J.-F.),** « Revirement : le « droit de jouissance spéciale » peut à nouveau être perpétuel », *LPA*, 22 août 2018, p. 10.

**Barraud (B.),** « La science et la doctrine juridique à l'épreuve de la polysémie des concepts », *RIEJ*, vol. 76, 2016, p. 5.

**Bartoloméo (C.),** « Analyse et formule d'un droit de jouissance spéciale », *Deffrénois*, 15 décembre 2016, p. 1253.

**Bates (V. R.),** « La propriété comme préalable à la prévention de la pollution de l'eau », in *Droits de propriété et environnement* », Dalloz, 1997, p. 263.

**Bénabou (V.-L.),**

- « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle ? », *RLDI*, n°1, 2005, p. 57.
- Bennet (M.), « Le droit ou l'analyse philosophique des droits selon W.N. Hohfeld », *Klesis, Revue philosophique*, N°21, 2011, p. 143.
- « L'originalité, un janus juridique, regards sur la naissance d'une notion autonome en droit de l'union », in *Mélange en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 17.

**Bergel (J.-L.),**

- « Les biens en indivision forcée et perpétuelle échappent au droit commun de l'indivision et au principe du partage », *RDI*, 2014, p. 401.
- « Un droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot est perpétuel », *RDI*, 2018, p. 448.

**Billet (P.),** « La réification de la nature et de ses services », in *Le droit des biens au service de la transition écologique*, B. Grimonprez (dir), Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 2018, p. 1.

**Bodiguel (L.),** « Expérimenter une nouvelle gouvernance locale : Natura 2000 », in *L'estuaire de la Loire. Un territoire en développement durable ?*, PUR, 2009, p. 291.

**Boffa (R.),**

- « L'ordre public des biens au XXIème siècle : rapport de synthèse », in *Liberté contractuelle et droits réels*, Institut Varennes, Coll. Colloques et essais, 2015, p. 277.
- « Quel avenir pour les droits réels », in *L'avenir du droit des biens*, Actes du colloque organisé à Lille le 7 mars 2014, Boffa (R.) (dir.), LGDJ, Coll. Grands colloques, 2016, p. 83.
- « Maison de la Poésie : la messe est dite », *RDC*, 2017, p. 60.
- « Le droit de jouissance exclusif n'est toujours pas un droit de propriété », *RDC*, 2018, p. 217.

**Bories (S.),** « Et du droit, tu pourras être instruit », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001 p. 734.

**Boudot (M.),** « L'image du "démembrement" dans la doctrine française », in *L'enseignement du droit au début du XXIème siècle, perspective critique*, Lextenso, 2010, p. 33.

**Breton (A.),** « Théorie générale de la renonciation aux droits réels. Le déguerpissement en droit civil français », *RTD civ*, 1928, p. 26.

**Bus (J.-P.),** « Droit réel et restriction d'usage : une innovation juridique », *D.*, 2015, p. 64.

**Buydens (M.), Dusollier (S.),** « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *CCE*, n°9, 2001, p. 10.

**Calais-Auloy (J.),** « Les délits à grande échelle en droit civil français », *RIDC*, 1994, p. 379.

**Camproux-Duffrene (M.-P.),** « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le Code civil du dommage causé à l'environnement », *VertigO – La revue électronique en sciences de l'environnement*, Hors-série 22, septembre 2015.

**Cappelletti (M.),** « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *RIDC*, vol. 27, n° 3, 1975, p. 571.

**Carbonnier (J.),** « Communauté – Communisme – Propriété », *Écrits*, P.U.F, Paris, 2008, p. 381.

**Caron (C.),**

- « République numérique rime avec exceptions et limitations au droit d'auteur », *CCE*, n°11, novembre 2016, p. 28.
- **Caron (C.),** « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G*, 2004, doct. 162.

**Cassagnabère (C.),** « Définir l'affectation ? Réflexion sur la notion d'affectation sous le prisme de la volonté et de l'intérêt », *RJO*, 2013, p. 159.

**Castets-Renard (C.),** « Des biens aux services numériques : de l'ère de la propriété à l'âge de l'accès », in *Les biens numériques*, Netter (E.) et Chaigneau (A.) (dir.), CEPRISCA, Coll. Colloques, p. 203.

**Catala (P.),** « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.*, 1984, p. 229.

**Cau-Gabée (C.),** « La jurisprudence et les silences du Code civil. Lecture d'une carence originelle », *Droits*, n°47, 2008, p. 9.

**Chaigneau (A.),**

- « Des droits individuels sur des biens d'intérêts collectifs, à la recherche du commun », *RIDE*, T. 28, n° 3, 2014, p. 335.
- « Une propriété affectée au commun », in *Fonctions de la propriété et commun, regards comparatistes*, Chaigneau (A.) (dir.), Société de Législation Comparée, 2017, p. 57.

**Champeil-Desplats (V.),** « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de la normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°21 (Dossier : la normativité), Janvier 2007, (en ligne).

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

**Chénéde (F.),** « Charles Demolombe, la condition potestative », *RDC/3*, 2013, p. 291.

**Chevallier (J.),** « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998 p. 669.

**Clément-Fontaine (M.),**

- « Un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels », *in Les modèles propriétaires au XXIème siècle*, Actes du colloque international organisé par le CECOJI en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas, Coll. Faculté de droit et des sciences sociales, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2012, p. 63.
- « Les communs numériques », *in Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, Coll. Mélanges, 2014, p. 163.

**Coing (H.),** « Signification de la notion de droit subjectif », *APD*, T. 9, 1964, p. 5.

**Colas (E.),** « Tous les types de droits réels de jouissance spéciale peuvent-ils être perpétuels ? », *LPA*, 8 octobre 2018, p. 7.

**Coriat (B.), Broca (S.),** « Le logiciel libre et les communs, deux formes de résistance et d'alternative à l'exclusivisme propriétaire », *RIDE*, n° 3, 2015, p. 265.

**Crétois (P.),**

- « La propriété repensée par l'accès », *RIDE*, T. 28, n°3, 2014, p. 319.
- Avec Guibet-Lafaye (C.), « Y a-t-il une alternative à la conception exclusiviste classique du droit de propriété ? Une théorie inclusive de l'appropriation », *in État social, propriété publique et biens communs*, T. Boccon-Gibot et P. Crétois (dir), *Le bord de l'eau*, Coll. Les voies politiques, 2015, p. 71.

**d'Avout (L.), Mallet-Bricout (B.),**

- « La liberté de création des droits réels aujourd'hui », *D.*, 2013, p. 53.
- « De l'autonomie, de la durée et des causes d'extinction des droits réels de jouissance spéciale », *D.*, 2017, p. 134.

**Danis-Fatôme (A.),** « Biens publics, choses communes ou biens communs », *in Bien public, bien commun. Mélanges en l'honneur d'Étienne Fatôme*, Dalloz, Paris, 2011, p. 24.

**Danos (F.),**

- « Perpétuité, droits réels sur la chose d'autrui et droit de superficie », *Deffrénois*, 15 novembre 2012, p. 1067.
- « Le caractère temporaire du droit réel de jouissance spéciale consenti sur la durée de vie de la personne morale bénéficiaire », *RDC*, 2017/1, p. 123.
- « Le droit réel de jouissance spéciale attaché à un lot de copropriété peut être perpétuel », *RDC*, 2018/3, p. 436.
- « Servitude et droit réel de jouissance spéciale », *JCP G*, 2019, n°27, 730.

**de Malafosse (J.),** *La propriété gardienne de la nature*, Études J.Flour, 1979, p. 335.

**de Munagorri (R. E.),** « Kelsen et la théorie générale du contrat », *in Actualité de Kelsen en France*, C.M Herrera ( dir.), LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2001, p. 109.

**Deguergue (M.),** « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », *in Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, Paris, 2015.

**Demogue (R.),** « Les souvenirs de famille et leur condition juridique », *RTD civ*, 1928, p. 27.

**Denizot (A.),**

- « Protection des ensembles mixtes : enfin la loi ! », *RTD civ*, 2016, p. 953.
- « Le surclassement des immeubles inscrits », *RTD civ*, 2017, p. 737 .

**Depabt-Sebag (V.),** « L'usufruit temporaire des personnes physiques. Une institution en cours de rénovation », *RTD civ*, 2010, p. 669.

**Deumier (P.),** « La pratique et les sources du droit », *in Les sources du droit revisitées*, vol. 3, Hachez (I.), Cartuyvels (Y.), Dumont (H.), Gérard (P.), Ost (F.) et van de Kerchove (M.) (dir.), Anthemis, 2012, p. 111.

**Dockès (E.),** « Essai sur la notion d'usufruit », *RTD civ*, 1995, p. 479.

**Drapier (S.),**

- « La biodiversité, une chose commune », *RRJ*, Droit prospectif, PUAM, 2010-4, p. 2213.
- « Quel régime de responsabilité civile pour les choses communes endommagées ? », *RJE*, 2016, p. 695.

**Dross (W.),**

- « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ*, 2012, p. 41.
- « Que l'article 544 nous dit-il de la propriété ? », *RTD civ*, 2015, p. 27.
- « Que reste-t-il de l'arrêt *Maison de la Poésie* ? », *RTD civ*, 2015, p. 413.
- « L'arrêt *Maison de Poésie 2* : a-t-on seulement avancé ? », *RTD civ*, 2016, p. 894.
- « L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens », *Energie – Environnement – Infrastructure*, LexisNexis, juin 2017, p. 45.
- « La qualification du droit réel de jouissance spéciale », in *Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale, Actes du colloque du 18 janvier 2017*, NVP, n°324, juin 2017, p. 14.
- « La perpétuité du droit réel de jouissance spéciale : une réponse en trompe-l'œil », *RTD civ*, 2018, 712.
- « La propriété à l'épreuve de la préservation et du partage des ressources naturelles », in *Le droit des biens au service de la transition écologique*, B. Grimonprez (dir), Dalloz, 2018, p.29

**Dubarry (J.),**

- « Le régime juridique du droit réel de jouissance spéciale », in *Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale, Actes du colloque du 18 janvier 2017*, NVP, n°324, juin 2017, p. 16.
- « Comment cantonner le domaine des droits réels de jouissance spéciale pour préserver celui des autres droits réels », *D.*, 2019, p.1689.

**Dusollier (S.),**

- « Le domaine public, garant de l'intérêt public en propriété intellectuelle », in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 79.
- Dusollier (S.), « Le jeu du copyleft entre contrat et propriété », *Cah. Dr. entre.*, n° 6, dossier 52, 2015, p. 49.
- Dusollier (S.), « Pour un régime positif du domaine public », in *Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire*, B. Coriat,(dir.), L.L.L., 2015, p. 234.

**Echappé (O.),** « Propriété et droits réels principaux : les arrêts fondation *Maison de Poésie* », *Defrénois*, 23 août 2018, p.15.

**Eeckhoudt (M.),** « Droits réels de jouissance spéciale : un inventaire à la Prévert », *LPA*, n° 235, 2018, p. 9.



**Faure-Abbad (M.),** « La propriété d'un volume », *in Les propriétés*, M. Boudot et D. Veillon (dir.), Presses universitaires juridiques de Poitiers – LGDJ, 2015, p.199.

**Fortier (A.),** « Négociations autour de la biodiversité : la mise en œuvre de Natura 2000 en France », *in Les biodiversités. Objets, théories, pratiques*, CNRS éd., 2005, Paris, p. 227.

**François (J.),** « Qu'est-ce qu'un droit réel de jouissance spéciale », *D.*, 2019, p. 1660.

**Frison-Roche (M.-A.),**

- « Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété », *in Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 759 .
- « Propriétés intellectuelles, droits des marchés, régulation », *in Droit et économie de la propriété intellectuelle*, A. Abello et M.-A. Frison-Roche (dir), LGDJ, Coll. Droit et économie, 2005, p.23.
- « Le modèle du bon juge Magnaud », *in Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p.335.

**Galloux (J.-C.),** « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.*, 1994, p. 229.

**Garron (R.),** « Influence de la destination sur le régime juridique des droits », *D.*, 1965, p. 191.

**Girard (F.),** « La propriété inclusive au service des biens environnementaux. Repenser la propriété à partir du bundle of rights », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, n°6, 2016, p. 185.

**Goldsmith (F.),** « Le champ de la licence légale de l'article L.214-1 du Code de la propriété intellectuelle », *LEGICOM*, n° 32, 2004, p.41.

**Grimonprez (B.),**

- « La fonction environnementale de la propriété », *RTD civ*, 2015, p. 539.
- « La transmission de l'exploitation agricole à l'épreuve des obligations environnementales », *JCP N*, mars 2017, p. 1141.
- « Nouvelle utopie foncière : pour une autre régulation de la maîtrise du foncier », *Revue de droit rural*, avril 2017, étude 11.
- « Le droit de propriété à l'heure du changement climatique », *in Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?* », Hauterau-Boutenet (M.) et Porchy-Simon (S.) (dir), Dalloz, coll. Thème et commentaire, 2019, p. 243.

**Grimonprez (B.), Reboul-Maupin (N.),** « L'obligation réelle environnementale : chronique d'une naissance annoncée », *D.*, 2016, p. 2074.

**Hassler (T.),** « L'intérêt commun », *RTD com.*, 1984, p. 581.

**Hautereau-Boutenet (M.),** « Le modèle des communs pour l'environnement : regard vers les droits étrangers », in *Fonctions de la propriété et commun, regards comparatistes*, Chaigneau (A.) (dir.), Société de législation comparée, Coll. Droit comparé et européen, p. 117.

**Hoche (J.-C.),** « Les applications en droit rural », in *Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale, Actes du colloque du 18 janvier 2017*, NVP, n°324, juin 2017, p. 36.

**Horatia (M.-W.),** « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, vol.52, n° 3, 2000, p. 503.

**Jadot (B.),** « L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir », in *Quel avenir pour le droit de l'environnement*, Ost (F.) et Gutwirth (S.) (dir.), PUSL, Bruxelles, 1996, p. 94.

**Jariel (L.),** *Troisième rencontre de jurisprudence du droit immobilier*, Cour de cassation, Support vidéo.

**Jégouzo (Y.),** « Propriété et environnement », *Deffrénois*, 15 avril 1994, p. 449.

**Jestaz (P.),** « L'atemporalité et l'autonomie des grands concepts et principes en droit privé », *Penser l'ancien droit privé*, Prévost (X.) et Laurent-Bonne (N.) (dir.), LGDJ, 2018, p. 57.

**Julienne (F.),** « La dualité des droits de jouissance des biens », *Dr. et Patrim.*, 2017, n°273.

**Kamina (P.),** « Le droit de la propriété industrielle pour l'*open science* ? (les dispositions favorables à la libre exploitation des résultats industriels) », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, n° 3, 2010 (en ligne).

**Kan-Balivet (B.),** « La nature juridique du droit de jouissance exclusif sur les parties communes », *Deffrénois*, 30 septembre 2008, p. 1765.

**Kelsen (H.),** « La théorie juridique de la convention », *APD*, Sirey, 1940, p. 33.

**Kilgus (N.),** « Les modalités de prorogation de la société, Réflexions autour de l'express, du tacite et de l'implicite », *RTD com*, 2019, p. 313.

**Krummenacker (P.),** « Les applications en droit des sociétés », in *Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale, Actes du colloque du 18 janvier 2017*, NVP, n°324, juin 2017, p. 29.

**Kuhn (C.),** « Liberté de créer des droits réels *sui generis* », *JCP N*, p. 53.

**Lamarche (T.),** « L'imprescriptibilité et le droit des biens », *RTD civ*, 2004, p. 403.

**Lardeux (G.),**

- « Qu'est-ce que la propriété ? Réponse à la jurisprudence récente éclairée par l'histoire », *RTD civ*, 2013, p. 741.
- « La perpétuité des droits réels ou Boileau à la Cour de cassation : vingt fois sur le métier », *LPA*, 26 septembre 2018, n° 138z5, p. 3.

**Latreille (A.), Maillard (T.),** « Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information », *D.*, 2006, p. 2171.

**Laurent (J.),**

- « Maison de Poésie II : combien de temps dure la perpétuité en droit français ? », *JCP G*, 2016, p. 1172.
- « Consécration d'un droit réel de jouissance spéciale perpétuel entre lots de copropriété », *Deffrénois*, 25 octobre 2018, p. 33.
- « Une servitude qui ne dit pas son nom ? », *Deffrénois*, 25 octobre 2018, p. 33.

**Laurent-Bonne (N.),** « Le droit réel de jouissance spéciale dans un contexte familial », *AJ. Famille*, 2019, 144.

**Legal (P.),** « Les vertus de la propriété. Des fondements de l'Ancien droit aux attentes contemporaines », in *Liberté contractuelle et droits réels*, Institut Varennes, Coll. Colloques et essais, 2015.

**Leroy (M.),** « Le propriétaire peut consentir un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien », *Gaz. Pal.*, février 2013, n°119t3.

**Lessona (S.),** « Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil », *RTD civ*, 1912, p. 361.

**Libchaber (R.),**

- « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. Société*, n°3, 1995, p. 443.
- « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 297.
- « Les habits neufs de la perpétuité », *RDC*, 2013, p. 584.

**Loiseau (G.),** « Des droits humains pour des personnes non humaines », *D.*, 2011, p. 255.

**Lucas (A.),** « L'intérêt général dans l'évolution du droit d'auteur », in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Buydens (M.) et Dusollier (S.) (dir), Bruylant, 2008, p. 79 .

**Mackaay (E.),** « Le bien informationnel. Le droit de suite dans les idées », in *L'appropriation de l'information*, Chamoux (P.) (dir.), Librairies Techniques, 1986, p. 27.

**Maisani (P.), Wiener (F.),** « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et société*, n°27, 1994, p. 443.

**Malaurie (P.),** « Rapport de synthèse », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Revet (T.) (dir.), Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1996, p. 106.

**Mallet-Bricout (B.) et Dross (W.),** « L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique », *D.*, 2008, p. 509.

**Mallet-Bricout (B.),**

- « Propriété, affectation, destination – Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *RJTUM*, n° 48, 2014, p. 537.
- « Biens et immatériel en France », in *L'immatériel* (Journée internationale association H.Capitant), éd. LB2V et Bruylant, Tome 64, 2014.
- « Baux réels et solidarité », *RTD civ*, 2016, p. 943.
- « Le *numerus clausus* des droits réels : la fin d'un mythe », *19<sup>ème</sup> conférence Albert Meyrand*, éd. UDM, Montréal, 2017.

**Maria (I.),** « De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits », *JCP G*, 2009, p. 149.

**Martin (G.),** « La servitude environnementale, histoire d'une résistance », in *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, Vanuxem (S.) et Guibet-Lafaye (C.) (dir.), PUAM, 2015, p. 89.

**Masson (F.),**

- « Précision sur la prescription du droit d'usage d'une source par une communauté d'habitants », *Energie-Environnement-Infrastructures*, 2017, com. 71.
- « Liberté de créer des droits réels sui generis perpétuels en copropriété : la promesse de l'aube ? », *D.*, 2018, p. 1577.

**Meiller (E.),**

- « Le droit réel, vecteur de services environnementaux », in *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Grimonprez (B.) (dir.), Dalloz, 2018, p. 71.
- « Les charges réelles : du service foncier au service écologique », in *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Grimonprez (B.) (dir.), Dalloz, 2018, p. 101.

**Mekki (M.),**

- « Les virtualités environnementales du droit réel de jouissance spéciale », *RDC/I*, 2014, p. 105.
- « Postface – Le contrat et l'environnement », in *Le contrat et l'environnement : Étude de droit interne, international et européen*, Hautereau-Boutonnet (M.) (dir.), PUAM, Coll. Droit(s) de l'environnement, 2014, p. 533.
- « L'avenir de l'environnement et le droit des biens », in *L'avenir du droit des biens*, Boffa (R.) (dir.), LGDJ, Coll. Grands colloques, 2016, p. 181.
- « Pluralisme des sources et des droits – Entre ordre et désordre », in *Les notions fondamentales du droit privé à l'épreuve des questions environnementales*. Bruylant, Larcier, 2016, p. 31.

**Meynial (E.),** « Le caractère juridique de la communauté entre époux », *RTD civ* 1903, p. 811.

**Misonne (D.),** « La définition juridique des communs environnementaux », *Anales des Mines – Responsabilité et environnement*, 2018, n°92, p. 5.

**Moreau (A.),**

- « Le copyleft, du logiciel libre à l'art contemporain », *Le journal des arts*, n°136, nov.2001.
- « Copyleft Attitude : une communauté invouable ? », *Plastik*, n°4, avril 2004.

**Mortier (V. R.),** « Quelles nouvelles libertés suite à la consécration jurisprudentielle des droits réels conventionnels de jouissance ? », *JCP N*, 2014, 1284.

**Mousseron (J.-M.), Raynard (J.), Revet (T.),** « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, 1993, p. 281.

**Mousseron (P.),** « Les usages : un droit hors la loi », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p.663.

**Muzard (A.), Pommier (C.),** « Les applications en matière immobilière », in *Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale, op.cit.*, p. 23.

**Nabhan (V.),** « Canada : prise en compte par la loi des nouveaux usages et consécration par la jurisprudence d'un droit à l'exception en faveur de l'usager », *RLDI*, n° 94 (supplément), 2013, p. 35.

**Neyret (L.), Reboul-Maupin (N.),** « Droit des biens, Juin 2016 – Juin 2017, Panorama », *D.*, 2017, p. 1789.

**Olier (J.),** « Distinction entre les droits réels et les droits personnels », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1896, p. 466.

**Orsi (F.),**

- « La propriété comme faisceau de droits : quels enjeux pour les communs ? », in *Propriété et communs, Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés*, ANR Propice, 2012 (en ligne).
- « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », *Revue de la régulation*, n° 14, 2013, (en ligne).
- « Réhabiliter la propriété comme bundle of rights : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », *RIDE*, T. 28, n° 3, 2014, p. 371.
- « Revisiter la propriété pour construire les communs », in *Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire*, B. Coriat (dir.), LLL, 2015, p. 51.

**Parance (B.), de Saint-Victor (J.) (dir.),** « "Commons, biens communs, communs" : une révolution juridique nécessaire », in *Repenser les biens communs*, CNRS éd., 2014, p. 9.

**Parmentier (M.),** « L'obligation réelle environnementale ou comment placer le propriétaire foncier au cœur de la reconquête de la nature ? », Note sous Loi numéro 2016-1087 du 8 août

2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, Journal officiel numéro 0184 du 9 août 2016 », *Gaz. Pal.*, nov. 2016, p. 66.

**Passa (J.),**

- « La propriété de l'information : un malentendu ? », *Dr. et patrim.*, Mars 2001, p. 64.
- « Quelles limites à l'effectivité des exceptions ? Les limitations contractuelles. Caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d'auteur ? », *RLDI*, n° 94 (Supplément), 2013, p. 13.

**Patrice-Kouam (S.),** « La définition du juriste et la redéfinition de la dogmatique juridique (à propos du syncrétisme méthodologique) », *Les Cahiers du droit*, Vol. 55, n° 4, 2014, p. 877.

**Périnet-Marquet (H.),**

- « La proposition de réforme du droit des biens », *D.*, 2009, p. 152.
- « Possibilité de concéder un droit réel de jouissance spéciale pour la durée de vie d'une personne morale », *Deffrénois*, 15 novembre 2016, p. 1119.
- « Propos conclusifs », in *Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale, Actes du colloque du 18 janvier 2017*, NVP, n°324, juin 2017, p. 41.
- « Le droit de jouissance spéciale est perpétuel lorsqu'il est établi entre des lots de copropriété », *JCP G*, n° 36, 3 septembre 2018, p. 893.

**Perret (B.),** « De la propriété à l'usage. Vers la dématérialisation ? », *Esprit*, n°7, 2015, p. 30.

**Poletti (L.-A.),** « Un droit réel de jouissance spéciale grevant un lot au profit d'un autre lot est perpétuel », *Deffrénois*, 30 août 2018, p. 32.

**Pomade (A.),** « Nimby et Neimby : regard d'un juriste sur deux syndromes atypiques », *Droit de l'environnement*, éd. Victoires, 2012, p. 11.

**Pontier (J.-M.),** « L'intérêt général existe-il encore ? », *D.*, 1998, p. 327.

**Radisson (L.),** « Un conservatoire d'espaces naturels signe la première obligation réelle environnementale patrimoniale », en ligne sur [www.actu-environnement.com](http://www.actu-environnement.com).

**Reboul-Maupin (N.), Grimonprez (B.),** « Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée », *D.*, 2016, p. 2074.

**Rémond-Gouilloud (M.)**, « Ressources naturelles et choses sans maîtres », *D.*, 1985, p. 27.

**Renouard (A.-C.)**, « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », *Revue de législation et de jurisprudence*, T. 5, 1836, p. 241.

**Revet (T.)**,

- « Un nouveau cas de propriété divisée », *RTD civ*, 2012, 553.
- « Le droit réel dit de jouissance spéciale et le temps », *JCP G*, 2015, n° 1 p. 252.
- « Préface », in *L'empire de la propriété, l'impact environnemental de la norme en milieu contraint*, de Mari (E.), Taurisson-Mouret (D.) (dir), T. 3, éd. Victoires, 2016, p. 4.

**Ripert (G.)**, « Abus ou relativité des droits : À propos de l'ouvrage de M. Josserand : *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927 », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1929, p. 33.

**Robin (A.)**, « Les données scientifiques au prisme du dispositif *open data* », *CCE*, n°9, septembre 2017, p. 8.

**Rochfeld (J.)**,

- « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ 2001, p. 747.
- « Du patrimoine de dignité », *RTD civ*, 2003, p. 743.
- « Entre propriété et accès : la résurgence du communs », in *La Bioéquité, batailles autour du paradigme du vivant*, éd. AutrementFrontières, 2009, p. 63.
- « Quel(s) modèle(s) juridique(s) pour les communs ? Entre élargissement du cercle des propriétaires et dépassement de la propriété », in *Propriété et communs, Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés*, ANR Propice, 2013.
- « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ? », *RIDE*, T.28, n° 3, 2014, p. 351.
- « Quel modèle pour construire les communs ? », *Repenser les biens communs*, CNRS, 2014, p. 103. « Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français », *Le Retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire*, Coriat (C.) (dir), L.L.L., Paris, 2015, p. 90.
- « Les modèles du droit privé français pour accueillir les "communs" », in *État social, propriété publique et biens communs*, Le bord de l'eau, Coll. Les voies du politique, Lormont, 2015, p. 85.
- « Défense du climat : les figures des communautés de protection de "ressources communes" », in *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?*, Hautereau-Boutonnet (M.) et Porchy-Simon (S.) (dir), Dalloz, Ccoll. Thèmes & commentaires, 2019, p. 225.



**Rolain (M.),** « Les mécanismes de la propriété instrumentale ou comment repenser le droit de propriété per ses limitations », in *Fonctions de la propriété et communs, regards comparatistes*, Chaigneau (A.) (dir.), Société de législation comparée, 2017, p. 87.

**Rouhette (G.),** « Le style de la loi : normes narratives et normes contraignantes », in *Académie internationale de droit comparée, XIVème Congrès international du droit comparé*, Kluwer Law International, 1996, p. 37.

**Roux (J.-M.),** « Le droit de jouissance exclusif des parties communes », *Loyers et copr.*, 2004, études 9.

**Saintourens (B.),** « Domiciliation d'une société commerciale dans un local d'habitation : l'incidence d'une clause d'habitation bourgeoise », *BJS*, Juin 2016, n°115b4, p. 320.

**Savatier (R.),** « La propriété de l'espace », *D.*, 1965, p.213.

**Schmidt (D.),** « De l'intérêt commun des associés », *JCP E*, n°48, 1994, p. 404 .

**Seube (J.-B.),**

- « Le droit des biens hors le Code civil », *LPA*, 15 juin 2005, p. 4.
- « Les obligations réelles environnementales entrent dans le droit positif », *Dr. et Patrim*, novembre 2016, p. 95.

**Simler (P.),** « Qu'est-ce que la propriété ? », in *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, D. Tomasin (dir.), Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ-Lextenso, 2006, p. 251.

**Strowel (A.),** « Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité ? », *Cah. Prop. Intell.*, n° 2, 1991, p. 162.

**Supiot (A.),** « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale », in *Approche critique de la contractualisation*, S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir), LGDJ, Coll. « Droit et Société », n°16, 2007, p. 19.

**Tadros (A.),** « La liberté d'aménager les droits réels principaux », *in Liberté contractuelle et droits réels*, Institut Varennes, Coll. Colloques et essais, 2015, p. 87.

**Te Aho (L.),** « La gouvernance des rivières en Nouvelle-Zélande : une solution élégante ? », *in Le bon usage de la Terre : Penser le droit dans une planète finie*, Actes du colloque international : *The Right Use of the Earth : Knowledge, power and duties in a finité Planet*, d'Ambrosio (L.) (dir.), *RJE*, vol. 43 HS, 2018, p. 103.

**Testu (F.-X.),** « L'autonomie de la volonté, source de droits réels principaux », *JCP N*, n°12, Mars 2013, 1262.

**Théron (J.),** « De la "communauté d'intérêts" », *RTD civ*, 2009, p. 19.

**Thural (A.),** « Les application en matière de gestion de patrimoine », *in Les nouveaux droits réels au cœur de la pratique notariale*, *op.cit.*, p. 25.

**Tomasin (D.),** « Droit réel de jouissance spéciale et perpétuité », *AJDI*, 2019, p. 216.

**Tranchant (L.),**

- « Perpétuité d'un droit réel conférant le bénéfice de la jouissance spéciale d'un lot de copropriété », *Defrénois*, 20 décembre 2018, p. 29.
- « Copropriété : Analyse et portée des arrêts récents de la 3<sup>ème</sup> chambre civile », *Defrénois*, 25 avril 2019, p. 25.
- « Coup de tonnerre sur le numerus clausus des droits réels : un droit réel de jouissance spéciale peut être accordé à une personne morale pour une durée supérieure à trente ans », *Defrénois*, 15 janvier 2013, p.16.

**Trébulle (F.-G.),**

- « Consécration du caractère réel du droit de chasse », *RDI*, 2003, p. 317.
- « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : Le renouveau du domaine universel », *in Mélanges en l'honneur de Philippe Malinvaud*, LexisNexis, 2007, p. 659.
- « Propriété, nature et dénaturation : prolégomènes à un examen du statut de propriété foncière en droit de l'environnement », *in Les modèles propriétaires au XXI<sup>ème</sup> siècle*, Actes du colloque international organisé par le CECOJI en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas, Coll. Faculté de droit et des sciences sociales, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2012.p. 107.

**Treppoz (E.),** « La substance dans le Code civil », *RRJ*, 2006, p. 1275.

**Tulkens (F.)**, « Le domaine public et la protection de l'environnement : des potentialités à réexaminer », in *Quel avenir pour le droit de l'environnement*, Ost (F.) et Gutwirth (S.) (dir.), PUSL, Bruxelles, 1996, p. 197 .

**Vanuxem (S.) et Guibet-Lafaye (C.)**, « Introduction : penser la propriété à l'âge de l'anthropocène », in *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, PUAM, 2015. p.12.

**Vanuxem (S.)**, « Des communautés d'habitants pour la transition écologique et solidaire », in *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Grimonprez (B.) (dir.), Dalloz, Ccoll. Thème & commentaires, 2018, p. 55.

**Vareilles-Sommières (G.)**, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ*, 1905, p. 443.

**Vern (F.)**, « Le droit réel de jouissance spéciale, toujours ? », *Gaz. Pal.*, n°26, 2018, n° 325r1, p. 17.

**Viatte (J.)**, « La jouissance exclusive d'une partie commune », *Rev. loyers*, 1976, 431.

**Vivant (M.)**,

- « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE*, 2006, p. 361.
- « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », *Prop. intell.*, n°23, Avril 2007, p. 193.

**Wardynski (T.)**, « Un nouveau concept de propriété en Pologne », *RIDC*, n° 49-3, 1997, p. 587.

**Xifaras (M.)**,

- « La *verita iuris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme », *Droits*, n° 47, 2008, p. 77.
- « Le copyleft et la théorie de la propriété », *Multitudes*, 2010, p. 50.
- « La propriété entre dogmatisme et modélisation », in *Les modèles propriétaires*. Disponible à l'adresse suivante : <https://uptv.univ-poitiers.fr/program/les-modeles-proprietaires-au-xxieme-siecle/video/2139/la-propriete-entre-dogmatique-et-modelisation/index.html>.

**Zenati-Castaing (F.),**

- « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ*, 1993, p. 305.
- « La propriété, mécanisme fondamental du droit », in *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, D. Tomasin (dir.), Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ-Lextenso, 2006, p. 243.
- « La proposition de refonte du livre II du Code civil : étude critique », *RTD civ*, 2009, p. 211.
- « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges Goubeaux*, Dalloz, 2009, p. 589.
- « Le crépuscule de la propriété moderne, essai de synthèse des modèles propriétaires », in *Les modèles propriétaires au XXIème siècle*, Actes du colloque international organisé par le CECOJI en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas, Coll. Faculté de droit et des sciences sociales, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2012, p. 225.
- « L'affectation québécoise, un malentendu porteur d'avenir », *RJTUM*, n° 48, 2014, p. 623.

**Droits étrangers**

**Boyle (J.)**, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Law and Contemporary Problems*, n°66, 2003, p. 33.

**Claeys (E. R.)**, « Property 101: Is Property a Thing or a Bundle? », *Seattle University Law Review.*, n°32, 2008, p. 617.

**Donahue (C.)**, « The Future of the Concept of Property Predicted from its Past », *Nomos*, 1980, p. 30.

**Emerich (Y.)**,

- « Regard civiliste sur le droit des biens de la *common law* : pour une conception transsystemique de la propriété », *Revue générale de droit*, Vol. 38, n°2, 2008, p. 339.
- *Droit commun des biens : perspective transsystemique*, éd. Yvon Blais, Montréal, 2017.

**Epstein (R. A.)**, « A Clair View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules », *The Yale Law Journal*, vol.106, n°7, 1997, p. 2091.

**Fennell (L. A.)**, « Ostrom's Law: Property Rights in the Commons », *International Journal of the Commons*, vol. 5, n°1, 2011, p. 9.

**Fromont (M.), Knetsch (J.),** *Droit privé allemand*, 2<sup>nd</sup> éd., LGDJ, Coll. Précis Domat, 2017.

**Gidrol-Mistral (G.),** « L'affectation à but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs ? Réflexions autour de l'article 1030 du Code civil du Québec », *Revue générale de droit*, éd. Wilson & Lafleur, 2016, vol. 46, n°1, p. 95.

**Grey (T.),** « *The desintegration of property* », in *Property Nomos. Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy*, J.-R. Pennock et W. Chapman (dir), New-York University Press, 1980, p. 69.

**Grimmelmann (J.),** « The Internet is a Semicommons », *Fordham Law Review*, vol. 78, 2010, p. 2799.

**Heverly (R.),** « The Information Semi-commons », *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 18, n°4, 2003, p. 1127.

**Hohfeld (W. N.),** « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *The Yale Law Journal*, vol.23, n°1, 1913, p. 16.

**Honoré (A. M.),** « Ownership », in *Oxford Essays in Jurisprudence*, Guest (A.G.) (dir.), Oxford University Press, Londres, 1961, p. 107.

**Johnson (D. R.),** « Reflections on the bundle of rights », *Vermont Law Review*, vol. 32, 2007, p. 247.

**Kelly (D. B.),** « The Right to Include », *Emory Law Journal*, vol. 63, 2014, p. 857.

**Laflamme (L.),** *Le partage consécutif à l'indivision*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1999.

**Lessig (L.),**

- *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New-York, 1999.
- *The future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, Random House, New York, 2001.

**Loren (L. P.),** « Building a Reliable Semicommons of Creative Works: Enforcement of Creative Commons Licences and Limited Abandonment of Copyright », *George Mason Law Review*, vol. 14, 2007, p. 271.

**Mackaay (E.),** « La propriété est-elle en voie d'extinction ? » in *Nouvelles technologies et propriété*, Actes du Colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal les 9 et 10 novembre 1989, Thémis-Paris, Litecéd. Thémis, Montréal, 1991, p. 217.

**Merril (T.W.),** « The Property and the Right to Exclude », *Nebraska Law Review*, n°77, 1998, p.730.

**Merril (W.), Smith (H. E.),** « What happened to Property in Law and Economic? », *The Yale Law Journal*, vol. 111, n°2, 2001, p. 357.

**Nelken (D.),** « Legal transplants and beyond : of disciplines and metaphors », in *Comparative Law in the 21st Century*, Harding (A.), Örüçü (E.) (dir.), Kluwer Law International, 2002, p. 19.

**Ostrom (E.), Hess (C.),**

- « Ideas, Artifacts, and Facilities : Information as a Common-Pool ressource », in *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, 2003, p.111.
- « A Framework for Analysing the Knowledge Commons », in *Understanding Knowledge as a Commons*, Hess (C.) et Ostrom (E.) (dir.), The MIT Press, Cambridge, London, 2007, p. 41.

**Roy (B.),** « L'affectation des biens en droit civil québécois », *Revue du Notariat*, vol. 103, n° 3, 2001, p. 383.

**Schlag (P.),** « How To Do Things With Hohfeld », *Law and Contemporary Problems*, n°78, 2015, p. 185.

**Schlager (E.) et Ostrom (E.),** « Property-Rights Regimes and Naturel Resources: A Conceptual Analysis », *Land Economics, University of Wisconsin Press*, vol. 68, n° 3, 1992, p. 249.

**Shakelford (S. J.),** « The Tragedy of the Common Heritage of Mankind », *Stanford Environmental Law Journal*, vol.27, 2008.

**Singh (S.),** « Common land made "Wastelands" – Making of the "Wastelands" into Common lands », in *14th Global Conference of the International Association for the Study of the Commons*, June 2007. En ligne.

**Smith (H. E.),**

- « Semicommon Property Rights and Scattering in the Open Fields », *The Journal of Legal Studies*, Vol. 29, n° 1, 2000, p. 131.
- « Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights », *The Journal of Legal Studies*, vol.31, n°4, Article 6, 2002.
- « Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information », *The Yale Law Journal*, vol. 116, n°8, 2007 p. 1742.
- « Governing Water: The Semicommons of Fluid Property Rights », *Arizona Law review*, vol. 50, n°2, 2008, p. 475.

**Stallman (R. M.),**

- « Le système d'exploitation du projet GNU et le mouvement du logiciel libre », in *Open Source – Voices from the Open Source Revolution*, Trad. par Blondeel (S.), 1999, ([www.linux-France.org](http://www.linux-France.org)).
- « The GNU project », in *Open Sources – Voices from the Open Source Revolution*, O'reilly & Associates, CA, 1999.

**Stone (K. V. W.),** « John R. Commons and the Origins of Legal Realism; or, the Other Tragedy of the Commons », in *Transformations in American legal history: essays in honor of Professor Monrton J. Horwitz*, vol. II, Harvard Law School, Cambridge, 2010, p. 326.

**Watson (A.),** *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Scottish Academy Press, 1974, p. 21.

## ***Histoire***

**Accarias (C.),** *Précis de droit romain*, T. 1, Paris, 1882.

**Albrecht (E.),** *Die Gewere als Grundlage des altern deutsche Sachenrechts*, Koenigsberg, 1828.

**Allen (R.C.),** *Enclosure and the yeoman: the agricultural development of the South Midlands 1450-1850*, Clarendon Press, 1992.

**Antoine (A.) et Michon (C.) (dir.),** *Les sociétés au XVIIème siècle, Angleterre, Espagne, France*, PUR, 2006.

*Archives Parlementaires.*, 2<sup>ème</sup> série, T. 3, col. 1, p. 204.

*Archives Parlementaires.*, 2<sup>ème</sup> série, T. 5, col. 2, p. 247.

**Arnaud (A.-J.),** *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1969.

**Assier-Andrieu (L.),** *Le peuple et la loi. Anthropologie historique des droits paysans en Catalogne française*, LGDJ, 1987, p. 116.

**Audren (F.),** « Écrire l'histoire du droit français. Science du politique, histoire et géographie chez Henri Klimrath », in *Histoire de l'histoire du droit*, Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, Coll. Etudes d'Histoire du Droit et des Idées Politiques, 2006, p. 113.

**Béaur (G.),**

- « Les rapports de propriété en France sous l'Ancien Régime et dans la Révolution. Transmission et circulation de la terre dans les campagnes françaises du XVIème au XIXème siècle », in *Ruralité française et britannique, XIIIème-Xxème siècles. Approches comparatistes*, N. Vivier (dir), PUR, Coll. Histoire, 2005, p. 187.
- « En un débat douteux. Les communaux, quels enjeux dans la France des XVIIIe – XIXe siècles ? », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n°53-1, 2006, p. 89.

**Bern (T.),** « Droit naturel et Âge de Saturne chez Grotius », (en ligne, consultable sur [www.philodroit.be/IMG/doc/GROTIUSarticle\\_1\\_.doc](http://www.philodroit.be/IMG/doc/GROTIUSarticle_1_.doc)).

**Bloch (M.),**

- « La lutte pour l'individualisme agraire dans la France du XVIIIème siècle. Première partie : l'œuvre des pouvoirs d'ancien régime », *Annales d'histoire économique et sociale*, Volume 2, numéro 7, 1930, p. 329.
- « La lutte pour l'individualisme agraire dans la France du XVIIIème siècle. Deuxième Partie : conflits et résultats, Troisième partie : La révolution et la "Grand Œuvre" de la propriété », *Annales d'histoire économique et sociale*, Volume 2, numéro 8, 1930, p. 511.
- *La société féodale*, Albin Michel, Paris, 1994.



- *Les caractères originaux de l'Histoire rurale française*, T. 1., Librairie Armand Colin, Paris, 1968.

-

**de Beaumanoir (P.)**, *Coutumes de Beauvaisis*, T. 1, éd. Picard, Paris, 1899.

**Carbasse (J.-M.)**, « Contribution à l'étude du processus coutumier : La coutume de droit privé jusqu'à la révolution », *Droits*, n° 3, 1986, p. 25.

**Castalod (A.)**,

- « Pouvoir royal, droit savant et droit coutumier dans la France du Moyen-Âge. À propos de vues nouvelles I », *Droits*, n°46, 2007, p. 117.
- « Pouvoir royal, droit savant et droit commun coutumier dans la France du Moyen Âge. A propos de vues nouvelles II : Le droit romain est-il le droit commun ? », *Droits*, n°47, 2008, p. 173.

**Castel (R.), Haroche (C.)**, *Propriété privée, propriété sociale, propriété de soi. Entretiens sur la construction de l'individu moderne*, Fayard, 2001.

**Champeaux (E.)**, *Essai sur la « vestitura » ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*, thèse, Paris, 1898.

**Coleman (J.)**, « Propriété et pauvreté », in *Histoire de la pensée politique médiévale*, Burns (J. H.) (dir.), Léviathan, PUF, 1988, p. 589.

**Couvreur (G.)**, *Les pauvres ont-ils des droits ? Recherches sur le vol en cas d'extrême nécessité depuis la concordia de Gratien (1140) jusqu'à Guillaume d'Auxerre (1231)*, Analecta Gregoriana, 1961.

**Dareste (R.)**, *Histoire des biens communaux en France, depuis leur origine jusqu'à la fin du treizième siècle, par Armand Rivière (compte rendu)*, Bibliothèque de l'école de Chartes, année 1856, Volume 17, numéro 1, p. 491.

**De Saint-Victor (J.)**, « Généalogie historique d'une "propriété oubliée" », in *Repenser les biens communs*, Parance (B.) et De Saint-Victor (J.) (dir.), CNRS, 2014, p. 54.

*Decretum Gratiani*, Causa 12, quest. 1. C. II.

**Demoulin-Auzary (F.)**, « *Dominium et proprietas* dans le décret de Gratien », *RHD*, T. 83, 2005, p. 647.

**Deroussin (D.)**, *Histoire du droit des obligations*, Economica, Coll. CorpusHistoiredudroit, 2<sup>nd</sup> éd., 2012.

**Duvergier (J.-B.)**, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du conseil-d'état, De 1788 à 1824 inclusivement*, T. 4, Paris, 1824.

**Ewald (F.) (dir)**, Discours du 26 nivôse an XII, in *Naissance du Code civil*, Flammarion, 2<sup>nd</sup> éd., 2004, Paris, p. 271.

**Feller (L.)**, « Sur la formation des prix dans l'économie du haut Moyen Âge », *Annales Histoire, Sciences sociales*, vol. 66<sup>ème</sup> année, n°3, 2011, p. 627.

**P.-A. Fenet**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 11, 1827.

**Garnsey (P)**, *Penser la propriété*, Les Belles Lettres, Paris, 2013.

**Gaudemet (J.)**,

- « *Dominium – Imperium* : Les deux pouvoirs dans la Rome Ancienne », *Droits*, n° 22, 1995, p. 3 .
- *Droit privé romain*, Montchrétien, 2<sup>ème</sup> éd., Coll. Domat droit privé, 2000.

**Giordanengo (G.)**, « *Jus commune* et 'droit commun' en France du XIII<sup>ème</sup> au XV<sup>ème</sup> siècle », in *Droits romain, jus commune et droit français*, J. Krynen (dir), Études d'histoire du droit et des idées politiques, n°3, 1999, p. 219.

**Girard (P.-F.)**, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, réédition. 2003.

**Glasson (E.-D.)**, « Communaux et communautés dans l'ancien droit français », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, vol. 15, 1891, p. 446.

**Godding (P.),** « De la saisine aux actions possessoires (VIème-XVème siècle) », *Cahiers du centre de recherche en histoire du droit et des institutions*, T. 8, 1998, p. 53.

**Goyard-Fabre (S.),** *Pufendorf et le droit naturel*, P.U.F, coll. Léviathan, Paris, 1993.

**Grossi (P.),**

- *Un altro modo di possedere*, Giuffrè, coll. *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. 5, Milan, 1977.
- *Il dominio e le cose, Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Giuffrè, coll. *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. 41, Milan, 1992.
- *L'ordine giuridico médiévale*, Laterza, Coll. Storica, Laterza, Milan, 1995.
- *L'Europe du droit*, Coll. Faire l'Europe, Seuil, Paris, 2011.

**Halpérin (J.-L.),**

- « Propriété et souveraineté de 1789 à 1804 », *Droits*, P.U.F, n°22, 1995, p. 67.
- *Histoire du droit des biens*, Economica, Corpus Histoire du Droit, 2008.
- « Propriété et droit subjectif : deux destins liés ? », conférence faite au Japon aux Universités de Nanzan et Kieo, 2010.
- « Au temps de l'exégèse », in *Histoire du droit privé français depuis 1804*, P.U.F, 2012.
- « Histoire comparée du droit », in *L'histoire du droit en France, Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Classiques Garnier, 2014, p.183

**Heirbaut (D.),** « Feudal law : the Real Ius Commune of Property in Europe, or : Should We Reintroduce *Duplex Dominium* », *European Review of Private Law*, 2003, p.301.

**Hilaire (J.),** « Comprendre le fait coutumier », in *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne, Regards croisés sur les méthodes des juristes (I)*, Laurent-Bonne (N.) et Prévost (X.) (dir.), LGDJ, 2016, p. 147.

**Huffel (G.),** *Le Comté de Dabo dans les Basses-Vosges : ses forêts, ses droits d'usage forestiers ; étude historique forestière et juridique*, Nancy, 1924.

**Klimrath (H.),** *Travaux sur l'histoire du droit français, par feu Henri Klimrath*, recueillis, mis en ordre et précédés d'une préface par Warnkoenig (M. L. A.), Joubert, T. 1, Paris, 1843.

**Laboulaye (E.),** *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, Paris, 1839.

**Lahovary (A.),** *Du Dominium ou droit de propriété en droit romain – Du régime de la propriété foncière au point de vue des droits réels qui peuvent en être détachés dans l'ancien droit français et dans le droit actuel*, E. Thunot et C., Paris, 1865.

**Laquerrière-Lacroix (A.),** *L'évolution du concept romain de propriété à l'époque post-classique*, Thèse, Paris II, 2004.

**Laurenson (C.),** *L'Auvergne et ses marges (Velay, Gévaudan) du VIII<sup>ème</sup> au XI<sup>ème</sup> siècle. La fin du monde antique ?*, Les Cahiers de la Haute-Loire, réédition, 2007.

**Laurent-Bonne (N.),** « Observations sur la fonction de l'histoire dans la doctrine contemporaine », in *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit*, D. Mazeaud et T. Bonneau (dir), éd. Panthéon-Assas, 2016, p.11.

**de Laurière (E.),** *Institutes coutumières de Loysel*, n° 242.

**Lesné-Ferret (M.),** « La terre et l'appropriation collective : approche historique », in *Les modèles propriétaires au XXI<sup>ème</sup> siècle*, Actes du colloque international organisé par le CECOJI en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas, Coll. Faculté de droit et des sciences sociales, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2012. p. 129.

**Macpherson (C. B.),** *La Théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, Trad. par Fuchs (M.), Paris, Gallimard, 1971.

**Mäkinen (V.),** « Rights and Duties in Late Scholastic discussion on extreme necessity », in *Transformations in Medieval and Early-Modern Rights Discourse*, Dordrecht, 2006.

*Mémoire et communauté au haut Moyen Âge. Reproduction de la communauté et construction de l'identité (IV<sup>e</sup> – XII<sup>e</sup> siècle)*, Colloque international, 13-15 septembre 2018, Université de Lille et d'Artois.

**de Mas-Latrie (L.),** « De la formule 'car tel est notre plaisir' dans la chancellerie française », *Bibliothèques de l'École de chartres*, 1881, p. 560.

**Menges-Le Pape (C.)**, « Physiocratie, Révolution et Code civil : Les origines historiques de la faculté de clore son héritage », in *La propriété en mutation : quels effets de la transition vers l'économie de marché ?*, Publication de l'Université de Rouen, 1997, p. 47.

**Neeson (J. M.)**, « Les terres en jouissance collective en Angleterre », in *Les propriétés collectives face aux attaques libérales*, Demélas (M.-D.) et Vivier (N.) (dir), PUR, Coll. Histoire, 2003, p. 39.

**Nicolas III**, *Exiit qui seminat*, éd. E. Friedberg, vol. 2, p. 111.

**Niort (J.-F.)**, « Les Portalis et l'esprit du XIX<sup>ème</sup> siècle », *Droits*, P.U.F, 2006, p. 93.

*Œuvres économiques et philosophiques de F. Quesnay fondateur du système physiocratique accompagnées des éloges et d'autres travaux biographiques sur Quesnay par différentes auteurs*, réunis par Oncken (A.) et Peelman (J.), Paris, 1888.

**Orain (A.)**, « "Il faut faire la guerre aux fous..." Les physiocrates à l'assaut de l'iconoclaste Linguet », in *XIV<sup>ème</sup> colloque de l'association Charles Gide pour l'étude de la pensée économique*, 7-9 juin 2012, Université de Nice.

**Ortolan (J.-L.-E.)**, *Explication historique des Instituts de Justinien*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, 1857.

**Overton (M.)**, *Agricultural revolution in England: the transformation of the rural economy, 1500-1830*, Cambridge University Press, 1996.

**Patault (A.-M.)**, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens histoire de l'immeuble corporel », in *L'Evolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes Journées René Savatier, P.U.F, 1991, p. 3.

**Pfister (L.)**,

- « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX<sup>ème</sup> siècle » *RHD*, 2004, p.103.
- « Histoire du droit d'auteur », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1110, 2010.
- « Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels ? Retour sur la controverse doctrinale au XIX<sup>ème</sup> siècle », *RDC*, 2013, n°4, p. 1276.

**Piganiol (A.)**, *L'Empire chrétien*, Paris, 2<sup>nd</sup> éd., PUF, 1972.

**Poly (J.-P.), Bournazel (E.)**, *La mutation féodale, X-XIIème siècles*, P.U.F, 1980.

**Pothier**, *Coutume d'Orléans*, tit. 5, art. 145.

**Poumarede (J.)**, « Le point de vue de l'historien », in *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, Presse de l'Université de Toulouse 1, LGDJ-Lextenso, 2006, p. 15.

**Renoux-Zagamé (M.-F.)**, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Librairie Droz, 1987.

**Rivière (A.)**, *Histoire des biens communaux, depuis leurs origines jusqu'à la fin du XIIIème siècle*, Durant, Paris, 1856, p. 243.

**Saint Ambroise de Milan**, *Les devoirs*, Introduction, Livre 1, Texte établi, Trad. et annoté par Testard (M.), Les belles lettres, Paris, 1984.

**Sol (T.)**,

- « La controverse Villey-Tierney sur la naissance du droit subjectif au XIIème siècle : difficultés et valeur heuristique d'un anachronisme conceptuel », in *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. Regards croisés sur les méthodes des juristes (I)*, Laurent-Bonne (N.) et Prévost (X.) (dir), LGDJ, coll. Contextes, 2016.
- *Droit subjectif ou droit objectif, La notion de ius en droit sacramentaire au XIIème siècle*, Brepols, coll. *Medieval and Early Modern Political Theologie*, 2017.

**St Cyprien de Carthage**, *De l'unité de l'Église catholique*, Coll. *Unam Sanctam*, 1942, p. 9.

**St Thomas d'Aquin**, *Commentaire du Traité du Ciel et du monde d'Aristote*, Trad. B. Ferré, 2008.

**Steiner (P.)**, « Les physiocrates et la révolution française », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n°20, 2004, p. 3.

**Tierney (B.),** « Villey, Ockham and the Origins of Individual Rights », in *The idea of Naturel Rights : Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law, 1150 – 1625*, Scholars Press, Atlanta, 1997.

**Timbal (P.-C.),** « Coutume et jurisprudence en France au Moyen Âge », in *La Coutume*, Recueil de la Société Jean Bodin, T. 52, p. 227.

**Villey (M.),**

- « Le *ius in re* du droit romain classique au droit romain moderne », in *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947*, Sirey, 1950.
- « Les institutes de Gaius et le droit subjectif », in *Leçons de la philosophie du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1962, p. 167.
- « Les origines de la notion de droit subjectif », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1962, p. 251.
- *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, Coll. Léviathan, Paris, 2003.

**Vivier (N.),**

- *Propriété collective et identité communale en France, Les biens Communaux en France (1750-1914)*, Publication de la Sorbonne, 1998.
- « Communaux et vitalité communautaire en France à la fin de l'Ancien Régime et pendant la Révolution », *Annales historiques de la Révolution française*, vol. 315, n° 1, 1999, p. 63 .
- « Les biens communaux en France », in *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amérique latine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003, p. 146.

**Von Ihering (R.),** *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Trad. par Meulenaere (O.), tome IV, 1888, p. 236.

**Von Savigny (F.-C.),** *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Reichswissenschaft*, Heidelberg, 1814.

**Weulersse (G.),** *Le mouvement physiocratique en France (de 1756 à 1770)*, T. 1, Félix Alcan, Paris, 1910

**Wordie (J. R.),** « The Chronology of English Enclosure, 1500-1914 », *The Economic History Review*, vol. 37, n° 4, 1983, p. 483 .

**Xifaras (M.)**, « Comment rendre le passé contemporain ? », in *Penser l'ancien droit privé*, Prévost (X.) et Laurent-Bonne (N.) (dir.), LGDJ, 2018, p. 13.

### ***Références non juridiques***

**Arrow (K.)**, « Economic Welfare and the Allocation of Ressource for Invention », in *The Rate and Direciton of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, NBER Books, 1962.

**Bachelard (G.)**, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1<sup>ère</sup> éd., 1938.

**Beck (C.)**, **Luginbühl (Y.)**, **Muxart (T.)**, *Temps et espaces des crises de l'environnement*, éd. Quae, Coll. « Indisciplines », 2010.

**Belial des Vertus**, *Essai sur l'administration des terres*, Paris, 1759.

**Benkler (Y.)**, « Coase's Penguin, or, Linux and the Nature of the Firm », *The Yale Law Journal*, vol. 112, n°3, p. 369 .

**Bertrand (E.)**, **Destais (C.)**, « Le "théorème de Coase", une réflexion sur les fondements microéconomiques de l'intervention publique », *Reflets et perspectives de la vie économique*, T. 41, n° 2, 2002, p. 111.

**Bollier (B.)**, *La renaissance des communs, pour une société de coopération et de partage*, Trad. par Petitjean (O.), éd. Mayer, Paris, 2014.

**Bourg (D.)**, « L'économie de fonctionnalité, une solution pour combattre la dégradation environnementale de la planète ? », *Observatoire du management alternatif*, HEC Paris, Conférence (en ligne), 2008.

**Clément (O.)**, « L'Église orthodoxe », P.U.F, coll. « Que sais-je ? », 2010.

**Coase (R.)**, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, University of Chicago Press, vol. 3, 1960, p. 1.

**Commons (J. R.)**, *The Distribution of Wealth*, Macmillan & Co., New-York, 1893.



**Coriat (B.),**

- « Des communs fonciers aux communs informationnels, Traits communs et différence », in *Propriété et Communs, Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés*, ANR, Propice, 2013.
- « Le retour des communs : Sources et origines d'un programme de recherche », in *Propriété et communs, Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés*, ANR Propice, 2013, p. 5.
- « Le retour des communs, Sources et origines d'un programme de recherche », *Revue de la régulation*, n°14, 2013.

**Dardot (P.), Laval (C.),** *Commun : essai sur la révolution au XXIème siècle*, La découverte, Paris, 2014.

**Delong de Rosnay (M.),** « Le partage créatif, un système de gouvernance de la distribution d'œuvre en ligne. À propos des *Creative Commons* », *RLDI*, 2005, n°59, p. 35.

**Demsetz (H.),** « Toward a Theory of Property Rights », *The American Economic Review*, Vol 57, n°2, May 1967, p. 347.

**Gire (P.),** « Le dogme comme langage normatif », in *Recherches de Science Religieuse*, Tome 94, n°1, 2006, p. 15.

**Greer (A.),** « Confusions sur les Communs », *La Vie des idées*, 2015.

**Guibet-Lafaye (C.),** « La disqualification économique du commun », *RIDE*, T. 28, n° 3, 2014, p. 271.

**Hardin (G.),**

- « *The Tragedy of the Commons* », *Science*, vol. 62, 1968, p. 1243.
- « *The Tragedy of the Unmanaged Commons* », *Trends in Ecology & Evolution*, 9(5), 1994, p. 199.

**Hess (C.),** « Mapping the New Commons », *Governing Shared Resources : Connecting Local Experience to Global Challenges, The 12th Biennial Conference of the International Association for the Study of the Commons*, University of Gloucestershire, 2008.

**Kolodziejczyk (I.),** « L'ubiquité de Dieu "*Per potentiam, praesentiam, essentiam*" selon l'ontologie de S. Thomas d'Aquin », *Divus Thomas*, Vol. 75, n° 2, p. 137 .

**Kowalczyk (S.),** « Les conceptions classiques et contemporaines de la transcendance et de l'immanence de Dieu », *Collectanea Theologica*, n° 48, 1978, p. 103 .

**Lalande (A.),** « Transcendant », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F, Paris, 18<sup>ème</sup> éd., 1996, p. 1144.

**Langlais (P.-C.),** « Comment les revues scientifiques sont-elles devenues des propriétés intellectuelles ? », *Sciences & Communs*, Mars 2015.

**Le Crosnier (H.),** *En communs : une introduction aux communs de la connaissance*, C&F éditions, Cean, 2015.

**Le Hir (P.),** « L'homme a fait entrer la Terre dans une nouvelle époque géologique », *Le Monde*, Planète, le 15 janvier 2015.

**Locher (F.),** « Les pâturages de la guerre froide : Garrett Hardin et la « tragédie des communs », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n°1, 2013, p. 7.

**Mangolte (P.-A.),**

- « Le commun du logiciel libre : Première partie : La naissance du commun, le cadre institutionnel », in *Propriété intellectuelle, Communs et Exclusivité. Les nouvelles frontières de l'accès et de l'innovation partagée*, ANR Propice, 2010.
- « Les communs du logiciel libre, Deuxième partie : la vie du commun », in *Propriété intellectuelle, Communs et Exclusivité. Les nouvelles frontières de l'accès et de l'innovation partagée*, ANR Propice, 2012, p. 5.
- « Une innovation institutionnelle, la constitution des communs du logiciel libre », *Revue de la régulation*, n°14, 2013.

**Maurel (L.),** « Communs de la connaissance et enclosures, réponse à A. Geer », *La Vie des idées*, septembre 2015, (en ligne).

**Ost (F.),** « À propos d'un dictionnaire peu *commun* », *RIEJ*, vol. 81, n° 2, 2018.

**Ostrom (E.),**

- « An Agenda for the Study of Institutions », *Public Choice*, vol. 48, n° 1, 1986, p. 3.
- *Governing the commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990.
- *Understanding Institutional Diversity*, Princeton University Press, Oxford, 2005.
- « Pour des systèmes irrigués autogènes et durables. Façonner les institutions », *Coopérer aujourd'hui*, n°67, novembre 2009, p. 9.
- *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck, traduction française, 2010.
- « Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems », *American Economic Review*, Vol. 100, n°3, June 2010, p. 642.

**Ostrom (E.), Basurto (X.),** « Façonner des outils d'analyse pour étudier le changement institutionnel », *Revue de la régulation*, n°14, 2013.

**Ostrom (E.), Gardner (R.), Walker (J.),** *Rules, Games, and Common-Pool Resources*, The University of Michigan Press, 1994.

**Ostrom (V.), Ostrom (E.),** « Public Goods and Public Choices », in *Alternatives for Delivering Public Services: Toward Improved Performance*, Westview Press, Boulder, Colorado, 1977.

**Proudhon (P.-J.),**

- *Théorie de la propriété*, 1862.
- *Œuvres complètes*, T. 1, Bruxelles,, 1877.

**Rifkin (J.),**

- *L'âge de l'accès. La nouvelle culture du capitalisme*, Trad. par Saint-Upéry (M.), La découverte, 2000.
- *La troisième révolution industrielle. Comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, Trad. par Chelma (P.), L.L.L, 2012.
- *La nouvelle société au coût marginal zéro (L'internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme)*, Trad. par Chelma (F.) et Chelma (P.), L.L.L, 2014.
- *La troisième révolution industrielle. Comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, L.L.L, Paris, 2014.

**Riquetti de Mirabeau (V.),** *L'Ami des Hommes, ou traité de la population*, T. 3, Paris, 1760.

**Samuelson (P. A.),** « The Pure Theory of Public Expenditure », *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 36, N°4, 1954.

**Schlager (E.) and Ostrom (E.),** « Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis », *Land Economics*, Vol. 68, n°. 3, University of Wisconsin Press, University of Wisconsin Press, 1992, p. 249.

**Schubert (K.),** « Externalités : quels outils pour réduire l'impact économique sur l'environnement », SES-ENS, 2014.

**Smith (J. R.),** « Resolving the tragedy of the Commons by Creating Private Property Rights in Wildlife », *Cato Journal*, Vol. 1, 1981, p. 439.

**Tönnies (F.),** *Gemeinschaft und gesellschaft*, 1922.

**Van Laerhoven (F.), Ostrom (E.),** « Traditions et évolutions dans l'étude des communs », *Revue de la régulation* (en ligne), n°14, 2013.

**Weinstein (O.),**

- « Comment comprendre les « communs » : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle », *Revue de la régulation*, n° 14, 2013.
- « Comment se construisent les communs : questions à partir d'Ostrom » in *Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire*, L.L.L, Paris, 2015, p. 70.

**Welch (W. P.),** « The Political feasibility of full ownership property rights: The Cases of Pollution and Fisheries », *Policy Sciences*, Vol. 16, n°2, 1983, p.165.

### ***Rapports***

*Le Conseil d'État et la Juridiction administrative : Réflexion sur l'intérêt général*, Rapport public, 1999.

# TABLE DES ARRÊTS

*Les numéros renvoient aux paragraphes*

## COUR DE CASSATION

---

### **C. cass., 26 décembre 1833**

- *D.*, 1834, 1, 72

### **Req. 13 février 1834**

- Capitant, Terré, Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, T.1, 13<sup>ème</sup> éd., n° 66
- *DP* 1834. 1, 218
- *Jur. Gen.*, t.38, v° Propriété, n°68
- *S.* 34. 1, 205

### **C. cass., 31 janvier 1838**

- *D.*, 1838, 1, 120

### **C. cass., civ., 13 décembre 1838**

- *D.*, 1838, 1, 120

### **C. cass., civ., 20 février 1851**

- *D.*, 1851, 1, 358

### **Req., 6 mars 1861**

- *DP*, 1861, 1, 418 ; *S.* 1861, 1, 713

### **C. cass., civ., 25 février 1865**

- *DP*, 1865, 1, 133 ; *S.*, 1865, 1, 133

### **Req., 5 novembre 1866**

- *DP*, 1867, 1, 32

### **Req., 14 juin 1869**

- *DP*, 1871, 1, 220

### **Req., 6 juillet 1874**

- *DP*, 1875, 1, 372

### **Req., 23 juin 1880**

- *S.*, 1881, 1, 468

### **C. cass., civ., 17 février 1897**

- *S.*, 1887, 1, 328

**C. cass., civ., 10 janvier 1893**

- *D.*, 1893, 1, 161

**Req., 26 avril 1900**

- *S.*, 1901, 1, 337

**Req., 12 juillet 1905**

- *DP*, 1907, 1, 141

**Req., 12 juillet 1905 : Walh**

- *S.*, 1907, 1, 273
- Pothier, *DP*, 1907, 1, 141

**Req., 25 juin 1907 : Barthelemy**

- *DP*, 1907, 1, 337

**C. cass., civ., 5 mai 1919**

- *DP*, 1923, 1, 230

**C. cass., civ., 10 mai 1937**

- *DH*, 1931, 346

**C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 30 avril 1963**

- Bull. civ. I, n° 239

**C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 8 mai 1963 : Esmein**

- Bredin, *RTD civ*, 1963, 760
- *JCP G*, 1963, 13314

**C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 7 octobre 1964**

- Bull. civ., I, n° 340

**C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 26 juin 1965, n°63-10.117 : Bredin**

- *RTD civ*, 1965, 681

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 5 décembre 1968**

- Bull. civ. III, n° 532
- *D.*, 1969, 274

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 12 mars 1969, n° 67-10.335**

- Bull. civ. III n° 223

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 11 décembre 1970 : n° 69-11.322**

- Bull. civ. III, n° 250.

**C. Cass., ass. plén., 27 juin 1972**

- Bredin, *RTD civ*, 1973, 14

- Bull. ass. plén., n° 3
- Cabanac, *Gaz. Pal.* 1972. II. 579
- Goubeaux et Jegouzo, *JCP G*, 1973. II. 17331
- Lindon, *D.*, 1972. 705

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 6 février 1973, n° 71-13.828**

- Bull. civ., III, n° 101

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 18 juillet 1973**

- Bull. civ., III, n° 492

**C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 13 novembre 1973, n° 71-14.469**

- Bull. civ. I, n° 302
- *D.* 1974. 533

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 13 novembre 1975, n° 74-12.339**

- Bull. civ., III, n° 332

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 22 juin 1976, n° 74-14.148**

- Bull. civ., III, n° 280
- Giverdon, *RTD civ*, 1977, 156

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 3 janvier 1978, n° 76-13.996**

- Bull. civ., III, n° 3.

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 18 juillet 1979, n° 77-12.027**

- Bull. civ., III, n° 161

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 18 janvier 1984, n° 82-16.003**

- Barbiéri, *JCP G*, 1986, II, 20547
- Bull. civ., III, n° 16
- Lafond, *JCP N*, 1987, 69
- Zénati, *D.*, 1984, 504

**C. cass., ass. plén., 7 mars 1986, n° 83-10.477**

- Bull. AP, n° 3
- Mousseron, Teyssié et Vivant, *JCP G*, 1986, 20631
- Vivant et Lucas, *JCP E*, 1986, 15791

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 22 mars 1989, n° 87-17.454**

- Bergel, *RDI.*, 1989, 447
- Bull. civ., III, n° 73
- Robert, *D.*, 1990, 90
- Zenati, *RTD civ*, 1989, 592

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 28 mars 1990**

- Bull. civ. III, n° 92.

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 4 mars 1992, n°90-13.145**

- Atias, *D.*, 1992, 386
- Bull. civ., III, n° 73
- Capoulade et Giverdon, *RDI*, 1992, 240
- Ritschy, *AJDI*, 1993
- Souleau, *Defrénois*, 1992, 1140
- Zenati, *RTD civ*, 1993, 162

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 25 mars 1992, n° 89-21.866**

- Bergel, *D.*, 1993, 65
- Bull. civ. III, n° 106
- De la Marnierre, *D.*, 1993, 65

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 7 juillet 1993, n° 92-19.193**

- Bull. civ., III, n° 112

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 27 octobre 1993**

- Bull. civ., III, n° 132

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 6 mars 1996, n° 93-17.424**

- Bergel, *RDI*, 1996, 536

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 27 mai 1998, n° 96-15.774**

- Bull. Civ. III, n° 110

**C. cass., crim., 7 octobre 1998 n° 97-83243**

- Bull. Crim. n° 248

**C. cass., com., 1<sup>er</sup> juin 1999, n° 97-14.918**

- *RJDA*, 2000, n° 160

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 15 décembre 1999, n° 97-22.161**

- Atias, *Defrénois*, 2000, 314
- Bergel, *RDI*, 2000,147
- Bull. civ. III n° 250
- Périnet-Marquet, *JCP G*, 2000, 265

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 24 mai 2000, n° 97-22.255**

- Bergel, *RDI*, 2000, 316
- Bull. civ., III, n° 113



- Libchaber, *D.* 2001, 151
- Périnet-Marquet, *JCP G*, 2000, 1, n°21
- C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 31 octobre 2000, n° 97-20.732**
  - *JCP E*, 2001. 899
- C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 6 février 2001, n° 98-19.060**
  - Bull. civ., I, n° 24
  - Patarin, *RTD civ*, 2001, 640
  - Périnet-Marquet, *JCP G*, 2001, 358
- C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 5 juin 2002**
  - Atias, *Defrénois*, 2002, 1310
  - Bergel, *RDI*, 2002, 386
  - Bull. civ., III, n° 129
- C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 2 octobre 2002, n° 00-14.029**
  - Jégouzo, Trébulle, *RDI*, 2003, 317
- C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 18 décembre 2002, n°00-14.176**
  - Bergel, *RDI*, 2003, 171
  - Bull. civ., III, n° 272
  - Périnet-Marquet, *JCP G*, 2003, 172
  - Reboul-Maupin, *D.*, 2003, 2048
- C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 17 juin 2003, n°01-17.650**
  - Caron, *CCE*, n° 9, 2003, comm. 80
- C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 30 juin 2004, n° 03-11.562**
  - Bayard-James, *AJDI*, 2005, 218
  - Giverdon et Capoulade, *D.*, 2005, 1134
  - J.-L. Bergel, *RDI*, 2004, 440
  - Mallet-Bricout et Reboul-Maupin, *D.*, 2005, 2352
  - Revet, *RTD civ*, 2004, 753
- C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 28 février 2006, n°05-15.824**
  - Caron, *Communication commerce électronique*, 2006, comm. 56
  - Caron, *JCP G*, 2006, 162, § 12
  - Costes, *RLDI*, 2006, 405
  - Daleau, *D.*, 2006, 784

- Gaudrat, *RTD com*, 2006, 400
- Kéréver, *RIDA*, 2006, n° 209, 323
- Lucas, *JCP E*, 2006, 2178, § 11
- Lucas, *JCP G*, 2006, 10084
- Lucas, *Propriétés intellectuelles*, 2006, n° 19, 179
- Melison, *RLDI*, 2006, 431
- Pignariti, *JCP E*, 2006, 2178, § 8
- Pignatari, *JCP E*, 2006, 2178, § 8
- Pollaud-Dulian, *RTD com*, 2006, 370
- Sirinelli, *D.*, 2006, 2996

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 6 juin 2007, n° 06-13.477**

- Atias, *D.*, 2007, 2536
- Bull. civ., III, n° 98
- Calfayan, *JCP N*, 2007, 1273
- Capoulade, *AJDI*, 2007, 529
- Guégan-Gélinet, *Rev. loyer*, 2007, n° 880
- Guérin, *AJDI*, 2007, 575
- Périnet-Marquet, *JCP G*, 2007, 197
- Revet, *RTD civ*, 2007, n° 880
- Seube, *Dr. et patrim.*, 2008, n° 167

**C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 4 juillet 2007 : n° 06-16.702**

- Vareille, *RTD civ.* 2008. 535

**C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 30 juin 2007, n° 04-15.543**

- Bull. civ., I, n° 47

**C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 26 septembre 2007, n°06-14.422**

- Bull. civ, I, n° 307

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 24 octobre 2007, n° 06-19.260**

- Bull. civ., III, n° 06-19.260
- Mallet-Bricout, *D.*, 2008, 2458
- Périnet-Marquet, *JCP G*, 2008, 127
- Revet, *RTD civ*, 2008, 693
- Seube, *Dr. et patrim.*, 2008, n° 172

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 12 décembre 2007, n° 06-18.288**

- Gavin-Milan-Oosterlynck, *RDI*, 2008, 268

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 16 janvier 2008, n° 06-15.314**

- Atias, *Defrénois*, 2008, 1705
- Bull. civ., III, n° 8
- Périnet-Marquet, *JCP G*, 2008, 194
- Piedelièvre, *JCP N*, 2008, 1197
- Seube, *Dr. et patrim.*, 2009, n° 172

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 8 octobre 2008, n° 07-16.540**

- Atias, *Defrénois*, 2009, 444
- Bull. civ., III, n° 149
- Mallet-Bricout, *Dr. et patrim.*, 2009, n° 179
- Seube, *Dr. et patrim.*, 2009, n° 178
- Vigneron, *Loyers et copr.*, 2008, comm. 285

**C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 27 novembre 2008, n°07-15.066**

- Manara, *D.*, 2008, 3081
- Pollaud-Dulian, *RTD com*, 2009, 131

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 13 mai 2009, n° 08-16.525**

- Lebel, *Dr. rur.*, 2010, comm. 38
- Reboul-Maupin, *Environnement*, 2009, comm. 94

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 27 mai 2009, n° 08-14.376**

- Mallet-Bricout, *D.*, 2009, 2300
- Seube, *Dr. et patrim.*, 2009, n°188, 78

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 23 mai 2012, n° 11-13.202**

- Agostini, *LPA*, 2012, n° 162, 17
- Barbieri, *LPA*, 2012, n° 213, 12
- *Bull. civ. III*, n° 84
- D'Avout, *D.*, 2012, 1934
- Danos, *Defrénois*, 2012, n° 21, 1067
- Périnet-Marquet, *JCP G*, 2012, 1186
- Perruchot-Triboulet, *RLDC*, 2012, 97
- Revet, *RTD civ*, 2012, n° 10, 553

**C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 17 octobre 2012, n° 11-21.641**

- Pollaud-Dulian, *RTD com*. 2012. 768

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 31 octobre 2012, n°11-16.304**

- Agostini, *LPA*, 16 janv. 2013, 12
- Agostini, *LPA*, 2013, n° 12, 10
- Bergel, *RDI* 2013, 80
- Bull. III, n° 159
- Cohet-Cordey, *AJDI*, 2013, 540
- D'Avout et Mallet-Bricout, *D.*, 2013, 53
- Dross, *RTD civ*, 2013, 141
- Dubarry et Julienne, *RLDC*, 2013, n° 101, p. 7
- Khun, *JCP N*, n° 45, 2014, 132
- Libchaber, *RDC*, 2013, 584
- Painchaux, *RTDI* 2014/1, 11
- Périnet-Marquet, *JCP G*, 2013, I, 429, n° 12
- Reboul-Maupin, *D.*, 2013, 2123
- Seube, *RDC*, 2013, 627
- Tadros, *D.*, 2012, 2596
- Testu, *JCP G*, 2012, 1400
- Thomassin, *LPA*, 29 oct. 2013, p. 10
- Tranchant, *Defrénois*, 2013, 12

**C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 14 novembre 2013, n° 12-20.687**

- Sirinelli, *D.* 2014. 2078

**C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 5 mars 2014, n° 12-29.548**

- *Defrénois*, 2014, n° 11, p. 7

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 28 janvier 2015, n° 14-10.013**

- Agostini, *LEDIU*, 2015, n° 3, 1
- Andreu et Thomassin, *Defrénois*, 2015, 419
- Barbieri, *LPA*, 2015, n° 44, 11
- Bergel, *RDI*, 2015, 175
- Boffa, *RDC*, 2015, 272
- Bull. III, n° 13
- Cohet, *RTDI*, 2015, n° 2, p. 53
- Dross, *RTD civ*, 2015, 413
- Dubarry et Julienne, *JCP N*, 2015, 1083
- Feydeau, *JCP G*, 2015, 413
- Juillet, *Constr.-urb*, 2015, comm. 55
- Le Rudulier, *AJDI*, 2015, 304
- Le Normand, *JCP E*, 2015, 1390
- Mallet-Bricout, *D.*, 2015, 599
- Milleville, *JCP G*, 2015, 148
- Parance, *RLDC*, 2015, n° 127, 70
- Périnet-Marquet, *JCP G*, 2015, p. 901

- Perruchot-Triboulet, *RLDC*, 2015, n° 127, 70
- Pezzella, *RTD immo.*, 2015, n° 1, 51
- Revet, *JCP G*, 2015, 252
- Sablière, *AJDI*, 2015, 823
- Sturlèse, *JCP G*, 2015, 251
- Tadros, *Dr. et patrim.*, 2015, 600
- Thomat-Raynaud, *Gaz. Pal.*, 2015, n° 160, 36

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 25 février 2016, n° 15-13.856**

- Saintourens, *Bulletin Joly Sociétés*, 2016, 320

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 8 septembre 2016, n° 14-26.953**

- Barbieri, *LPA*, 4 nov. 2016, 11
- Bergel, *RTD civ*, 2016, p. 598
- D'Avout et Mallet-Bricout, *D.*, 2017, 134
- Dross, *RTD civ*, 2016, p.894
- Dubarry et Streiff, *JCP N*, 2016, p.1294
- Gaillard, *Gaz. Pal.*, 13 déc. 2016, 73
- Laurent, *JCP G*, 2016, p.1172
- Melleville, *JCP G*, 2016, 1692
- Périnet-Marquet, *Defrénois*, 2016, 9
- Reboul-Maupin, *D.*, 2017, 1789
- Seube, *Dr. et patrim.*, 2016, n° 263, 93
- Sizaïre, *Constr.-urb*, 2016, comm. 134
- Tranchant, *Defrénois*, 2016, n° 22, 7
- Triboulet, *RLDC*, 2016, n° 142, 28

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 7 juillet 2016, n° 15-10.278**

- Bergel, *RDI*, 2016, 541
- Casey, *AJ fam*, 2016, 439
- Danos, *RDC*, 2016, 737
- Dross, *RTD civ*, 2017, 180
- Guéguan, *JCP N*, 9 déc. 2016, 34
- Julienne, *D.*, 2016, 2263
- Lerond, *Gaz. Pal.*, 13 déc. 2016, 71
- Marcie-Morin et Niel, *AJDI*, 2017, 136
- Penin, *JCP N*, 25 nov. 2016, 38
- Périnet-Marquet, *JCP G*, 2016, 2054
- Périnet-Marquet, *JCP N*, 18 nov. 2016
- Perruchot-Triboulet, *RLDC*, 2016, n° 142, 30
- Seube, *Dr. et patrim.*, 2016, n° 263, 96
- Sturlèse, *JCP G*, 2016, 1911

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 6 juillet 2017, n°16-19.539**

- *D.* 2017. 1471

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ., 7 juin 2018, n°17-17.240**

- Barbiéri, *LPA*, 22 août 2018, 10
- Bergel, *RDI*, 2018, 448
- Danos, *RDC*, 2018, 436
- Danos, *RDC*, 2018, n° 1154, 436
- Dross, *RTD civ*, 2018, 712
- Eeckhoudt, *LPA*, n° 235, 2018, 9
- Kilgus, *Dalloz actu*, 19 juin 2018
- Lardeux, *LPA*, 8 octobre 2018, 8
- Laurent, *Defrénois*, 2018, n° 42, 33
- Masson, *D.*, 2018, 1577
- Neyret et Reboul-Maupin, *D.*, 2018, 1772
- Thomasin, *AJDI*, 2019, 216

**C. cass., 3<sup>ème</sup> civ. 6 juin 2019, n° 18-14.547**

- Berlaud, *Gaz. Pal.*, juill. 2019, 41
- Botrel, *Dalloz actu*, 3 juillet 2019
- Danos, *JCP G*, n° 27, juillet 2019, 729
- Dubarry, *D.*, 2019, 1689
- François, *D.*, 2019, 1660
- Laurent, *Defrénois*, juill. 2019, 30
- Rouvière, *LEDIU*, 2019, n° 122, 7
- Sturlèse, *D.*, 2019, 1684
- Sturlèse, *Defrénois*, juill. 2019, 26
- Sturlèse, *Gaz. Pal.*, juill. 2019, 15
- Vern, *Gaz. Pal.*, juillet 2019

**JURIDICTIONS DE FOND**

---

**Cour d'appel d'Amiens, 2 décembre 1835**

- *D.*, 1836, II, 198

**Cour d'appel de Toulouse, 24 décembre 1884**

- *D.*, 1886, II, 265, *S.*, 1925, II, 209

**Cour d'appel de Nancy, 16 août 1932**

- *S.*, 1834, 1, 720

**T. civ. Seine, 1<sup>er</sup> juin 1949**

- Ripert, *D.*, 1949, 550

**Cour d'appel de Paris, 13<sup>ème</sup> ch., 4 juin 1984, Juris-Data, n° 005229**

- Vivant, *JCP E*, 1985, 14409.

**Tribunal administratif de Lyon, 2<sup>ème</sup> ch., 21 nov. 1994**

- Vivant et Le Stanc, *JCP E*, 1996, 559

**Cour d'appel de Paris, Pôle 4, ch.1, 18 septembre 2014, n° 12/21592**

- Andreu, *D.*, 2014, p.1874
- Dross, *RTD civ*, 2014, 920
- Tradós, *RDC.*, 2015, 2

**CONSEIL D'ETAT**

---

**CE, 17 février 1932, Commune de Barran**

- Capitant, *D.*, 1933, III, 49

**CE, 22 novembre 1978, n° 05637**

- *Dr. adm.*, 1978, comm. 385

**CE, 29 janvier 1988, n° 65688**

- *Dr. adm.*, 1988, comm. 208

**CE, 2 novembre 2015, n° 373896 : Fatôme**

- *AJDA*, 2016, 24 ; Foulquier, *RDI*, 2016, 286

**CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

---

**Cons. Const., 13 décembre 1985, Décision n° 85-198, « amendement Tour-Eiffel »**

- Favoreu, *RDP*, 1986, n° 2, 395.

**Cons. Const., 21 juillet 1994, Décision n° 94346, « Droits réels sur le domaine public »**

- Gondouin, *AJDA*, 20 novembre 1994, 786.

**Cons. Const., 23 juillet 1996, Décision n° 96380, « France Télécom »**

- *AJDA*, 20 septembre 1996, 694.

**Cons. Const., 9 novembre 1999, Décision n° 99-419, « PACS »**

- MolFessis, *JCP G*, 2000, I, 210

**Cons. Const., 14 octobre 2011, Décision n° 2011-182 QPC**

**Cons. Const., 2 février 2016, Décision n° 2015-518 QPC**

**DECISIONS ETRANGERES**

---

**Supreme Court of India, 28 Janvier 2011, Civil Appeal n°1132/2011**

**Tribunal Constitutionnel Polonais, 10 mars 2015, n° K29/13**





# INDEX ALPHABÉTIQUE

*Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes*

## A

---

### Accès

- Exemples
  - Biens environnementaux 260
  - Biens informationnels 259

### Affectation

- Affectation de la propriété 319
- Affectation réelle 316-318
- Destination 308-314
- Fonctionnalisation collective 440

## B

---

### Bail

- Bail à long terme 116

### Biens

- Biens environnementaux
  - Exemple d'accès 260-261
- Biens informationnels 180-185
  - Biens non-rivaux 182
  - Exemple d'accès 259
  - Théorie des communs 185
  - Ubiquité 181-182
- Classification économique 174-176
  - Critères
    - Exclusivité 175
    - Rivalité 176

### Biens (droit des)

- Postmodernité 262-265

### Bundle of rights

- Et Théorie des communs : 199-203
- Propriété relationnelle 269
- Théorie de 195-198 ; 269-274
- Transplant juridique 276
- Usage partagé 270

## C

---

### Choses

- Utilités 12

### Choses communes

- Communauté négative 219-221

- Tragédie des communs 152

### Clore (droit de se)

- Enclosures
- Physiocratie 112
- Vaine pâture 118

### Communauté

- Communauté diffuse 226-229
- Communauté négative 219-221
- Communauté positive 222-225
- Communs (théorie des) 187-190

### Communauté (histoire)

- Ancien Testament 57
- Esprit communautaire
  - Droit médiéval 45-47
- Nouveau Testament 58
- Société médiévale
  - Typologie 48-51

### Communaux

- Féodalité 84
- Partage 121
- Physiocratie 111
- Propriété collective 83
- Qualité de communiste 85
- Remise en cause
  - Ancien Régime 119
  - Révolution 120

### Communs

- Common pool ressources 173-178
  - Usage partagé 178
- Droit réel de jouissance spéciale 497-502
- Renouveaux des communs 148
- Semi-communs : *voir ce mot*
- Tragédie des communs 150-154
  - Choses communes 152
  - Garrett Hardin 149
  - Solution à 156

### Communs (théorie des) 19

- Biens informationnels 185

- Bundle of rights 199-203
- Communauté 187-190
- Communauté positive 224-225
- Elinor Ostrom 170-171
- Gouvernance 192-194

### **Copropriété**

- Droit réel de jouissance exclusif et privatif 457-460
  - Perpétuité 529-530
- Droit réel de jouissance spéciale
  - Perpétuité 531-535

### **Coutume**

- Finalité 54
- Fondement 53

## **D**

---

### **Démembrement**

- Droit de propriété 6 ; 473-474
- Utilités 476-478

### **Destination**

- Affectation 308-314

### **Digital rights management**

- Définition 164
- Exception de copie privée 165
- Protection jurisprudentielle 165

### **Dogmatisme 272**

- Juridique 129
- Religieux 130

### **Domaine public environnemental 377-386**

- Imprescriptibilité 381
- Inaliénabilité 379
- Insaisissabilité 380

### ***Dominium* 103-104**

#### **Droit d'auteur**

- Condition
  - Originalité 234
- Copyleft 248
- Droit moral 236
- Droits patrimoniaux 237
- Enclosures 162
- Exception 292
- Licence libre 241
- Modèle propriétaire 238
- Exception 407-412

### **Droit des brevets**

- Exceptions 413-415

### **Droit médiéval**

- Propriété moderne (comparaison) 92

### **Droit réel de jouissance exclusif et privatif**

- Copropriété 457- 460

### **Droit réel de jouissance spéciale 461- 472**

- Assiette 556
- Communauté 483-488
- Communs 497-502
- Copropriété
  - Perpétuité 531-535
- Durée 511-515
- Indivision 479-482 ; 494-495
- Ordre public des biens 489-493
- Perpétuité (rejet) 516-518
- Perpétuité relative
  - Caractère prescriptible du droit- 564-572
  - Fonctionnalisation (abus de jouissance) 574-582
  - Fonctionnalisation (réalisation du but poursuivi) 585-590
- Perpétuité factuelle 519-528

### **Droits collectifs médiévaux**

- Droit de vaine pâture
  - Définition 87
  - Définition coutumière 89
  - Déformation doctrinale 88
- Droits réservés aux indigents 86

### **Droits réels**

- Modulation 287
- *Numerus clausus* 134 et s ; 447-453
  - Fondements
    - Juridique 134-136
    - Politique 136
- *Sui generis* 455-460
  - Perpétuité (admise) 536-540

## **E**

---

### **Enclosures**

- Crime d'enclosures 166-167
- Droit d'auteur 162
- Logiciel 161
- Recherches universitaires 160
- Second mouvement

- Clore (droit de se) 158-161
- James Boyle 158

### **Environnement**

- Contractualisation du droit 350-351
- Propriété 218

### **Exception de copie privée**

- Digital rights management 165

### **Exclusivisme**

- Époque moderne 105
- Liberté 255-257

## **F**

---

### **Fonction sociale des droits** 353-354

#### **Fonctionnalisation**

- Définition 305-307
- Normativité 331-336
- Origine légale 328-330
- Origine propriétaire 324
- Volonté 321-324

#### **Fonctionnalisation (abus de jouissance)**

- Droit réel de jouissance spéciale
  - Perpétuité relative 564-572

#### **Fonctionnalisation (réalisation du but poursuivi)**

- Droit réel de jouissance spéciale
  - Perpétuité relative 585-590

#### **Fonctionnalisation collective**

- Affectation 440
- Intérêt collectif 348-349
- Intérêt général 339-342
- Rapport d'appropriation 356-365
- Système d'appropriation médiéval 363-365

## **I**

---

### **Immanence**

- Ubiquité 181

### **Imprescriptibilité**

- Domaine public environnemental 381

### **Inaliénabilité**

- Domaine public environnemental 379

### **Inclusion**

- Définition courante 251
- Économie 252-254

- Inclusion externe à la propriété 290-292
- Inclusion interne à la propriété 287-289
- Liberté 258
- Postmodernité 266-268

### **Indivision à but durable** 392-403

#### **Insaisissabilité**

- Domaine public environnemental 380

#### **Intérêt collectif**

- Fonctionnalisation collective 348-349
- Immanence 347

#### **Intérêt général**

- Fonctionnalisation collective 339-342

## **J**

---

### **Jouissance**

- Usage 14
- Jouissance spéciale : voir *Droit réel de jouissance spéciale*

### **Jus disponendi** 105

## **L**

---

### **Licence légale**

- Droit d'auteur 416
- Droit des brevets 417-418

### **Licence libre** 420

- CC0 421-427
- Copyleftées 433-435
- Non copyleftées 428-432

### **Logiciel**

- Copyleft 248
- Enclosures 161
- Logiciel libre
  - Origines 230

### **Logique d'accès**

- Caractéristiques de l'accès 243-244
- Copyleft 248
- Fondement 230-231
- Licence libre 241
- Renonciation aux droits 240
- Usage partagé 245

### **Logique de protection**

- Approche propriétaire 218
- Mésusage 214-217

- Objectivisme 208
- Protection
  - Définitions 209-213
- Protection environnementale 207

## M

### Mésusage

- *Jus disponendi* 105
- Logique de protection 214-217

### Monuments historiques 291 ; 373-376

- Servitude d'utilité publique 373

## N

### *Numerus clausus*

- Droits réels 134 et s.
  - Fondements
    - Juridique 134-136
    - Politique 136
- Opposition doctrinale 138-139
- Propriétaire souverain 137

## O

### Obligation réelle environnementale 209 ; 387-391

### Ordre public des biens

- Droit réel de jouissance spéciale 489-493
- Liberté individuelle 560-561
- Perpétuité des droits réels 547-550

## P

### Patrimoines communs 223

### Pauvreté

- Droits collectifs médiévaux 86
- Extrême nécessité 60-62
- *Simplex usus facti* 64

### Perpétuité

- Copropriété
  - Droit réel de jouissance exclusif et privatif 457-460
- Droit réel de jouissance spéciale 516-518
- Droit réel *sui generis* 536-540
- Des droits réels
  - Ordre public des biens 547-550
- Fattuale
  - Droit réel de jouissance spéciale 519-528

- Propriété 509
- Relative
  - Droit réel de jouissance spéciale
    - Caractère prescriptible du droit 564-572
    - Fonctionnalisation (abus de jouissance) 574-582
    - Fonctionnalisation (réalisation du but poursuivi) 585-590

- Servitude 509

### Physiocratie 108-110

- Communaux 111
- Droit de se clore 112

### Postmodernité

- Droit des biens 262-265
- Inclusion 266-268

### Propriétaire

- Dogme du propriétaire souverain 131
  - *Numerus clausus* 137
  - Obstacle épistémologique 132-133

### Propriété

- Caractères 7
- Définition 4-5
  - Pothier 106-107
- Dimension
  - Doctrinale 142
  - Philosophique 141
  - Politique 143
- Dogme du propriétaire souverain 131
  - Obstacle épistémologique 132-133
- Droit médiéval 92
- Environnement 218
- *Jus disponendi* 105
- Perpétuité 509
- Propriété relationnelle
  - Bundle of rights 269
- Socialisme 128
- Souveraineté 126-127

### Propriété (droit de)

- Approche jusnaturaliste 123
- Démembrement 6

- Exégèse 125
- Fondement politique 124
- Modulation 286
  - Droits réels 287
  - Imposée 290-292
  - Volontaire 287-289

### **Propriété nominale** 554

### **Propriété simultanée** 146 ; 453

- Abolition féodale 114-115
- Bail à long terme
  - Abolition 116

## **R**

---

### **Réicentrisme** 44 ; 144

### **Révolution foncière et agraire** 114-121

- Propriété simultanée
  - Abolition féodale 114-115
- Vaine pâture 117-118

## **S**

---

### **Saisine médiévale** 67 et s.

- Appropriation des utilités des choses 79
- Choses corporelles et incorporelles 78
- Possession 68-69
- Productivité de la chose 76
- Romanisation 103-104
- Saisine de droit 71-75
- Saisine de fait 70
- Simultanéité des saisines 81-82

### **Semi-communs**

- Définition 278-280
- Exemples 281
- Usage partagé 282-283

### **Servitude d'utilité publique** 340-343 ; 371-372

- Monuments historiques 373

### **Servitude**

- Perpétuité 509

### **Société médiévale**

- Fondements 41
- Caractéristiques 42-43

### **Subjectivisme**

- D'Occam 96-97
- Grotius 99
- Locke 101

- Nominalisme 94-95
- Pufendorf 100

### **Systèmes hybrides d'appropriation**

- Droit réel de jouissance spéciale 501-502
- *Voir transpropriation et semi-communs*

## **T**

---

### **Transpropriation** 226-229

## **U**

---

### **Ubiquité**

- Biens informationnels 181-182
- Immanence 181

### **Usage**

- Définition courante 10
- Droit d'usage et d'habitation 13
- Factuel 13
- Jouissance
- Mésusage
  - Logique de protection 214-217
- Pauvreté 64

### **Usage partagé** 16-18

- Bundle of rights 270
  - Communs (théorie des) 199-203
  - Fondements théoriques 195-198
- Common pool ressources 178
- Droit médiéval coutumier 31
- Licence libre 245
- Logique d'accès 245
- Saisine médiévale 79
- Semi-communs 282-283

### **Usufruit**

- Assiette 552
- Durée 553

### **Utilités**

- Choses 12
- Démembrements 476-478
- Distribution des utilités
  - Bundle of rights 199-205
- Usage 15

## V

---

### **Vaine pâture (droit de)**

- Définition 87
- Définition coutumière 89
- Déformation doctrinale 88
- Droit de se clore 118
- Remise en cause 117

## Table des matières

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
<b>Première Partie Usage partagé et propriété : de l'antagonisme à la conciliation</b>	<b>31</b>
<b>Titre I : De l'usage partagé à la propriété : l'antagonisme historique.....</b>	<b>33</b>
Chapitre I L'usage partagé, élément central du rapport d'appropriation pré-moderne .....	35
Section 1 : L'horizontalité de la relation homme/chose .....	35
I/ La perception du milieu par l'homme médiéval.....	36
A. L'Homme médiéval dans son milieu .....	36
B. Les caractéristiques du droit médiéval .....	40
1. Le réicisme juridique.....	40
2. Esprit communautaire et communautés.....	42
a) L'esprit communautaire, fruit du contexte socio-économique.....	42
b) Le rôle central des communautés.....	44
3. Un droit factuel et pragmatique .....	46
II/ La relation homme/chose dans la pensée médiévale.....	49
A. Communautés et biens : la position du droit naturel.....	49
B. Pauvreté et propriété .....	52
1. La propriété concurrencée par l'usage commun, la question de l'extrême nécessité ....	52
2. Le remplacement de la propriété par l'usage, la théorie franciscaine .....	54
Section 2 : Le partage des utilités, caractéristiques générales des institutions pré-modernes .....	57
I/ La saisine, technique d'appropriation médiévale .....	58
A. Une mise en possession inscrite dans un rapport social .....	59
1. La saisine ou la mise en possession.....	59
2. La saisine ou la mise en possession... légitime.....	63
B. Une appropriation fondée sur les partages d'utilités.....	66
1. L'utilité au cœur de la saisine.....	66
2. La simultanéité des saisines sur une même chose.....	70
II/ L'approche collective de la relation aux choses, entre communaux et droits collectifs.....	73
A. Les biens collectifs : les communaux.....	74
B. Les droits collectifs.....	77
1. Les droits collectifs réservés aux indigents .....	77
2. Le droit de vaine pâture.....	78

Chapitre II Le droit de propriété, paradigme moderne du rapport d'appropriation .....	83
Section 1 : La verticalité du rapport homme/chose .....	84
I/ Les causes de la verticalisation .....	84
A. De l'objectivisme au subjectivisme.....	84
B. La consécration du subjectivisme et de l'individualisme moderne .....	89
II/ Les conséquences de la verticalisation du rapport homme/chose .....	96
A. Les transformations théoriques du rapport d'appropriation .....	97
1. La construction de la propriété moderne .....	97
2. La disposition de la matière .....	99
B. Les conséquences pratiques : la révolution foncière et rurale .....	102
1. L'influence : la doctrine économique physiocrate .....	103
a) Les objectifs économiques de la physocratie : la mise en place d'une agriculture productive.....	103
b) L'objectif juridique, l'individualisme propriétaire .....	106
2. La matérialisation de la révolution foncière et agraire .....	110
a) La fin de la simultanéité des jouissances sur un même fonds.....	110
b) La lutte contre les pratiques communautaires : la consécration de l'exclusivisme propriétaire.....	115
Section 2 : La dogmatisation de la propriété ou la figure paroxystique de l'antagonisme entre propriété et usage partagé d'un bien .....	122
I/ La mise en place du dogme du propriétaire souverain .....	122
A. Le fondement idéologique : la figure du "propriétaire souverain" .....	122
1. De la codification et de sa suite, l'absence de lien entre propriété et souveraineté .....	123
a) L'approche de la propriété chez les codificateurs .....	123
b) L'interprétation de l'article 544 par les premiers commentateurs du Code civil ...	125
2. La création du dogme par la doctrine de l'exégèse.....	126
B. Le principe de la dogmatisation.....	128
1. Analogie entre le dogme du propriétaire souverain et le dogme religieux .....	128
2. Le concept d'« obstacle épistémologique » et le dogme propriétaire ou la distorsion du réel .....	131
II/ Application du dogme propriétaire au cas de l'usage partagé d'un bien : la limitation de constitution des droits réels par la mise en place du <i>numerus clausus</i> des droits réels.....	133
A. La mise en place de la théorie du <i>numerus clausus</i> des droits réels .....	134
1. Le <i>numerus clausus</i> des droits réels, fruit d'une interprétation restrictive des articles 543 et 2115 du Code civil .....	134
a) L'exégèse des articles 543 et 2115 du Code civil .....	134
b) Le fondement ontologique ou l'esprit de la loi .....	135
2. Une théorie fondée sur le dogme propriétaire .....	136
B. Une théorie contestée mais pérenne .....	137
1. L'opposition doctrinale à la théorie du <i>numerus clausus</i> des droits réels.....	137



2. Une théorie inscrite dans le temps .....	138
<b>Titre II De la propriété à l'usage partagé, la possible conciliation contemporaine .....</b>	<b>147</b>
Chapitre I La propriété concurrencée par le renouveau des « communs ».....	149
Section 1 : La cause : l'hégémonie propriétaire .....	149
I/ Le fondement théorique : le paradigme de la « tragédie » des communs .....	150
A. « <i>The Tragedy of the Commons</i> », point de départ de la « disqualification » des communs .....	150
B. Autour de la « tragédie », la sacralisation économique de la propriété exclusive .....	155
II/ La conséquence pratique : le retour des enclosures .....	158
A. Le « <i>second mouvement des enclosures</i> », un mouvement portant sur des biens intellectuels.....	159
B. Le droit et les <i>enclosures</i> .....	161
1. La réalisation des <i>enclosures</i> grâce aux outils juridiques .....	162
a) Le processus de propriétaireisation par la propriété intellectuelle.....	162
b) La mise en place d' <i>enclosures</i> post-propriétaireisation .....	163
2. Le droit comme outil contre les <i>enclosures</i> .....	166
Section 2 : La conséquence : le développement de la théorie « des communs ».....	169
I/ La typologie des communs.....	173
A. Les communs fonciers traditionnels, les « <i>common-pool resources</i> » .....	173
1. Les « <i>common pool resources</i> » : un système de ressource.....	173
2. Les <i>common-pool resources</i> , une nouvelle catégorie de bien économique .....	175
B. Les communs de la connaissance ou les communs informationnels .....	177
1. Les biens informationnels, des biens ubiquistes .....	178
2. Les qualités intrinsèques aux communs informationnels.....	179
II/ Les caractéristiques des communs .....	183
A. Les « communs », une notion reposant sur des « communautés » .....	184
1. La communauté d'intérêts.....	185
2. La communauté comme structure .....	186
B. Les communs, une institution fondée sur une organisation communautaire.....	188
1. La gouvernance des communs.....	189
2. Un mode d'appropriation fondé sur le partage des utilités .....	192
a) Le postulat, la propriété conçue comme « faisceau de droits » .....	192
b) Le système d'appropriation des communs, l'explication par le « faisceau de droits » .....	197
Chapitre II Par les communs et au-delà, le retour de l'usage partagé .....	207
Section 1 : Logiques collectives et usage partagé .....	207
I/ La logique de protection.....	208
A. Décrire la logique : la protection comme vecteur.....	208
1. La protection de l'environnement, aspect théorique.....	209

2. La protection de l'environnement, aspect technique .....	211
B. Comprendre la logique, le lien entre protection, usage et usage partagé .....	216
1. La protection, lutte contre le mésusage par l'usage fonctionnalisé .....	217
2. L'usage partagé comme garantie de la protection de l'environnement .....	220
a) L'exclusion de l'approche propriétaire .....	221
b) Les communautés négatives, le cas des choses communes .....	223
c) Les communautés positives, des patrimoines communs aux Communs .....	227
d) Les communautés diffuses, la tentation de la "transpropriation" .....	230
II/ Les logiques d'accès .....	234
A. Décrire le mouvement : la liberté comme vecteur .....	234
1. Le fondement du mouvement, la liberté .....	234
2. La réalisation du libre par la technique juridique .....	237
a) La réservation, modèle propriétaire du droit d'auteur ? .....	237
b) La remise en cause du modèle par la liberté .....	243
B. Comprendre le mouvement, de l'accès à l'usage partagé .....	247
1. L'accès, condition préalable de l'usage partagé .....	247
a) Un accès, quel accès ? .....	247
b) L'accès libre, un accès gratuit ? .....	248
2. L'usage, clef de voûte du "libre" .....	250
a) Un usage partagé .....	251
b) Un usage égalitaire .....	251
c) La pérennisation de l'usage partagé .....	252
Section 2 : Le concept d'inclusion : vers une conciliation de l'usage partagé et de la propriété ...	255
I/ L'inclusion comme potentialité du rapport d'appropriation .....	256
A. L'inclusion, nouvelle perception du rapport d'appropriation ? .....	257
1. L'inclusion, reflet de changements économiques .....	257
2. Le renversement de logique, la liberté au cœur du débat .....	260
a) L'exclusivisme propriétaire, garant de la liberté moderne .....	260
b) L'inclusion ou la nouvelle relativité de la liberté .....	262
c) Exemples d'accès .....	263
B. L'inclusion, un phénomène lié à la postmodernité ? .....	265
1. Vers un droit des biens postmoderne ? .....	266
2. Inclusion et postmodernité, des destins liés ? .....	269
a) Inclusion et monolithisme propriétaire .....	270
b) Inclusion et exclusivisme .....	270
c) Inclusion et fonctionnalisation .....	271
II/ Usage partagé d'un bien et propriété : les stratégies de conciliation .....	272
A. La solution étrangère, la propriété conçue comme un « <i>Bundle of Rights</i> » .....	273
1. La structure de la propriété comme « <i>Bundle of rights</i> », technique de partage des utilités du bien .....	274

2. La théorie de la propriété comme « faisceaux de droits », vers une approche de la propriété non-dogmatique .....	277
3. Le rejet de la tentation américaine .....	280
B. La solution interne, une appropriation hybride fondée sur la modulation de la propriété .....	282
1. Lecture analytique des systèmes hybrides d'appropriation : les <i>semi-commons</i> .....	283
2. Le fondement technique des systèmes hybrides d'appropriation : la modulation de la propriété.....	286
a) La modulation volontaire ou l'inclusion interne à la propriété.....	288
b) La modulation imposée ou l'inclusion externe à la propriété.....	291
<b>Seconde Partie Usage et propriété : les techniques de conciliation .....</b>	<b>301</b>
<b>TITRE I La fonctionnalisation collective du rapport d'appropriation : technique transversale .....</b>	<b>303</b>
Chapitre I Destination et affectation, mécanismes de fonctionnalisation collective.....	305
Section 1 : Les caractères communs des mécanismes de fonctionnalisation.....	305
I/ Destination et affectation, des notions similaires ?.....	306
A. Affectation et destination, des notions interdépendantes .....	307
1. La distinction de l'affectation et de la destination .....	308
2. L'assimilation des notions d'affectation et de destination .....	310
B. La nécessaire réduction du domaine des notions.....	312
1. Distinction entre l'affectation de la valeur d'échange et l'affectation de la valeur d'usage .....	313
2. Distinction entre l'affectation des biens et l'affectation de la propriété .....	316
II/ La substance commune aux deux notions : la fonctionnalisation.....	317
A. Les origines de la fonctionnalisation.....	317
1. L'origine fondamentale de la fonctionnalisation, une volonté « objectivée » .....	317
2. Les sources juridiques de la fonctionnalisation .....	320
a) La source subjective : la volonté du propriétaire.....	320
b) La source objective : la loi .....	323
B. La normativité de la fonctionnalisation .....	325
1. L'inscription de la finalité dans le temps .....	326
2. Les moyens de réalisation de la finalité.....	328
Section 2 : Les mécanismes de fonctionnalisation, outils pour la réalisation de l'usage partagé des biens.....	332
I/ Les sources de la fonctionnalisation collective .....	332
A. La conception classique : la loi et l'intérêt général.....	333
1. Le fondement de la source, l'intérêt général .....	333
a) L'intervention de l'intérêt général dans le cadre du droit des biens.....	333

b) Intérêt général et fonctionnalisation : l'exemple des servitudes d'utilité publique .....	335
2. Les sources formelles, la loi et les règlements .....	337
B. Vers une conception renouvelée : par l'initiative privée et l'intérêt collectif .....	339
1. L'intérêt collectif, fondement immanent de la fonctionnalisation collective .....	339
2. La source formelle de l'intérêt collectif, la volonté individuelle .....	342
II/ Les effets de la fonctionnalisation collective sur le rapport d'appropriation .....	348
A. L'approche classique – matérielle, ou la limitation des attributs du propriétaire .....	349
1. Les fonctionnalisations légales .....	349
2. Les fonctionnalisations volontaires .....	351
B. La conception renouvelée - relationnelle .....	353
Chapitre II Fonctionnalisation et logiques collectives .....	361
Section 1 : Fonctionnalisation et logique de protection .....	362
I/ Fonctionnalisation verticale et logique de protection .....	362
A. <i>De lege lata</i> : des servitudes d'utilité publique aux régimes spéciaux d'appropriation .....	363
1. Les servitudes d'utilité publique .....	363
2. Les régimes spécifiques d'appropriation : l'exemple des monuments historiques .....	365
a) La difficile qualification de la nature de la technique de protection : entre servitudes d'utilité publique et propriété affectée à un intérêt collectif .....	365
b) Un régime de protection alliant fonctionnalisation verticale et horizontale .....	368
B. <i>De lege feranda</i> : le domaine public environnemental .....	370
1. Le postulat, l'approche fonctionnelle de la propriété publique .....	371
2. La conséquence : un bien approprié privativement mâtiné d'usage collectif par l'affectation à l'usage du public .....	375
II/ Fonctionnalisation horizontale et logique de protection .....	378
A. L'obligation réelle environnementale .....	379
1. La recherche de la fonctionnalisation dans les caractères de « l'obligation réelle environnementale » .....	379
2. La fonctionnalisation collective du rapport d'appropriation .....	383
B. Un regard étranger : l'indivision avec affectation à but durable québécoise .....	385
1. L'approche classique de l'indivision à but durable, une figure connue du droit des biens .....	386
2. L'approche renouvelée de l'indivision affectée à but durable, vers une conception sociale de l'affectation .....	391
a) L'extension de la notion à une affectation sociale .....	391
b) Les conséquences sur le rapport d'appropriation .....	393
Section 2 : Fonctionnalisation et logique d'accès .....	396
I/ Fonctionnalisation verticale et logique d'accès .....	396
A. Fonctionnalisation et limites aux droits intellectuels .....	397
1. Les exceptions au droit d'auteur .....	397

2. Les exceptions en droit des brevets .....	402
B. Fonctionnalisation et licences légales .....	403
1. Licences légales en droit d'auteur et droits voisins .....	404
2. Licences légales en droit des brevets.....	405
II/ Fonctionnalisation horizontale et logique d'accès : les licences libres.....	407
A. Le cas spécifique de la licence de domaine public <i>Creative Commons</i> .....	408
B. Les licences libres non- <i>Copyleftées</i> .....	413
C. Les licences libres incluant une clause de <i>Copyleft</i> .....	418
<b>Titre II : Les droits sur les utilités de la chose : technique renouvelée.....</b>	<b>427</b>
Chapitre I La réalisation du partage des utilités de la chose .....	429
Section 1 : La liberté de constitution des droits réels .....	430
I/ Les prémisses de la liberté de constitution des droits réels .....	430
A. L'arrêt « Caquelard », une reconnaissance en trompe l'œil .....	431
1. L'arrêt « Caquelard », un contenu novateur .....	431
2. Un arrêt à la portée pratique limitée : l'inopposabilité des droits réels innomés .....	434
B. Des suites jurisprudentielles à la portée restreinte.....	435
II/ La reconnaissance d'un « droit réel de jouissance spéciale » ou la fin de la lecture restrictive de l'article 543 du Code civil.....	443
A. La reconnaissance d'un nouveau droit réel : le droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un bien.....	444
B. La reconnaissance de la libre constitution des droits réels .....	446
Section 2 : La dimension collective du « droit de jouissance spéciale », la mise en place de l'usage partagé du bien .....	458
I/ La théorie du démembrement à l'appui de l'usage partagé d'un bien.....	458
A. L'analyse classique : le démembrement du droit de propriété .....	459
B. L'analyse renouvelée du démembrement : le démembrement des utilités de la chose appropriée .....	460
II/ La potentialité collective des droits réels <i>sui generis</i> .....	464
A. La multiplicité de titulaires ou de bénéficiaires d'un même droit réel .....	464
1. Entre individuel et collectif, l'indivision entre les différents titulaires d'un même droit .....	464
2. La logique communautaire : les membres d'une communauté comme bénéficiaires d'un droit réel <i>sui generis</i> .....	468
B. La multiplicité de droits réels de jouissance spéciale sur la chose d'autrui .....	473
1. Une solution conforme à l'ordre public des biens.....	473
2. Une perspective permettant le partage des utilités d'un même bien.....	477
a) L'exclusion partielle de l'indivision des droits réels de jouissance .....	478
b) La multiplication des droits réels de jouissance spéciale sur un même bien : vers des "communs" ? .....	480

Chapitre II La pérennité du partage des utilités de la chose : pour une perpétuité relative des droits réels innomés.....	489
Section 1 : L'absence d'unité de la durée des droits réels innomés.....	493
I/ Principe : Détermination de la durée par la convention.....	493
A. Une durée potentiellement fixée par la volonté des parties .....	494
B. Le refus de la perpétuité .....	498
1. La solution « Maison de la Poésie I », la tentation libérale ?.....	498
2. « Maison de la Poésie II », la réaction salvifique ?.....	499
II/ Exceptions : De la perpétuité factuelle à la perpétuité reconnue.....	501
A. La perpétuité de fait.....	502
1. Vers une durée potentiellement multiséculaire ? .....	502
a) L'absence de solution textuelle à la détermination d'un terme fixe.....	503
b) Le rejet de la solution classique : la limite de 99 ans .....	504
2. Le caractère viager du droit de jouissance spéciale d'une personne morale bénéficiaire : une possible perpétuité factuelle ?.....	506
B. La perpétuité reconnue .....	510
1. La perpétuité de certains droits réels dans le cadre du droit de copropriété des immeubles bâtis .....	510
a) La perpétuité du « droit de jouissance exclusif et privatif sur les parties communes » .....	510
b) La perpétuité reconnue pour un droit de jouissance spéciale.....	512
2. La perpétuité reconnue pour des droits réels atypiques.....	517
a) Perpétuité pour le droit « à crû et à croître » .....	517
b) Perpétuité pour des droits d'usage collectif .....	519
Section 2 : Les contours d'une perpétuité relative des droits réels <i>sui generis</i> .....	523
I/ La perpétuité relative des droits réels <i>sui generis</i> face à l'ordre public des biens.....	523
A. Perpétuité relative et sauvegarde de la propriété.....	527
1. La limite de l'ordre public : le risque de la propriété nominale.....	527
2. Le rejet de la propriété nominale pour les droits réels innomés .....	530
a) Le rejet du danger de la propriété nominale : la limitation de l'assiette des droits réels innomés. ....	530
b) La difficulté potentielle : la multiplication des droits réels <i>sui generis</i> sur un même bien .....	533
B. Perpétuité relative et liberté individuelle .....	534
1. La limite de l'ordre public : la protection de la liberté individuelle .....	535
2. Une menace potentiellement limitée .....	536
a) Une menace écartée pour les personnes morales propriétaires ?.....	536
b) Une menace évincée par la dimension « relative » de la perpétuité.....	537
II/ Les limites temporelles nécessaires à la perpétuité relative .....	539

A. Une perpétuité relative par le caractère prescriptible du droit.....	539
1. La rupture du lien imprescriptibilité/perpétuité ou comment envisager des droits réels perpétuels et prescriptibles.....	540
a) Des notions convergentes... ..	540
b) ... mais non consubstantielles .....	542
2. L'intérêt du caractère prescriptible des droits réels innomés dans le cadre de l'usage partagé d'un bien.....	543
a) Une durabilité du droit fixée sur l'usage effectif du bien.....	544
b) Une méthode de contrôle de l'usage partagé.....	545
B. Une perpétuité relative par la prise en compte de la fonctionnalisation .....	547
1. L'extinction par le non-respect de la fonctionnalisation : l'exemple de l'abus de jouissance.....	548
a) La substance perçue à travers la matérialité : conception restrictive de l'abus de jouissance.....	548
b) La substance perçue à travers la fonctionnalisation ou la conception extensive de l'abus de jouissance .....	550
c) L'abus de jouissance comme sanction pour non-respect de la fonctionnalisation .	551
2. L'extinction du droit par la réalisation de la fonctionnalisation .....	555
a) La technique rejetée : la condition résolutoire .....	555
b) La technique choisie : la réalisation du but poursuivi .....	557
c) Application au cas du droit réel de jouissance spéciale .....	558
<b>Conclusion de la Seconde Partie .....</b>	<b>571</b>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE.....</b>	<b>573</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>579</b>
<b>TABLE DES ARRÊTS .....</b>	<b>629</b>
<b>INDEX ALPHABÉTIQUE.....</b>	<b>641</b>

